REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXVII • Mayo-Junio 1991 • Núm. 604 bis

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Manuel Rey Portolés.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Francisco Corral Dueñas.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. Manuel Amorós Guardiola.

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Teléf. 411 26 28

La Revista no se identifica con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

I. S B. N.. 84-500-5636-5

Depósito legal: M 968-1958

J. SAN JOSE, S. A —Leganitos, 24.—28013 Madrid

SUMARIO

Págs.

Nota aclaratoria, por LA REDACCIÓN 1199

ESTUDIOS:

«Adquisiciones onerosas por Sociedad Anónima durante el período inicial», por ANGEL ROJO 1023

«Estudios sobre inversiones extranjeras. Comentarios al artículo 15 del RIE (Continuación)», por JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD 1245

«Disciplina urbanística y publicidad registral», por LUIS M.ª CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA 1487

«Modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación», por GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO 1705

«Configuración estatutaria del órgano de administración», por GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO 1727

NOTA ACLARATORIA

Varias razones nos han impulsado a editar este número extraordinario, 604 bis, como complemento del número de mayo-junio.

En primer lugar, por el gran interés de las colaboraciones que se incluyen.

Por otro lado, la actualidad de las materias objeto de dichos trabajos.

Y además, la generosidad con que nuestros colaboradores nos aportan estudios y trabajos que han ocasionado una acumulación de originales, los cuales no queremos retrasar, por lo que los anticipamos en el presente número extraordinario.

Esperamos que nuestros lectores reciban con agrado esta publicación, que, naturalmente, se incluye dentro del precio de la suscripción ordinaria y sin recargo alguno.

LA REDACCIÓN

ESTUDIOS

Adquisiciones onerosas por sociedad anónima durante el período inicial

A la memoria de José Girón Tena

SUMARIO: I. LAS ADQUISICIONES ONEROSAS POR SOCIEDAD ANONIMA DURANTE EL PERIODO INICIAL: 1. LAS LLAMADAS "APORTACIONES SOCIALES ENCUBIERTAS" EN LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1951: 1.1. *La función de la norma sobre "aportaciones sociales encubiertas". la justificación tradicional.* 1.2. *Crítica la norma como técnica general de tutela de capital social durante el período inicial.* 1.3. *El contraste entre norma y realidad: la reducción fáctica del ámbito objetivo.*—2. LAS "APORTACIONES SOCIALES ENCUBIERTAS" EN LA DIRECTIVA 77/91/CEE DE 13 DE DICIEMBRE. 3. LAS "APORTACIONES SOCIALES ENCUBIERTAS" EN LA LEY 19/1989, DE 25 DE JULIO DE 1976: 3.1 *Los defectos de concepción. El problema de la inaplicabilidad de la norma a los aumentos de capital social posteriores al período inicial.* 3.2. *Los defectos de adaptación*· 3.2.1. La publicidad del informe 3.2.2. La transformación en sociedad anónima.—II. REGIMEN JURIDICO. 1. AMBITO DE APLICACIÓN: 1.1 *El requisito de fondo. Concepto de "adquisición". El objeto de la adquisición* 1.2. *El requisito cuantitativo: importe de la contraprestación. Aumento del capital durante el período inicial.* 1.3. *El requisito temporal: el período inicial. "Dies a quo" Adquisiciones onerosas en nombre de sociedad en formación.*—2. PRESUPUESTOS DE EFICACIA DE LA ADQUISICIÓN: 2.1. *Los informes. Forma y contenido.* 2.2. *La aprobación por la Junta General de accionistas.*—3. LA INOBSERVANCIA DEL RÉGIMEN LEGAL CONSECUENCIAS —4. LAS EXCEPCIONES· 4 1. *Las operaciones ordinarias.* 4.1.1. Las posibles interpretaciones. 4.1.2 El carácter corriente de la operación. 4.2. *Las demás excepciones.*

I. LAS ADQUISICIONES ONEROSAS POR SOCIEDAD ANONIMA DURANTE EL PERIODO INICIAL

1. LAS LLAMADAS "APORTACIONES SOCIALES ENCUBIERTAS" EN LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1951

La Ley de Régimen jurídico de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951, contenía la exigencia de que las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad dentro del primer año a partir de su

constitución fueran aprobadas por la Junta General de accionistas, previo informe escrito de los administradores, siempre que el importe de aquéllas excediera de la décima parte del capital social (art. 32, párrafo sexto, LSA). De este modo se introducía en el Derecho español con clara inspiración en la Ley alemana de sociedades por acciones de 1937 el régimen jurídico de la equívocamente denominada *fundación retardada* ("Nachgründung") (1).

---

(1) En el Derecho alemán de las sociedades por acciones, el régimen jurídico de la *Nachgründung* se introdujo en el ADHGB [art. 209.*b)*] por la *Novelle* de 18 de julio de 1884 como medio para impedir la elusión de las normas sobre aportaciones no dinerarias y sobre *Sachübernahme*, pasando después al HGB (§ 207): hasta que transcurrieran dos años desde la inscripción de la sociedad, los contratos por virtud de los cuales adquiriese ésta instalaciones existentes o en fabricación y destinadas al funcionamiento permanente de su industria, o bienes inmuebles, requerían la aprobación de la Junta General, siempre que la cantidad a satisfacer por la sociedad excediera del diez por ciento del capital social. El Consejo de Vigilancia debía emitir informe por escrito sobre dichos contratos antes de la reunión de la Junta General (v. por todos, R. FISCHER: *Las sociedades anónimas. Su régimen jurídico,* Madrid, 1934. Trad. de W. ROCES, págs. 181 y sigs.). Sin embargo, no parece que este régimen jurídico haya tenido la eficacia prevista: se calcula que en los años posteriores a la Primera Guerra Mundial, entre el ochenta y el noventa por ciento de las sociedades por acciones constituidas mediante aportaciones dinerarias ("Bargründungen") encubrían, en realidad, aportaciones no dinerarias ("Sachgründungen") (cfr. U. H. SCHNEIDER: "Die Gründungen von faktischen GmbH-Konzernen", en *Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, ZRG.* Sonderheft 6, Berlín, 1986, pág. 139, nota 43, con referencias). En todo caso, cualquiera que haya sido la realidad de la Ley de Sociedades por Acciones de 1937 (§ 45) generalizó estas exigencias a todos los contratos concluidos en dicho período temporal con el referido importe, siempre que tuvieran por objeto la adquisición de un elemento patrimonial ("vorhandene oder herzustellende Anlagen oder andere Vermögensgegenstände"), exigiendo informe de experto, a la vez que estableció excepciones a la regla general. La Ley de Sociedades por Acciones de 1965 mantiene la normativa precedente, con escasas modificaciones (v. C. H. BARZ, en *AktG Grosskommentar,* I, Berlín, 1973, § 52, Anm. 1; U. ECKARDT, en E. Gessler u.a., *Aktiengesetz,* I, Munich, 1973, § 52, Anm. 1; A. KRAFT, en *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz,* 2.ª ed., Colonia, 1988, § 52, Anm. 1).

Evidentemente, al introducir en el Derecho español el régimen jurídico de la *Nachgründung,* la Ley de 17 de julio de 1951 tuvo como modelo a la *Aktiengesetz* de 1937. Pero la importación no fue completa, ni absolutamente fiel No fue completa porque no se incorporó en su total complejidad el sistema de garantías del Derecho alemán (así, informe de experto independiente, mayoría reforzada de votación en la Junta General, inscripción del contrato en el Registro mercantil, etc.; v § 45 *AktG* 1937). No fue fiel porque redujo de dos a uno los años de duración del período inicial y, sobre todo, porque no estableció excepción alguna a la regla general.

A juicio de J. GIRÓN, "es laudable que [la LSA 1951] no haya adoptado las embarazosas cautelas que en los nuevos párrafos de ese artículo alemán [el § 45 *AktG* 1937]se contienen", pero "a cambio, quizá debió precisarse la redacción del párrafo adoptado con las modificaciones que se han hecho" (v. J. GIRÓN: *Derecho de sociedades,* Valladolid, 1958, págs. 154 y sigs.).

1.1. *La función de la norma sobre "aportaciones sociales encubiertas": la justificación tradicional*

La exigencia de que determinadas adquisiciones a título oneroso, en la primera etapa de la existencia de la sociedad, quedaran sometidas a la aprobación del órgano supremo, se presentaba como una *medida complementaria* del régimen de las aportaciones no dinerarias o *in natura*. Estas aportaciones —señalaba la Exposición de Motivos— "encierran siempre el peligro de traducir en cifra de capital prestaciones ficticias o valoradas en exceso, por donde se descubre la posibilidad de que la sociedad nazca a la vida del Derecho con un patrimonio de valor inferior al que indica la cifra de capital, con el consiguiente engaño para los acreedores y para los futuros accionistas". Para conjurar ese peligro la Ley establecía un peculiar sistema de revisión de la valoración de las aportaciones no dinerarias (art. 32, párrafos primero a quinto, LSA). Pero, además, se preocupaba de cerrar el paso al que consideraba el medio más sencillo para desfigurar la verdadera naturaleza de la aportación: el de presentar como mera aportación dineraria la que en realidad era una aportación *in natura*.

La maniobra combatida era —y es— la siguiente: el aportante suscribe aparentemente acciones a metálico sin hacer ningún desembolso real, e inmediatamente después de constituida la sociedad los administradores fingen comprar ciertos bienes muebles e inmuebles —las verdaderas aportaciones— mediante un precio que se supone procedente de las suscripciones en metálico, pero que en realidad se paga por la sociedad mediante la entrega al sedicente vendedor de las acciones que antes fueron suscritas por él simuladamente (2). En este caso hay una verdadera *aportación "in natura" disfrazada* o *encubierta:* el bien o el derecho adquirido inmediatamente después de la constitución de la sociedad es la auténtica aportación. Por eso, a estas *aportaciones encubiertas* (o disimuladas) *retardadas —o cuasi-aportaciones—* se las somete a informe del órgano administrativo y a aprobación de la Junta General.

---

(2) La descripción de la maniobra que la Ley trata de combatir se ha realizado siguiendo a J. GARRIGUES-M. OLIVENCIA, en J GARRIGUES y R. URÍA: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas,* 3.ª ed., 1976, I, pág. 369, a fin de poner de manifiesto el inequívoco carácter de *negocios simulados encadenados* —el primero, la suscripción en metálico, *simulación absoluta,* y el segundo, la compra, *simulación relativa*— con que la operación se concibe por los más autorizados comentaristas de la Ley de 1951. La compra inmediata, por determinada cuantía, de bienes muebles o inmuebles por parte de la sociedad recién constituida mediante aportaciones dinerarias genera la *sospecha* (término reiteradamente utilizado por los comentaristas) de que se pretende eludir la aplicación de las normas legales sobre valoración de las aportaciones no dinerarias.

1.2. *Crítica: la norma como técnica de tutela del capital social durante el período inicial*

Sin embargo, a poco que se analice la norma legal, resulta evidente que su función era mucho mayor que la que se deducía de la tradicional justificación. En efecto, el régimen de cautelas no afectaba única y exclusivamente a las adquisiciones a título oneroso efectuadas por la sociedad de bienes o derechos pertenecientes a fundadores o a promotores: la persona del transmitente era *indiferente.* A la doble exigencia antes señalada se sometían *todas* las adquisiciones a título oneroso que reunieran los requisitos de importe y de tiempo establecidos por la Ley. Por ello, en rigor, no podía considerarse la norma como una medida específica y exclusivamente destinada a combatir las aportaciones no dinerarias encubiertas, sino, fundamental y principalmente, como una *técnica de tutela del capital social durante el período inicial.* Las expresiones que con frecuencia se utilizaban para describir el supuesto de hecho combatido *—fundación retardada, aportaciones no dinerarias encubiertas—* empobrecían la comprensión de la función de una norma, cuyo ámbito de aplicación era considerablemente mayor al que la terminología sugería.

1.3. *El contraste entre norma y realidad: la reducción fáctica del ámbito objetivo*

Ahora bien, las cautelas establecidas por la Ley para combatir la maniobra antes descrita y, en general, para tutelar el capital durante el período inicial, han sido *ineficaces* y *perturbadoras* en la práctica española (3).

Han sido *ineficaces* —al menos en la fundación simultánea, única que la realidad conoce— tanto por *incoherencia* del sistema de cautelas legales en materia de aportaciones en general como por *defectos de concepción* de la norma específica, que según la explicación tradicional combatía las aportaciones no dinerarias encubiertas.

La incoherencia se aprecia al considerar que la Ley no contenía ningún instrumento técnico que garantizase la realidad de las aportaciones dinerarias. Con demasiada frecuenca las cantidades que en la escritura constitutiva se declaraban "ingresadas en la caja social", o bien no lo habían sido todavía —y en ocasiones nunca lo serían—, o no lo habían sido en la cuantía declarada. Esta falsedad documental comportaba indudables ries-

(3) Cfr. M. DE LA CÁMARA. *Estudios de Derecho mercantil,* 2.ª ed., Madrid, 1977, I, vol. 1, pág. 479.

gos para sus autores; pero en la realidad fueron muy pocos los casos de condenas penales, probablemente porque las acciones permanecían largo tiempo en el patrimonio de los fundadores. Cuando se transmitían, además de la dificultad probatoria de la efectiva falta de desembolso, el adquirente se encontraba con frecuencia con que la acción penal por falsedad ya había prescrito. Por eso quienes tenían el propósito de elevar artificialmente la cifra del capital social, en lugar de llevar a cabo la doble operación en que la fundación retardada consiste, solían acudir al expediente, mucho más sencillo y elemental, de declarar ingresadas cantidades inexistentes en la caja de la sociedad en constitución. Pero es que, además, la aportación no dineraria directa no estaba sometida a valoración por experto independiente, sino a una mera revisión *a posteriori* por parte de los administradores, revisión que, de realizarse, constituía un mero trámite; y aunque cualquier accionista tenía reconocido el derecho a solicitar el nombramiento judicial de un perito que revisara la revisión, resolviendo el Juez cuál de las dos valoraciones era la justa (v. art. 32, párrafos primero a quinto, LSA 1951), ese derecho no se solía ejercitar. No existía, pues, un riesgo importante que incitara a poner en práctica la maniobra de la fundación retardada.

De otra parte, los errores de concepción de la norma específica eran de variado signo. Resultaba llamativo, en efecto, que el legislador no se hubiera percatado de que el mismo riesgo se producía con la actuación inversa: quien todavía no era socio vendía la *aportación encubierta* a la sociedad para suscribir después las acciones con la cantidad dineraria recibida en concepto de precio. Pero, además, constituía también error de concepción articular el sistema cautelar mediante requisitos de carácter meramente interno: en la inmensa mayoría de los casos, la Junta General de accionistas, convocada para aprobar las adquisiciones onerosas, estará integrada por las mismas personas que habían fundado la sociedad y nombrado a los primeros administradores y, en todo caso, si existía el propósito de llevar a cabo la maniobra que la Ley trataba de evitar, era suficiente con aprobar la operación antes de que los fundadores transmitiesen sus acciones.

Además de nula o muy escasa efectividad, las cautelas han sido *perturbadoras,* porque —como ya se ha apuntado— al no haber distinguido, por razón de la persona del transmitente, entre las adquisiciones onerosas libres y las sometidas a informe y aprobación todos los contratos de adquisición concluidos dentro del primer año de vida de la sociedad por importe que superase la décima parte del capital social, tenían que someterse al doble requisito cautelar señalado, cuando sólo un porcentaje ínfimo comportaba para el capital social algún riesgo digno de ser tomado en consideración.

No obstante, ese efecto perturbador no alcanzó cotas alarmantes por una sencilla razón: en la práctica española pronto se pudo apreciar la generalizada inobservancia de las cautelas legales en relación con las adquisiciones onerosas de bienes muebles (mercaderías, materias primas, etc.). De hecho, aunque no de derecho, el régimen jurídico de la llamada fundación retardada limitó su ámbito casi exclusivamente a las adquisiciones onerosas de bienes inmuebles y de aquellos bienes y derechos cuya transmisión exige inscripción registral para la producción de plenos efectos frente a terceros. El Registro de la Propiedad ha sido el instrumento técnico para la efectividad de la norma, si bien, con gran frecuencia, esa efectividad se traducía en el cumplimiento de un mero requisito formal: como las sociedades de nueva creación, cuando se constituyen por el sistema de fundación simultánea, suelen contar con pocos socios, una Junta General universal ratificaba la operación ya concluida, recogiendo el acta de la Junta que esa aprobación se producía previo informe escrito de los administradores, informe que sólo en raras ocasiones había sido redactado.

Al incorporar al Derecho español esta técnica de tutela del capital durante el período inicial, la Ley de 1951 probablemente se contagió de una preocupación excesiva. La maniobra no sólo era altamente infrecuente, sino que el propio Derecho contenía elementos disuasorios de relieve. Es menester tener presente, en efecto, que esa doble operación estaba y está sometida a una también doble tributación a cargo de la sociedad: la simulada aportación dineraria a la sociedad y la adquisición posterior por ésta del bien o derecho no formalmente aportado propiedad de dicho socio. El tratamiento fiscal de la maniobra comportaba un costo con el que era preciso contar (4). Si a pesar de ello llegaba a realizarse, los remedios generales del Derecho privado se ofrecían a todo interesado que quisiera combatirla.

(4) "La medida cautelar que se contiene en el párrafo último del artículo 32, enderezada a evitar la realización de aportaciones no dinerarias encubiertas —escribe A. VELASCO ALONSO: *La Ley de Sociedades Anónimas. Anotaciones y concordancias*, 5.ª ed., Madrid, 1982, págs. 171 y sigs.—, sólo ocasionalmente ha tenido aplicación práctica, toda vez que el temor a la revisión de las valoraciones, por haberse quedado reducido este procedimiento a un mero trámite, ya no se mueve al disimulo. En efecto, pocos serán los que se arriesguen a pagar al Fisco los tipos más elevados de las transmisiones a título oneroso, pudiendo pagar los más reducidos de la aportación. Por esto, la práctica ha demostrado lo contrario, o sea, que a lo que se recurre para eludir el pago del Impuesto de Transmisiones sobre las ventas es a simular una aportación del vendedor a la sociedad y, a renglón seguido, transferir las acciones a otros socios".

2. Las "aportaciones sociales encubiertas" en la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976

Las anteriores consideraciones quizá habrían justificado, bien la reducción bien la supresión de la norma. Esta última posibilidad estaba cerrada, sin embargo, para todo Estado miembro de la CEE. La Directiva 77/91/CEE de 13 de diciembre —la Segunda Directiva—, entre las medidas que, para defensa del capital social exigía tener o poner en vigor a los Estados miembros figuraba precisamente la relativa a las aportaciones no dinerarias encubiertas, que —al igual que había sucedido en el Derecho español— se incorporaba del Derecho alemán. La Ley alemana de sociedades por acciones de 1965 (§ 52), sucesoria de la de 1937, fue el modelo comunitario (5). Como en tantas otras materias, ese modelo —a pesar de

---

(5) El texto del § 52 de la *Aktiengesetz* de 1965 sobre la *fundación retardada (Nachgründung)* es el siguiente:

1. Los contratos de la sociedad, en virtud de los cuales ésta deba adquirir instalaciones ya existentes o en fabricación y otros elementos patrimoniales por un contravalor que supere el diez por ciento del capital social, y que hayan sido concluidos dentro de los dos primeros años siguientes a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, sólo podrán surtir efecto con la aprobación de la Junta General y tras su inscripción en el Registro Mercantil. Sin la aprobación de la Junta General o sin la inscripción en el Registro Mercantil carecerán asimismo de validez las actuaciones legales relacionadas con su ejecución.
2. Todo contrato, conforme al párrafo 1, debe formalizarse por escrito, a menos que esté prescrita otra forma Con anterioridad a la convocatoria de la Junta General que haya de debatir su aprobación, dicho contrato deberá quedar depositado en las oficinas de la sociedad para su examen por parte de los accionistas. A los accionistas que lo soliciten deberá remitírseles de inmediato una copia. Dicho contrato se presentará a la Junta General. La Dirección deberá explicar su contenido antes de que comience la sesión. El contrato se adjuntará al acta.
3. Antes de que la Junta General adopte un acuerdo, el Consejo de Vigilancia deberá examinar el contrato y emitir un informe escrito (informe relativo a la fundación retardada). A este informe se aplicará lo dispuesto en el artículo 32, párrafos 2 y 3, sobre el informe de la fundación.
4. Asimismo, con anterioridad a la adopción del acuerdo deberá practicarse una revisión por parte de uno o varios de los censores de la fundación. Se aplicará lo dispuesto en los artículos 33, párrafos 3 a 5, 34 y 35 sobre censura del proceso fundacional.
5. El acuerdo de la Junta General se adoptará por mayoría, que, como mínimo, quedará integrada por el setenta y cinco por ciento del capital social representado en el momento de la adopción del acuerdo. De concluirse el contrato dentro del primer año siguiente a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, las acciones de la mayoría con la que se hubiera adoptado el acuerdo deberán representar, como mínimo, el veinticinco por ciento de la totalidad del capital social. En lugar de estas mayorías, los estatutos podrán establecer otras superiores y requisitos diferentes.
6. Una vez aprobado por la Junta General, la Dirección presentará el contrato en el Registro Mercantil para su inscripción. A la solicitud de inscripción deberá adjun-

algunas resistencias— terminaría por imponerse, en un nuevo ejemplo de acrítica generalización de normas funcionalmente muy discutibles.

La Directiva —del mismo modo que la Ley española de 1951— no incorpora la totalidad del complicado régimen jurídico contenido en la *Aktiengesetz,* sino los elementos esenciales del mismo, combinando la regla general con determinadas excepciones (6):

> Artículo 11:
>
> 1. La adquisición por parte de la sociedad de cualquier activo perteneciente a una persona o a una sociedad mencionada en la letra *i)* del artículo 3, por un contravalor de al menos una décima parte del capital social suscrito, será objeto de una verificación y de una publicidad análogas a las previstas en el artículo 10 y se someterá a la aprobación de la Junta General cuando esta adqusición tenga lugar antes de la expiración de un plazo fijado por la legislación nacional en al menos dos años a partir del momento de la constitución de la sociedad o del momento de la obtención de la autorización antes de comenzar sus actividades.
>
> Igualmente, los Estados miembros podrán prever la aplicación de estas disposiciones cuando el activo pertenezca a un accionista o a cualquier otra persona.

---

tarse el original, la primera copia o una copia legalizada del contrato junto con el informe relativo a la fundación retardada y el informe del censor del proceso fundacional con los documentos pertinentes.

7. De existir alguna objeción contra la inscripción, porque los censores del proceso fundacional declaran o resultara evidente que el informe relativo a la fundación retardada es inexacto o incompleto o no se ajusta a las disposiciones legales, o porque se considerase que el pago a efectuar por los elementos patrimoniales a adquirir es excesivamente elevado, el Tribunal podrá rechazar su inscripción.
8. Para efectuar la inscripción será suficiente con referirse a los documentos presentados. Al publicar la inscripción se hará constar la fecha de conclusión del contrato y de aprobación del mismo por la Junta General, así como los elementos patrimoniales a adquirir, la persona de quien los adquiere la sociedad y la cantidad a pagar.
9. Las disposiciones precedentes no serán aplicables cuando la adquisición de elementos patrimoniales constituya el objeto social o cuando aquéllos hayan sido adquiridos en el curso de un procedimiento ejecutivo.
10. Un contrato suscrito conforme al párrafo 1, con independencia de que hubiera sido concluido antes o después de transcurridos dos años desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, no devendrá ineficaz en razón a que otro contrato de los fundadores, relacionado con el mismo objeto, conforme al artículo 27, párrafo 3, resulte privado de eficacia frente a la sociedad.

Se ha utilizado la traducción de J. M. Embid [en *Documentación jurídica,* XIV (julio-septembre 1987), núm. 55, págs. 640 y sigs.].

(6) Sobre el artículo 11 de la Directiva 77/91/CEE, v E. LOFOCO, V. MANFREDONIA y G. PELLEGRINO: "Le acquisizioni di elementi patrimoniali appartenenti ai soci", en L. BUTTARO y A. PATRONI GRIFFI: *La seconda Direttiva CEE in materia societaria,* Milán, 1984, págs. 101 y sigs.

> 2. El apartado 1 no se aplicará ni a las adquisiciones hechas en el marco de las operaciones corrientes de la sociedad ni a las adquisiciones hechas por iniciativa o bajo control de una autoridad administrativa o judicial ni a las adquisiciones hechas en Bolsa.

Para la formulación de la regla general (7), la norma comunitaria reconoce a los Estados miembros un discreto margen de discrecionalidad para determinar el ámbito objetivo de la norma estatal, al permitir ampliar las adquisiciones sometidas a informe, publicidad y aprobación por razón de la titularidad del bien a adquirir por la sociedad, así como por razón del tiempo de la adquisición. La Segunda Directiva sólo obliga a someter al régimen cautelar las adquisiciones de cualquier elemento del activo perteneciente a los *fundadores* o *promotores*. Esta es la más significativa concesión que quienes propugnaban la asunción comunitaria del modelo alemán se vieron obligados a realizar frente a quienes se resistían. Mientras que el tema de la fijación del período sospechoso —con el límite mínimo de dos años— presenta un limitado interés, el de la persona del transmitente es fundamental.

En realidad, el tema de la titularidad del bien, es decir, de la persona del transmitente, es mucho más importante de lo que a primera vista pudiera parecer, porque *determina la función* de la norma: si con el régimen jurídico de la fundación retardada lo único que se pretende es perseguir las aportaciones no dinerarias encubiertas, carece de sentido someter a los referidos requisitos a todas las adquisiciones onerosas efectuadas por la sociedad que se realicen en determinadas condiciones de importe y de tiempo. Por el contrario, si la norma se concibe más genéricamente como una de las que tutelan el capital social, la persona del transmitente debe ser irrelevante. Al seguir la primera concepción, la Directiva 77/91/CEE es más fiel a la justificación doctrinal tradicional de la norma alemana que le sirve de modelo que a la norma misma. Sin embargo, para impedir que esa norma tuviera que ser modificada en el Derecho alemán, la Directiva permite que las legislaciones estatales prevean la aplicación del régimen de

(7) Desde un punto de vista estrictamente técnico, la redacción del artículo 11 de la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre, no puede considerarse afortunada Así, por ejemplo, de no contar con la evidencia del modelo seguido, sería discutible el que la exigencia del informe y de la publicidad esté o no en función de que el contrato del que derive la adquisición se haya concluido en el período inicial. En efecto, dada la literalidad del artículo 11, podría defenderse que la verificación y la publicidad deben observarse *siempre* que el contravalor alcance, al menos, la décima parte del capital social, siendo *única* exigencia específica del período inicial la aprobación de la operación por la Junta General. Naturalmente, esta interpretación, además de estar en contradicción con la historia de la norma, se hubiera traducido en un serio obstáculo para el tráfico. De ahí que al incorporar el artículo 11 de la 2.ª Directiva los Estados miembros de la CE no la hayan tomado en consideración

las adquisiciones onerosas "cuando el elemento del activo pertenezca a un accionista o a cualquier otra persona" (art. 11.1, párrafo segundo), ampliando así potencialmente la funcionalidad de ese régimen jurídico.

3. Las "aportaciones sociales encubiertas" en la Ley 19/1989, de 25 de julio

Esta concreta manifestación de la germanización del Derecho europeo suscitaba quizá menos problemas al Derecho español que a la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los demás Estados miembros de la CEE, que carecían de tradición legislativa en materia de fundación retardada. Ya que era preciso mantener una normativa sobre dicha materia, debería aprovecharse la ocasión para proceder a una sustancial reforma del Derecho en vigor, tomando en consideración no sólo las obligadas pautas de la Segunda Directiva, sino también los criterios seguidos a la hora de incorporar al derecho interno el artículo 11 de dicha Directiva por las legislaciones de los Estados miembros de la CEE más representativos (8), criterios que, en todo caso, deberían valorarse a la luz de la propia experiencia jurídica española.

Sin embargo, en esta materia, la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, dista mucho de ser satisfactoria. El nuevo artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre) (9)

---

(8) Cfr. especialmente Section 26 de la *Companies Act* de 1980 (ahora Section 104 de la *Companies Act* de 1985); artículo 157.1 de la Ley francesa 66-537, de 24 de julio de 1966, sobre las sociedades comerciales, introducido por el artículo 5 de la Ley 81/1162, de 3 de diciembre de 1981; artículo 29 *quarter* de las *Lois coordonnées* belgas sobre las sociedades comerciales; artículo 94.*c)* del Libro II del Código Civil holandés; artículo 2.343 bis del Código Civil italiano, introducido por el artículo 7 del DPR, núm 30, de 10 de febrero de 1986; y artículo 29 del *Código das Sociedades comerciais*, aprobado por Decreto-Ley núm. 262/1986, de 2 de septiembre.

(9) El artículo 41 LSA tiene como modelo inmediato al artículo 36 del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1979, redactado por una ponencia especial de la sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación compuesta por los profesores J. Garrigues, F. Sánchez Calero, M. Broseta y A. Bercovitz. El anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades de 1987, redactado por los mismos autores del anteproyecto de 1979, a excepción de J. Garrigues —ya fallecido— conserva la redacción de su precedente (con la única diferencia de suprimir, entre las excepciones o la regla general, la referencia a las operaciones verificadas en Bolsín oficial; v. artículo 32.*e)*, y lo mismo hace el proyecto de Ley [v. art. 31.*a)*].

Durante la tramitación parlamentaria el artículo no habría de experimentar cambios sustanciales de contenido. En el Congreso de los Diputados, la "Agrupación de Dipu-

es una norma altamente defectuosa: presenta graves *defectos de concepción*, graves *defectos de adaptación* y graves *defectos de técnica*. De algunos de ellos tiene la responsabilidad exclusiva el legislador español. Pero no siempre es así: existen problemas defectuosos o deficientemente solucionados en los que la responsabilidad es compartida: proceden de la propia Directiva, sin que la Ley española haya aprovechado la ocasión para una solución más clara y precisa.

---

tados de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya" (Grupo Mixto) presentó enmienda (núm. 458) en la que proponía se añadiera al apartado primero un segundo párrafo con el siguiente texto: *"El informe elaborado por los expertos deberá publicarse conforme a las normas de publicidad para la constitución de sociedades anónimas" (BOCG,* Congreso de los Diputados, III Leg., Serie A, 24 de junio de 1988, núm. 80.6, pág. 192). En su Informe, la ponencia consideró que no debía aceptarse la enmienda (pág. 216). En el texto sustentado por dicha ponencia se introdujo, sin embargo, una modificación sistemática de importancia: el artículo relativo a la aprobación de las adquisiciones onerosas [el 32.*d)*], en unión de los referentes a las aportaciones sociales, pasó a integrar la Sección 1.ª de un nuevo capítulo, el III, al que como Sección 2.ª se añadió la normativa sobre dividendos pasivos, que hasta entonces figuraba como Sección 5.ª del capítulo dedicado a las acciones. En cuanto al contenido, la ponencia propuso leves retoques: así, la exigencia de un informe pericial y otro de los administradores contenida en el proyecto del Gobierno ve sustituido el orden de referencia a dichos informes, a la vez que se especifica que el informe pericial puede ser elaborado por uno o varios expertos, y se introduce una referencia al sistema de nombramiento de los mismos. En el apartado segundo la excepción relativa a las adquisiciones que se verifiquen en un mercado bursátil se sustituye por la expresión de operaciones "que se verifiquen en Bolsa de Valores" *(BOCG,* Congreso de los Diputados, III Leg., Serie A, 19 de abril de 1989, número 80.10, pág. 403).

En el Senado, el Grupo Parlamentario de Coalición Popular presentó enmienda de modificación (núm. 157) del apartado primero del artículo 32.*d)*, proponiendo la siguiente redacción:

> "1. *Las adquisiciones de bienes a título oneroso, propiedad de los socios, de los promotores o de los administradores de la sociedad, que proyecte realizar ésta dentro de los dos primeros años a partir de su constitución o de su transformación en anónima, habrán de ser aprobadas por la Junta General, siempre que el importe de aquéllas exceda de la décima parte del capital social en el momento de la adquisición. Con la convocatoria de la Junta General deberá ponerse a disposición de los accionistas un informe elaborado por los administradores y otro por uno o varios expertos independientes designados por el Registrador mercantil del lugar del domicilio social".*

La justificación de la enmienda señalaba que se trataba de una mejora técnica "limitando el alcance de la exigencia por razón del sujeto", a lo que añadía que la referencia a la transformación "es exigencia de la 2.ª Directiva" *(BOCG,* Senado, III Leg., Serie II, 10 de mayo de 1989, núm. 304 b, págs. 100 y sigs.). La mayoría de la ponencia no aceptó la enmienda *(BOCG,* Senado, III Leg., Serie II, 12 de junio de 1989, núm. 304 d, pág. 235), rechazándola igualmente la Comisión. El texto del artículo 32.*d)* aprobado por el Pleno del Senado coincide así, pues, con el del Congreso de los Diputados.

Al aprobarse el texto refundido de la LSA (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre), el artículo 32.*d)* pasó a ser el artículo 41, dividiéndose en dos párrafos independientes el hasta entonces único párrafo del apartado primero.

Dejando para más adelante la exposición de los defectos de técnica jurídica que se aprecian en la redacción de la norma —los cuales se abordarán a lo largo del análisis de su contenido—, conviene considerar a continuación los defectos de concepción y los defectos de adaptación.

3.1. *Los defectos de concepción. El problema de la inaplicabilidad de la norma a los aumentos del capital social posteriores al período inicial*

Los que hemos denominado *defectos de concepción* son consecuencia de la fidelidad del nuevo derecho al derecho que deroga. En lugar de limitar subjetivamente el régimen de las adquisiciones onerosas a aquellas en las que el transmitente sea un fundador o un promotor de la sociedad, la Ley 19/1989, de 25 de julio, hace uso de la facultad, reconocida a los Estados miembros por la propia Directiva, de ampliar el ámbito de las adquisiciones sujetas. Del mismo modo que en la LSA de 1951 —y en las *Aktiengesetze* alemanas de 1937 y de 1965—, en la Ley de 19/1989, de 25 de julio, la persona del transmitente es indiferente.

No ha seguido el Derecho español el ejemplo de la mayoría de las legislaciones de los Estados miembros de la CEE, que a la hora de incorporar la exigencia comunitaria han procedido con extraordinaria cautela (10). Se limita a conservar la solución del derecho anterior, sin valorar

---

(10) Al delimitar por razón de la persona del transmitente el área de las adquisiciones sujetas, las legislaciones de los Estados miembros de la CE siguen diferentes criterios. Así, la legislación británica únicamente aplica el régimen de cautelas a las adquisiciones de bienes propiedad de un fundador ["a suscriber to the company's memorándum"; v. Section 104.1(a) de la *Companies Act* de 1985), criterio que es similar al del Derecho holandés [v. art. 94.*c)* del Libro II del Código Civil, que aplica el régimen de las adquisiciones de bienes "que hubiesen pertenecido a un fundador un año antes de la fundación o con posterioridad"]. En una línea muy semejante —aunque técnicamente más desarrollada— se sitúa el Derecho portugués, que considera adquisición sujeta la que se efectúa, directamente o por persona impuesta, de un fundador de la sociedad o de una persona que hubiera adquirido de él la condición de socio [art. 29.1, letra *a),* del *Código das sociedades comerciais,* artículo que es aplicable a todas las sociedades comerciales]. El Derecho francés limita las adquisiciones sujetas a las realizadas de un accionista (art. 157.1 LSC).

En un segundo grupo figuran las legislaciones que han hecho un uso restringido de la posibilidad de ampliar las adquisiciones sujetas. Así, los Derechos belga e italiano sujetan al mismo régimen jurídico a las adquisiciones de bienes propiedad de fundadores, promotores, socios y administradores (art. 21 quarter 1 de las *Lois coordonnées sur les Sociétés comerciales,* introducido por el art 6 de la Ley de 5 de diciembre de 1984, y art. 2.343 bis del *Codice Civile,* introducido por el art 7 DPR, núm. 30, de 10 de febrero de 1986).

En fin, a un tercer grupo pertenecen los Derechos alemán (§ 52 *AktG* 1965) y español (art. 41 LSA), que prescinden por completo de la persona del transmitente, ampliando así extraordinariamente el ámbito de las adquisiciones sujetas.

la repercusiones que esa opción de política legislativa comporta al modificar sustancialmente el régimen de garantías para las adquisiciones onerosas. En efecto, la aprobación de la adquisición por la Junta General ya no va precedida simplemente de un informe de los administradores de la sociedad. A él debe añadirse un informe elaborado por experto independiente. Sin duda alguna, con este segundo —y fundamental— informe se introduce un eficaz mecanismo de control, pero al mismo tiempo se añade un requisito con un significativo coste de tiempo y dinero. Y esta circunstancia obligaba a una cuidadosa valoración de los intereses dignos de tutela a fin de impedir que la reproducción de la norma del derecho anterior en un contexto legal diferente, como consecuencia de la adición de nuevos instrumentos de garantía, produjera efectos negativos sobre el tráfico jurídico. Al aumentar dichas garantías, hubieran debido disminuir las adquisiciones sujetas. Pero no se hace así. La consecuencia es que *cualquier* adquisición onerosa de *cualquier* bien o derecho propiedad de *cualquier* persona realizada dentro de los dos años a partir de la constitución de la sociedad queda sometida al régimen de garantías previsto por la Ley, siempre que el importe de la operación exceda de la décima parte del capital social. Las excepciones que por exigencia de la Directiva se reconocen a la regla general limitan, no obstante —y como luego se verá— el alcance de esta norma general.

Con esta opción, el Derecho español no disciplina la llamada fundación retardada, sino que con cobertura comunitaria mantiene la vigencia de una norma de mucho mayor alcance, mediante la cual tutela el capital de la sociedad anónima. La *función* de la norma es, pues, más amplia que la de impedir la elusión del régimen de valoración de las aportaciones no dinerarias mediante aportaciones *in natura* encubiertas o indirectas.

Ahora bien, si la norma protege el capital social, no se acierta a explicar convenientemente por qué limita esta tutela a los dos primeros años a partir de la constitución de la sociedad. La protección de la realidad y de la conservación del capital social no debiera ser diferente a lo largo de la vida social. Los mismos o muy similares riesgos están presentes durante toda la existencia de la sociedad anónima. Resulta poco convincente que, en principio, una sociedad constituida con el capital legal mínimo tenga que someter a la aprobación de la Junta General, previo informe de experto independiente, la compra de una camioneta, y que esa misma sociedad, si amplía a cien millones de pesetas su capital transcurrridos los dos primeros años de vida, inmediatamente después de esta ampliación pueda adquirir, sin necesidad de informe pericial alguno ni aprobación de la Junta General, un inmueble por importe de noventa millones.

Ante la aparente identidad de razón, habrá quien defienda la aplicación analógica de la norma a lo largo de la vida social y, más específicamente,

a las adquisiciones realizadas, transcurrido ya el período inicial, en los dos años posteriores a un *aumento del capital social* (11). Esta tesis cuenta, además, con el argumento complementario de la inclusión del artículo 41 dentro del capítulo que la LSA dedica a las aportaciones en general,

(11) Entre los autores alemanes, el tema de si el sistema de garantías establecido para las adquisiciones onerosas realizadas durante el período inicial son de aplicación a los aumentos del capital social realizados con posterioridad a dicho período, ha sido objeto recientemente de un muy interesante debate, en el que se han sometido a revisión los fundamentos y las consecuencias de la casi centenaria doctrina de las aportaciones encubiertas ("Lehre von der verdeckten Sacheinlagen"). Esta interesante doctrina —cuyas implicaciones no es posible considerar ahora— parte de la idea de que el régimen jurídico sobre la *Nachgründung* constituye manifestación de una prohibición general de elusión ("Umgehung") de las normas en materia de aportaciones no dinerarias en el derecho de las sociedades de capital. Por ello, no sólo deben entenderse sometidas al régimen de cautelas específicamente previstas para el período inicial las adquisiciones onerosas realizadas en dicho período cuya contraprestación alcance o supere un determinado importe, sino también aquellas otras que tengan lugar tras los sucesivos aumentos del capital social, una vez finalizado dicho período. Formulado bajo la vigencia del HGB de 1987 y bajo la vigencia de la *AktG* de 1937, la *doctrina de las aportaciones encubiertas* es hoy comúnmente aceptada por los autores y por la jurisprudencia [v. M. LUTTER: "Verdeckte Leistungen und Kapitalschutz", en *Festschrift für E. Stiefel,* 1987, págs. 505 y sigs., y, sobre todo, el fundamental trabajo de M. LUTTER y Ch. GEHLING: "Verdeckte Sacheinlagen. Zur Entwicklung der Lehre und zu den europäischen Aspekten", en *WM,* 43 (1989), págs. 1445 y sigs., con completas referencias doctrinales y jurisprudenciales].

En los últimos años, sin embargo, algunas voces aisladas han combatido con variados argumentos la referida doctrina. Las tímidas observaciones de T. BERGMANN: "Die verschleierte Sacheinlage be AG und GmbH", en *AGE,* 1987, págs. 57 y sigs., han dejado paso a la crítica de J. WILHELM: "Kapitalaufbringung und Handlungsfreiheit der Gesellschaft nach Aktien- und GmbH- Recht", en *ZHR,* 152 (1988), págs. 333 y sigs. (en particular, págs. 349 y sigs.) y a la monografía de W. MEILICKE: *Die "verschleierte" Sacheinlage, Eine deutsche Fehlenentwicklung,* Stuttgart, 1989. Escrito con muy agudos argumentos, desde la experiencia profesional de un caso determinado ("IBH/General Motors"), el libro del abogado W. Meilicke ha merecido inmediata atención (v. la recensión de Ch. IHRING, en *ZHR,* 153 [1989], pág. 354; v. también la análoga argumentación de JOOST, en *ZIP,* 1990, págs. 549 y sigs.), incluso fuera de Alemania (v. la extensa síntesis de M. S. SPOLIDORO: "L'elusione delle norme sui conferimenti in natura: un dibattito in Germania", en *Riv. Soc.,* 1989, págs. 1195 y sigs.).

No obstante, el intento de revisión debe considerarse fracasado: a la crítica a que el libro ha sido sometido [v. especialmente M. LUTTER y Ch. GEHLING, en *WM,* 43 (1989), págs. 1448 y sigs., y también M. LUTTER, en *Kölner Kommentar,* 2.ª ed., § 183, Anm. 69 y sigs.], y a la rápida y generalizada defensa de la doctrina de las *aportaciones encubiertas* [v., con distintos matices, H. HENZE, "Zur Problematik der *verdecken (verschleierten) Sacheinlagen* im Aktien- und GmbH-Recht", en *ZHR,* 154 (1990), págs. 105 y sigs.; P. ULMER: "Verdeckte Sacheinlage im Aktien- und GmbH-Recht", *ibidem,* págs. 128 y sigs., y P. O MÜLBERT: "Das *Magische Dreieck* der Barkapitalaufbringung", *ibidem,* págs. 145 y sigs.] se añade el hecho de que el *Bundesgerichtshof* haya afirmado con decisión la validez de esta doctrina tradicional precisamente al resolver el primero de los casos que justificaron la monografía de W. Meilicke [BGH-Urt. 15 de enero de 1990-II ZR 164/88 (IBH/Lemmerz), en *WM,* 44 (1990), pág. 222, y en *ZIP,* 1990, págs. 156, y las observaciones críticas de FREY, *ibidem,* págs. 228 y sigs.; para los antecedentes, v. LG Mainz, en *AG,* 1987, págs. 221, y OLG Koblenz, en *AG,* pág. 242].

aplicable tanto a las aportaciones que se efectúan en el momento fundacional como a las posteriores, en lugar de figurar dicho artículo en el capítulo de la constitución de la sociedad, como sería más adecuado de proteger únicamente al capital fundacional. Sin embargo, esta aplicación extensiva está en contradicción con la expresa opción de la Directiva 77/91/CEE (12) y de la legislación española. La norma comunitaria y las normas españolas —la anterior y la vigente— han partido del presupuesto de que los riesgos que afectan al capital social son más intensos en la primera etapa de vida de la sociedad. Por esta razón han predispuesto para ese período inicial una *norma especial* que tutela por igual a socios y a terceros. Dado que la mortandad societaria es proporcionalmente más elevada en las sociedades de pocos años que en aquellas de vida media o larga, se ha considerado oportuno introducir algunas cautelas que garanticen durante ese auténtico "período sospechoso" la realidad y la integridad del capital social. Podrá discutirse el acierto de esta opción de política legislativa o la duración del período inicial; pero, a nuestro juicio, carece de fundamento cualquier intento de convertir esta norma especial en una norma general. El artículo 41 LSA no contiene una norma de tutela del capital social operante a lo largo de la vida de la sociedad (13). Ni siquiera contiene una norma que tutele el capital fundacional. El artículo 41 LSA contiene una norma que defiende la realidad y la integridad del capital social única y exclusivamente *durante los dos primeros años a partir de la constitución (y de la transformación de la sociedad).* Transcurrido el *tempus clausum,* se ofrecen a los interesados los remedios generales del Derecho privado (simulación, negocio indirecto, fraude de ley), incluida, en su caso, la acción de responsabilidad contra los administradores.

La inaplicabilidad del artículo 41 LSA, una vez transcurrido el bienio inicial, a las adquisiciones onerosas que, por razón de la cuantía de la contraprestación, estarían sujetas, limita el ámbito normativo, pero simultáneamente pone de manifiesto el endeble andamiaje que, en el plano de los principios generales —o, si se prefiere, de la justificación de la solución legal—, caracteriza a la opción efectuada. Este es precisamente el error de concepción: covertir en norma de tutela del capital social —aunque sólo

(12) La importancia de esta opción de la Directiva 77/91/CEE es minimizada por los defensores de la doctrina alemana de las aportaciones encubiertas; cfr. M. LUTTER y Ch. GEHLING, en *WM,* 43 (1989), págs. 1456 y sigs.; C.T. EBENROTH y T. KRÄUTTER: "Der Einfluss der 2, gesellschaftsrechtliche EG-Richtline auf die Lehre von der verdeckten Sacheinlagen bei der Aktiengesellschaft", en *DB,* 1990, págs. 2153 y sigs.

(13) Frente al criterio general de las legislaciones de los Estados miembros de la CE, el artículo 29 del *Código das Sociedades Comerciais* portugués de 1986 —sin duda, influido por la doctrina alemana de las "verdeckte Sacheinlage"— extiende expresamente el régimen de las aportaciones no dinerarias encubiertas a las adquisiciones que se efectúen en los dos años siguientes a cualquier ampliación del capital social.

durante un período de tiempo determinado— una norma concebida originariamente como un instrumento auxiliar para impedir muy concretas y determinadas maniobras fraudulentas. Al no haber permanecido en las fronteras propias de la fundación retardada —con mera función vicaria del régimen jurídico de las aportaciones *in natura*—, la norma queda funcionalmente desdibujada.

3.2. *Los defectos de adaptación*

Los principales —que no los únicos— defectos de adaptación consisten en no haber previsto la publicidad del informe del experto independiente y en no extender el régimen legal a la transformación de otra sociedad anónima.

3.2.1. La publicidad del informe

El artículo 11 de la Directiva 77/91/CEE exige que las adquisiciones onerosas sujetas sean objeto de una verificación y de una publicidad análogas a las previstas en el artículo 10 de la misma Directiva. La Ley 19/1989 adapta correctamente el Derecho español por lo que se refiere a la verificación, al establecer la necesidad de un informe "elaborado por uno o varios expertos independientes designados conforme al procedimiento establecido en el artículo 38" (v. art. 41.1, párrafo segundo, LSA), si bien no precisa qué autoridad administrativa o judicial es la competente para designar o habilitar a dichos expertos (v. art. 10.2 Directiva 77/91/CEE), laguna que puede ser colmada por analogía acudiendo a lo establecido para la valoración de las aportaciones no dinerarias (v. art. 38.1 LSA). Sin embargo, sorprende extraordinariamente el olvido de la exigencia de la publicidad del informe (14).

La Directiva disciplina esa publicidad a través de una doble remisión: el artículo relativo a las adquisiciones onerosas (v. art. 11.1) se remite al

(14) Este grave defecto del artículo 41 LSA es aún más incomprensible si se tiene presente que fue oportunamente puesto de manifiesto en relación con el texto prelegislativo del que deriva (v. R. GARCÍA VILLAVERDE: "La constitución y el capital de las sociedades en la CEE", en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho comunitario europeo,* Madrid, 1986, III, pág. 238) y que durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley se presentó una muy pertinente enmienda para conseguir la introducción de la exigencia de publicidad del informe (v. *BOCG,* Congreso de los Diputados, III Leg., Serie A, 24 de junio de 1988, núm. 80-6, pág. 192).

artículo sobre aportaciones no dinerarias (v. art. 10.3), y éste a la 1.ª Directiva (v. art. 3 Directiva 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968). De este modo, el informe mismo queda sometido, bien a depósito, bien a inscripción, según cual sea el sistema de publicidad que cada Estado miembro haya seguido al incorporar la 1.ª Directiva (art. 3.1 y 2, Directiva 68/151/CEE), debiendo publicarse en el *Boletín* nacional designado por cada Estado miembro, bien íntegramente, bien por extracto (art. 3.6, Directiva 68/151/CEE) (15).

Sin embargo, la exigencia de publicidad en el tema que nos ocupa es técnicamente defectuosa por cuanto que las formalidades de publicidad del informe son independientes de la aprobación o no de las adquisiciones onerosas por parte de la Junta General. De ahí que, con buen criterio, alguna legislación estatal sólo imponga su observancia cuando la Junta General efectivamente apruebe la operación (16).

Dado el sistema seguido por el Derecho español en materia de publicidad (v. arts. 16 y 21 CCom, en la redacción dada por la Ley 19/1989, de 25 de julio) —sistema cuya adecuación o inadecuación a la Directiva 68/151/CEE no es posible analizar en este momento—, el informe pericial sobre las adquisiciones onerosas tendría que depositarse en el Registro mercantil en el que figure inscrita la sociedad, del mismo modo que se deposita el informe pericial sobre aportaciones no dinerarias (v. arts. 38.3 LSA y 133.2 RRM), pudiendo cualquier interesado obtener copia del mismo (v. art. 23.1 CCom). Una vez depositado, el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* debería publicar la correspondiente noticia con los datos esenciales de dicho informe.

El silencio de la Ley 19/1989, de 25 de julio, sobre este punto —que ha de interpretarse a la luz del principio de *numerus clausus*, tanto de los depósitos documentales en el Registro Mercantil como de la publicidad en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* de la noticia de lo depositado— no sólo supone la incompleta adaptación del Derecho español, sino que

(15) A diferencia del Derecho alemán (§ 52.6 *AktG),* la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre (art. 11) no exige que se deposite o inscriba en el Registro el contrato, sino únicamente el informe emitido sobre la operación por el experto independiente.

(16) Mientras que algunas legislaciones se limitan a reproducir la exigencia de la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, otras establecen interesantes matices. En el Derecho holandés, por ejemplo, el depósito del informe debe efectuarse "en el plazo de ocho días a partir de la operación o, en su caso, de la aprobación, en el supuesto de que ésta fuese concedida con posterioridad" [art. 94.5.*c)* del Libro II CC). En el Derecho italiano, la *relazione giurata* del experto independiente tiene que depositarse por los administradores de la sociedad como documento anejo al acta de la Junta General que hayan aprobado la operación, dentro de los treinta días siguientes al de la aprobación de dicha acta. El *Boletín Oficial* de las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada debe publicar la mención de que el depósito se ha efectuado (art. 2.343 bis, párrafo 3.º, CC).

añade grados de ineficacia al régimen legal: los terceros no conocerán, ni por el Registro ni por el *Boletín Oficial del Registro Mercantil,* que el informe ha sido emitido. Sin embargo, la necesaria reforma del nuevo Derecho español no debe limitarse a introducir esas formalidades de publicidad respecto del informe pericial. Es aconsejable conectar de algún modo el informe a la aprobación de la Junta General: si la Junta General no aprueba la operación, la publicidad del informe pericial carece por completo de sentido.

3.2.2. La transformación en sociedad anónima

El segundo defecto de adaptación —como ya se ha señalado— consiste en no haber extendido el régimen legal sobre adquisiciones onerosas a los casos de *transformación* de otra sociedad anónima. La Directiva 77/91/CEE exige que, hasta la posterior coordinación de las legislaciones estatales, los Estados miembros adopten las medidas necesarias "para que se den, al menos, unas garantías idénticas a las previstas por los artículos 2 al 12 en caso de transformación de una sociedad de otro tipo en sociedad anónima" (art. 13). Esa remisión en bloque a los citados artículos incluye lógicamente la remisión al artículo 11, cuyo único significado tiene que ser el de que el mismo régimen previsto para las adquisiciones onerosas, cuando la adquisición tenga lugar antes de la expiración de un plazo fijado por la legislación estatal en, al menos, dos años a partir del momento de la constitución de la sociedad o del momento de la obtención de la autorización para comenzar sus actividades, se aplica en caso de transformación en sociedad anónima. Al igual que en el Derecho alemán (17), la constitución y la transformación se equiparan así en materia de adquisiciones onerosas: no sólo hay período sospechoso durante un determinado

---

(17) La aplicación del régimen de las adquisiciones onerosas a la fase inmediatamente posterior a la transformación en sociedad anónima es exigencia que contiene el Derecho alemán para los casos de transformación de sociedad en responsabilidad limitada (§ 378.1 y 4 *AktG* 1965; v. W. ZÖLLNER, en *Kölner Kommentar,* III, § 378, Anm. 19) o de sociedad de personas en una sociedad por acciones (cfr. § 41.2 *Umwandungsgesetz* de 6 de noviembre de 1969; sobre esta Ley, v. S. WIDMANN y R. MAYER: *Umwandlungsrecht,* 2.ª ed., Bonn, 1981 [12, Aktualisierung]; v. en particular § 41, Rz. 801).

En el *Diskussionsentwurf* de una "Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts" (Text mit Begrundung, Bundesanzeiger Nr. 214 a, 1988) se mantiene la misma solución (cfr. §§ 280 y 304). Sobre este proyecto, v. los estudios monográficos publicados bajo el título genérico *Die Reform von Umwandlung und Fusion,* en *ZGR,* 1990, págs. 391 y sigs.

En el Derecho británico, la norma sobre adquisiciones onerosas encubiertas se aplica también en caso de *re-registration* de una *company* en *public company* (v. Section 104.3 *Companies Act* 1985).

plazo a partir de la constitución; también lo hay a partir de la transformación. El régimen jurídico de las adquisiciones onerosas *post transformationem* puede ser idéntico al régimen jurídico *post constitutionem* o, por el contrario, ser más riguroso. Lo que en modo alguno autoriza la 2.ª Directiva es que, transformada en anónima una sociedad, no se aplique a la sociedad transformada el mismo régimen de cautelas que el establecido para la sociedad recién constituida (18).

Probablemente la Directiva 77/91/CEE haya ido demasiado lejos en esta equiparación absoluta entre constitución y transformación. En particular, no se advierten suficientes razones para que la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada, con varios años de existencia, en sociedad anónima comporte para la sociedad transformada el sometimiento al régimen jurídico de las adquisiciones onerosas. Pero, con todo, en este punto el Derecho español evidencia, una vez, más, una defectuosa adaptación (19).

II. REGIMEN JURIDICO

1. AMBITO DE APLICACIÓN

Para que proceda la aplicación del régimen legal es necesario que se trate de adquisiciones onerosas dentro de los dos primeros años a partir de la constitución de la sociedad y por un importe superior a la décima parte del capital social (art. 41 LSA). Se encuentran sometidas al conjunto de cautelas establecido por el artículo 41 LSA aquellas operaciones que reú-

(18) Al igual que en materia de publicidad del informe pericial (v. *supra,* nota 14), la necesidad de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, fue advertida durante la tramitación parlamentaria de la que habría de ser Ley 19/1989, de 25 de julio (BOCG, Senado, III Leg., Serie II, 10 de mayo de 1989, número 304 b, págs. 100 y sigs.). Para la crítica del proyecto de Ley por este defecto de adaptación, v. A. ROJO: "La transformación de sociedades anónimas", en I. QUINTANA (dir.): *El nuevo derecho de las sociedades de capital,* Zaragoza, 1989, pág. 202, y en *RCDI,* LVI (1989), págs. 46 y sigs.

(19) El hecho de que el artículo 41 LSA sólo se refiera a la Constitución no debe ser argumento suficiente para defender que, en el Derecho español vigente, el sistema de garantías contenido en ese artículo no es aplicable a los supuestos de transformación en sociedad anónima. La solución favorable a la aplicación no debe fundamentarse tanto en la relativa analogía entre constitución y transformación o en la *ratio* del artículo 41 LSA (v. J. BOLÁS: "La transformación social", en *AAMN,* XXX-I, Madrid, s.f. [pero 1991], págs. 787 y sigs.), cuanto en aquel principio que exige interpretar el Derecho nacional "a la luz del texto y de la finalidad" de la Directiva [v. a propósito de la Directiva 68/151/CEE, de 9 de marzo, la STJ de la CE (6.ª Cámara) de 13 de noviembre de 1990; asunto C-106/89].

nan los tres siguientes requisitos: un requisito de fondo, un requisito cuantitativo y un requisito temporal.

1.1. *El requisito de fondo. Concepto de "adquisición". El objeto de la adquisición*

El que hemos denominado *requisito de fondo* se refiere a la clase o naturaleza de la operación: debe tratarse de adquisición de bienes a título oneroso. Al utilizar el término *adquisición* —que es también el de la Directiva—, la LSA abre un delicado problema como consecuencia de la vigencia, en el Derecho español, del *sistema del título y del modo* para la transmisión de la propiedad de bienes y derechos (20). Si el referido término se interpretase en sentido literal, presupuesto de la aplicación de la norma sobre adquisiciones onerosas, sería precisamente que la adquisición de la propiedad del bien o de la titularidad del derecho se produzca dentro del bienio inicial. Con esta interpetración quedaría fuera del régimen legal de cautelas no sólo el caso de adquisición de bienes futuros, sino una amplia gama de supuestos en los que, concluido el contrato traslativo dentro del período de dos años a partir de la constitución de la sociedad, la adquisición del bien o del derecho tiene lugar con posterioridad a ese período. Por ello, a nuestro juicio, es imprescindible interpretar la norma desplazando el centro de atención *desde el modo al título de adquisición.* Objeto de informe, publicidad y aprobación no son las adquisiciones, sino los contratos traslativos, entendiendo por tales aquellos de los que nazca la obligación de transmitir la propiedad del bien o del derecho, siempre, naturalmente, que reúnan los requisitos de cantidad y tiempo establecidos por la Ley, es decir, que se concluyan durante el bienio inicial y que generen para la sociedad una obligación por importe superior a la décima parte del capital social. Es indiferente el momento en que la adquisición se vaya a producir. Es indiferente que el acto o contrato se encuentre sometido a condición o a término. Incluso es indiferente que, en la estructura del contrato, la adquisición de la propiedad sea meramente eventual, estando subordinada al ejercicio de una opción por parte de la sociedad (v. gr.: un contrato de *leasing).* Lo relevante es el acto o contrato del que, directa o indirectamente, deriva la obligación de transmitir, y no la transmisión misma.

---

(20) Bajo la vigencia de la LSA 1951, el problema no había pasado inadvertido a J. GIRÓN: *Ob. loc. ult. cit.:* "Al utilizarse la palabra *adquisiciones",* escribía, "queda la duda de si, tratándose de negocios obligatorios concluidos en el período fundacional, también habrán de seguirse las prescripciones del texto legal; parece que la regla está en examinar el caso, en función de la finalidad perseguida por las disposiciones que se establecen".

Pero problemas de interpretación se plantean también cuando se considera el *objeto* del contrato traslativo. Mientras que la Directiva habla de adquisición de "cualquier activo" (art. 11.1), la Ley española se refiere a la adquisición de "bienes" (art. 41.1). La fórmula comunitaria, mucho más precisa, enlaza con la que la misma Directiva utiliza para referirse al objeto de la aportación social (art. 7). Ello es lógico si se considera que, en la Directiva 77/91/CEE, la función de la norma es combatir las aportaciones no dinerarias encubiertas y, aunque la propia Directiva permite a los Estados miembros ampliar el ámbito de las adquisiciones sujetas, por razón de la persona del transmitente, y, consiguientemente, ampliar las funciones de la norma que incorporan, el paralelismo con el objeto de las aportaciones no dinerarias se mantiene. Cierto que, al ocuparse de las adquisiciones onerosas, la Directiva 77/91/CEE no exige expresamente que los elementos del activo objeto de la adquisición sean susceptibles de valoración económica; pero, a pesar de ello, la identidad entre el objeto de la aportación y el objeto de la adquisición es absoluta: que los bienes y derecho objeto de la adquisición tienen que ser necesariamente susceptibles de valoración económica se deduce tanto del carácter oneroso de la adquisición como de la exigencia de verificación por experto. En el Derecho español, auque sean más amplias las funciones de la norma sobre adquisiciones onerosas, el criterio de la identidad debe entenderse igualmente existente. La distinta terminología que, respecto de la Directiva, utiliza la LSA al referirse al objeto de la aportación y al objeto de la adquisición (arts, 36.1 y 41.1) no puede considerarse significativa (21). El defecto de expresión del artículo 41 LSA ("bienes" en lugar de "cualquier activo") debe interpretarse a la luz de la norma comunitaria. Caen, pues, dentro del ámbito de la norma tanto las adquisiciones de bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, como las adquisiciones de derechos, incluidas las de un crédito frente a tercero o frente a la propia sociedad adquiriente. Las adquisiciones no tienen por qué ser a título de propiedad; pueden ser a título de uso (usufructo, arrendamiento, etc.).

Estas puntualizaciones sirven para poner de manifiesto que, con la norma en examen, ni la Directiva 77/91/CEE, ni la Ley española, tratan de evitar cualquier conflicto de intereses entre sociedad y transmitente que durante el período inicial pueda producirse. En este sentido, precisamente porque los servicios no pueden constituir objeto de aportación social, no

(21) El término "bienes" también era utilizado por el último párrafo del artículo 32 de la LSA de 1951, de donde lo toma el artículo vigente. Con referencia a dicho antecedente escribía J. GIRÓN, *ob. cit.*, pág. 155. "La palabra bienes no debe tomarse en un sentido muy estricto si se quiere salvar la función complementaria de estas normas respecto de las referentes a aportaciones *in natura;* en puridad, lo que puede ser objeto de esta clase de aportación es lo que debe comprenderse bajo ese concepto (...)".

están sometidos al régimen de cautelas los contratos de prestación de servicios en favor de la sociedad, aunque se concluyan dentro de dicho período y aunque la retribución a percibir por quien se obliga a prestarlos alcance o supere el límite cuantitativo del diez por ciento. Esta conclusión es válida aunque el contrato se hubiera concluido con un fundador de la sociedad o con uno de sus administradores.

En fin, la adquisición de cualquier elemento del activo tiene que ser *a título oneroso* (compraventa, permuta, dación en pago, etc). Se excluyen, por consiguiente, aquellas adquisiciones de bienes en las que la sociedad no realiza o no se obliga a realizar contraprestación alguna.

1.2. *El requisito cuantitativo: importe de la contraprestación. Aumento del capital durante el período inicial*

El *requisito cuantitativo* consiste en que el importe de la adquisición exceda de la décima parte del capital social. En ese punto existe una pequeña diferencia entre la Directiva 77/91/CEE y la LSA. Para la primera, el contravalor debe ser "de al menos una décima parte del capital social" (art. 11.1); para la segunda, no es suficiente con que alcance dicho porcentaje: debe superarlo (art. 41.1 LSA).

Por importe de la adquisición hay que entender el coste de la contraprestación a que se obliga la sociedad (precio, canon, etc). Si la contraprestación consiste en dinero, el cálculo no plantea especiales dificultades. Es indiferente que el precio sea al contado o a plazos y que el vencimiento de todos o de alguno de los plazos se produzca fuera del período inicial. Si la parte aplazada devengase intereses, deberán incluirse éstos en el cálculo de la contraprestación. Si consistiera en bienes distintos del dinero será preciso que el experto los valores a fin de poder realizar el cálculo del porcentaje respecto de la cifra del capital social.

La décima parte se calcula respecto del capital social suscrito y no respecto del capital social desembolsado. Por lo general, la cifra en base a la cual se calcula ese porcentaje será la del capital fundacional; pero si la sociedad hubiera aumentado el capital *en este período inicial* (22), será

(22) A diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán, en el que, en virtud del carácter constitutivo de la inscripción, el aumento de capital social sólo es eficaz desde la inscripción en el Registro Mercantil de la modificación estatutaria correspondiente (§ 181.3 *AktG* 1965), y ello no sólo en el plano externo, sino también en el interno (v. W. ZÖLLNER, en *Kölner Kommentar*, 2.ª ed., V, § 181, Anm. 49), en el Derecho español la Ley guarda silencio sobre tan importante cuestión. Al igual que en el Derecho anterior (J. GARRIGUES y M. OLIVENCIA: *ComLSA*, II, pág. 290; F. VICENT CHULIÁ: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 2.ª ed., I, Barcelona, 1986, pág. 440), habrá quien defienda que, incluso para los socios, sólo mediante la inscripción puede considerarse aumentado

la nueva cifra, y no la primitiva, la que deberá ser tomada en consideración (23). Para determinar si una determinada adquisición se encuentra o no sujeta al régimen de cautelas, los administradores deben atender a la cifra del capital del *momento* de la aprobación por la Junta General, y no a la fecha de la conclusión de contrato o a la fecha de la transmisión.

El cálculo del porcentaje tiene que efectuarse de forma independiente y autónoma respecto de cada adquisición. Sin embargo, el fraude de dividir una adquisición económicamente unitaria en varias diferentes y sucesivas tiene que ser evitado mediante la consideración como una sola de todas las adquisiciones procedentes de un mismo transmitente o de persona que actúe por cuenta de éste (24).

---

el capital social, encontrando en la LSA algún argumento en que fundamentar esta conclusión (v. art. 162.2 LSA). A nuestro juicio, sin embargo, la tesis de la eficacia constitutiva de la inscripción del aumento no es correcta en el Derecho español: *en el plano interno* el aumento producirá efectos desde que los administradores constatan que se ha producido el desembolso correspondiente, declarando elevando el valor nominal de las acciones y, por ende, del capital, o adjudicando las nuevas acciones, si como es lo más frecuente— es ésta la modalidad del aumento. En el caso de que el aumento se realice con cargo a reservas, se entenderá aumentado el capital desde el acuerdo mismo, salvo que del mismo se deduzca lo contrario.

(23) Es ésta opinión generalizada en la doctrina alemana, tanto bajo la *AktG* de 1937 (v. M LUTTER: *Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in der Aktien-, und GmbH-Rechten der EWG*, Karlsruhe, 1964, pág. 310, con referencias) como en el Derecho actual (v. C. H BARZ: *AktG Grosskommentar*, I, § 52, Anm. 2, A. KRAFT: *Kolner Kommentar*, I, § 52, Anm. 14). Expresamente resuelve la cuestión en el sentido expresado en el texto el Derecho portugués (aunque con carácter general, y no únicamente respecto de los aumentos del capital social durante el período inicial, v. art. 29.1, letra *c), Códigos das Sociedades Comerciais).*

(24) El posible fraude —frente al que ya ponía en guardia la doctrina española bajo la vigencia de la LSA de 1951 (v , por todos, J. GARRIGES y M. OLIVENCIA, *ComLSA*, I, pág. 370)— plantea algunas importantes cuestiones. La principal es, sin duda, la de si la consideración unitaria afecta a todos aquellos actos o contratos traslativos concluidos con un mismo transmitente dentro de los dos primeros años a contar desde la constitución de la sociedad, o únicamente aquellos que fueran simultáneos o estuvieran escasamente separados en el tiempo. En realidad, es más que dudoso que el fraude pueda presumirse por el simple hecho de que, durante los dos primeros años a contar de la constitución, la sociedad concluya dos o más contratos traslativos con el mismo transmitente, superando la suma de las contraprestaciones el porcentaje establecido por la Ley. Para un planteamiento adecuado de este importante tema parece necesario combinar dos parámetros diferentes: de un lado, la mayor o menor proximidad temporal de los contatos traslativos; de otro, el objeto de la adquisición, es decir, la unidad funcional o heterogeneidad de lo que se transmite [cfr. M. S. SPOLIDORO, en *Nuove Leggi civ. comm.*, XI (1988), pág. 55]. Naturalmente, si varias adquisiciones formalmente autónomas merecen una consideración unitaria, tanto los informes exigidos por la Ley como la aprobación por la Junta General tienen que referirse al conjunto y no únicamente al último contrato traslativo por cuya virtud la sociedad se obliga al pago de una contraprestación que, sumado a los pagos realizados o pendientes de realizar al mismo transmitente por las transmisiones anteriores, alcance o supere el diez por ciento del capital social.

1.3. *El requisito temporal: el período inicial "dies a quo". Adquisiciones onerosas en nombre de sociedad en formación*

El *requisito temporal* consiste en que el acto o contrato del que derive la transmisión o la obligación de transmitir tenga lugar dentro de los dos primeros años a partir de la constitución de la sociedad (25).

Dos son los principales problemas que suscita este requisito: el primero es el relativo a la determinación del *dies a quo;* el segundo, el del régimen de las adquisiciones por la sociedad anónima en formación.

Para la determinación del *dies a quo*, la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, recurre a fórmula relativamente flexible: el período de adquisiciones sujetas al régimen de cautelas se inicia "a partir del momento de la constitución de la sociedad o del momento de la obtención de la autorización de comenzar sus actividades" (art. 11.1). El Derecho español vigente, por el contrario, reproduciendo la expresión del derecho anterior, se refiere exclusivamente a la constitución de la sociedad (26). Sin embargo, la expresión legal empleada no es suficientemente clara, por lo que es previsible que sea éste un tema objeto de debate. En efecto, en el Derecho actual, como consecuencia de una patente falta de coordinación, coexisten textos favorables a cada una de las dos interpretaciones posibles: constitución como escritura pública de constitución y constitución como inscripción registral. Con todo, es forzoso reconocer que prevalecen los textos favorables a la equiparación entre constitución y escritura pública de constitución (27). En todo caso, si los argumentos literal

---

(25) Aunque la Directiva 77/91/CEE permite que las legislaciones de los Estados miembros determinen la duración de ese período siempre que, como mínimo, sea de dos años, la regla ha sido fijarlo precisamente en esos dos años.

(26) En la Companies Act de 1985 (Section 104.2), el *inicial period* comienza "with the date of the company being issued with a certificate under section 117 (...) that it was entitled to do business". Sin embargo, las legislaciones de los Estados miembros suelen fijar como *dies a quo* el día de la inscripción registral [v. § 52.1 *AktG* 1965; art. 157.1 Ley francesa de Sociedades Comerciales; art. 2-343 bis *Codice Civile* italiano; art. 94.*c)*, Libro II, Código Civil holandés]. En el Derecho alemán, además, en caso de transformación, está expresamente previsto que los dos años se cuenten desde la inscripción de la escritura de transformación (§ 378.4 *AktG* 1965).

La contraria tesis de la constitución es seguida por el Derecho belga (v. art. 29, quarter 1, en relación con art. 29.4 de las *Lois coordonnées)* y por el Derecho portugués: el contrato del que provenga la adquisición es el concluido antes de la celebración del contrato de sociedad, simultáneamente con éste o en los dos años siguientes *a la escritura* del contrato de sociedad o de aumento del capital social [art. 29.1, letra *c)*, del *Código das Sociedades Comerciais*].

(27) Bajo la vigencia de la LSA de 1951, en un contexto legal distinto del actual, la doctrina española interpretaba el término "constitución" que empleaba el último párrafo del artículo 32, como equivalente a inscripción registral (cfr. J. GARRIGUES y M. OLIVENCIA, *ComLSA*, I, pág. 370; en el mismo sentido, A. BERGAMO: *Las acciones,*

y sistemático no son definitivos, tampoco lo es el argumento teleológico: de una parte, los defensores de la equiparación entre constitución y escritura de constitución podrán alegar que, de considerar que los dos años se cuentan desde la fecha de la inscripción, el régimen de cautelas para las adquisiciones onerosas podría burlarse fácilmente realizando la adquisición en el período intermedio entre la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución y la fecha de producción de efectos de la inscripción general (v. art. 55 RRM). De otro lado, para los partidarios de la tesis de la inscripción, el régimen de las adquisiciones *ante constitutionem* será el que, con carácter general, establece la Ley para los actos y contratos en nombre de la sociedad en formación y, en su caso, de la sociedad irregular (arts. 15 y 16 LSA). Pero es que, además, desde esta última perspectiva, carece de sentido someter la adquisición a un doble trámite de autorización: antes de la realización de la adquisición (art. 41 LSA) y en los tres meses siguientes a la inscripción (art. 15 LSA) (28).

El segundo problema está íntimamente enlazado con el anterior. La Ley, al igual que la Directiva 77/91/CEE, sólo se ha preocupado de las aportaciones no dinerarias encubiertas desde la constitución de la socie-

---

Madrid, 1970, I, pág. 488; a lo que parece, sigue esta misma tesis J. GIRÓN. *Ob. cit.*, pág. 154). Sin embargo, M DE LA CÁMARA: *Ob. cit.*, I-1.ª, pág. 480, consideraba que "constitución" equivale a "acto constitutivo", es decir, a escritura pública de constitución.

En el Proyecto de la que habría de ser Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, el tema tenía una respuesta clara: tanto en caso de fundación simultánea como en caso de fundación sucesiva, "la sociedad se entenderá constituida cuando se haya inscrito en el Registro Mercantil" (art. 11 LSA en la redacción dada por el art. 3 de dicho proyecto de Ley; BOCG, Congreso de los Diputados, III Leg., Serie A, 22 de abril de 1988, núm. 80-1, pág. 11). Sin embargo, esa expresa solución (que no hacía sino reproducir la del art. 11 del anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1979) se suprime por el Congreso de Diputados, muy probablemente a instancias del Ministerio de Justicia [BOCG, Senado, III Leg., Serie II, 28 de abril de 1989, núm. 304.*a)*, pág. 16]. Una vez aprobada la Ley, son muchos los esfuerzos por dejar patente el cambio de criterio: se aprecian tanto en el título que en el Texto Refundido se da al artículo 7 LSA ("Constitución e inscripción") como en el Reglamento del Registro Mercantil (art. 94.1).

En el Derecho vigente hay textos claramente en favor de la equiparación entre escritura de constitución y acto constitutivo [arg. ex art. 34.1, letra *d)*, LSA], pero no faltan restos de la concepción del proyecto de Ley. Así, en la escritura de constitución es necesario expresar la cuantía total, al menos aproximada, de los gastos de constitución, tanto de los ya satisfechos como de los meramente previstos hasta que la sociedad *quede constituida* [art. 8, letra *d)*, LSA, cuya redacción se separa muy significativamente del art. 3, letra *j)*, de la Directiva 77/91/CEE]

(28) En favor de la tesis de la inscripción, v. V. M. GARRIDO DE PALMA, en V. M. GARRIDO DE PALMA y otros: *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, 3.ª ed., Madrid, 1990, pág. 155. Por su parte, con criterio exclusivamente práctico, J. A. GARCÍA VALDECASAS BUTRÓN. "Adquisiciones no dinerarias y adquisiciones onerosas en la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas", en *RCDI*, LVI (1989), págs. 762 y sigs., propone contar el período de dos años a partir de la fecha de comienzo de las operaciones.

dad, sin percatarse de que el riesgo que trata de eliminar también existe en la sociedad en formación o en constitución: los gestores o los administradores, antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, adquieren determinados bienes por importe superior a la décima parte del capital social, aceptándose la adquisición por la sociedad dentro del plazo de tres meses a contar desde la inscripción (art. 15.2 LSA) (29). Incluso aunque se defendiera que la aceptación por la sociedad exige acuerdo de la Junta General (por no considerar suficiente, ante el persistente silencio legal, la aceptación por el órgano administrativo), el fraude del sistema de garantías predispuesto para evitar aportaciones no dinerarias encubiertas es fácil de cometer: la "aportación encubierta" no es objeto de informe de experto independiente como tendría que ser si formalmente se presentara como tal (art. 38 LSA) o si la adquisición del bien tuviera lugar dentro de los dos años siguientes a la constitución de la sociedad (art. 41.1).

A la vista de esta posibilidad, no faltarán quienes consideren imprescindible aplicar a la sociedad en formación el sistema de garantías del artículo 41 LSA. Pero esta conclusión, a nuestro juicio, exige alguna matización. La sociedad en formación está sometida a un régimen jurídico en el que encuentran tutela los intereses de los socios y de los terceros (v. art. 15). Añadir a las cautelas establecidas para esa fase transitoria las cautelas predispuestas para la tutela del capital social durante el período inicial de vida de la sociedad ya formada resulta excesivo. Por ello, como solución de compromiso quizá fuera conveniente ensayar una interpretación integradora, según la cual la adquisición onerosa anterior a la inscripción se entiende sometida al régimen general previsto para los actos concluidos en nombre de la sociedad en formación; pero la ratificación del contrato en los tres meses siguentes a la inscripción registral debería realizarse observando las exigencias de informes, publicidad y aprobación por la Junta General establecidas para las adquisiciones onerosas (30).

---

(29) Naturalmente, esta aceptación no será precisa si el acto del que proviene la adquisición hubiera sido realizado por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la adscripción o las personas a tal fin designados por todos los socios en virtud de mandato específico (art. 15.2 LSA). Cfr. J. D. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ. "La sociedad en proceso de formación y la sociedad irregular", en AA.VV.: *La reforma del Derecho español de sociedades de capital,* Madrid, 1987, págs. 195 y sigs.

(30) La mayoría de las legislaciones de los Estados miembros de la CE no ofrecen solución expresa de este problema [v , sin embargo, art. 29.1, letra *c)* del *Código das Sociedades Comerciais*]. En la doctrina francesa, en favor de aplicar a la sociedad en formación el artículo 157.1 de la Ley de Sociedades Comerciales, v. J BARDOUL: "L'achat d'un bien important à un actionnaire, par une société anonyme moins de deux ans après sa constitution", en *Rev Soc.*, 1983, págs. 287 y sigs. En la doctrina italiana, M. S. SPOLIDORO, en *Nuove leggi civ. comm* . XI (1988), pág. 56, considera que, para evitar la elusión del artículo 2.343 bis del Codigo Civil, la ratificación por la sociedad del

2. PRESUPUESTOS DE EFICACIA DE LA ADQUISICIÓN

Dos son los *presupuestos de eficacia* de la adquisición: los informes de los administradores y de expertos independientes y la aprobación de la Junta General (art. 41.1 y 2 LSA).

Mediante la exigencia del acuerdo de la Junta General para las adquisiciones onerosas realizadas por la sociedad dentro de los dos primeros años a partir de su constitución, siempre que el importe de aquéllas exceda de la décima parte del capital social, la Ley atribuye a ese órgano la función de *filtro* de los contratos de adquisición concluidos en nombre de la sociedad durante un período determinado, para lo cual facilita a los accionistas los elementos de juicio indispensables a fin de asegurar la adecuada formación de la voluntad social.

2.1. *Los informes. Forma y contenido*

La Ley exige que con la convocatoria de la Junta General se pongan a disposición de los accionistas un informe elaborado por los administradores y otro elaborado por uno o varios expertos independientes (art. 41.1, párrafo 2.º, LSA). Mientras que en el Derecho anterior únicamente se exigía el primero (art. 32, *in fine*, LSA 1951), en el Derecho vigente, al informe de los administradores *se añade el informe pericial* (31).

Aunque la Ley no lo señala de modo expreso, es evidente que estos informes deberán formularse *por escrito* (32). Respecto del informe del experto independiente, así se deduce claramente por analogía respecto a lo que se dispone en materia de aportaciones no dinerarias (v. art. 309.1 RRM). A la misma conclusión es preciso llegar por lo que se refiere al informe de los administradores: de un lado, porque ambos deben ponerse a disposición de los accionistas. No es la forma escrita, ciertamente, el único medio posible para cumplir con esa obligación de puesta a disposi-

---

contrato incluido antes de la inscripción, cuando reúnan los requisitos de las adquisiciones onerosas sujetas, debe entenderse sometido a las formalidades previstas por dicho artículo, que es también la tesis que defendemos en el texto.

(31) La exigencia de una revisión pericial externa se introduce por primera vez en la *AktG* 1937 (§ 45), de donde pasa a la *AktG* 1965 (§ 52.4), y de ahí a la Directiva 77/91/CEE de 13 de diciembre (art. 11.1). La Ley alemana exige, además, un informe escrito del Consejo de vigilancia (§ 52.3), solución similar —dada la distinta estructura orgánica— a la de la Ley española. El doble informe obligatorio hace a los derechos alemán y español más rigurosos que la Directiva.

(32) Por el contrario, la LSA de 17 de julio de 1951, al referirse al informe de los administradores, exigía expresamente la forma escrita (art. 32, párrafo sexto).

ción. La misma finalidad puede conseguirse a través de otras técnicas (v. gr.: cinta magnetofónica, filme, etc.). Pero, a nuestro entender, al accionista que desee conocer el contenido del informe no puede exigírsele actividad distinta a la de una mera lectura. De otro lado, porque, en rigor, sólo los documentos escritos pueden ser firmados, siendo la firma garantía de la autoría. En fin, por tener éste un mero carácter instrumental del pericial, en el sentido de ser el medio establecido por la Ley para que el experto conozca los datos esenciales de la operación sobre la que es llamado a emitir su opinión profesional.

Por esta razón, es necesario que el informe de los administradores sea *anterior* al informe emitido por el experto o por los expertos independientes (33). Para la práctica de la pericia a él encomendada, el experto tiene derecho a la entrega del informe original de los administradores o, al menos, de una copia del mismo, convenientemente certificada o autenticada.

El informe pericial será emitido por uno o varios expertos (art. 41.1 LSA), designados por el Registrador mercantil (art. 38.1 LSA) del domicilio social (art. 302.1 RRM), conforme al procedimiento establecido para la valoración de las aportaciones no dinerarias (v. arts. 302 y sigs. RRM) (34). Por regla general, el Registrador designará un único experto. Por excepción, podrá nombrar varios cuando los bienes o derechos a adquirir por la sociedad sean de naturaleza heterogénea o, aun no siéndolo, se encuentren en circunscripciones pertenecientes a distintos Registros mercantiles (v. art. 304.2 RRM) (35).

No precisa la Ley el *contenido* de los informes a emitir, pero esta laguna puede colmarse con facilidad mediante una nueva aplicación analógica de lo establecido respecto de las aportaciones no dinerarias. En el informe de los administradores se describirán con detalle los bienes o

---

(33) Es muy significativo que durante la tramitación parlamentaria del proyecto de la que habría de ser Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, se haya producido una modificación del orden de referencia a los informes (ver *supra*, nota 9). No es arriesgado suponer que esta *inversión* haya tenido como finalidad dejar patente que el informe de los administradores tiene que emitirse con anterioridad al del experto

(34) La Ley de Sociedades Anónimas (art. 41.1) señala que los expertos serán designados "conforme al procedimiento establecido en el artículo 38", cuando este artículo no contiene procedimiento alguno, sino una simple remisión al que reglamentariamente se disponga (ver arts. 302 y sigs. RRM).

(35) Tanto en relación con las aportaciones no dinerarias (art. 38.1) como en el supuesto que nos ocupa (art. 41.1), la Ley se refiere a un único informe pericial, aunque sea emitido por varios expertos. Ello no significa que el dictamen emitido por los distintos expertos designados tenga que figurar necesariamente en único documento, sino que cualquiera que sea el número de expertos se considera único, si bien la responsabilidad de cada experto se limita a los bienes o derechos por él valorados.

derechos a adquirir —con sus datos registrales, si existieren—, la identidad de la persona o personas que proyecten transmitirlos, las condiciones de la operación (contraprestación a cargo de la sociedad, condiciones de pago, etc.) y las garantías adoptadas según la naturaleza de los bienes o derechos objeto de la adquisición (arg. ex art. 159.1 LSA).

No es preciso, aunque sea conveniente, que los administradores justifiquen la necesidad o la conveniencia de la operación. Por ello, en el caso de órgano de administración colegiado pluripersonal, si existieran discrepancias entre los miembros del órgano en relación con la necesidad o la oportunidad de la operación, no es necesario que se comuniquen o pongan en conocimiento del experto. Lo que el informe debe reflejar es la opinión de la mayoría regularmente formada. Tampoco es preciso que el informe de los administradores reproduzca o incluya como anexo el proyecto de contrato (o el contrato concluido), ya que éste puede ser simplemente verbal. Sin embargo, si constara documentalmente, los administradores deberán facilitar al experto un ejemplar o copia del mismo, ya que, en rigor, sólo valorando el contenido de lo estipulado podrá el experto hacerse una idea exacta de la operación sobre la que debe emitir su informe. La Ley española, sin embargo, no establece que los accionistas tengan derecho al examen del proyecto de contrato (o del contrato ya concluido) ni a obtener copia del mismo (36). Pero si los administradores entregan dicho documento al experto o lo reproducen o incluyen en su informe, el perito puede incorporarlo al suyo, total o parcialmente, salvo prohibición expresa de los administradores.

Por su parte, el informe de los expertos independientes contendrá la descripción de cada uno de los bienes o derechos a adquirir —con sus datos registrales, si existieran—, así como el dictamen de si el precio o la contraprestación a entregar (o ya entregada) por dichos bienes o derechos en el contrato de adquisición proyectado (o ya concluido) corresponde al valor real de los mismos o, al menos, al valor de mercado (arg. *ex* art. 38.2 LSA y art. 133 RRM) (37). Si la contraprestación a entregar (o ya entre-

(36) A diferencia de la Ley española, la *AktG* 1965 reconoce el derecho del accionista al conocimiento directo del proyecto de contrato o del contrato ya concluido, el cual no sólo debe quedar depositado en las oficinas de la sociedad desde la convocatoria de la Junta General, sino que tiene que adjuntarse al acta de dicha Junta (§ 52.2).

(37) Aunque la cuestión es dudosa, nos inclinamos a considerar que el valor de la contraprestación no puede superar en más del veinte por ciento el valor del fin objeto de la adquisición estimado por el experto. El límite establecido para las aportaciones no dinerarias (art. 133.2, párrafo tercero, RRM) se aplica a las adquisiciones onerosas durante el período inicial. Así, en el caso de bienes inmuebles, el Registrador de la Propiedad debe denegar la inscripción de la transmisión cuando el valor escriturado supere en más de dicha proporción el valor atribuido por el experto

gada) por la sociedad no fuera dineraria, también se describirá y valorará por el experto.

2.2. *La aprobación por la Junta General de accionistas*

El segundo presupuesto de eficacia de la adquisición es el acuerdo de la Junta General de accionistas. No se requiere una Junta exclusivamente convocada con esa finalidad; basta con que el asunto figure expresamente en el orden del día. No exige la Ley un quórum especial o mayorías reforzadas para la constitución de la Junta. Esta puede ser ordinaria o extraordinaria.

El informe de los administradores y el informe pericial deben ponerse a disposición de los accionistas en el momento en que se convoque la Junta General a la que se somete la aprobación de la adquisición onerosa (38). No precisa la Ley en qué consiste esa puesta a disposición. En nuestra opinión, no será suficiente con que ambos informes puedan ser consultados por los socios acudiendo a la sede social: el accionista tiene derecho tanto al examen de esos documentos en el domicilio social como a obtener, si así lo solicitare, la entrega o el envío gratuitos de los mismos, debiéndose dejar constancia de este derecho en el anuncio de convocatoria (arg. analogía con art. 155.1, que se remite expresamente al art. 144.1 LSA).

Sin embargo, la exigencia legal de la información del accionista mediante la señalada puesta a disposición no impide que el acuerdo aprobatorio de la adquisición tenga lugar en Junta universal, siempre que se acuerde por unanimidad incluir la aprobación de la adquisición onerosa como materia a tratar por esta Junta y siempre que los informes se encuentren ya elaborados y firmados y se pongan a disposición de los accionistas en el acto de constituirse en asamblea, dejando constancia de ello en acta.

La Junta adoptará el acuerdo por mayoría (art. 93.1 LSA). Si el titular de los bienes o derechos cuya adquisición pretendiera la sociedad fuera accionista de la misma, no podrá tomar parte en la votación, excluyéndose su participación a los efectos del cómputo de la concurrencia en base a la

(38) La defectuosa expresión legal ("Con la convocatoria de la Junta General...") impide determinar si esta puesta a disposición debe producirse desde el momento mismo en que los administradores deciden o acuerdan convocar la Junta General o desde la publicación del anuncio de convocatoria (v. art. 97 LSA). El problema —semejante al que se suscita en relación con el aumento del capital social con aportaciones no dinerarias (v. art. 155 LSA)— debe solucionarse atendiendo a la fecha de la primera publicación del anuncio, sea en el diario, sea en el BORME, y no a la fecha de la decisión o del acuerdo de convocar.

cual se calcula la mayoría. Si votase y su voto fuera decisivo para la consecución de la mayoría, el acuerdo sería nulo.

La previa aprobación por parte de la Junta General debe ser *específica* para cada una de las adquisiciones que reúnan los requisitos de título, tiempo y cuantía establecidos por la Ley. No es admisible una aprobación genérica para todas las adquisiciones a realizar dentro de los dos primeros años a contar desde la constitución de la sociedad. Pero, en todo caso, no es necesario que el acuerdo de la Junta General tenga lugar cuando ya se halle pactado el clausulado de la adquisición. Así, por ejemplo, la fórmula de pago del precio por la sociedad puede aún estar pendiente de pacto con el propietario del bien.

3. La inobservancia del régimen legal: consecuencias

En tanto la Junta General de accionistas no adopte el acuerdo (válido) de aprobación del contrato de adquisición, previa emisión de informe por los administradores y por el experto o expertos independientes, el contrato es *ineficaz*. Si falta el informe de los administradores o el informe pericial externo, aunque la Junta General adopte el acuerdo por el voto favorable de todos los accionistas, el contrato no produce los efectos que le son propios. Y lo mismo sucede en el caso contrario, esto es, cuando habiéndose emitido los correspondientes informes falta la aprobación de la Junta General o es inválido el acuerdo por ella adoptado. No es sólo que sea ineficaz la adquisición, sino que es ineficaz el contrato mismo. Tanto los informes como el acuerdo de la Junta General son presupuestos de eficacia del contrato.

Ello no significa que la conclusión del contrato tenga necesariamente que ser posterior al acuerdo aprobatorio de la Junta General. Aunque la LSA se refiere a un acuerdo previo —esto es, a una autorización—, no hay inconveniente alguno en que el cumplimiento de los presupuestos legales se realice con posterioridad a la conclusión. Lo que sucede es que, entre tanto, el contrato concluido tendrá en *suspenso* los efectos inherentes (39).

4. Las excepciones

En la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, el régimen general cuenta con tres categorías de excepciones: la exigencia de verifica-

(39) Cfr. C. H. Barz: *AktG Grosskommentar*, § 52, Anm. 4; A. Kraft: *Kölner Kommentar*, § 52, Anm 46; U. Eckardt. § 52, Anm. 24 y sigs.

ción, publicidad y aprobación por la Junta General no es de aplicación "ni a las adquisiciones hechas en el marco de las operaciones corrientes de la sociedad, ni a las adquisiciones hechas por iniciativa o bajo control de una autoridad administrativa o judicial ni a las adquisiciones hechas en Bolsa" (art. 11-2) (40). Con este conjunto de excepciones se dulcifica, en efecto, el rigor de la regla general. Al incorporar al Derecho interno el contenido de la 2.ª Directiva, el Derecho español se beneficia de esta dulcificación. Mientras que en el Derecho anterior, los controles legalmente establecidos para las adquisiciones onerosas —ciertamente, de menor intensidad que los actuales— no conocían excepción de ninguna clase, en el Derecho vigente el aumento de los requisitos de control va acompañado del reconocimiento de algunos supuestos en los que no se exige la observancia de esos requisitos. Se intensifica el control, pero no se extiende objetivamente; por el contrario, se reduce.

Sin embargo, la fórmula de la 2.ª Directiva dista mucho de ser clara y precisa. Esta falta de claridad y de precisión no ha sido eliminada al incorporar este conjunto de excepciones al Derecho interno: la Ley 19/1989, de 25 de julio, no sólo no se ha atrevido a eliminar los graves problemas de interpretación de la primera de esas excepciones, sino que además reduce en exceso el alcance de la que menciona en último lugar:

> "No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior a las disposiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad, ni a las que se verifiquen en Bolsa de Valores o en subasta pública" (art. 41 2).

4.1. *Las operaciones ordinarias*

La primera excepción —*adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad*— tiene notable importancia por cuanto que, de todas las que reconoce la Ley, es la que limita más extensamente —luego se verá en qué medida— el ámbito de la regla general. Sin embargo, al haberse trasladado al Derecho interno la imprecisión terminológica de la 2.ª Directiva, los respectivos ámbitos de la regla y de la excepción no se encuentran claramente determinados. Para eludir el complejo y costoso sistema de control de las adquisiciones onerosas se intentará en muchos casos incluir la adquisición en el ámbito propio de las operaciones socie-

(40) La técnica de articular el sistema legal en una regla general y algunas excepciones es propia del Derecho alemán. Sin embargo, aunque el catálogo de excepciones del artículo 11.2 de la Directiva 77/91/CEE tiene una clara inspiración en el § 52.7 *AktG* 1965, entre ambas formulaciones existen significativas diferencias, a las que más adelante nos referiremos.

tarias ordinarias. En la práctica española existen indicios suficientes de una tendencia a la inversión de la regla y de la excepción, dilatando el ámbito de esta última a costa de la primera.

La versión oficial castellana de la Directiva ha traducido por "operaciones corrientes" una expresión que no siempre es coincidente en las distintas lenguas comunitarias (41). Paradójicamente, la Ley, separándose de esa versión oficial, prefiere referirse a las adquisiciones comprendidas "en las operaciones ordinarias de la sociedad". Esta diversidad en modo alguno puede afectar al contenido de la excepción: "operaciones corrientes" y "operaciones ordinarias" son expresiones sinónimas en el lenguaje vulgar, que, a pesar de la diversidad de matices que contienen en el lenguaje jurídico, es preciso considerar también sinónimas al interpretar la norma jurídica que nos ocupa. No sólo sería arriesgado, sino lisa y llanamente incorrecto considerar que en la elaboración de la Ley la falta de respeto a la terminología de la versión oficial de la 2.ª Directiva obedece a la preocupación por interpretar o, al menos, aclarar el ámbito objetivo de la excepción (42).

A fin de paliar los efectos de la denunciada imprecisión terminológica de la Directiva 77/91/CEE, las legislaciones estatales han recurrido a fórmulas no coincidentes a la hora de reflejar esta primera excepción. La mayoría o bien la sustituyen o bien la complementan. La técnica de la sustitución es la propia del Derecho alemán: en la legislación alemana vigente —al igual que en la Ley de Sociedades por Acciones de 1937— se declara que el régimen legal sobre la *Nachgründung* no es de aplicación cuando la adquisición forma parte de la actividad que constituye el objeto social ("den Gegenstand des Unternehmens bildet"; § 52.9 *AktG*, 1965) (43), solución que es también la seguida por la legislación portuguesa (art. 29.2 del *Codigo das sociedades comerciais*, aprobado por Decreto-Ley núm. 262/1986, de 2 de septiembre). Por el contrario, el Derecho francés recurre a la técnica de completar el modelo comunitario, declarando que el régimen general de control previsto para las adquisiciones onerosas no se aplica cuando la adquisición se efectúa "en el marco de las

(41) Así, por ejemplo, mientras que la versión alemana se refiere a las adquisiciones efectuadas "im Rahmender laufenden Geschäfte der Gesellschaft", es decir, en el ámbito de los negocios u operaciones corrientes de la sociedad, la italiana lo hace a las efectuadas "nell'ambito dell'amministrazione ordinaria della società".

(42) La razón de esta falta de fidelidad a la traducción oficial de la Directiva es muy probable que se encuentre en el hecho de que la redacción originaria del actual artículo 41 LSA es anterior a dicha traducción oficial (v. *supra*, nota 9). Probablemente, los autores del anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1979 tuvieron a la vista la versión francesa o la italiana de la Directiva.

(43) Sobre esta excepción, v. C. H. BARZ. *AktG Grosskimmentar*, I, § 52, Anm. 15; A. KRAFT: *Kölner Kommentar*, I, § 52, Anm 55 y sigs

operaciones corrientes de la sociedad y concluidas en condiciones normales (art. 5 de la Ley núm. 81-1163, de 30 de diciembre, que introduce un nuevo artículo, el 157.1, en la Ley núm. 66-537, de 24 de julio, sobre las Sociedades Comerciales), sistema que es también el seguido por las legislaciones belga (art. 29 *quater*, párrafo 3.º, introducido en las *Lois coordonneés sur les sociétés commerciales* por el art. 6 de la Ley de 5 de diciembre de 1984) e italiana (art. 2.343 bis del *Codice civile*, introducido por el art. 7 del DPR núm. 30, de 10 de febrero de 1986) (44), y ya con anterioridad por la británica [Section 26 (4) de la *Companies Act* de 1980, y ahora Section 04 (4) de la *Companies Act* de 1985].

Con independencia del acierto o desacierto de las legislaciones estatales en esta materia, tanto por lo que respecta a la incorporación de la Directiva como por lo que atañe específicamente a la fórmula utilizada, es evidente que, en la mayor parte de los casos reseñados, el Derecho interno contiene una *interpretación* que, por el contrario, falta en el Derecho español. Aún más: en la Ley 19/1989, de 25 de julio, no hay uniformidad en la terminología utilizada para la trasposición de la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1978. Así, mientras en la versión castellana de la Directiva se utiliza la expresión "operaciones corrientes", tanto al tratar de las excepciones a la regla general de la aprobación de las adquisiciones generales por la Junta general (art. 11.2) como al ocuparse de las excepciones a la prohibición de adelantar fondos, conceder préstamos y dar garantías para la adquisición por un tercero de las propias acciones de la sociedad (art. 23.2) y de la excepción a la prohibición de aceptación en prenda por la sociedad de sus propias acciones (art. 24.2), en la Ley referida unitaria expresión deja paso a una pluralidad de ellas, aunque extraordinariamente semejantes: "operaciones ordinarias" (art. 41.2), "operaciones hechas en el ámbito de las actividades ordinarias" (art. 80.2) y "operaciones efectuadas (...) en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social" (art. 81.3) (45). Naturalmente, en estas variaciones terminológicas, más

(44) La fórmula francesa ha sido criticada por J. BARDOUL, en *Rev. Soc.*, 1983, págs. 290 y sigs. Igualmente, los autores italianos han puesto de manifiesto las dificultades de interpretación de la similar fórmula utilizada en el DPR, núm 30, de 10 de febrero de 1986. Cfr., entre otros, M S. SPOLIDORO, en *Nuove Leggi civ. comm.*, XI, 1988, pág. 63; G. F. CAMPOBASSO: *Diritto commerciale*, II, Nápoles, 1989, pág. 185

(45) Siguiendo a la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1978 (arts. 23.2 y 24 2), el Derecho español (a diferencia del italiano: v F. CARBONETTI: *L'acquisto di azioni proprie*, Milán, 1988, págs. 191 y sigs.) exceptúa de la prohibición de aceptación en garantía de acciones propias y de la prohibición de asistencia financiera para adquisición de acciones propias las operaciones ordinarias efectuadas por los bancos y otras entidades de crédito (arts. 80.2 y 81.3 LSA). La interpretación de las dos expresiones semejantes que delimitan objetivamente el ámbito de la excepción no es tarea sencilla. Al tratar del significado que debe darse a la expresión "operaciones ordinarias" en el artículo 47.2 del anteproyecto (equivalente al actual art. 80.2 LSA), escribe C. PAZ-

que reflejo de una pluralidad de conceptos debe verse una simple incuria en la fase de elaboración de los textos legales.

4.1.1. Las posibles interpretaciones

Pues bien, a la vista de la expresión utilizada por la Ley, dos son las posibles interpretaciones del alcance objetivo de esta primera expresión: una *interpretación amplia,* para la que operaciones ordinarias no son sino aquellas comprendidas dentro del objeto social, y una *interpretación estricta* que añade ulteriores requisitos al que acaba de señalarse.

a) La que se ha denominado *interpretación amplia* o del *objeto social* es, sin duda, la de más sencilla formulación. Por adquisición comprendida en las operaciones ordinarias de la sociedad hay que entender aquel negocio incluido dentro de la actividad o de las actividades determinadas que constituyen el objeto social tal como precisamente aparece recogido en los Estatutos sociales [v. art. 9, letra *b),* LSA, y art. 117 RRM] (46). Las operaciones instrumentales para el objeto social no caen dentro del ámbito de esta excepción. Así, por ejemplo, una sociedad cuyo objeto social sea la promoción, construcción y enajenación de inmuebles puede adquirir, dentro de los dos primeros años, un solar por precio superior a la décima parte del capital social sin necesidad de previa aprobación por la Junta General, mientras que, por el contrario, de esa aprobación no podrá prescindir si el objeto de la sociedad es la fabricación de productos alimenticios, aunque el inmueble se dedique a la construcción de la fábrica o se proyecte destinar a la instalación de las oficinas sociales.

ARES: "La cuestión, a nuestro juicio, ha de responderse, más que desde el punto de vista de los límites individualizados en la cláusula estatutaria del objeto social de la sociedad operante (que puede recoger habilitaciones para operaciones extraordinarias), desde la óptica de la legislación bancaria que determina cuáles son las operaciones típicas de cada tipo de establecimiento de crédito" (v. C. PAZ-ARES: "Negocios sobre las propias acciones", en AA.VV · *La reforma del Derecho español de sociedades de capital,* Madrid, 1987, pág. 592; v. también págs. 603 y sigs.).

(46) Un sector de la doctrina alemana (v., entre otros, A. KRAFT. *Kölner Kommentar,* I, § 52, Anm. 56) entiende que la excepción sólo juega respecto de aquellos negocios de adquisición comprendidos dentro del *objeto social principal,* pero no respecto de aquellas actividades que, aunque figurando también en los Estatutos como parte integrante de dicho objeto social, *sólo* puedan calificarse como accesorias ("Hilfsgeschäten") Esta interpretación (que no parece sea a la que alude J. A. GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, en *RCDI,* LVI, 1989, pág. 767) no puede ser admitida en el Derecho español: en el frecuente caso de *objeto complejo,* la coexistencia de una actividad principal y de otras secundarias, perfectamente válida (J. C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU: *El objeto social en la sociedad anónima,* Madrid, 1990, pág. 84), no tiene trascendencia en el plano jurídico societario: todas las actividades que integran el objeto social estatutario son consideradas unitariamente por la Ley.

Esta interpretación —que está extendida en la doctrina y en la práctica española— (47) no sólo cuenta en su favor con ser la que expresamente recoge la Ley alemana de 1965 (§ 52.9 *AktG* 1965), que —como ya se ha indicado— a través de la 2.ª Directiva consigue la efectiva generalización del núcleo del régimen jurídico de la Nachgründung a las legislaciones de los demás Estados miembros de la CE. Tiene, además, la ventaja de una fácil aplicación de la norma jurídica: la determinación de si una concreta adquisición onerosa cae dentro del ámbito de la regla o de la excepción está en función de su pertenencia al objeto social establecido en los Estatutos sociales: si la operación no figura expresamente contemplada en la actividad o actividades que constituyen el objeto social, el negocio de adquisición queda sometido a la regla general.

Sin embargo, la aparente solidez de esta tesis presenta grietas que amenazan con la ruina de la interpretación. En primer lugar, cuando la legislación en materia de sociedades anónimas se refiere al objeto social [v. art. 9, letra *b)*, LSA, y art. 117 RRM] recurre a expresiones distintas a la que emplea para establecer la excepción a la regla general en materia de adquisiciones onerosas. En segundo lugar, la diversidad de terminología existente entre la Ley alemana de sociedades por acciones de 1965 y la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, parece denotar una efectiva decisión comunitaria de evitar el riesgo de vaciamiento de la regla general mediante el simple expediente de incluir en el objeto social un largo catálogo de actividades que en modo alguno va a desarrollar la sociedad, pero que llegado el caso permite obviar previsoramente la aplicación del régimen de las aportaciones no dinerarias encubiertas.

Precisamente este segundo argumento merece especial atención. En efecto, en la práctica notarial española se está generalizando la inclusión en los Estatutos sociales de sociedades no inmobiliarias de la actividad relativa a la adquisición de bienes inmuebles —o de otros bienes— como un medio para enervar el régimen general en materia de adquisiciones onerosas en caso de una esporádica adquisición. Dado que en el Derecho español no existe ningún mecanismo efectivo para que los socios y terceros puedan exigir que la totalidad de las actividades que constituyen el objeto social sean efectivamente desarrolladas, ni existe tampoco la obligación de los administradores de desarrollar simultáneamente todas esas actividades, con la referida inclusión se conseguiría el efecto deseado si por "operacio-

(47) En relación con el anteproyecto de 1987, v. I. QUINTANA: "El capital social", en A. ROJO: *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas,* Madrid, 1987, pág. 119, y A. PÉREZ DE LA CRUZ: "La fundación cualificada", en AA VV.: *La reforma del Derecho español de sociedades de capital,* cit., pág. 171. En relación con la Ley 19/1989, de 25 de julio, parece seguir la misma interpretación V. M. GARRIDO DE PALMA: *Ob cit*, pág 157.

nes ordinarias" se entiende las incluidas expresamente dentro del objeto social. Así, por ejemplo, de seguir esta interpretación amplia, al estar incluido dentro de las actividades propias del objeto social —aunque sin voluntad específica de desarrollar este género de actividad—, la adquisición de un solar, dentro de los dos primeros años, por precio superior a la décima parte del capital social, sería enteramente libre para una sociedad que propiamente no fuera inmobiliaria, pudiendo realizarse por los administradores, sin ninguna clase de informe previo y sin necesidad de aprobación por la Junta general (48). Y esta conclusión, además de afectar a la deseable correspondencia entre objeto estatutario y objeto real, supone dejar sin contenido, para los más hábiles y avisados, el sistema de garantías establecido por la Ley (49).

---

(48) La solución de la práctica española no hace sino seguir la recomendación de A. PÉREZ DE LA CRUZ: *Ob. loc. ult. cit.*, el cual, al enjuiciar la excepción, escribe. "(..) aun formando parte de las operaciones ordinarias, caben acuerdos o contubernios entre transmitente y administradores que menoscaben la solvencia patrimonial de la sociedad. Es cierto que el legislador ha querido agilizar el funcionamiento de la sociedad, pues resultaría perturbador, por ejemplo, que en sociedad dedicada a la compraventa de inmuebles hubiera de reunirse la Junta General, al menos durante los dos primeros años de existencia, tantas cuantas veces hubiera de adquirirse una finca cuyo precio excediera del diez por ciento del capital social. Pero no lo es menos que bastará para lo sucesivo con que al momento de redactar los Estatutos se incluya en el objeto social, como actividad propia de la compañía, "la compra y venta de toda clase de bienes, muebles e inmuebles" para vaciar íntegramente de contenido el precepto legal, pues, en ese caso, nadie podrá sostener que la compra realizada dentro de los dos primeros años de su actividad no constituye operación ordinaria de la sociedad, ya que forma parte de las integradas en su objeto".

Aunque probablemente una cláusula redactada en los términos que propone el autor estaría en contradicción con el principio de determinación del objeto social (en este sentido, J. A. GARCÍA VALDECASAS BUTRÓN, en *RCDI*, LVI, 1989, págs 766 y sigs.; en contra, sin embargo, V. M. GARRIDO DE PALMA: *Ob. cit.*, págs. 156 y sigs.), la simple referencia a la actividad inmobiliaria como actividad integrante del objeto social serviría a ese propósito de vaciamiento.

(49) Que los términos "objeto social" y "operaciones corrientes" en modo alguno pueden considerarse como equivalentes en el derecho comunitario se deduce también de las normas jurídicas en elaboración en materia de ofertas públicas de adquisición. En efecto, al establecer la limitación de los poderes de la administración de la sociedad afectada por una OPA —la *passivity rule*—, el *City Code* establece que, salvo aprobación de la Junta General de accionistas, el *board*, entre otras actuaciones prohibidas, no puede "enter into contracts otherwise than in the ordinary course of business" [*rule* 20.3, párrafo segundo, letra *e)*]. Esta norma del *Code* ha tenido una clara influencia en la Propuesta de 13.ª Directiva del Consejo de la CE en materia de Derecho de sociedades, relativa a las ofertas públicas de adquisición, presentada por la Comisión el 19 de enero de 1989 (DOCE de 14 de marzo de 1989, núm. C 64/8 y sigs.). En la Propuesta, desde la comunicación del oferente, el órgano de administración o de dirección de la sociedad afectada por la OPA, salvo autorización en la Junta General de accionistas o salvo autorización debidamente motivada de la autoridad supervisora competente, debe abstenerse de decidir "la realización de operaciones que tengan la condición de operaciones corrientes concluidas en condiciones normales" [art. 8, letra *b)*]. La fórmula utilizada

b) Frente a la interpretación amplia, la denominada interpretación estricta parte de la consideración de que la inclusión de la operación dentro de la actividad o de las actividades que constituyen el objeto social es condición necesaria pero no suficiente para la operatividad de la excepción. Se exige, como segundo requisito, que se trate de una *operación corriente.* Por operación corriente es menester entender operación *habitual.* Aunque incluido en el objeto social, un determinado acto o contrato no es una operación corriente si constituye un episodio aislado en la vida de la sociedad. El carácter corriente de la operación exige una actividad anterior del mismo género. Del mismo modo que la realización esporádica de un acto de comercio no atribuye al sujeto la condición de comerciante o empresario, la realización aislada de una determinada operación, aunque incluida dentro de las actividades que integran el objeto social, no permite calificar dicha operación como corriente (50).

---

tiene interés desde un doble punto de vista: de un lado, porque pone de manifiesto los riesgos de la referencia al objeto social. La *passivity rule* no cumpliría la función que le es propia si los administradores, una vez conocida la formulación de la oferta pública, pudieran concluir cualquier clase de las operaciones propias del objeto social. Igualmente, la norma sobre aportaciones no dinerarias encubiertas contenida en el artículo 11 de la 2.ª Directiva quedaría privada de sentido si se entendiera que son enteramente libres todas aquellas operaciones incluidas dentro del objeto social. Pero, de otro lado, la referencia a la Propuesta de 13.ª Directiva sirve para poner de manifiesto que los términos "operaciones corrientes" u "operaciones ordinarias" son intrínsecamente insuficientes para delimitar el ámbito de las operaciones libres o de las prohibidas. Del mismo modo que al incorporar al derecho interno el artículo 11 de la 2.ª Directiva algunas legislaciones estatales no se conformaron con delimitar la excepción a la regla general mediante la simple referencia a las operaciones corrientes u ordinarias, sino que exigieron que tales operaciones se concluyan en operaciones normales, la Propuesta de 13.ª Directiva contiene la misma exigencia al delimitar una de las limitaciones de los poderes del órgano de administración de la sociedad afectada.

Con todo, la expresión de la Propuesta seguía suscitando problemas de interpretación. Por esta razón, en la Propuesta modificada (presentada por la Comisión el 14 de septiembre de 1990; DOCE del 26 de septiembre de 1990, núm. C 240/7 y sigs), ha sido sustituida por una fórmula de nuevo cuño: salvo cuando la Junta General así lo autorice durante el plazo de aceptación o salvo autorización debidamente motivada de la autoridad supervisora, el órgano administrativo o de dirección deberá abstenerse de decidir "la realización de operaciones que tengan por efecto modificar de forma significativa el activo o el pasivo de la sociedad o que den lugar a que ésta asuma compromisos sin contraprestación" [art. 8.1, letra *b)*].

(50) Dentro de esta interpretación estricta pueden distinguirse dos formulaciones distintas, según se considere que dentro de las "operaciones ordinarias" sólo cabe incluir aquellas que reúnan el doble requisito de estar *expresamente* contempladas en los Estatutos sociales como objeto de la sociedad y de ser realizadas por ésta habitualmente, o, por el contrario, el primer requisito se entienda cumplido tanto si la adquisición se integra dentro de la actividad que constituye el objeto social como si puede ser calificada de acto accesorio o complementario, o incluso instrumental, para la realización de dicho objeto. En favor de esta segunda interpretación, J. A. GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, en *RCDI,* LVI, 1989, pág. 767).

Esta segunda interpretación reduce sensiblemente el ámbito de la excepción en la medida en que somete al control legalmente establecido a actos y contratos realizados en el ámbito propio del objeto social cuando no se trate de actos y contratos corrientes, en el sentido de habituales. Al requisito del objeto estatutario se añade el requisito del objeto de hecho: sólo se benefician de la libertad en que la excepción consiste aquellos negocios de adquisición que se enmarcan en aquel género de actividad, estatutariamente configurada como objeto social o como parte del mismo, al que efectivamente se venga dedicando la sociedad.

Sin duda alguna, con esta segunda interpretación se dificulta la actividad de la sociedad en las etapas iniciales de su vida, por cuanto que los primeros actos y contratos que realiza no pueden contar con el respaldo de una precedente actividad del mismo género. Ciertamente, el complejo sistema de control de las adquisiciones onerosas sólo tiene que ser observado cuando el importe de la contraprestación a realizar por la sociedad exceda de la décima parte del capital social. Pero este límite legal no impide que un elevado porcentaje de contratos queden sometidos al referido control, lo que, sin duda, resulta excesivo. Así, una sociedad con un capital de diez millones de pesetas, que tenga por objeto el comercio al por menor de prendas de vestir, tendrá que acudir al engorroso sistema de control previsto para las adquisiciones afectadas dentro de los dos primeros años cuando, recién constituida, realice el primer pedido a un fabricante, si el importe de la compra proyectada supera —como será fácil— la cifra de un millón de pesetas.

A la vista de los insatisfactorios resultados a que cada una de estas dos tesis, la amplia y la estricta, conducen en la práctica no resulta sencillo para el intérprete inclinarse en favor de una o de otra. Para algunos será preferible correr el riesgo de que, mediante la hábil redacción de la cláusula relativa al objeto social, el ámbito objetivo de la excepción sea cuantitativamente superior al de la regla general, a correr el riesgo de oprimir los primeros pasos de la sociedad con exigencias que, en buen número de casos, carecen de justificación objetiva, exigiendo una "tradición" —es decir, la habitualidad— imposible de tener al comienzo de la vida social. Esta solución pragmática —en términos de "mal menor"— no impediría combatir algunos supuestos extremos mediante el recurso a las técnicas generales del Derecho privado: bien con la doctrina del abuso del Derecho, bien mediante el recurso al fraude de Ley. Para otros, la evidente incorrección de la tesis amplia o equiparadora no puede desvanecerse por las consecuencias prácticas a que conduce la tesis contraria. Los males no proceden tanto de la expresión utilizada para delimitar el ámbito de la excepción cuanto de la amplitud de la regla general, al hacer uso el Derecho español de la posibilidad de extender el régimen de garantías natural-

mente concebido para operaciones con fundadores o promotores a las adquisiciones por la sociedad de bienes o derechos pertenecientes a cualquier persona.

4.1.2. El carácter corriente de la operación

No obstante, cualquiera que sea la solución que se considere mejor fundada, en modo alguno puede calificarse como operación ordinaria aquella que no se haya concluido en las condiciones y con las garantías normalmente exigidas para operaciones del mismo género en el mercado o entre partes independientes. Significa ello que tanto la tesis del objeto social como la que se ha denominado tesis estricta son incompletas en la medida en que no incluyen en su respectiva formulación el requisito complementario del carácter ordinario de la operación. Si se parte de la tesis del objeto social, para caer dentro del ámbito de la excepción, no es suficiente con que la operación se integre en la actividad o actividades a que estatutariamente se dedica la sociedad: se precisa, además, que dicha operación se realice en condiciones normales u ordinarias. Lo mismo se exige si, por el contrario, se parte de la tesis estricta: "operación ordinaria" es aquella operación que simultáneamente es corriente, es decir, habitual y además normal, es decir, se ha concluido en condiciones y con garantías normales. A diferencia de las legislaciones francesa, belga e italiana (51), la legislación española no distingue estas dos características de la operación, pero la expresión legal quizá sea suficientemente amplia para albergar esa doble y simultánea exigencia (52).

4.2. *Las demás excepciones*

Al lado de esta primera excepción, la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, añade otras dos: no es de aplicación el régimen de las adquisiciones onerosas *post constitutionem* a las "hechas por iniciativa o

---

(51) Sobre la exigencia del artículo 2.343 bis del *Codice Civile* italiano de que la operación se concluya "a condizioni normali", v. G. PELLEGRINO, en *Giur. comm.*, 1985, I, pág. 866, M. S. SPOLIDORO, en *Nuove leggi civ comm.*, XI (1988), pág. 64.

(52) Indudable exigencia —operación *ordinaria* realizada en condiciones *corrientes* o *normales*— se contiene en la Directiva 89/667/CEE, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socios únicos: después de exigir que los contratos celebrados entre el servicio único y la sociedad unipersonal representada por el mismo consten en acta o se consignen por escrito, la Directiva faculta a los Estados miembros para no aplicar esta exigencia "a las operaciones corrientes celebradas en condiciones normales" (art. 5).

bajo control de una autoridad administrativa o judicial ni a las adquisiciones hechas en Bolsa". Frente al modelo del Derecho alemán —que a las operaciones incluidas en el objeto social únicamente añade las adquisiciones en ejecución forzosa ["Zwangsvollstreckung"; v. § 52.9, *AktG* 1965] (53)—, la 2.ª Directiva utiliza una fórmula mucho más amplia, a la vez que añade supuestos no contemplados en la legislación alemana.

La amplitud de la fórmula comunitaria ha parecido excesiva al legislador español, que con criterio reductor se separa de la Directiva al referirse únicamente a las operaciones que se verifiquen en Bolsa de Valores o en subasta pública (art. 41.2 LSA) (54).

El fundamento genérico de estas excepciones es claro: la objetiva formación del precio impide cualquier clase de maquinación entre el transmitente del bien o del derecho y la sociedad adquirente. En tales operaciones, el precio es un elemento objetivo y externo a las partes.

Por adquisición verificada en Bolsa de Valores hay que entender la adquisición a título de compraventa de un valor admitido a negociación en aquel mercado secundario organizado cuyo único objeto es precisamente la negociación de aquellas categorías de valores determinados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (art. 46 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores) siempre que la operación tenga lugar entre miembros de dicho mercado secundario oficial [Sociedades y Agencias de Valores: v. art. 36, letra *a)*, en relación con art. 47], entre quienes sean miembros del mismo, actuando por cuenta propia, y quienes no tengan esa condición [art. 36, letra *b)*]; entre quienes no tengan la condición de miembros, pero la negociación se realice con la mediación de un miembro que actúe por cuenta ajena [art. 36, letra *c)*], o entre quienes sin tener la condición de miembros hayan convenido entre sí los términos de la operación con toma de razón por parte de un miembro de aquél [art. 36, letra *d)*, de la Ley 24/1988]. La extrema fidelidad a la 2.ª Directiva en la referencia a las adquisiciones hechas en Bolsa se armoniza mal con la

(53) Cfr. C. H. BARZ: *AktG Grosskommentar*, I/1, § 52, Anm. 16; A. KRAFT: *Kölner Kommentar*, I, § 52, Anm. 57.

(54) Un semejante criterio reductor se aprecia en la mayoría de las legislaciones de los Estados miembros de la Comunidad Europea. No sólo el Derecho alemán no ha modificado la fórmula anterior: tanto en el Derecho francés (art. 157.1, párrafo tercero, de la Ley de 24 de julio de 1966, introducido por el art. 5 de la Ley 81/1162, de 30 de diciembre de 1981) como en el Derecho italiano (art. 2.343 bis del *Codice Civile*, introducido por el art 7 del DPR núm. 30, de 10 de febrero de 1986) se suprime toda referencia a las adqusiciones hechas *por iniciativa* de la autoridad administrativa. El Derecho belga va más allá: no se refiere para nada a las adquisiciones hechas *por iniciativa o bajo el control* de la autoridad administrativa (art. 29 *quarter*, párrafo tercero, introducido en las *Lois coordonnées* por el art. 6 de la Ley de 5 de diciembre de 1984).

estructura del mercado de valores español. No existen razones suficientes para que la Ley no haya extendido el ámbito de la excepción a fin de incluir las adquisiciones en el mercado de Deuda Pública representada mediante anotaciones en cuenta [art. 31, letra *c)*, en relación con arts. 55 y sigs. de la Ley 24/1988] y aquellos otros mercados secundarios oficiales, de ámbito estatal, que se creen al amparo de las disposiciones vigentes [arts. 31, letra *c)*, en relación con art. 59 de la Ley 24/1988].

Por lo que se refiere, en fin, a las adquisiciones efectuadas en subasta pública, la Ley no distingue: no sólo las adquisiciones verificadas en subastas judiciales, notariales y administrativas se encuentran dentro de la excepción, sino también las subastas organizadas por Salas Oficiales de Subastas (art. 12 D. de 13 de abril de 1945, y art. 15 D. de 18 de junio de 1984).

Sin embargo, la referencia exclusiva a la subasta pública deja fuera del ámbito de la excepción a una serie de supuestos que, por el contrario, deberían permanecer igualmente excluidas de la regla general. En este sentido, aunque debe considerarse acertada la no utilización de los latos términos de la Directiva 77/91/CEE, la reducción operada por el legislador español peca por exceso por cuanto que deja fuera de la excepción a las adquisiciones efectuadas bajo el control de la autoridad judicial (55) cuando no hayan tenido lugar en pública subasta.

ANGEL ROJO

Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad de Alcalá de Henares

(55) Sobre el concepto de adquisiciones efectuadas bajo el control de autoridad judicial o administrativa, v M. S. SPOLIDORO, en *Nuove leggi civ. comm.*, XI (1988), pág. 63.

Estudios sobre inversiones extranjeras

(Capítulo XXX del libro del mismo título)

SUMARIO: I. PRESTAMOS Y CREDITOS FINANCIEROS: A) INTRODUCCIÓN B) CONCEPTO.—II. REGIMEN DE LOS PRESTAMOS Y CREDITOS FINANCIEROS A LA LUZ DE LA PRECEPTIVA COMUNITARIA: A) INTRODUCCIÓN B) CRITERIO NORMATIVO SOBRE LOS PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS FINANCIEROS SEGÚN LA DIRECTIVA DE 11 DE MAYO DE 1960. C) CRITERIO NORMATIVO SOBRE LOS PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS FINANCIEROS SEGÚN LA DIRECTIVA DE 24 DE JUNIO DE 1988.—III. BREVE ALUSION AL SIGNIFICADO DE LAS DIVISAS EN CUANTO EVENTUALES COMPONENTES OBJETIVADORES DE RELACIONES OBLIGATORIAS CONECTADAS CON EL CONTROL DE CAMBIOS: A) INTRODUCCIÓN. B) BREVE REFERENCIA AL CONCEPTO Y CARACTERES DEL "DINERO". C) DINERO Y MONEDA: a) *Moneda nacional y extranjera* b) *Moneda convertible y no convertible.*—D) RECONOCIMIENTO DE LAS DIVISAS COMO DINERO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ESPAÑOL. E) RELACIONES JURÍDICAS OBLIGATORIAS EN LAS QUE SE PACTA UN PAGO EN DIVISAS SIENDO EL ACREEDOR Y EL DEUDOR RESIDENTES a) *Introducción.* b) *Régimen al que las mismas se atienen. aa)* Idea general. *ab)* Vigencia de la autonomía de la voluntad en cuanto a los pactos en moneda extranjera. *ac)* Conmutatividad dineraria en este orden de cosas.—c) *Conclusiones básicas sobre el régimen jurídico de las obligaciones reseñadas.* d) *Caso especial de la letra girada entre residentes cifrada en divisas.*—F) RELACIONES JURÍDICAS OBLIGATORIAS EN LAS QUE SE PACTA EL PAGO EN DIVISAS SIENDO EL ACREEDOR RESIDENTE Y EL DEUDOR NO RESIDENTE (O VICEVERSA): a) *Introducción.* b) *Régimen al que las mismas se atienen: aa)* Idea general. *ab)* Vigencia de la autonomía de la voluntad en cuanto a los pactos en moneda extranjera.—c) Caso especial de la letra girada entre residentes y no residentes cifrada en divisas.—G) ULTIMAS CONSIDERACIONES SOBRE LA MATERIA.—IV BREVE ALUSION AL SIGNIFICADO CREMATISTICO DEL ECU.—V. BREVE REFERENCIA AL CONTENIDO DE LOS PRESTAMOS QUE VAMOS A ANALIZAR POR LO TOCANTE AL PAGO DE LOS INTERESES RETRIBUTIVOS CONVENIDOS EN ELLOS: A) IDEA GENERAL —VI. TEORIA ELEMENTAL SOBRE LOS COBROS Y PAGOS CONECTADOS CON EL SECTOR EXTERIOR A LA LUZ DE SU PROCESALIDAD: A) INTRODUCCIÓN. B) PROTAGONISMO DE LA BANCA DELEGADA AL EFECTO. C) PAGOS Y COBROS SIN INTERVENCION DE LAS ENTIDADES DELEGADAS: a) *Directos.* b) *Los efectuados a través del instituto de la compensación* —D) ULTIMAS CONSIDERACIONES SOBRE LA MATERIA.—VII. CLASES DE

PRESTAMOS FINANCIEROS A) INTRODUCCIÓN. B) COMUNES a) *Concedidos por no residentes a residentes: aa)* En divisas. *aa')* Introducción *ab')* Normativa doméstica especializada sobre tales préstamos: *1.a)* Préstamos financieros liberalizados. *1.b)* Préstamos financieros no liberalizados —*ab)* En pesetas convertibles. *aa')* Referencia expresa a los préstamos y créditos hipotecarios (en divisas, pesetas convertibles o ecus) otorgados por no residentes en favor de residentes para la adquisición de inmuebles sitos en el extranjero —*ac)* En pesetas ordinarias. *ad)* En pesetas comunes.—b) *Concedidos por residentes a no residentes· aa)* En divisas: *aa')* Introducción *ba')* Préstamos financieros liberalizados. *bb')* Especial referencia a los créditos en divisas que estamos viendo con garantía hipotecaria. *bc')* Préstamos financieros no liberalizados.—*ab)* En pesetas convertibles: *aa')* Préstamos y créditos liberalizados. *ba')* Introducción. *bb')* Especial referencia a los créditos y préstamos en pesetas convertibles con garantía hipotecaria —*ac)* En pesetas ordinarias. *ad)* En pesetas comunes. *aa')* Introducción. *ab')* Préstamos liberalizados de modo general *ac')* Préstamos no liberalizados de modo general.—C) ESPECIALES: a) *Introducción.* b) *En divisas· aa)* Concedidos por no residentes a residentes. *aa')* Idea general *ab')* De un residente real-no residente metafórico a un residente. *ac')* De un no residente metafórico extranjero a un residente. *ad')* De un no residente metafórico español a un residente *ba')* De sucursales y establecimientos "residentes" de no residentes: *1.a)* Idea general. *1.b)* Provenientes de la sociedad o persona jurídica o física constituyente (o titular) de la sucursal. *1.c)* Provenientes de otro no residente.—*ab)* Concedidos por residentes a no residentes: *aa')* Idea general. *ab')* De residentes (personas físicas o jurídicas) a las sucursales, establecimientos o explotaciones "no residentes" —c) *En pesetas convertibles: aa)* Concedidos por no residentes a residentes: *aa')* Idea general.—*ab)* Concedidos por residentes a no residentes: *aa')* Idea general.—d) *En pesetas ordinarias: aa)* Idea general.—e) *En pesetas comunes: aa)* Idea general.—VIII. PRESTAMOS ENTRE RESIDENTES QUE PRESENTAN CONEXIONES CON EL REGIMEN NORMATIVO DEL CONTROL DE CAMBIOS. A) INTRODUCCIÓN. B) PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS EN DIVISAS ENTRE RESIDENTES· a) *Idea general.* b) *Supuestos liberalizados· aa)* Idea general. *ab)* Casos de préstamos y créditos entre dos entidades delegadas. *ac)* Casos de préstamos y créditos garantizados hipotecariamente y destinados a la adquisición de inmuebles sitos en el extranjero.—c) *Supuestos no liberalizados.*—C) CRÉDITOS POR PERSONAS INTERPUESTAS. a) *Idea general.*—IX. EL APLAZAMIENTO DE PAGO COMO CREDITO: A) IDEA GENERAL. B) APLAZAMIENTOS SOLUTORIOS OPERATIVOS EN EL MARCO DE LOS PRÉSTAMOS FINANCIEROS. C) APLAZAMIENTOS SOLUTORIOS EN EL MARCO DE LAS INVERSIONES Y DESINVERSIONES SOCIETARIAS: a) *Idea general.* b) *Casos de aplazamientos concedidos por residentes a no residentes: aa)* Idea general. *ab)* Aplazamientos en los casos de constitución y ampliación bursátil de capital *ac)* Aplazamientos en el caso de compraventa no bursátil de acciones o derechos de suscripción. *aa')* Idea general. *ab')* Régimen de los aplazamientos cuando la inversión base se halle sujeta a control previo *ac')* Régimen de los aplazamientos cuando la inversión base no se halle sujeta a control previo: *ba')* Idea general. *bb')* Aplazamientos liberalizados de ejecutividad inmediata. *bc')* Aplazamientos liberalizados, aunque carentes de ejecutividad inmediata.—*ad)* Aplazamientos en el caso de compraventa bursátil de acciones o derechos de suscripción preferente.—c) *Casos de aplazamientos concedidos por no residentes a residentes: aa)* Idea general *ab)* Hipótesis de aplazamientos ejecutivamente liberalizados. *ac)* Hipótesis de aplazamientos ejecutivamente no liberalizados.—D) APLAZAMIENTOS SOLUTORIOS OPERATIVOS EN EL MARCO DE LAS DESINVERSIONES INMOBILIARIAS.—X. CREDITOS INSTRUMENTADOS POR LA VIA DEL DESCUENTO: A) CASO DE LIBRADOR RESIDENTE Y LIBRADO NO RESIDEN-

TE. B) CASO DE LIBRADOR NO RESIDENTE Y LIBRADO RESIDENTE.—XI. PRESTAMOS ENTRE NO RESIDENTES QUE PRESENTAN CONEXIONES CON EL REGIMEN NORMATIVO DEL CONTROL DE CAMBIOS: A) IDEA GENERAL. B) TEXTO LITERAL DE MIS COMENTARIOS A LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DE LA ORDEN DE 4 DE FEBRERO DE 1990, PUBLICADOS EN EL OPÚSCULO DE ACTUALIZACIÓN DE ESTA OBRA.—XII. ADECUACION DE LA NORMATIVA DOMESTICA CONSIDERADA PRECEDENTEMENTE A LOS APREMIOS COMUNITARIOS: A) IDEA GENERAL. B) SEGÚN LO QUE FUE PROVEÍDO AL EFECTO POR LA DIRECTIVA DE 11 DE MAYO DE 1960. C) SEGÚN LO VIGENTEMENTE PROVEÍDO AL EFECTO POR LA DIRECTIVA DE 24 DE JUNIO DE 1988.—XIII. TRUEQUE EN LAS POSICIONES PERSONALES DE DEUDOR Y ACREEDOR Y EL CONTROL DE CAMBIOS: A) IDEA GENERAL. B) RELACIONES ENTRE ESTE TEMA Y EL CONTROL DE CAMBIOS. C) PAGOS EFECTUADOS POR EL PROPIO OBLIGADO A LA LUZ DEL CONTROL DE CAMBIOS D) PAGOS EFECTUADOS POR TERCERO A LA LUZ DEL CONTROL DE CAMBIOS a) *Idea general.* b) *Pago de tercero en una relación obligatoria articulada entre dos no residentes: aa)* Idea general *ab)* Subhipótesis de pago por parte de un tercero residente. *ac)* Subhipótesis de pago por parte de un tercero no residente —c) *Pago de tercero en una relación obligatoria articulada entre dos residentes: aa)* Idea general. *ab)* Subhipótesis de pago por parte de un tercero residente. *ac)* Subhipótesis de pago por parte de un tercero no residente.—d) *Pago de tercero en una relación obligatoria articulada entre un residente y un no residente· aa)* Idea general *ab)* Caso de *solvens* tercero residente: *aa')* Supuesto en el que el deudor es un residente y el acreedor un no residente. *ab')* Supuesto en el que el deudor es un no residente y el acreedor un residente.—*ac)* Caso del *solvens* tercero no residente· *aa')* Supuesto en el que el deudor es un residente y el acreedor un no residente. *ab')* Supuesto en el que el deudor es un no residente y el acreedor un residente —E) REPERCUSIONES DE LO HASTA AQUÍ EXPLICADO EN EL ÁMBITO DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA: a) *Idea general.* b) *Cesión de créditos hipotecarios: aa)* Idea general. *ab)* Caso de créditos hipotecarios entre residentes: *aa')* Cesión a otro residente. *ab')* Cesión a un no residente.—*ac)* Caso de créditos hipotecarios entre no residentes: *aa')* Cesión a otro no residente. *ab')* Cesión a un residente.—*ad)* Caso de créditos hipotecarios entre residentes y no residentes: *aa')* Supuesto de acreedor hipotecario residente y deudor no residente: *ba')* Cesión a un residente. *bb')* Cesión a un no residente.—*ab')* Supuesto de acreedor hipotecario no residente y deudor residente: *ba')* Cesión a un residente. *bb')* Cesión a un no residente.—c) *La asunción de la deuda hipotecaria en el caso de la adquisición y venta de una finca materializadora de una inversión extranjera inmobiliaria· aa)* Idea general. *ab)* Adquisición por parte de un inversor extranjero de un inmueble hipotecado o que se hipoteca de presente en garantía del (todo o parte) del precio aplazado: *aa')* Idea general. *ab')* Supuesto en el que el inmueble que adquiere el inversor extranjero se halla ya hipotecado: *ba')* Idea general. *bb')* Caso en el que el vendedor es un residente: *ca')* Supuesto en el que el pristino vendedor, acreedor hipotecario, sea un residente. *cb')* Supuesto en el que el pristino vendedor, acreedor hipotecario, sea un no residente.—*bc')* Caso en el que el vendedor es un no residente.—*ac)* Asunción por parte del inversor extranjero del débito hipotecario que grave el inmueble que adquiera cuando el mismo no se objetive en la parte del precio no pagado por el vendedor intermediario de tal inmueble a su transmitente: *aa')* Idea general. *ab')* Supuestos liberalizados. *ac')* Supuestos no liberalizados.—*ad)* Casos en los que el comprador, inversor extranjero, hipoteca la finca objeto de la inversión al tiempo de consumar su adquisición: *aa')* Idea general. *ab')* Supuesto de hipoteca constituida en favor del vendedor. *ba')* Caso en que éste es un residente. *bb')* Caso en que éste es un no residente —*ae)* Supuesto de hipoteca constituida en

favor de un tercero financiador: *aa')* Idea general. *ab')* Supuestos liberalizados.—F) PARTICULARIDADES ACERCA DE LA CANCELACIÓN REGISTRAL DE LOS CRÉDITOS Y PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CONECTADOS CON EL CONTROL DE CAMBIOS.

I. PRESTAMOS Y CREDITOS FINANCIEROS (*)

A) INTRODUCCIÓN

Los préstamos de esta tipología constituyen una de las posibles categorías integrantes del conjunto genérico de operaciones financieras de sustrato crediticio cuyos perfiles aparecen tipificados —aunque no de forma totalmente transparente y rectilínea— por la normativa comunitaria, debiendo extraerse de ella los elementos más relevantes de su caracterología esencial. Siendo ello así, vamos a efectuar un elemental trazado expositivo de su *episteme* más basilar, ateniéndonos rigurosamente al respecto al esquema-tipo cuyas premisas fundamentales de articulación enunciamos con anterioridad, describiendo en las páginas por venir los rasgos más sobresalientes de su régimen constitucional, en su vertiente normativa comunitaria y en la doméstica, ocupándonos también —desde planos especulativos de marcada sobriedad— en aludir a la presunta acomodación de la preceptiva interna española operativa en estas áreas a la eurocomunitaria, reflexiones que insertaremos en sendos apartados referentes, respectivamente, a los créditos otorgados por residentes a no residentes y a los inversos, distinguiendo en cada uno de ellos los créditos financieros que podríamos etiquetar, siempre con todas las necesarias reservas de rigor, de normales, y los que por sus singulares trazos de conformación y ulterior mecanicismo merecen el calificativo —asimismo aventurado— de especiales, consideraciones todas ellas que van a ir pertinentemente antecedidas por unas breves observaciones definidoras del instituto, soporte expositivo cuya presencia, a mi juicio, resulta imprescindible y que pasamos de inmediato a instrumentar.

También, y con la finalidad de aportar visión de conjunto a esta temática, vamos a referirnos brevemente a los respectivos significados de las divisas y ECUs, componentes financieros que acreditan, cada vez con

(*) En el etiquetado de este capítulo debe tenerse en cuenta todo lo que pusimos de relieve en el anterior acerca de la enorme imprecisión con que se producen tanto el legislador eurocomunitario como el interno en estas áreas, barajando los mismos, sin orden ni concierto, los conceptos de préstamo y crédito, categorías que son utilizadas indistintamente en obsequio a una simbiosis metodológica de neto carácter económico, todo ello en base a una *praxis* jurisdicente que aun siendo útil no resiste el más mínimo contraste desde el punto de vista estrictamente jurídico.

mayor intensidad, un marcado protagonismo en el ámbito crediticio sometido a escuadriñamiento, visión de aspecto polivalente que, en cualquier caso, debe completarse con lo que ya expliqué sobre el particular en otros pasajes de esta obra y con lo que, del propio modo, será dicho con ulterioridad cuando me ocupe de la inserción de la garantía hipotecaria, contemplada desde una óptica especulativa monográfica y de gran angular, en el circunscrito marco operativo del control de cambios, análisis que reservo para el volumen siguiente de este mismo tomo.

Del propio modo, voy a incorporar a este capítulo una breve reseña al pacto de intereses retributivos eventualmente incorporable al contenido de los préstamos financieros a considerar, tema en el que será particularmente tomada en consideración la Circular 15/1989 del Banco de España de 27 de julio, todo ello en clave de síntesis y siempre teniendo en cuenta que la cuestión referenciada volverá a surgir en el volumen siguiente cuando nos ocupemos, de modo personalizado —y tal como acabamos de anticipar— de la hipoteca en cuanto institución investigable a la luz de la preceptividad especial que estoy abordando.

B) Concepto

Tomando como referencia el Derecho derivado comunitario, es interesante constatar cómo ni en las listas que contenía el Anexo I de la anterior Directiva de 11 de mayo de 1960 (texto que bajo el epígrafe genérico "Movimientos de capital contemplados en el artículo 1 de la Directiva" elaboraba el catálogo de operaciones objeto del impulso normativo de la misma), ni en el Anexo II de la supraindicada disposición (que se encargaba de insertar la nomenclatura específica de los aludidos movimientos de capital), ni tampoco en las notas explicativas que tal Directiva contenía se efectuaba la más mínima alusión, *ad nominatim,* a los préstamos que estamos viendo, realizándose, por el contrario, su designación de forma conjetural, implícita y *a contrario,* como oportunamente conformadores de la categoría genérica —ésta si taxativamente particularizada— de "préstamos y créditos no relacionados con transacciones comerciales o con prestaciones de servicios", categoría que, por otra parte, necesitaba ser deslindada de otra que resultaba asimismo desgajada de la fundamental antes mencionada, o sea, de la referente a los supradichos créditos y préstamos relacionados con tales transacciones comerciales y prestaciones de servicios, atinando así a la también consignada *ad litteris* en tales Anexos bajo la evanescente, descomprometida e imprecisa rotulación de "movimientos de carácter personal-préstamos" (en lo sucesivo, préstamos personales), entidad crediticia en absoluto definida de forma directa en tal Directiva.

Así pues, los préstamos y créditos financieros, según los criterios normativos resultantes de la Directiva citada *ut supra*, componían una entidad autónoma que debía distanciarse —especulativa e instrumentalmente— de la constituida por los ligados con las meritadas transacciones comerciales y prestaciones de servicios y con los personales, diferencia que por lo tocante a la primera de las indicadas alternativas negociales resultaba (y resulta) bastante fácil de establecer en atención al significado del concreto dispositivo de unos y otros, siendo así que los financieros materializaban (y materializan) supuestos jurídicos cuyos correspondientes componentes crematísticos conformaban (y conforman) su objeto exclusivo (y casi excluyente), apunte fisonomizador que no comparecía (ni lo hace presentemente), por el contrario, en la medulación de los otros préstamos y créditos puestos en el fiel de la balanza comparativa (los ya aludidos ligados con transacciones comerciales y prestaciones de servicios), supuestos convencionales en los que el tipo a evaluar tenía (y tiene) atribuido un sentido netamente instrumental, en cuanto constituyente de una concreta forma o modalidad de pago (la aplazada) o bien en la hipótesis de crédito de tercero financiador, presupone la existencia de cierta deleznabilidad y accesoriedad funcional, en tanto en cuanto que su vigencia —y consecuente practicidad— va totalmente a remolque de la prestación de servicio o de la transacción comercial financiada, características a las que se hurta la modalidad crediticia actualmente incidida (véase de todos modos, respecto a esta última eventualidad, lo que luego diremos).

Más dificultad comportaba (y comporta) la distinción entre los préstamos que estamos viendo y los que la Directiva sujeta a debate etiquetaba de "personales", categoría que titularizaba, con la sujeta a desbridamiento, el importante —y, ciertamente, definitorio— común denominador de su carácter residual frente a los típicos ligados con las pertinentes transacciones comerciales y prestación de servicios, carácter, sin embargo, que no alcanzaba (no alcanza) a justificar —siempre según la normativa eurocomunitaria— la refundición —en gran medida lógica— en una sola entidad de ambas modalidades de préstamos y créditos —repito— residuales y cuya coexistencia engendraba (y continúa haciéndolo) el ciertamente espinoso problema de determinar cuál sea la línea fronteriza entre unos y otros, es decir, entre los financieros y los personales, divisoria que yo asentaría, salvo mejor criterio, en el dato de que en los primeros intervenían (e intervienen) profesionalmente —y con carácter forzoso— alguna de las entidades que las notas explicativas de la Directiva que estamos manejando calificaban (y prosiguen haciéndolo las de la vigente) como "financieras", categoría en la que, según tales textos clarificadores —y en méritos a su denotación taxativa—, se incluían "los bancos, cajas de ahorro y organismos especializados en la concesión de créditos a corto, medio y

largo plazo, así como las compañías de seguros, cajas de ahorro, de construcción, las sociedades de inversión y demás entidades similares", relación de operadores jurídicos cuya presencia —por lo tocante a alguno de sus componentes— no se demandaba con tal irresistibilidad en el contexto de los créditos etiquetados por la propia Directiva como personales.

De todos modos, claramente se me alcanza lo cogido por los pelos de la diferenciación dicha, distinción en la que, por otra parte, hace acto de presencia el matiz de que las mismas notas explicativas contenían otra clarificadora relativa a las denominadas "Entidades de crédito" (sujetos económico-jurídicos de eventual intervención en la mecánica de los aludidos créditos personales), que venía a reiterar parcialmente en su empeño enumerador la relación integradora de la categoría antes dicha "Entidades financieras", aludiendo así específicamente a "los bancos, cajas de ahorro y organismos especializados en la concesión de créditos a corto, medio y largo plazo"; y siendo ello así, es obvio que el repunte diferencial subjetivo antes aducido sólo resultaba racionalmente propugnable respecto a los créditos sedicentemente financieros otorgados, en su caso, por aquellos operadores económicos incluidos, exclusivamente, en la relación de entidades financieras y no los también oportunamente circunstanciados en la de "Entidades de crédito", es decir, las "compañías de seguros, sociedades de préstamo a la construcción, sociedades de inversión y demás entidades similares", alternativa que vendría a traducirse, en suma, en que sólo serían forzosamente préstamos financieros los concedidos por estas últimas entidades, mientras que los que lo fueren por las restantes (indistintamente incluidas en las sendas listas supradichas) lo serían únicamente en la medida en que a tal componente subjetivador se agregase otro objetivo o teleológico que permitiese su más o menos neta diferenciación con los personales, componente diafanizador al respecto que podría ser, ora su mayor entidad cuántica, ora su efectiva utilización con fines netamente inversores o empresariales, ora, en última instancia, una congruente y metódica aplicación combinada de ambos criterios.

Esto por lo que concierne a lo que podríamos entender como una aproximación apresurada al dintel sindérico elemental de los préstamos y créditos financieros enfocados desde las perspectivas de ordinamentalidad debidamente aportadas por la anterior Directiva de 11 de mayo de 1960, abcisas de conceptualidad exclusivamente asentados en la pura especulación —dada la antes dicha ausencia de una específica configuración (definición) normativa al respecto— que en el día de hoy han experimentado una significativa —aunque no concluyente— concreción en el texto de la ulterior de 24 de junio de 1988, disposición integrante del bloque de europreceptiva especializada que ejerce absoluto protagonismo en este orden de magnitudes que a partir de 1 de julio de 1990 (fecha en la que

quedó formalmente abrogada la anterior) y que sublimando, a través de la pertinente catarsis discursiva, los criterios definitorios dichos, formula, en una de sus notas explicativas, lo que podría catalogarse como de intelección básica, mínima y genérica de la categoría crediticia objeto de nuestro análisis, incluyendo dentro de la misma "las financiaciones de cualquier clase concedidas por las entidades financieras, incluidas las vinculadas a transacciones comerciales o a prestaciones de servicios en las que no participa ningún residente" (formulación —cuyo alcance anticipamos con anterioridad— que acredita el interés añadido de sustraer del capítulo de créditos ligados con las aludidas transacciones y prestaciones serviciales los de tercero financiador, siempre que tales operaciones se desarrollen exclusivamente entre no residentes), forma de concebir la cuestión investigada, que se completa con una relación exemplificativa de tales créditos y préstamos financieros, circunstanciación relativamente pormenorizada que se contrae a "los préstamos hipotecarios, los créditos al consumo, el crédito-garantía financiero, así como las líneas de crédito de sustitución y otras facilidades de emisión de efectos".

Por otra parte, y concluyo así con la objetivación de la categoría sometida a debate, considerada ésta desde las áreas comunitarias, tengo que poner de manifiesto que la misma no guarda ningún tipo de relación —a los efectos que nos interesan— con los préstamos y créditos de carácter participativo, operaciones que para la europreceptiva materializan una modalidad —si bien ciertamente singularizada— de las inversiones directas, habiendo sido estudiadas en tal concepto en otras porciones de esta obra (véase el capítulo del volumen II del tomo I de la misma, así como lo que como recuerdo de esta materia explicaremos en el capítulo siguiente).

Del propio modo, y como colofón al respecto, me interesa recalcar que tampoco voy a tratar de ciertas variantes de las inversiones extranjeras en cartera (o españolas del mismo tipo en el extranjero), cuyo *quid* sustancial cristaliza en la adquisición por residentes o no residentes de determinados títulos representativos de obligaciones, siempre que los mismos sean emitidos por sujetos (deudores) de antagónica posición territorial, operaciones que en cuanto expresivas de una variante de las susodichas inversiones en cartera han sido debidamente analizadas en el capítulo indicado *ut supra* del volumen II del tomo anterior.

Por lo que atañe a la conceptuación que desde panorámicas internizadas merezca la categoría de créditos y préstamos objeto de las presentes consideraciones, tengo que poner en evidencia que únicamente nos interesan respecto de los mismos las enfiladas definitorias que pudieran provenir de la normativa doméstica especializada debidamente conectada con el control de cambios, preceptiva cuyos quiebros de enclaustramiento con-

ceptual sobre el particular mantienen un tenaz —casi atronador— silencio, si bien resulta advertible —a pesar de ello— que la categoría dicha es pertinentemente tenida en cuenta —nominativamente— por diversas disposiciones procedentes del potencial de jurisdicencia acreditado por el Banco de España, tal como tendremos ocasión de exponer seguidamente, textos normativos que aunque no definen —repetimos— el instituto enraizan su consecuente operativa en una filosofía confinadora de la médula de la figura de marcado allegamiento con la propiamente resultante de la europreceptiva (y cuyas claves identificativas más sobresalientes acabamos de exponer) (*).

II. REGIMEN DE LOS PRESTAMOS Y CREDITOS FINANCIEROS A LA LUZ DE LA PRECEPTIVA COMUNITARIA

A) INTRODUCCIÓN

Debemos aludir ahora a una doble hipótesis, según que los mismos se hubieren concertado con anterioridad al día 1 de julio de 1990, fecha en la que, como sabemos, entró en vigor, previa expresa derogación de la hasta entonces vigente Directiva de 11 de mayo de 1960, la antes dicha de 24 de junio de 1988, o después. Así, hasta el calendado 1 de julio de 1990, el ordenamiento jurídico de los préstamos financieros, cuyo apresurado acotamiento conceptual acaba de intentar, fue el patrocinado por la plurialudida Directiva de 11 de mayo de 1960 (según la cual el régimen constitutivo de tales modalidades crediticias se diversificaba en atención a cuál fuese la calidad residencial de los intervinientes en las mismas y también en base a su específica cronología, tal como de inmediato pasamos a considerar, siendo reseñable respecto a esta circunscrita enumeración de premisas incidientes en la materia el dato —a mi juicio sumamente relevante— de que para la meritada europreceptiva la concreta objetivación del préstamo

(*) Debe tenerse asimismo en cuenta lo que dijimos en el capítulo anterior acerca del deterioro —a efectos de la normativa del control de cambios— del carácter real del préstamo en beneficio del obligacional, así como de lo que apuntamos en la nota a pie de página precedente respecto al uso indiscriminado de los conceptos de préstamo y crédito, metodología anfibológica achacable no sólo al legislador eurocomunitario, sino también —y ello de forma superlativa— al doméstico, y de cuya proyección en el ámbito fiscal y registral se ha ocupado con singular acierto JOSÉMENÉNDEZ HERNÁNDEZ en un trabajo publicado en *La Ley* (núm 2.636, de 11 de diciembre de 1990), titulado "La tributación de los precontratos de préstamos generalizados por las entidades financieras"

a tener en cuenta —desde el punto de vista del montante convenido y de la divisa pertinentemente utilizada— carecía de trascendencia, provocándose así una rigurosa unificación cuántica y monetaria, en absoluto operativa en el seno de la normativa española, tal como tendremos ocasión de contemplar en estas mismas páginas), régimen que ha sido sustituido por el resultante de la ya pluricitada Directiva de 24 de junio de 1988, que disciplina —como hemos dicho— aquellos préstamos y créditos convenidos a partir del mencionado 1 de julio de 1990.

B) Criterio normativo sobre los préstamos y créditos financieros según la Directiva de 11 de mayo de 1960

De conformidad con las claves antes referenciadas, de cuya irrupción (absoluta o relativa) en el caso concreto de que se tratase dependía, en definitiva, la singular textura —liberalizadora o restrictiva— del régimen articulativo del mismo, la Directiva que acabamos de relacionar desdoblaba pertinentemente los préstamos financieros cuestionados en atención a la peculiar situación de divergencia territorial de los implicados en los mismos, diferenciándolos, al efecto, en dos grandes categorías: la integrada por los eventualmente concedidos por residentes en otros Estados miembros a residentes en España, y la inversa. En la primera de ellas, si tales créditos lo eran a medio o a largo plazo, se incluían en la lista B del Anexo I de la supradicha Directiva; y si lo eran a corto, su consecuente ingreso se efectuaba en la lista C. En la otra categoría referida, es decir, en la materializada por aquellos préstamos concedidos por residentes en España a otros residentes en cualquiera de los restantes países comunitarios, la situación era homóloga a la descrita; y en méritos a tal identidad criterial, si los mismos lo eran a medio o a largo plazo su alojamiento metodológico se efectuaba en la antes dicha lista B, y si acreditaban, por el contrario, una vigencia a corto plazo, su consiguiente lista de acogida era la lista C (*).

(*) Para la normativa comunitaria, los créditos a corto plazo son aquellos cuyo vencimiento se dilata hasta un año; los a medio plazo, de uno a cinco años, y los a largo plazo, más de cinco años.

C) Criterio normativo sobre los préstamos y créditos financieros según la Directiva de 24 de junio de 1988

Partiendo de la premisa normativa general propiciada por esta Directiva, consistente en liberalizar indiscriminadamente los movimientos de capital debidamente sometidos a su consiguiente impulso preceptivo, únicamente nos interesan aquellas de sus normas cuyo imperativo atine directamente a los préstamos financieros que estamos contemplando, bien provengan éstas de las disposiciones de su neto derecho sustantivo o bien de las que pauten su diapasón aplicativo material por la vía de su correspondiente derecho intertemporal. Por lo tocante a la primera de las parcelas ordinamentales dichas, es subrayable el hecho de que los préstamos financieros que estamos viendo —en su variante de a corto plazo—, bien se trate de los concedidos por residentes a no residentes o bien de los otorgados por estos últimos a los que acrediten la primera de las posiciones territoriales dichas, quedan sujetos a la previsión normativa cautelar proveída por el artículo 3.º de dicha Directiva ("1. En caso de que unos movimientos de capitales a corto plazo excepcionalmente amplios provoquen fuertes tensiones en los mercados de cambio y graves perturbaciones en la dirección de la política monetaria y de cambio de un Estado miembro que se traduzcan, en particular, en variaciones importantes de la liquidez interna, la Comisión, previa consulta al Comité Monetario y al Comité de Gobernadores de los Bancos Centrales, podrá autorizar a dicho Estado miembro a adoptar, con respecto a los movimientos de capitales enumerados en el Anexo II, las medidas de salvaguardia cuyas condiciones y modalidades definirá ella misma"), sometimiento derivado del dato de que tales préstamos hállanse específicamente circunstanciados por el Anexo II de tal disposición, porción de la misma que enumera el conjunto de operaciones de *status* especial contempladas en el supradicho artículo 3 de la Directiva (que acabamos de transcribir).

Por otra parte, y ya desde panorámicas enlazadas con el aludido derecho transitorio que tal Directiva contiene, es de reseñar cómo el Anexo IV de la misma permite a España mantener (o restablecer) hasta el 31 de diciembre de 1992 las restricciones existentes en su derecho doméstico (en la fecha de notificación de la supradicha disposición) respecto a los préstamos que estamos observando (en su posible doble dirección, es decir, de residentes en favor de no residentes, y viceversa) cuando los mismos lo sean a medio o a largo plazo, pudiendo asimismo nuestro país aplazar hasta la fecha indicada *ut supra* (y ello con absoluto imperio jurisdicente, ni siquiera subordinado al peculiar principio *stand still* antes mencionado, potencialmente operativo, por el contrario, para los referenciados créditos

a medio y largo plazo) la liberalización de tales créditos cuando los mismos lo sean a corto plazo.

Siguiendo en este mismo orden intelectivo, tengo que poner de relieve que la normativa europea en este ámbito se proyecta de modo exclusivo sobre las operaciones sujetas a la misma, operaciones que son, en suma, las que se conciertan o establecen entre residentes comunitarios. Así, en aquellas hipótesis en las que los correspondientes canales de subjetivación de tales operaciones —en este caso las financieras— contengan las expresiones "residentes" o "no residentes", éstas deben ser entendidas de la forma indicada, considerándose que los implicados en ellas son todos sujetos de derecho jurídicamente ubicados en el territorio comunitario (aludiendo de tal guisa al espacio territorial —tomado en su integridad— ocupado por los distintos Estados coaligados en la CEE), aunque en efectiva situación de divergencia personal por lo atinente a su concreto posicionamiento en cualquiera de los Estados directamente concernidos (siempre que sean miembros de la meritada CEE), tema certeramente abordado por ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU en la edición de su obra antes indicada de 1990, señalando en la misma, en su página 1198, que: "Recuérdese que las citadas Directivas (las anteriores a la vigente de 24 de junio de 1988 y también esta misma) solamente afectan a los préstamos intracomunitarios, es decir, aquellos en que tanto el prestamista como el prestatario son residentes en Estados miembros de la CEE. Y se excluyen, en cambio, aquellos en que uno de los dos sea residente en un tercer país. En este sentido, cuando las Directivas emplean el término 'no residente', debe entenderse que se refieren a personas que no residen en el Estado miembro en cuestión, pero que, en cambio, sí son residentes en algún otro Estado miembro de la CEE. Puesto que, de no ser así, la operación no estaría sujeta a la legislación comunitaria".

Por el contrario, el díptico residente-no residente asume un matiz más diversificado en su eventual inserción en el entorno de la normativa doméstica sobre el particular, toda vez que el caudal de su soberanía no se ciñe a lo puramente intracomunitario, sino a todo el policromo haz de posibilidades crediticias residenciales-no residenciales que puedan darse en relación con todos los países del orbe. Por ello, cuando eludamos a tal eventual componente dicroico, es evidente que dentro de la categoría jurídica enucleada en torno al concepto del "no residentes" se incluyen todos aquellos operadores que no revistan la condición personal de "residentes", tal como aparece marchamada por el ordenamiento español, y ello con independencia de que los mismos puedan eventualmente adornarse de la condición de "residentes comunitarios".

III. BREVE ALUSION AL SIGNIFICADO DE LAS DIVISAS EN CUANTO EVENTUALES COMPONENTES OBJETIVADORES DE RELACIONES OBLIGATORIAS CONECTADAS CON EL CONTROL DE CAMBIOS

A) INTRODUCCIÓN

A lo largo de las páginas a venir (contenidas en este mismo capítulo) vamos a ir desgranando lo más sobresaliente que cabe reseñar sobre los movimientos de capital de ámbito internacional (y sobre los créditos y préstamos de tal tipología), estableciendo a modo de un recetario de los mismos en cuya arbitración se va a tener especialmente en cuenta el condicionado al que deben someterse a fin de que su articulación, considerada a la luz del control de cambios, discurra por los cauces de la más acendrada legitimidad condicionado, cuyas cuadernas y anclajes de procesalidad y sustantividad varían ostensiblemente según cuál sea su concreta objetivación (pesetas comunes, ordinarias y convertibles procedentes de cuentas extranjeras o divisas).

Partiendo de ello, y con la finalidad de elongar hasta el máximo las coordenadas expositivas de este libro, voy a efectuar en las páginas a venir un estudio elemental de las obligaciones positivadas en divisas (de las que los préstamos y créditos constituyen una concreta manifestación), tema que, dadas las crecientes cotas de internacionalización entre las que se debate el devenir comercial del día de hoy, acredita, sin lugar a dudas, un supremo interés. De todos modos, mi investigación al respecto va a ubicarse en la más exigente sumariedad, sin franquear en lo más mínimo el dintel de lo básico y sin adentrarme de ninguna manera en las vertientes procesales de la cuestión, aspecto jurisdiccional que en relación con un inmediato próximo pasado ha sido crecientemente atendido por el legislador rituario que ha dedicado a su regulación monográfica la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, disposición tendente a aportar la correspondiente plataforma de operativa procesal a la hipotética pretensionabilidad que pudiera plantearse en el área de las obligaciones nominadas en moneda extranjera.

Descartado, pues, el análisis de las posibles repercusiones jurisdiccionales que emerjan de los eventuales incumplimientos de las obligaciones que estamos viendo, y ciñéndonos en rigurosa exclusividad al estudio sustantivo de las mismas en cuanto variantes de las obligaciones de dar, tengo que puntualizar que su desentrañamiento resultará totalmente ayuno de profundidad, toda vez que vamos a descartar por completo la posible elaboración de cualquier mínima teoría general sobre el dinero, concepto

de profundas y ecuménicas resonancias, tanto en sede de planteamientos económicos como en la de los correspondientes jurídicos, elaboración cuyo trazado en estos precisos momentos resultaría absolutamente coherente en atención a que las divisas o monedas extranjeras no son sino la exteriorización o visibilización material del concepto apriorístico y cultural "dinero" (si bien extranjero), razón por la que resultaría perfectamente acompasado con el sistema expositivo que pretendo transfundir a estas líneas el aventurarme en la ideación de tal teoría como paso previo a lo que debería ser una investigación rigurosa sobre la categoría que estamos considerando, es decir, la moneda extranjera; de todos modos, por exigencia de método y de confinamiento de objetivos epistemológicos, vamos a obviar el aludido trazamiento, remitiendo a los lectores que deseen penetrar en sus entresijos a las importantes monografías que se ocupan de su corporeización, de entre los que sobresalen, por lo que se refiere al panorama civilístico español, las de BONET CORREA *(Las deudas del dinero,* Civitas, Madrid, 1981) y CARMEN SENES MOTILLA ("Las obligaciones en moneda extranjera, su tratamiento procesal", *La Ley,* Madrid, 1989). Y ello sin perder de vista las interesantes aportaciones que sobre la materia se contienen en las obras generales de Derecho civil, libros que, inexcusablemente, contienen referencias, más o menos extensas, a la temática que estamos debatiendo, encuadrándolas —con un matiz u otro— dentro del marco general de las obligaciones pecuniarias.

Sin embargo, y teniendo en cuenta que las divisas o moneda extranjera no son sino —como hemos apuntado— plasmaciones fácticas o faciales del dinero extranjero, es evidente que una mínima referencia a la supradicha teoría dineraria constituye un *prius* de comparecencia inesquivable en estos momentos preliminares, alusión gnoseológica que no va a pasar de lo más esquemático y cortical, pero que en todo caso nos va a servir de adecuado —e imprescindible— pórtico especulativo para la comprensión de lo que ulteriormente diremos sobre tales divisas.

B) BREVE REFERENCIA AL CONCEPTO Y CARACTERES DEL "DINERO"

El logro de un concepto de tal componente crematístico, cuya importancia universal no es necesario ponderar y cuyo concreto nacimiento aparece entroncado con la puesta en marcha de un afán ideológico-práctico de superación de los inconvenientes del trueque, aparece ribeteado de inmanente dificultad, y ello con independencia de que se intente tal indagación desde sus vertientes netamente económicas o de que se haga lo propio desde sus homólogas jurídicas, dificultad que suele ser superada, ora recurriendo a las consabidas enunciaciones descriptivas de su caracte-

riología, ora desertando, sin más, de la indicada *excursio* conceptualizadora, sustituyéndola, en su caso, por la pormenorización de las distintas funciones que tal categoría acopia, posición esta última sumamente generalizada en la doctrina moderna, que al posicionar su prisma exegético sobre el *quid* de tal categoría pone de relieve que el dinero, excrecencia cultural en definitiva, acredita sobre todo la virtualidad de servir de medida de valor de todas las cosas, función paramétrica y de racionalización mensurativa que es, sin duda, la prevaleciente y la que incorpora, de suyo, la *quaestio* más intimista e identificadora del instituto (y en derredor de la cual orbitan las restantes, tales como aquellas que entrañan su congruente operatividad en la idea de que tal dinero consustancializa el arquetipo de potencialidades solvenciales y valutarias).

Ahora bien, el dinero, en cuanto entidad metafísica producto de una determinada forma de entender económicamente la convivencia, no es una institución que surja de manera inopinada y perfectamente definida en todos sus perfiles en un determinado momento histórico, sino más bien es el resultado de un decantamiento societario en tal sentido acaecido a través de un largo período, lapso durante el cual el proceso cuestionado, en base al consiguiente jalonamiento y consunción de diversas etapas de su recorrido, ha ido revistiéndose de uno u otro ropaje desde el punto de vista jurídico y económico, trayecto histórico de larga andadura en el que, partiéndose de una concepción hilemórfica y netamente metalista de la figura (tesis que enseñoreó el entendimiento del instituto durante todo el Medioevo y que acreditaba como característica emblemática el confundir el valor de la moneda con el metal de su composición), ha llegado a otra rigurosamente nominalista, encarnadura conceptual harto más sofisticada que la anterior, según la cual el valor del metal (o del papel) que integra el sustrato fáctico de la moneda en cuestión en modo alguno condiciona el de su representación dineraria, alternativa de escisión entre el *factum* y su *episteme* intrínseca, únicamente concebible en base al hegemónico poder que en este orden de magnitudes van adquiriendo los titulares del poder político, detentadores, en suma, de una *potestas* cuyo congruente ejercicio en este ámbito no sólo se orienta hacia el definitivo asentamiento de esta forma de entender las cosas en cuanto a la ya apuntada concepción valutaria de las representaciones plásticas del dinero, sino también a la imposición coactiva de la circulabilidad solutoria del mismo, rasgos fisonómicos impuestos a la postre de forma legal, proceso que en sede de nuestro ordenamiento culminó con la promulgación de la Ley de 9 de noviembre de 1939, texto legislativo adoptado en plena postguerra civil que declaró de curso forzoso, con pleno poder liberatorio, a los billetes emitidos por el Banco de España (y cuyo criterio fue corroborado con ulterioridad por la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946).

Por lo tocante a la concreta caracterización del dinero, la misma es vislumbrable con facilidad haciendo uso de la técnica de acarreo fisonómico, preocupándose los autores que intentan desmenuzar la esencialidad ontológica del instituto en ir espigando sus rasgos más sobresalientes, tales como su universalidad, genericidad, fungibilidad, consumibilidad, impericlitabilidad, divisibilidad, productividad, singularidad en cuanto a su apropiación y circulación y congénita liquidez, rasgos constitutivos de un florilogio de características cardinales de la figura sometida a debate que tomo de la fundamental obra antes dicha de BONET CORREA, y del que nos interesa peculiarmente —por la importancia que el mismo acredita— y que es el de la liquidez, característica que hace referencia a que el dinero materializa en sí mismo el prototipo de determinación de confines objetivos, dato que deviene enormemente relevante desde el punto de vista jurídico porque sin tal la deuda que lo incorpore resultaría inexigible, liquidez que, por lo demás, constituye un elemento básico en el tratamiento de la exigencia judicial del pago de cualquier otra deuda no dineraria, que siempre es jurisdiccionalmente considerada, en caso de incumplimiento, desde el punto de vista de su potencial traducción monetaria (y de la meyor o menor dificultad procedimental que ellos suponga).

C) DINERO Y MONEDA

Delimitado el concepto descriptivo del dinero, tanto desde el punto de vista de su concreta alternatividad funcional como de su caracterización sustancial, quedan por perfilar las diferencias que median entre el instituto en trance de análisis y la moneda (o papel moneda) *sensu strictu,* disyuntiva conceptual de la que se ocupa con innegable acierto CARMEN SENES MOTILLA, que su antes dicha obra, y contando con el autorizado asidero doctrinal proveído por NUSSBAUM *(Teoría jurídica del dinero. El dinero en la teoría y en la práctica del Derecho alemán y extranjero.* Traducción: SANCHO SERAL, Madrid, 1929), pone de relieve en su página 16 la paralogía evidente que se detecta ente el dinero y moneda, entendiendo a ésta como el medio idóneo para que el dinero cumpla su antes indicado cometido; dinero que, dice tal autora, no es sino una "realidad abstracta fruto de la razón y de la sociabilidad del hombre", siendo en suma una categoría formal, teorética y apriorística que necesita ser aprisionada y consecuentemente visibilizada en la moneda, entidad que al decir de la supracitada investigadora, es "una cosa mueble sometida a los límites espaciotemporales y a las fluctuaciones del valor de la unidad básica de cada sistema monetario... La moneda es, por tanto, la realidad empírica a la que se incorpora la idea del dinero, incorporación que se produce en

grado de necesariedad y no de mera conveniencia, pues sin representación en la realidad exterior la operatividad del dinero quedaría reducida a planteamientos puramente teóricos, en abierta contradicción con la dimensión práctica que preside su origen y desenvolvimiento en la historia de la humanidad".

En base a este planteamiento troncal, que suscribo en plenitud, la autora referenciada acomete la tarea de ir distinguiendo las distintas monedas que son de factible evidencia en este entorno (metálica, papel moneda, fraccionaria o divisionaria; efectiva, fiduciaria, estatal y privada; corriente y escrituraria; nacional y extranjera; convertible o no), recital de posibilidades de las que únicamente nos interesan, para nuestros peculiares fines interpretativos, las cristalizadas en las dos alternativas últimamente relacionadas, es decir, la que encarna la disyuntiva nacional y extranjera, y la convertible o no, díptico de posibilidades que por su particular entrañamiento con la *masse de granit* de nuestro soporte especulativo presente debemos conceptualizar.

a) *Moneda nacional y extranjera*

Entendiendo por moneda, tal como dijimos, la representación fáctica o corpórea del dinero cuando ésta es amparada e impuesta por el Estado, tal representación procede de las autoridades financieras del mismo, autoridades que en uso de su legítima y correspondiente *potestas* proceden a su confección y puesta en circulación, vertiente de procesalidad operativa al respecto, que por lo tocante a nuestro país tiene como supremo protagonista al Banco de España, entidad financiera creada por la Ley de 28 de enero de 1856 que dispone del privilegio de emisión de la moneda nacional circulante en virtud del Decreto-Ley de 19 de marzo de 1874, privilegio corroborado por el artículo 1 de la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946, que en modo alguno puede ser compartido por los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta que el artículo 149.11 de la CE atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de "sistema monetario, divisas, cambio y convertibilidad; bases de ordenación del crédito, banca y seguros".

Por lo tocante a la moneda extranjera, resultado financiero, en suma, de un previo proceso de elaboración fiduciario adventicio a nuestro país y respaldado por una soberanía estatal que no es la propia, lo primero que se plantea, como presupuesto ineludible a tener en cuenta en cualquier seguimiento coherente de esta cuestión, es el carácter que el mismo titulariza cuando se trate de hipotética circulación por España (siempre partiendo de una noción amplia de la moneda extranjera como sinónimo de

divisa o dinero bancario en cuanto representativo de saldos de cuentas denominadas en tales divisas), problema que se resuelve o bien reconociendo a tal moneda su carácter de signo representativo de dinero extranjero (con todas sus consecuencias y consiguientes funciones; por ejemplo, permitiéndose que sirva de correspectivo monetario en la hipótsis del art. 1.445 CC) o bien entendiendo, por el contrario, que la misma es merecedora del trato dado a una simple mercancía, no acreditando por ello las funciones específicas de la arquetípica categoría dineraria. En realidad, ninguna de estas posiciones extremas es de recibo absoluto, y ello es así porque si bien la primera comporta una paraigualización radical entre los signos monetarios propios y ajenos que ninguna soberanía doméstica se halla dispuesta a soportar en los momentos presentes, la segunda, por su parte, implicaría la desaparición prácticamente generalizada del tráfico económico internacional. En base de tales consideraciones, lo que se busca con ahínco es un cómodo y pragmático posicionamiento sincrético al efecto en el que, bajo la batuta de las autoridades monetarias del Estado huésped de la divisa, ésta pueda recibir, según las circunstancias del caso, un reconocimiento mayor o menor de su intrínseca calidad de signo representativo de dinero extranjero, reconocimiento que distancia —y ello de forma inequívoca— la figura de la simple mercancía, si bien tal reconocimiento acredita por el propio estado de la cuestión unos perfiles sumamente evanescentes y erráticos, toda vez que su concreta envergadura dimensional —en calidad y extensión— dependerá de la clase de divisa de que se trate (en especial de quien sea su país emisor) y del emplazamiento funcional que la misma mantenga en la relación considerada (interna o internacional), siendo especialmente relevante a estos efectos si tal relación acredita una situación de absoluta convergencia territorial de los implicados en la misma o si, por el contrario, la situación residencial de sus involucrados es heterogénea, disyuntiva a la que aludiremos con ulterioridad.

En suma, la determinación del alcance internizado de la divisa como efectivo dinero extranjero proviene de una acto de la soberanía estatal cuyas concretas abcisas de operatividad dependerán básicamente de las circunstancias socioeconómicas imperantes en el Estado de que se trate y de la confianza, en suma, que merezca la solvencia del Estado emisor de la misma.

b) *Moneda convertible y no convertible*

La condición de convertibilidad que estamos manejando y que opera a modo de puente tendido entre las monedas nacionales y extranjeras,

parte, como es lógico, de un primigenio reconocimiento de algunas de estas últimas como dinero efectivo (aunque más o menos controlado) por parte de su Estado huésped, implicando tal hecho el que las monedas nacionales puedan ser sustituidas, permutadas o trocadas por las extranjeras con mayor o menor facilidad, y viceversa. En el caso de que tales monedas foráneas no acrediten en el Estado del foro la condición de dinero, es evidente que los esquemas de convertibilidad interna y externa que hemos esbozado en sus grandes magnitudes de concepción no acreditarán relevancia alguna, cuestión que nos lleva a la confección del epígrafe siguiente.

D) Reconocimiento de las divisas como dinero en el ámbito del Derecho español

En la historia de esta problemática —y de su consecuente composición de intereses— constituye un hito sobresaliente, por lo explícito, la Orden de 23 de marzo de 1869, conjunto normativo que en su artículo 2 estableció que cuando se hubiese estipulado algún pago en moneda extranjera éste habría de satisfacerse con la del Estado a que se refería el acuerdo o bien con la nacional al cambio corriente el día del pago, posibilidad, pues, preceptualmente sancionada, que resultaría inconcebible en sus propios términos sin partir de la previa consideración de la divisa como dinero extranjero reconocido por la soberanía española.

Mucho más confusamente se reproduce la cuestión por lo tocante a su tratamiento en el Código Civil y en el de Comercio, toda vez que en tales textos no se contiene ninguna referencia explícita al término divisa ni al alusivo al dinero extranjero, quedando circundada esta problemática por la más densa de las nebulosas conjeturales, nebulosa que, por lo que atañe al primero de los precitados cuerpos legales, acredita su cénit en el entorno de la interpretación que pueda ofertarse al encuentro de su artículo 1.170, párrafo primero, único que nos interesa, según el cual "el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España", precepto, pues, que hace pivotar su querer denotativo al respecto en sede de la frase ciertamente ambigua por su esencial polivalencia "especie pactada", locución a su vez reproducida, aunque con ligeras variantes semánticas en cuanto a su concreta construcción por el artículo 312 del Código del Comercio, según el cual "consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida, con arreglo al valor legal que tuviere la moneda al tiempo de devolución, salvo si se hubiere pactado la especie de moneda en que había de hacerse el pago, en

cuyo caso la alteración que hubiese experimentado su valor será en daño o beneficio del prestador".

Si críptica —hasta lo inconmensurable— es la encarnadura locucionaria de los preceptos transcritos (tema sobre el que vamos a volver de inmediato), no lo es menos la de aquellos otros que puedan ser colacionados al efecto como muestras normativas reconocientes del valor de la divisa o moneda extranjera en su eventual concepción de signo representativo de dinero, colacionabilidad especulativa que puede provocar la traída a la palestra analítica en la que estoy presentemente oficiando de los también artículos del Código del Comercio 444.4 y 489, preceptos que, operativos en el ámbito de la regulación de la letra de cambio (y que fueron oportunamente derogados por la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985), aludieron, el primero de ellos, "a la cantidad que el librador mande pagar, expresándola en moneda efectiva o en las nominales que el comercio tuviere adoptadas para el cambio", y el segundo a que "las letras de cambio habrán de pagarse en las monedas que en las mismas se hubiere designado; y si la designada no fuera efectiva, en la equivalente, según el uso y la costumbre en el mismo lugar del pago".

Analizando este abanico de preceptos sobre el particular, contenido en el Código Civil, podemos concluir que lo que resulta impactante del mismo es su absoluta carencia de brío notificador, propiciando ello una evidente ambagiosidad acerca de los concretos perfiles de su *animus* jurisdicente, situación que ha determinado el que los autores que profundizan en esta problemática diverjan —en ocasiones con sorprendente acritud y encono— en sus sendos planteamientos tematizadores, engendrándose así una animada polémica que por lo que atañe al concreto significado del artículo 1.170 del Código Civil resulta sumamente concurrida, controversia que acredita su punto de inflexión fundamental en la concreción del alcance de la ciertamente enigmática frase "especie pactada", habiendo autores —entre ellos DÍEZ PICAZO— que sustentan la tesis de que la misma no oferta en lo más mínimo la posible utilización solutoria internizada de las divisas, por haber sido redactado el supradicho precepto en una etapa histórica muy distanciada de los planteamientos ahora vigentes sobre el control de cambios; otros, por el contrario (siendo su abanderado BONET CORREA), consideran que el eventual manejo solvencial interior de la divisa o moneda extranjera representa una potencial alternativa dineraria perfectamente alojable en el seno de la locución a la que nos estamos refiriendo en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y también en base a los cimientos sobre los que se asentaban las vías solutorias vigentes en aquellos momentos históricos, cauces solvenciales a los que desde perspectivas sumamente liberalizadas aludía la antes citada Orden de 23 de marzo de 1869.

De todos modos, la controversia doctrinal a la que nos estamos refiriendo experimentó un cambio cualitativo importantísimo al tener que estribarse sus *ratios* fundamentales sobre nuevas premisas, todo ello como consecuencia, en primer término, de la entrada en juego en este orden de cosas de irresistible forzosidad liberatoria, matiz fisonómico que fue propugnado decididamente para la peseta por la Ley de 9 de noviembre de 1939, y en segundo lugar —y correlativamente—, por la adopción de un sistema más o menos coherente de normas sobre el control de cambios, reglatividad especializada que tras diversas alternativas históricas que no viene a cuenta reseñar quedó estructurada de forma bastante sistemática en la Ley marco de 10 de diciembre de 1979 sobre régimen jurídico de control de cambios (LRJCC) y en su Reglamento de ejecución aprobado por el Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre.

En virtud de la primera de las normas dichas —la Ley de 9 de noviembre de 1939—, la posible utilización solutoria de las divisas en el marco de las relaciones obligatorias articuladas entre residentes advenía a la condición funcional de sumamente aleatoria teniendo en cuenta el carácter netamente imperativo de tal Ley (y su lógica potenciación del uso de la peseta), aunque es de resaltar que de la misma no emanaba una prohibición del manejo solvencial de tales divisas, o por lo menos no de forma literal, taxativa y directa. En méritos del segundo conjunto preceptual reseñado, tal posible uso solutorio en el cuadro de las relaciones obligatorias instrumentadas entre residentes y no residentes, si bien no prohibido en términos generales, sí que resultaba tremendamente condicionado al tener que pasar por un previo tamiz administrativo la constitutividad del negocio jurídico de donde emanase la correspondiente obligación de pago en divisas y/o el mismo acto de su pago.

En cualquier caso, lo que debe retenerse precisamente en este orden de composiciones exegéticas es el dato de que si bien la Ley de 9 de noviembre de 1939 dejaba en la más completa penumbra la cuestión de si las divisas eran o no dinero extranjero (tema cuya marginación en tal texto legal provenía del absoluto silencio que el mismo mantenía respecto a tal cuestión), la normativa del control de cambios (adoptada en el ejercicio de la reserva de jurisdicencia que el art. 149.11 CE confiere en exclusiva al Estado) parte en sus labores de ordenación normativa del sector que nos ocupa del reconocimiento explícito de tal condición, es decir, de que para el legislador español las divisas son representativas de dinero extranjero y no constituyentes de pura mercancía.

Sobre las susodichas premisas se articula todo el sistema relativo a la posible utilización solvencial de tales componentes económicos, uso que si bien legítimo queda debidamente encorsetado por una serie de rigurosos condicionantes que atienden tanto a la especificación de qué divisas admi-

ten mayor o menor credibilidad a tales efectos como al establecimiento del concreto esquema operativo en el que la eventual negociabilidad de las mismas debe desarrollarse, cuestiones en cuya concreta conformación acredita un papel estelar, tal como dijimos, el Banco de España, institución financiera de la que ha dimanado —y continúa haciéndolo— una portentosa labor de normofehaciencia especializada sobre el particular encaminada a ofrecer la pertinente cobertura sustantiva y de procesalidad *ad hoc* a la aludida negociabilidad internizada de tales divisas, constituyendo muestras relevantes de tal labor de nomotesia singularizada las Circulares 28/1984, de 31 de julio, que en su Anexo D pormenoriza las divisas admitidas a cotización oficial; la 1/1987, de 7 de enero, sobre riesgos de cambio; la 5/1987, de 13 de marzo, sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera; la 27/1987, de 20 de octubre, en sus dos primeros apartados, sobre el mercado de divisas de contado, mercado de divisas a plazos, operaciones con billetes extranjeros y otras cuestiones relacionadas con la materia; la 4/1988, de 22 de marzo, sobre provisiones en moneda extranjera; la 5/1988, de 8 de abril, modificando parcialmente la antes relacionada 27/1987; la 9/1988, de 28 de junio, sobre opciones de divisas; la 14/1989, de 27 de julio, asimismo modificativa de la dicha 27/1987. De todos modos, tengo que decir que la soberanía estatal en este orden de cuestiones no sólo se efectiviza a través de la tutoría máxima que sobre las divisas ejerce el precitado Banco de España (organismo oportunamente asuntor de las competencias que sobre el particular ejercía el INEM), sino que también la DGTE y la Dirección General de Aduanas tienen mucho que decir al respecto, procediendo del primero de los organismos indicados la importante Resolución de 10 de mayo de 1988 sobre cuentas en divisas de residentes abiertas en las oficinas operantes en España de las entidades delegadas a nombre de personas físicas o jurídicas residentes, texto normativo que sirve de apunte fundamental de imputación para otro conjunto de disposiciones especializadas sobre la materia cuya relación en estas páginas resultaría improcedente. A su vez, y directamente emanadas de la Dirección General de Aduanas, tengo que constatar la existencia de una importante disposición tendente a ejercer el correspondiente patronazgo ordinamental respecto al hipotético de ingreso y salida en España de las divisas, disposición que es la Circular 965, de 18 de mayo de 1987, texto que se encarga en aportar las imprescindibles dosis de cobertura de ejecución a la Orden que sobre la misma materia fue adoptada por el Ministerio de Economía y Hacienda el 13 de marzo de 1987 sobre gastos de viaje y estancia en el extranjero y movimiento de divisas y pesetas por frontera.

En cualquier caso, lo que se desprende de este arracimado conjunto de disposiciones (al que podrían agregarse bastantes más, cuya cita omito para no recargar en demasía la copiosidad de este apunte normativo) es

que la divisa o moneda extranjera ha merecido por parte de la soberanía española el marchamo de signo representativo de dinero con todas sus consecuencias, atribución, no obstante, pautada por la serie de condicionamientos a cuya vertebración atiende la supradicha normativa moduladora y que se refieren tanto a la determinación de las divisas eventualmente susceptibles de ser cotizadas en el mercado nacional de las mismas como a la concreta fijación de las coordenadas de funcionalidad en las que tal cotización deberá acceder (coordenadas que se regulan milimétricamente en la susodicha normatividad especial), detallando asimismo los presupuestos que deberán concurrir a fin de que la convertibilidad de tales divisas acaezca con regularidad, temas todos ellos que vamos a obviar, bien por haber sido tratados con anterioridad en el volumen I del tomo I de esta obra, bien porque su exposición vendría a devastar la sistemática a la que pretendo uncir mi labor expositiva en la misma.

Una vez expuesto todo este bloque colecticio de consideraciones preliminares sobre la temática que estamos desarrollando, pasamos a enfocar la misma desde el punto de vista de su concreta dinámica jurídica, distinguiendo al efecto dos órdenes de situaciones en las que pudiere surgir la figura de la divisa; así, en las páginas a venir vamos a reflexionar sobre este problema, distinguiendo el supuesto en que ambos intervinientes en la relación jurídica de donde dimane la obligación de pago en divisas sean residentes de aquél en que sólo uno de ellos acredite tal condición, bien afecta la misma al acreedor o bien haga lo propio respecto del deudor.

E) Relaciones jurídicas obligatorias en las que se pacta un pago en divisas siendo el acreedor y el deudor residentes

a) *Introducción*

En la pesquisa de esta cuestión debe tenerse especialmente en cuenta todo lo hasta aquí explicado, es decir, que en principio, y desde el punto de vista de la soberanía nacional, no existe ningún inconveniente para que la divisa, en cuanto signo representativo de un dinero extranjero reconocido por tal soberanía, pueda desplegar —si bien de forma más o menos sincopada o condicionada— su congruente funcionalidad en el territorio español. Ello supuesto, también es conveniente ir deslindando campos de análisis e imputación, y así y en esta misma línea de precisiones acotadoras, tengo que poner de manifiesto que la cuestión relativa a la viabilidad o no de las relaciones obligatorias que estamos viendo (es decir, las oportunamente objetivadas en divisas) sólo guarda una proximidad difusa y tan-

gencial con la normativa sobre el control de cambios, allegamiento que en modo alguno es pleno, toda vez que la *ratio* primordial de tal normativa y que resulta del artículo 1 de la LRJCC ("Quedan sometidos a los preceptos de la presente Ley los actos, negocios jurídicos, transacciones y operaciones de toda índole entre RESIDENTES Y NO RESIDENTES que supongan o de cuyo cumplimiento se deriven o puedan derivarse cobros o pagos exteriores") queda entrañada en la idea de someter a control los tratos negociables en divisas o pesetas entre RESIDENTES Y NO RESIDENTES, consideración que impide el sometimiento de la relación obligatoria en divisas exclusivamente instrumentada entre RESIDENTES a tal preceptiva controladora. De todos modos, el hurtamiento de tal situación jurídica netamente residencial de la aludida preceptividad no es total, ya que la invocación *in obligatione* a la divisa determina de suyo una notable singularidad, dado el trato especial que la misma merece de conformidad con toda la preceptividad sectorializada antes aludida, conjunto normativo de porte especializado cuya última razón de ser no se apoya de modo exclusivo en la condición residencial de que cobre o pague en divisas, sino en la excepcionalidad del uso solutorio de tales componentes dinerarios, prescindiendo de la calidad territorial asumida por el operador jurídico que los maneje (crediticia o prestacionalmente) en territorio español.

En base a todo ello, es evidente que la potencial viabilidad de la relación obligatoria en divisas entre residentes tendría que traspasar el filtro que supone la aludida normativa del control de cambios, pero sólo en lo que afecte al aludido manejo solvencial de las mismas, disponibilidad solutoria en cualquier caso sometida a previa autorización de conformidad con el concreto —e inequívoco— *dictum legis* del parágrafo 11 del artículo 3 del Real Decreto 2402/1980, según el cual "requieren, previa autorización, las siguientes operaciones (...) 11.ª La excepción a la obligación general de venta o aplicación de divisas a que se refieren los números 2 y 3 siguientes. 2. Los residentes, salvo autorización, deberán poner a la venta a través del mercado español de divisas las que posean, dentro de los quince días siguientes a su disponibilidad. 3. Los residentes que hubieran obtenido lícitamente divisas para un fin determinado deberán aplicarlas al mismo en un plazo de quince días o cederlas al mercado español en igual plazo, salvo autorización administrativa", precepto que establece las bases de una tenencia y negociabilidad de los calendados componentes financieros absolutamente sometidos a control, claves operativas que no son sino la concreta traducción funcional —a nivel gubernativo— de la reserva de normofehaciencia ejecutiva instrumentada en este sector por la ya citada LRJCC, que sentó en su artículo 2.1 "que corresponderá al Gobierno, en defensa de los intereses generales, regular, de acuerdo con lo dispuesto en

la presente Ley, los actos, negocios, transacciones y operaciones a que se refiere el artículo anterior. 2. A estos efectos, y mediante la reglamentación del control de cambios, podrá prohibir, someter a autorización previa, verificación o declaración y, en general, a cualquier tipo de control administrativo: ...*f)* La tenencia en territorio español por parte de residentes... de medios de pago de cualquier clase y, en general, de títulos representativos de derechos cifrados en moneda extranjera... y la venta, a través del mercado español de divisas, de aquéllos que los residentes posean o adquieran".

En obsequio a todo este conjunto preceptual, es evidente que la tenencia de divisas por parte de los residentes se halla sometida a riguroso control, materializándose el mismo en la necesidad de que se obtenga la oportuna —y previa— autorización, credencial que será exigible no sólo para su eventual adquisición, sino también para su ulterior tenencia más allá de los quince días de rigor a los que se refiere el artículo 3 del Real Decreto dicho, autorización asimismo demandable cuando se pretenda dar a tales divisas un uso distinto del preordenado por la meritada disposición, que es el de la venta forzosa a la que la misma alude (y que deberá sustanciarse dentro del indicado plazo en el mercado oficial de divisas), régimen cuya infracción aparece tipificada como delito o falta administrativa (en atención a los distintos parámetros cuánticos tenidos en consideración por los artículos 6 y 7 de la LRJCC, precepto, el primero de ellos, que al pormenorizar los presuntos ilícitos criminales de posible incidencia en este orden de cosas (tras la nueva redacción aportada al mismo por la Ley Orgánica 10/1983, de 16 de agosto) califica como tales, siempre que la cuantía exceda de dos millones de pesetas, la no puesta a la venta "a través del mercado español autorizado y, dentro de los quince días siguientes a su disponibilidad, las divisas que posean; la obtención de divisas mediante alegación de causa falsa o por cualquier otra forma ilícita, y el destinar divisas lícitamente adquiridas a fin distinto del autorizado", indicando por su parte el segundo que los supuestos enumerados constituyen falta administrativa cuando la cuantía de las divisas excedan de 20.000 pesetas y no rebasen los dos millones antes dichos.

Ello aducido, parece obvio que la relación obligatoria en divisas oportunamente entablada entre residentes no es una más encuadrable en el marco de las obligaciones de dar, sino que pese a hallarse sustraída al régimen general de control propiciado por la LRJCC (dada la situación de absoluta homogeneidad residencial que acreditan sus implicados), la misma presenta la notable especificidad de que el cumplimiento de la obligación concertada requiere la previa autorización de la Administración, circunstancia que viene a modalizar enormemente su régimen jurídico.

b) *Régimen a que las mismas se atienen*

aa) Idea general

En base a todo lo que acabamos de circunstanciar, es evidente que el pago en el que desemboque la obligación en divisas a la que estamos aludiendo no podrá tener lugar sin la previa anuencia de la Administración y que en la hipótesis en que tal acontezca (sin la susodicha habilitación) el mismo podrá engendrar la correspondiente dinámica de responsabilidad penal o administrativa.

Ahora bien, con estas conclusiones, que me parecen fuera de discusión en méritos de su indiscutible obviedad, la cuestión no aparece íntegramente resuelta, toda vez que en primer término es lícito demandarse acerca del poder de la autonomía de la voluntad para convenir obligaciones en divisas cuyo pago queda constreñido por la precitada autorización, y en segundo término se polemiza también acerca de la retractabilidad de tal pago cuando el mismo se haya efectuado contraviniendo las normas básicas reguladoras de tráfico interno de divisas, aspectos ambos teñidos de inmarcesible conflictividad, que vamos a considerar de inmediato.

ab) Vigencia de la autonomía de la voluntad en cuanto a los pactos en moneda extranjera

A fin de centrar adecuadamente el rumbo de mi inquisitoria, voy a descartar por completo el análisis de aquellos convenios en los que la moneda extranjera en cuestión revista el carácter de puro elemento indiciador o estabilizador (cláusula moneda extranjera), tema cuyo tratamiento en estas páginas —aunque fuere liviano— nos introduciría en unos senderos especulativos que no estoy dispuesto a recorrer. En base de estas precisiones deslindadoras, únicamente voy a referirme a la virtualidad fundacional que acredite la autonomía de la voluntad respecto a los pactos entre residentes en los que el débito prestacional dinerario se materialice en divisas, cuestión que ha suscitado enconadas polémicas ante la ausencia de una normativa taxativamente liberalizadora en tal sentido (o bien concretamente obstaculizadora).

Ante la carencia, pues, de un dispositivo rigurosamente permisivo o prohibitivo al efecto, los intérpretes de esta temática, al abordar en concreto el problema suscitado, mantienen posturas antagónicas cuya senda *hybris* sustancial no es del momento detallar (sobre todo porque las susodichas vertientes de conflictividad deben ser conjuntamente consideradas en la porción de esta obra orientada a la búsqueda de respuestas exegéticas a las cuestiones que provoque el entendimiento de la disposición final 1.ª

del RIE). De todos modos, a fin de no vaciar de contenido el presente pasaje, tengo que poner de relieve que, en principio, los compromisos entre residentes de donde emerjan obligaciones de futuro cifradas en divisas son perfectamente admisibles en base a que la autorización para la legítima tenencia y movilización solutoria de las mismas sólo es requerible llegado el momento de ejecución del pago convenido.

Si ello es así, resulta evidente que nada se opone a que las partes —residentes— convengan tal pago en divisas, en el bien entendido sentido de que el compelido a su satisfacción asume, del propio modo, una obligación accesoria a la fundamental, consistente en hacer lo necesario para que la autorización antes referenciada se consiga (consecución que llevará aparejada el abono de la deuda convenida en la propia especie pactada a la que alude el antes dicho art. 1.170 CC); y en el supuesto de que esto no acontezca, la deuda en divisas en cuestión no queda extinguida por imposibilidad sobrevenida (imposibilidad lógica desde el punto de vista jurídico dada la consideración de la divisa como signo representativo de un bien ultragenérico —el dinero— inextinguible por esencia), aunque sí modificada por la forzada entrada en juego de la conmutatividad legal resultante del antes citado artículo 1.170, que obliga a sustituir el *quantum* de la deuda en moneda extranjera devenida fácticamente imposible (la materializada en las divisas cuyo uso no se autorizó) por otro objetivado en "la moneda de oro o plata de curso legal en España".

Siguiendo por estas vías interpretativas, tengo que poner de relieve que el artículo 1.170 supracitado, que en definitiva presupone una notable excepción no sólo al artículo 1.157 ("No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía"), sino también al artículo 1.166 ("El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aunque fuere de igual o mayor valor que la debida"), ambos del Código Civil, ha provocado un fecundo debate, en ocasiones ardoroso, sobre su significado, habiendo quien —DÍEZ PICAZO en sus *Estudios sobre la jurisprudencia civil.* I, Tecnos, Madrid, 1986, y en *Fundamentos de Derecho civil patrimonial,* I. *Teoría del contrato. Relaciones obligatorias,* Tecnos, Madrid, 1986— considera que el alcance del precepto en cuestión confiere al deudor en divisas una *facultas solutionis* cuyo ejercicio depende de su exclusivo arbitrio, exponente de libre decisionalidad de concretiva que imposibilita al acreedor a rechazar el pago en el equivalente en moneda nacional.

Por el contrario, BONET CORREA (en su indicado libro y en otras aportaciones doctrinales sobre el particular) se constituye en reputado portaestandarte de una corriente científica bastante más densificada cuyo planteamiento básico al respecto se asienta en la idea de que el meritado

artículo no otorga al deudor tal *facultas solutionis,* sino que efectivamente la constriñe al pago "real" de una suma en divisas cuya eventual conmutatividad en pesetas materializa un supuesto excepcional cuya legítima virtualidad únicamente puede venir de la mano de una imposibilidad objetiva sobrevenida en cuanto a la consecución de las pertinentes credenciales que la habiliten para disponer solutoriamente de las mismas, hecho que determina, en consonancia con lo que antes quedó aducido, que el deudor de tal suma en moneda extranjera se halla efectivamente constreñido por el orden natural de las cosas y por el concreto *prescriptum* del artículo 1.258 ("Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entones obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley"), también del Código Civil, a la entrega de las mismas a su acreedor.

En función de todo lo dicho, es evidente que el pago en moneda de curso legal en España podría ser legítimamente resistido por el acreedor en divisas mientras que no se le justifique en debida forma —judicial o extrajudicialmente— que el deudor que pretenda pagar de tal guisa hizo todo lo necesario para obtener la credencial que tenía que habilitarle el empleo solvencial de las mismas, sin que la aludida conmutación de éstas por la moneda nacional equivalente opere por la exclusiva voluntad del deudor, circunstancia que determinaría, entre otras cosas, la impertinencia de la consignación liberatoria que pretendiere efectivizarse en pesetas frente a una situación de presunta *mora creditoris.*

ac) Conmutatividad dineraria en este orden de cosas

Partiendo de esta plataforma interpretativa, a mi juicio la única coherente con el estado de cosas descrito, lo que puede discutirse es el nivel, grado o tasa de imposibilidad que debe concitarse en el supuesto debatido para que pueda entrar legítimamente en liza la conmutatividad monetaria a la que nos estamos refiriendo, cuestión que únicamente admite una lectura objetiva, es decir, aquella que entronca su congruente funcionalidad con la circunstancia de que no se obtenga la autorización solicitada o bien de que una vez ella conseguida, la divisa en cuestión deje de circular en su país de procedencia o en España, quedando en todo caso excluida la beligerancia de aquella que derive de eventuales actuaciones negligentes por parte del deudor concernido que o bien omitió la formulación de la solicitud al efecto o bien lo hizo de forma intempestiva o documentalmente insuficiente, negligencia que provocaría una situación de incumplimiento responsabilizador en modo alguno zanjable con la entrega de la corres-

pondiente moneda nacional (o de sólo ésta, sin resultar la misma acompañada de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios), tesis esta última que coincide, por otra parte, con la sustentada por CARMEN SENES MONTILLA, quien en su supradicha obra, página 71, elabora una teoría coincidente en términos generales con lo que acabo de relatar, arguyendo en apoyo de la opinión la existencia de dos Sentencias del Tribunal Supremo (las de 6 de abril y 8 de junio de 1963), siendo especialmente relevante a tales efectos la primera de ellas cuando argumenta, en cita literal que tomo de la indicada obra, que "... el artículo 1.170 dispone que se efectúe (el pago) en la 'especie pactada', y no siendo posible, sin concretar ni limitar las causas de esa imposibilidad, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España..., todo lo que indica que, en definitiva, son las circunstancias monetarias del país, con sus exigencias modificativas, las que en el momento del cumplimiento imponen o determinan cuál sea la especie legalmente apta para el pago y sin que afecte a la validez del contrato el hecho de pactarse otra distinta... (de la nacional)".

Prosiguiendo con esta misma temática, tengo que puntualizar que la cuestión enunciada no es la única que presenta importantes dosis de incertidumbre en este ámbito, toda vez que también se inscribe en esta línea de aguda conflictividad el problema relativo a cuál es el concreto *tempus* que debe tenerse en cuenta para el logro de la conmutación sustitutiva dicha, tema que ante su falta de positivación en nuestro ordenamiento (a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, cual es el caso del italiano, *ex* art. 1.278 del Codice) puede ser entendido de forma plural, siendo reseñable al efecto el policromo mosaico de variantes jurisdiccionales que se ha ido materializando con ocasión del mismo, polifonía decisional de la que se hace eco BONET CORREA en su trabajo *La fecha de conversión en las deudas de moneda extranjera,* trabajo dictado con motivo de los comentarios a la STS (Sala 1.ª) de 13 de abril de 1987 y que fue publicado en la revista jurídica "La Ley", en el número 1.873, de 30 de diciembre de 1987, y en el que dice literalmente sobre el particular que "al examinar los fallos anteriores del Tribunal Supremo se advierte que va a seguir criterios adecuados a las particularidades de cada caso, donde el interés patrimonial objeto de pago deba realizarse plenamente. Así, con un sentido realista, para el pago de una indemnización por un accidente aéreo internacional, se disponía que se hiciese la conversión en la 'fecha del accidente' (S. 6 julio 1957) y 'en el de la entrega de un cheque en moneda extranjera se hiciere el día de su adquisición' " (S. 30 enero 1971). Sin embargo, se fijó para el 'día del emplazamiento del demandado' la conversión de una cantidad de marcos en pesetas (S. 3 julio 1936), ya que se discutía la especie de marcos a convertir (oro o nominales); también

respecto a los pagos debidos por un contrato de mandato desenvuelto en el extranjero (S. 23 diciembre 1954). No obstante, se puede decir que el criterio más general seguido por el Tribunal Supremo para la conversión de moneda extranjera en moneda española de curso legal es el del día del pago (SS. 10 marzo 1925, 3 julio 1936, 9 noviembre 1957, 6 abril y 9 junio 1963, 30 enero 1971, 6 abril y 19 mayo 1973, 14 mayo 1976, 26 marzo 1977, 5 enero y 21 octubre 1980, 13 octubre 1983, 26 diciembre 1985 y 2 febrero 1986)".

Así pues, el criterio jurisprudencial mayoritariamente seguido en esta materia es el de fijar la equivalencia de las mismas en la moneda nacional en que se consume sustitutivamente el pago con estricta referencia al día en que éste acaezca, imputación cronológica de acreditada racionalidad y arraigo no sólo por su propia rigurosidad ontológica, sino también porque tal fue el criterio propuesto por la ya añeja y antes dicha Orden de 23 de marzo de 1869, texto legal cuyo artículo 2, recogiendo la filosofía contenida en el artículo 1.096 del proyecto de Código Civil de 1851, se atuvo ya a tal sistema (Orden cuya vigencia en la actualidad se postula por BONET CORREA a base de una argumentación minuciosa y consistente).

En cualquier caso, la aludida conmutatividad no resulta comprensible sin preconizar para las divisas sujetas a la misma el paradigma de la liquidez, rasgo fisonómico que adorna a tal figura en su consecuente consideración como dinero, imputación categorizada que en teoría no debería suscitar ningún tipo de conflictividad teniendo en cuenta que tal nota es un simple corolario de su caracterización global como institución jurídica. Sin embargo, y con motivo de cierta contienda jurisdiccional, la deuda en moneda extranjera fue considerada ilíquida a los efectos de la justiciabilidad de su eventual incumplimiento en sede del juicio ejecutivo, contienda que iniciada por la adopción de sendos autos de 23 de octubre y 4 de noviembre de 1981 por parte del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid adquirió considerable resonancia (siendo incluso objeto de difundida noticia en la prensa), resultando de todo ello la necesidad de promover un reconocimiento normativo explícito de tal liquidez —a todos los efectos procesales—, hecho que fue propiciado por parte de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC, texto legislativo que dio por zanjada la polémica sobre la aludida nota de liquidez, entronizándose en su articulado tal característica previa alusión programática a la misma en su propia Exposición de Motivos ["se ha reconocido de un modo expreso que las deudas en moneda extranjera tienen el carácter de líquidas, tanto a los fines de este proceso (juicio ejecutivo) como dentro de la ejecución en general de sentencias. No se trata propiamente de una novedad. Es más bien una aclaración, pues hay ya una consolidada corriente doctrinal y hasta jurisprudencial favorable a tal

solución"], caracterización, sin embargo, no plenamente convincente teniendo en cuenta que, en definitiva, se viene a condicionar tal liquidez al hecho de que la divisa de que se trate sea de las admitidas o no a cotización oficial en España, proviniendo esta exigencia de la propia Exposición de Motivos ("ya que siendo la moneda extranjera convertible y constando oficialmente su tipo de cambio o cotización respecto a la peseta, se conoce el importe de la deuda y es líquida lo mismo en una que en otra moneda"), criterio asimismo recibido por los concretos artículos que recogen las variaciones procesales introducidas en la materia y que no resulta plenamente acorde con el congénito rasgo fisonómico de liquidez extrajudicial de que goza la divisa, característica que es independiente de su admisión a cotización o no (y de su convertibilidad o no).

De todos modos, y en descargo de esta falta de rigurosidad metodológica del hacedor del texto antes indicado, tengo que recalcar que la liquidez descrita en la Exposición de Motivos reseñada y en la preceptividad acorde con la misma (y que resulta adornada, para su plena eficacia —como hemos apuntado ya—, de los requisitos adicionales de convertibilidad y cotizabilidad oficial) es la única realmente tomable en consideración en un procedimiento tan sumario como es el supradicho juicio, siendo por ello lógica la prevención de tal hacedor, que se limitó a cumplir sus tareas de normofehaciencia en una estricta sede jurisdiccional sin ningún ánimo extrapolador de sus planteamientos.

C) Conclusiones básicas sobre el régimen jurídico de las obligaciones reseñadas

Retomando el hilo argumental devanado hasta este preciso momento, creo que es hora de efectuar una recensión de determinadas conclusiones básicas sobre el particular, siendo éstas las siguientes:

- El acto negocial constitutivo de una deuda extranjera cuando el mismo es instrumentado entre residentes queda totalmente al margen de la normativa de control de cambios.
- El pago de la misma, considerado como acto solutorio de fisonomía causal, aunque formalmente autónomo en sus concretos planteamientos funcionales, queda entroncado —sustantiva y adjetivamente— con el susodicho control de cambios en atención al componente "divisa".

Sobre la base de este soporte especulativo, podemos estribar las siguientes conclusiones:

a) Los residentes pueden lícita y libérrimamente convenir tales pagos en moneda extranjera.

b) A pesar de esta primigenia licitud germinativa, la deuda en que ésta se materialice únicamente resulta regularmente resarcible en tal moneda extranjera cuando se obtenga la pertinente autorización administrativa, autorización que debe hacerse también extensiva a la posibilidad de que el *accipiens* residente acredite la disponibilidad de las divisas cobradas más allá de los quince días antes dichos.

Llegado el momento de satisfacer tal deuda, si ésta no puede ser cumplida en sus justos términos convenidos por no poder obtenerse la credencial administrativa habilitante del uso solutorio de las divisas puestas *in obligacione,* deberá procederse a la conmutación de la deuda inicialmente nominada en moneda extranjera en una cifrada en pesetas.

Tal conversión, cuya base legal radica en el artículo 1.170 del Código Civil, deberá efectuarse en el momento del pago y acreditará mayor o menor complejidad y justiciabilidad según que la divisa de que se trate resulte admitida o no a cotización oficial en el mercado nacional de divisas.

Tal es el planteamiento teorético ideal de esta cuestión, asentada, como hemos visto, en una neta disociación entre el pacto y el pago derivado del mismo, disociación que no siempre se produce, ya que en determinados supuestos se provoca una fragua de ambos elementos negociales, acaeciendo ello cuando se trate de la entrada en liza en este orden de cosas de los denominados contratos reales o de aquellos en los que sin acreditar tal condición el pago sea concomitante o confesado, supuestos en los que se producirá una inescindibilidad fatal entre lo permitido y autorizado, conmixtion que impedirá el juego del esquema ideal que acabamos de pergeñar en su mínimo umbral de comprensión.

Así, en el contrato de préstamo es evidente que su característica de real impedirá tajantemente el que se pueda plantear la escisión entre los dos *iter* negociales antes aludidos. Otro tanto sucede en aquellos supuestos en los que tratándose de un contrato —consensual— de compraventa, el pago del precio convenido o bien resulta confesado o bien se realiza *uno ictu* con la entrega de la cosa, hipótesis que tampoco resultaría subsumible en el antes indicado esquema tipo.

En base de todo ello —y con ánimo ejemplificador— tengo que poner de relieve que tratándose de una compraventa inmobiliaria en la que el comprador residente queda obligado a pagar a otro residente el precio convenido en divisas, la misma resulta perfectamente accedible al Registro de la Propiedad a través de su previo trasvase negocial a la pertinente escritura pública (en la que deberá expresarse la equivalencia de las divisas

cuyo pago se convino en pesetas, a tenor de lo prescrito por el art. 177 del Reglamento Notarial), siempre que el pago de tal precio cifrado en divisas se dilate en el tiempo, accedibilidad, por el contrario, que no resulta predicable para cuando tales compraventas acrediten un pago del precio en moneda extranjera confesado o concomitante, salvo que en tales hipótesis se acompañe la escritura en cuestión con la autorización administrativa del uso solutorio de las divisas utilizadas de tal guisa.

Redondeando este análisis, tengo que poner asimismo de relieve la posibilidad de que se hipoteque la finca transmitida en garantía del precio en divisas que quedó aplazado. Todo ello en línea con lo dicho y siempre teniendo en cuenta la exigencia requisital que sobre el particular resulta del artículo 219 ("1.º El importe de la obligación asegurada con la hipoteca, o la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada, deberá ser fijado en moneda nacional o señalando la equivalencia de las monedas extranjeras en signo monetario de curso legal en España") del Reglamento Hipotecario, precepto del que nos ocuparemos especialmente en el volumen siguiente.

Tras este bloque de reflexiones sobre el particular, únicamente resta que aluda a la cuestión relativa a qué grado de patología quedan sujetas aquellas tesituras constitutivas y/o solutorias que necesitando como escudo de su respectiva viabilidad la pertinente habilitación administrativa en cuanto a la movilidad de las divisas intervinientes en las mismas, ésta ha sido obviada, tema de aristados perfiles que entiende debe solventarse en base a distinción —en caso de contienda judicial— de si el negocio ha sido previamente irregularizado criminalizado por una o ambas partes, diferencia que tendrá suma importancia en cuanto a la posible retractabilidad del pago que al efecto hubiere intervenido en la peripecia ilícita sometida a consideración, repetibilidad solutoria que, en cualquier caso, podría discurrir por los cauces previstos en los artículos 1.305 ("Cuando la nulidad provenga de ser ilícita, la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí y se procederá contra ellos, dándose además a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta. Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido"), y 1.306 ("Si le hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: 1.ª Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato ni reclamar el cumplimiento de lo que otro hubiese ofrecido. 2.ª Cuando esté de parte de un solo contratante, no

podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido"), ambos del Código Civil.

Como colofón de esta reseña doctrinal, sólo me queda por puntualizar el que a fin de evitar reiteraciones, todo lo que tenga que decir sobre el alcance de la autorización requerida para la libre movilidad y tenencia de divisas puede ser reconducido a lo que luego expondré sobre tal alcance en su relación con las habilitaciones que se exijan para aquella negociabilidad que objetivándose en divisas quede normativamente encuadrada —al articularse entre residentes y no residentes— por las reglas sobre el control de cambios.

d) *Caso especial de la letra girada entre residentes cifrada en divisas*

Siguiendo las huellas de sus antecedentes normativos (representados por los antes mencionados arts. 444.4 y 489 Código de Comercio, ahora derogados), la vigente Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, admite la posibilidad de que el cifraje de tales títulos valores se efectúe en moneda extranjera, si bien y capitalizando las enseñanzas aportadas por la antes indicada Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC, tal cuantificación en divisas sólo deviene admisible sin autorización administrativa previa cuando las mismas "sean convertibles y admitidas a cotización oficial", *ex* artículos 1 y 106 de tal Ley.

Tal posibilidad, que se escinde en una triple vertiente operacional según que la misma tenga por base una relación cambiaria instaurada entre residente, entre no residentes o bien entre residentes y no residentes, no acredita ningún tipo de especialidad respecto a los planteamientos genéricos que estamos elaborando, salvo acaso la circunstancia de que limita el uso de la potencialidad liberalizada de su cifraje foráneo a que las divisas representativas del mismo sean precisamente aquellas que disfruten de los condicionantes ya meritados de convertibilidad y cotizabilidad oficial, exigencias lógicas por otra parte, teniendo en cuenta que las letras de cambio y los cheques, en cuanto títulos valores, son instrumentos ejecutivos eventualmente desencadenadores del procedimiento jurisdiccional respecto del cual la Ley 34/1984 antes mencionada ya exigió la concurrencia de tales presupuestos.

Prescindiendo de ello, y tratándose de letras y cheques girados o emitidos entre residentes, la posibilidad de que el mandato de pago que los mismos incorporen obligue en concreto a pagar en divisas, sin necesidad

de someter el acto de giro o emisión a la previa obtención de ningún tipo de credencial habilitante no constituye sino una palmaria corroboración de todo lo hasta aquí explicado, es decir, que la legítima constitutividad del negocio de donde emerja la obligación satisfactiva en moneda extranjera no se halla sujeta a control, campeando en ella libremente la autonomía de la voluntad. Otra cosa es que el pago considerado en su estricta mismidad sí que lo esté, cosa que acontece precisamente en el orden de magnitudes jurídicas que estamos viendo, en donde tanto si se trata de un pago de una letra en moneda extranjera como del de un cheque, se exige que el *solvens* acredite la legítima disponibilidad internizada de las divisas utilizadas a tal fin o que la operación resulte permitida por la normativa del control de cambios, diciéndose literalmente al efecto en el artículo 46 de la Ley Cambiaria y del Cheque, por lo tocante a las letras, que: "El pago de las letras de cambio libradas en moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial deberá realizarse en la moneda pactada, siempre que la obligación de pago en la referida moneda esté autorizada o resulte permitida de acuerdo con las norma de control de cambios.

Si no fuera posible efectuar el pago en la moneda pactada, por causa no imputable al deudor, éste entregará el valor en pesetas de la suma expresada en la letra de cambio, determinándose dicho valor de acuerdo con el cambio vendedor correspondiente al día del vencimiento. En caso de demora el tenedor podrá exigir que el importe de la letra le sea pagado por el valor en pesetas que resulte del cambio vendedor de la fecha del vencimiento o del de la fecha de pago, a su elección.

Cuando el importe de la letra de cambio se haya indicado en una moneda que tenga la misma denominación, pero diferente valor en el país de emisión que en el país del pago, se presumirá que la moneda expresada es la del lugar del pago".

Por su parte, y ya en directa relación con el cheque, el artículo 142 de la Ley referenciada *ut supra* se reproduce en unos términos sensiblemente parejos a los indicados, aunque en su primer apartado se encarga de puntualizar que el pago deberá realizarse dentro del plazo de presentación.

En cualquier caso, lo que quiero resaltar de los artículos dichos, cuyo estudio en profundidad no resulta de recibo en una obra como la presente, es que los mismos reproducen *pari pasu* los criterios doctrinales que sobre el particular han quedado primigeniamente expuestos, anudando la legitimidad del pago de una deuda en moneda extranjera transfundida al correspondiente talón o letra de cambio a que la obligación de la que el mismo resulte se halle expresamente autorizada o genéricamente permitida según el control de cambios, disyuntiva de posibilidades respecto de la cual, y tratándose de obligaciones entre residentes, únicamente nos interesa

la alternativa consistente en la autorización administrativa del uso solutorio de las divisas de que se trate, autorización que es independiente de la que en su caso haya de demandar al perceptor en la hipótesis de que quiera ostentar la tenencia de las divisas cobradas más allá de los quince días de rigor.

Por otro lado, los artículos constituyentes de la urdimbre preceptual que nos ocupa se hacen eco de la problemática relativa a cuál sea la fecha hábil a tener en cuenta en el proceso de conmutatividad del pago en moneda extranjera por otro en moneda nacional, fecha que, en definitiva, coincide con la antes dicha en el sentido de que el momento idóneo para la cuantificación de las correspondientes equivalencias en el día del pago (o día del vencimiento, que es cuando tal evento solutorio debe normalmente acaecer), si bien en aquellas hipótesis en que tal pago se demore responsablemente los artículos que estamos viendo confieren al acreedor un derecho de opción al respecto cuyo ejercicio le faculta o bien para seguir con el sistema general (ateniéndose a los valores de la divisa en el día en que el pago sustitutivo efectivamente se consume) o bien trocar tal criterio general por uno retroactivo, imputando la valoración a efectuar al día en que la deuda incorporada a la letra de cambio o al cheque debió pagarse, conmutación que en todo caso tiene que ser provocada, tal como se encargan de puntualizar los supradichos preceptos por causas no imputables al deudor, aspecto aludido con anterioridad.

Sintetizando mucho estas cuestiones, podría decirse que lo más relevante de los artículos antes transcritos entronca con los que de inmediato vamos a ver para cuando las letras o talones sean girados entre residentes y no residentes, eventualidad asimismo cubierta por los parámetros liberalizados de funcionalidad oportunamente diseñados por tales preceptos y cuya entrada en juego supone una notable excepción a los criterios rigoristas patrocinados por la normativa sobre el control de cambios, aspecto que con ulterioridad abordaremos.

Ya enfilando la última parte de estas consideraciones sobre la materia puesta en nuestro presente banco de prueba interpretativo, tengo que poner de relieve que, por lo tocante a las letras de cambio, la necesidad de que su pago en divisas quede pautado por las reglas del meritado control de cambios no es sino una concreta manifestación del evidente carácter causal que subyace en la nueva regulación de las mismas a tenor de su Ley actual, carácter cuyo estudio no corresponde desbridar aquí y que acredita su máximo exponente normativo en el artículo 67.1 de tal Ley, según el cual "el deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él", manifestación normativa de profundas resonancias causalistas que viene a asolar el potencial carácter abstracto que teniendo en cuenta determinados posicionamientos

programáticos postulados en la Exposición de Motivos de la propia Ley podía postularse para la "nueva" letra de cambio, todo ello en línea con la caracteriología esencial que en relación con las manifestaciones de voluntad cambiarias se propugna desde la logística incorporada a las leyes uniformes de Ginebra, remembranzas causalistas que por lo tocante al pago de la letra cifrada en divisas quedaron debidamente plasmadas en el texto del antes transcrito artículo 47.1 de la Ley Cambiaria y del Cheque, precepto que exige que el pago en moneda extranjera se acompase a los requerimientos proveídos en la normativa sobre el control de cambios, solicitación que por lo tocante a la posibilidad de instar el pertinente juicio ejecutivo por el eventual impago de la cambial oportunamente objetivada en divisas acredita una considerable importancia, trascendencia muy bien resaltada por CARMEN SENES MOTILLA en su dicha obra, página 201; autora que no sólo pone de manifiesto la relevancia aludida, sino que se encarga de matizar el tiempo procesal oportuno, en sede del indicado juicio ejecutivo, en el que la misma despliega toda su eficacia, alegando literalmente al efecto que "la vinculación de la obligación en moneda extranjera con el negocio jurídico subyacente no aflora en el juicio ejecutivo en el eventual trámite de oposición a la ejecución, sino que opera *a priori* al tiempo de despachar la ejecución en moneda extranjera. Por consiguiente, el tenedor del título que insta la ejecución forzosa de la obligación en moneda extranjera tendrá que acreditar, bien que el pago está liberalizado —lo que equivale a probar que deriva de un negocio jurídico de tales características o bien que está debidamente autorizado por la Administración—, lo que igualmente supone tomar en consideración el negocio jurídico subyacente al libramiento del título o, en su caso, al endoso del mismo".

Por su parte, y ya centrando nuestro interés analítico de modo exclusivo en la figura del cheque, tengo que reseñar que lo más notable de su problemática ordinamental (dejando de lado lo relativo al carácter también causal del mismo en relación con el control de Cambios) es la dificultad que conlleva la interpretación de la frase que utiliza el antes transcrito 142.11 de la Ley objeto de debate, precepto que anuda la funcionalidad del derecho de opción computativo que el mismo prevé en favor del tenedor-acreedor al hecho de que el cheque "no fuera pagado a su presentación" —locución que viene a coincidir, por lo que atañe a la letra de cambio, con el vocablo "demora" que utiliza con la misma finalidad el artículo 47 (también antes citado) de dicho texto legal (alcance que no debe confundirse con el materializado por la situación de mora técnica a la que alude el art. 1.100 CC), expresión que dada su concreta y descomprometida encarnadura aleja la hipótesis de incumplimiento obligacional considerada de aquella constitutiva de la antes dicha situación de mora

(equiparándose así los regímenes normativos sendamente aplicados a la letra de cambio y el cheque)—.

Intimamente ligada a la supradicha frase se encuentra otra asimismo contenida en el meritado artículo 142, apartado primero, y es la que supedita la legítima virtualidad del pago en moneda extranjera a que éste se consume "dentro del plazo de su presentación", frase ciertamente críptica y cuya interpretación exige la combinación sinfónica de diversos artículos del precitado texto legal (el 135 cuando evidencia los plazos legales para efectuar tal presentación; el 138, que explicita los efectos de la revocación del cheque, y el 146, fundamental para nuestra presente tarea exegética que se encarga de recordar que el tenedor conservará sus derechos contra el librador aunque el cheque no haya sido presentado oportunamente, salvo cuando tal presentación extemporánea se conjugue con una situación de insolvencia del librado), interpretación doctrinal en la que tercia con sumo acierto la supradicha autora, cuando en su plurialudido libro, página 208, aventura, en enunciación hermenéutica que suscribo plenamente, que, "en nuestra oponión, el precepto legal debería entenderse en el siguiente sentido: si al tiempo de la presentación —aunque sea extemporánea— el librado tiene provisión de fondos en la moneda extranjera expresada en el cheque, la extemporaneidad no le releva del deber de verificar el pago en la moneda extranjera en cuestión (art. 108.II LCCh). En cambio, si agotado el plazo para su presentación no tiene provisión de fondos en la moneda extranjera por la que se ha librado el cheque, pero sí en la moneda nacional, habrá que pagar el cheque con cargo a dicha provisión".

F) Relaciones jurídicas obligatorias en las que se pacta el pago en divisas siendo el acreedor residente y el deudor no residente (o viceversa)

a) *Introducción*

A diferencia de lo que sucedía en la hipótesis anterior en la que, como vimos, la relación obligatoria instrumentada con divisas afectaba a dos operadores jurídicos de ubicación territorial homogénea (residencial o no residencial), siendo por ello ajena en su concepción subjetiva a un eventual sometimiento a las disposiciones de constricción proveídas por la normativa sobre el control de cambios, en la hipótesis que da título a este apartado, tal sujeción de produce de *iure* dada la situación de neta divergencia territorial que adorna a sus implicados, situación que determina el

que la misma quede perfectamente insita en el cuadro de funcionamiento restringido delineado por la LRJCC y por el Real Decreto de su ejecución 2402/1980, conjuntos normativos que atienden en sus labores de congruente imputación ordinamental al dato de tal heterogeneidad territorial.

Siendo ello así, la cuestión antes planteada con respecto a las relaciones obligatorias en moneda extranjera establecidas entre un acreedor residente con un deudor de idéntica situación territorial (o viceversa) adquiere un matiz nuevo en base al íntegro y pleno sometimiento de las mismas a tal legislación controladora, tema que vamos a abordar en las líneas siguientes, siempre partiendo de la base de los antecedentes normativos expuestos con anterioridad y a los que nos remitimos a fin de evitar reiteraciones, remisión que también debe entenderse hecha al aspecto penológico y de reprochabilidad administrativa antes aludido y a los directamente vinculados con el régimen al que debe sujetarse la tenencia y libre movilidad en el territorio español de las divisas, aspectos anteriormente tratados en estas mismas páginas.

b) *Régimen al que las mismas se atienen*

aa) Idea general

Para su personalizada elucidación resulta imprescindible acudir al venero normativo general representado en concreto por la ordinamentalidad que acabamos de mencionar, reglatividad que en su directa incidencia sobre la hipótesis planteada encarna, aparte de en las normas antes transcritas (y a las que acabamos de remitirnos), en el bloque de preceptividad contenido en el artículo 3 del Real Decreto 2402/1980, texto que somete a previa autorización un conjunto de supuestos negociales de donde eventualmente emerjen las obligaciones en moneda extranjera a las que nos estamos refiriendo, así como cualquier acto solutorio que medie entre residentes y no residentes, resultando todo ello del supradicho artículo, apartado 1, cuando en su regla 6.ª somete a previa autorización "la obtención por residentes de préstamos o créditos concedidos directamente o a través de un residente por no residentes", criterio reiterado en las reglas 7.ª, respecto a la "concesión por residentes de préstamos o créditos a no residentes" y 9.ª, en cuanto a "los pagos y cobros entre residentes y no residentes o entre residentes por cuenta de no residentes efectuados directamente o por compensación. Cuando tales pagos o cobros tengan como causa un acto o transacción cuya realización no precise autorización o la misma haya sido otorgada, dichos pagos o cobros se entenderán autorizados, salvo que la propia regulación específica del acto o transacción o la autorización otorgada para su realización disponga otra cosa".

ab) Vigencia de la autonomía de la voluntad en cuanto a los pactos en moneda extranjera

En base a la individualizada textualización del precitado artículo 3 del Real Decreto 2402/1980, en los apartados que nos interesan singularmente, lo sometido a autorización específica previa ya no es precisamente el acto solutorio *sensu strictu,* tal como sucedía respecto a la hipótesis anteriormente descrita de relación obligatoria conformada entre dos residentes y objetivada en divisas, sino el propio acto negocial de donde surge la supradicha obligación dineraria en divisas, la cual, por otra parte, en el caso de hallarse genérica o singularmente autorizado el negocio subyacente que constituya su fuente etiológica directa, entiéndese asimismo permitido, salvo que la normativa especial reguladora de tal negocio base establezca excepcionalmente lo contrario, supuesto en el que se requeriría una doble credencial habilitante: la que legitimase el meritado negocio subyacente y al que viabilizase su congruente, inferencial y encadenada actividad solutoria en divisas.

En cualquier caso, lo que resulta claro en este orden de cosas es que la situación presentemente planteada se encuentra bastante distanciada de la que lo fue anteriormente en méritos al hecho de que dada la absoluta hegemonía administrativa que pende sobre toda la eventual concertabilidad encajable en el marco del artículo 3 pluricitado, la autonomía de la voluntad no es suficiente para provocar regularmente (a diferencia de lo que sucedía en las eventualidades antes relacionadas) ni los avatares negociales constitutivos pertinentes ni los concretos pagos que emerjan de los mismos, quedando en todo caso sujetos a autorización previa los primeros y pudiendo ser asimismo sometidos los segundos, en determinadas hipótesis, a la necesidad de conseguir otra autorización sobrelapada a la primera.

Por otra parte, me interesa recalcar que los supuestos negociables arbitrables mediante autorización previa no son sólo los expresamente relacionados en las reglas del artículo 3 del Real Decreto 2402/1980, sino también todos aquellos que engendren los procesos asuntivos de titularidades dominicales o de derechos reales que este precepto enumera, siempre, naturalmente, que tales asunciones sean el cénit de *itineres* adquisitivos teñidos de onerosidad. Así, quedan sujetas a la meritada autorización previa, según este precepto y en base a sus reglas 4.ª y 5.ª, todos aquellos contratos tendentes a la "constitución o adquisición a título oneroso realizados por un residente sobre bienes o derechos materiales o inmateriales de carácter patrimonial poseídos en el extranjero", como también aquellos otros de tal tipología en virtud de los cuales un no residente adquiera

bienes o derechos de la clase antes descrita poseídos en España por un residente.

En virtud de ello, tales procesos negociales onerosos tendentes a la adquisición por residentes de bienes ubicados foráneamente (sea su titular actual residente o no) o los inversos (cuando su titular es un residente) se hallan sujetos a la calendada autorización previa según las supradichas disposiciones, autorización requerida, dada la concreta textura de tales preceptos, para la válida articulación del negocio subyacente, y no sólo para la concreta ejecución solutoria en divisas de los mismos.

En consonancia con todo ello, es evidente que la solución que propugnamos para las hipótesis anteriormente descritas de relaciones obligatorias en divisas entre residentes, consistente en distinguir la legitimidad no controlada del negocio de donde éstas surjan y su concreta consumación (controlada en cuanto a la tenencia y disponibilidad de las divisas puestas *in obligacione)* no es de recibo en los supuestos que nos ocupamos presentemente, toda vez que en estos casos lo normal es que se inviertan los términos, sometiendo a control el acto negocial de donde brote la obligación de pagar y liberalizando ésta (salvo excepciones requirentes de una doble autorización), matiz que viene a marcar una profunda diferencia entre ambos conjuntos de negocios (y pagos en divisas).

En obsequio a todo lo hasta aquí dicho, y ya entrando de forma decidida en el fondo de la cuestión, creo que no admite duda el que la profunda interferencia que en el libre juego de la autonomía de la voluntad provoca todo el conjunto de restricciones que estamos viendo, provinientes de la normativa sobre el control de cambios, determina la imposibilidad de que en base exclusiva de la misma el negocio pretendido quede válidamente articulado, deviniendo en consecuencia irregular cuando tal juego opere en el vacío sin contar con la previa anuencia administrativa, aquiescencia que, repito una vez más, es requerible no en el justo momento del pago en divisas, sino previamente, es decir, en el exacto instante de procederse a la instrumentación negocial pertinente, de donde, por uno u otro motivo jurídico, nazca tal obligación satisfactiva, es decir, la cifrada en los susodichos componentes financieros.

Ello dicho, se cuestiona por la doctrina y la jurisprudencia el tipo de invalidez que afecta a tal negocio y a su eventual ejecución solutoria en el caso de que tanto una como otra incidencia no hayan contado con el previo beneplácito administrativo, cuestión de hondo calado y de la que se ha ocupado lo más granado de la doctrina nacional e internacional. De todos modos, tengo que reseñar que en ocasiones el tratamiento científico de esta cuestión ha adolecido de cierto confusionismo, toda vez que se ha incurrido en el error (bastante generalizado por cierto) de no diferenciar suficientemente los casos antes descritos de relaciones obligatorias comu-

nes en divisas entre residentes y los que estamos considerando (que son las entre residentes y no residentes, o entre residentes pero en relación a procesos adquisitivos de activos foráneos), sometiéndolos a un banco de pruebas común, cosa imposible dadas las absolutas divergencias que se detectan entre ambos supuestos, tal como he reiterado hasta la saciedad.

Ciñéndonos al tema central a debatir en estos momentos, entiendo que la inobtención de la autorización previa constituye un caso evidente de constructividad negocial inequívocamente teratológica, respecto de la cual lo único que puede discutirse es si la misma engendra una nulidad radical o si, por el contrario, tal acto deviene simplemente anulable y por lo tanto confirmable por la vía de la consecución ulterior de la pertinente licencia administrativa pristinamente omitida, disyuntiva resuelta de muy distinta manera por los autores que se ocupan de la misma que unas veces minimizan el alcance de tal omisión (BONET CORREA y RODRÍGUEZ SASTRE), y otras, por el contrario, lo maximizan (ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU).

Por mi parte, y arrancando de la base de que tema que acabo de suscitar será tratado en profundidad cuando aborde el estudio de la teoría general de la nulidad en el entorno del control de cambios (cosa que sucederá cuando en mi logística exegética incluya el análisis de la disposición final 1.ª del RIE: "De conformidad con lo establecido en los párrafos 3 y 4 del artículo 6.º del título preliminar del Código Civil, serán nulos de pleno derecho los actos contrarios a este Reglamento y los realizados en fraude del mismo. Disposición final 1.ª de la Ley de Inversiones Extranjeras"), tengo que poner de relieve que si bien la imperiosidad que reluce en la normativa sobre el control de cambios y la concreta dicción literal del precepto que acabamos de transcribir (que es el de singular aplicación respecto a los determinados supuestos contractuales antes enunciado entre residentes y no residentes en cuanto que los mismos sean constitutivos de hipótesis de inversiones extranjeras en España) parecen propiciar la tesis de que los avatares negociales que estamos viendo son radicalmente nulos, lo cierto es que una comedida toma en consideración de la supradicha teoría de la nulidad (que debe ser siempre modulada —e incluso sincopada— por el principio nomotésico de la conservación al máximo del negocio jurídico cuestionado) conduce a la solución antinómica, solución corroborada, además, por el dato de que en este orden de magnitudes la convalidación administrativa *a posteriori* es un hecho admitido sin dificultad, admisión que sería impertinente si tal acto sanatorio se proyectase sobre actos radicalmente nulos.

En cualquier caso, y a fin de concluir adecuadamente con este tema, que, repito, será retomado con más fuerza y amplitud en un momento ulterior, me interesa poner de manifiesto que a fin de apurar las posibili-

dades exegéticas al respecto no estaría de más partir en su planteamiento de la distinción entre negocios sometidos a una rigurosa y previa autorización administrativa y los que, en base a las facultades reglamentarias operativas al efecto, lo son sólo a la pertinente verificación de tal tipo, díptico de posibilidades que acreditan un cariz diferenciado, pudiéndose postular para las primeras el que la obtención de la preceptiva autorización previa es imprescindible en cuanto removedora de una prohibición genérica tendida al respecto, mientras que en el caso de que se trate de simple verificación, ésta no hace sino reconocer un derecho preexistente, con lo que su omisión puede subsanarse en cualquier momento, pudiendo este razonamiento conducir a la conclusión de que los negocios (y pagos) celebrados sin la previa autorización (cuando ésta es imprescindible) adolecerían de un nivel de noxología muy superior a aquel en que pudieren incidir los sujetos a verificación, siendo a tales efectos reseñable que muchos de los actos sometidos a previa autorización según lo previsto en el artículo 3 del Real Decreto 2402/1980, por mor de las nuevas corrientes de liberalización que orean ahora con fuerza este ámbito lo son en el día de hoy al nuevo sistema de verificación, sucediendo ello concretamente con un número considerable de préstamos y créditos y con determinadas compraventas inversoras de inmuebles materializados en España por no residentes (y las inversas).

Prosiguiendo con mi tarea exegética al efecto, y ya en directa atinencia al impacto que la irregularidad a la que nos estamos refiriendo produce en los sendos campos competenciales notarial y registral, entiendo que la misma debe impedir el otorgamiento de la correspondiente escritura que recoja el supuesto contemplado, así como su eventual toma de razón en el Registro de la Propiedad, impedimento que por lo demás es una cautela a la que alude el artículo 17 del RIE ("Formalización documental. 1. Las inversiones extranjeras se formalizarán en documento autorizado por fedatario público español. Dichos fedatarios, así como los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, con carácter previo al ejercicio de las funciones y atribuciones que les confiere la legislación vigente, deberán requerir a los particulares para que exhiban los documentos que acrediten haber obtenido las autorizaciones o verificaciones exigidas por la legislación de inversiones extranjeras en España. 2. Las sucesivas transmisiones de los bienes o derechos en que se hubieran materializado las inversiones extranjeras en España, efectuadas en el extranjero entre no residentes, requerirán la intervención del fedatario español. 3. No será necesaria la intervención del fedatario público para la adquisición de pagarés del Tesoro y demás valores públicos cuya transmisión pueda hacerse sin aquella intervención"), precepto que será analizado posteriomente filtrándolo al trasluz del pro-

ceso desintermediador funcionarial que parece iniciar en este ámbito la Orden de 4 de febrero de 1990.

No quiero concluir esta pléyade de consideraciones sobre un tema tan importante como el esbozado (abanico de observaciones sobre el particular, que por lo demás debe integrarse con lo que antes adujimos acerca de la liquidabilidad de la divisa y del momento de su eventual conversión en pesetas) sin hacer una referencia a una cuestión que preocupa hondamente a la doctrina, y que es la concerniente a la eventual retractabilidad del pago en divisas oportunamente consumado infringiendo las normas imperativas del control de cambios, aspecto al que antes hicimos alusión, pareciéndome válidas también, aunque con importantes reservas y matizaciones, las conclusiones a las que llegué allí, matizaciones y reservas que derivan de la situación de divergencia territorial en la que se encuentran emplazos el *solvens* y el *accipiens* de tal pago irregular y que puede plantear importantes problemas conectados con el Derecho internacional público y privado a la hora de efectivizar tal retransmisión (si es que su exigencia prospera en sede jurisdiccional).

c) *Caso especial de la letra girada entre residentes y no residentes cifrada en divisas*

Con anterioridad, y al tratar de las relaciones obligatorias en divisas entre residentes, ya aludimos a este supuesto, indicando su acusada especialidad cuando se tratase de giros o libramientos entre un residente y un no residente (y viceversa), especialidad que viene de la mano en que en tales hipótesis, y teniendo en cuenta el carácter parcialmente abstracto de la cambial o del cheque, es obviable la obtención de la previa autorización que siguiendo las normas generales sobre el control de cambios sería requerible con anterioridad al momento de poner en circulación tales títulos valores, exigencia que se orilla respecto al momento de la formación de los mismos, pero cuya tenencia resulta inexcusable llegado el instante del pago, tal como ha quedado dicho con anterioridad.

G) Ultimas consideraciones sobre la materia

Partiendo de la base de todo lo hasta aquí explicado, sólo me resta añadir que la posibilidad de pagar las deudas en divisas entre residentes o entre no residentes (una vez se haya obtenido para ello la pertinente autorización o bien resulte la operación liberalizada en términos generales) es una cuestión marginal a cómo debe materialmente pagarse, es decir, a que la liturgia o ritualidad debe realmente someterse al pago en divisas (y si el acreedor residente cobra efectivamente en tal signo crematístico),

problema que no admite una solución unívoca porque unas veces será factible la entrega del *solvens* al *accipiens* de la tangibilidad de las divisas comprometidas, caso, por ejemplo, en el que media una autorización específica al efecto, bien producto de una decisión administrativa individualizada o bien resultado de una previa decisión normativa general, cual es el caso del supuesto previsto en el artículo 7 del Real Decreto 2402/1980, precepto que transcribiremos ulteriormente.

En méritos de tal precepto, es indudable que cualquier no residente podrá cumplir sus obligaciones "interiores" en divisas que sean consecuencia de los aludidos gastos de estancia entregando al residente acreedor la materialidad o signo visible de las mismas, es decir, el dinero efectivo o moneda extranjera *sensu strictu* o el cartal representativo del mismo, sin perjuicio de que el acreedor residente que cobre en tal concepto quede atenido por la obligación que a todos los operadores jurídicos de tal condición residencial impone el artículo 3.3 del Real Decreto al que venimos haciendo constante referencia, consistente en la necesidad de poner a la venta, salvo autorización, a través del mercado español de divisas, las que posean dentro de los quince días siguientes a la fecha de su disponibilidad.

En otros supuestos, el hecho de que el pago en divisas se encuentre liberalizado no exonera a los intervinientes en su correspondiente flujo monetario de someter el mismo a las pertinentes coordenadas de control, acaeciendo ello concretamente respecto a la instrumentación solvencial con tales componentes económicos (y, en general, con todos) de las inversiones extranjeras, instrumentación de perfiles sumamente rígidos, de tipología bancaria y que impide en cualquier caso que el residente cobre efectivamente en divisas, pese a que el no residente pague con ellas, provocándose al efecto una conversión forzada de tales ingredientes financieros mediante la intervención de las entidades delegadas que acreditan en este orden un papel sumamente relevante y que será analizado por nuestra parte con el detalle merecido cuando abordemos el análisis del artículo 17 del RIE (*).

IV. BREVE ALUSION AL SIGNIFICADO CREMATISTICO DEL ECU

Continuando con mi propósito de explayar en el inicio de este capítulo unas sobrias pinceladas hermenéuticas sobre determinadas claves que van

(*) Para una mejor comprensión de la materia esbozada debe consultarse también el epígrafe 6, "Teoría elemental sobre los cobros y pagos conectados con el sector exterior a la luz de su procesalidad", de este mismo capítulo.

a trascender a la problemática concreta a considerar en las páginas siguientes, voy ahora a detenerme momentáneamente en la figura del ECU, señalando que ésta, más que una divisa *strictu sensu,* es una moneda supranacional de vigencia en el territorio espacial de la CEE, si bien ello no impide que sea admitida a cotización y que su régimen quede liderado, en la medida de lo posible, por las normas que disciplinan el uso de las divisas, aunque ciertamente tal subsunción normativa no podrá ser de ninguna manera absoluta toda vez que el ECU no es un billete de banco, objeto de singular acuñación y consecuente existencia corpórea, determinando todo ello una indiscutible especificidad de su régimen normativo.

En realidad, el ECU, aparte de su valor de símbolo, es un hito financiero de tipología instrumental proyectado hacia la consecución del sistema monetario europeo, institución todavía muy en agraz a pesar de que su creación fue propiciada por la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas el 8 de diciembre de 1978 y que entró en vigor el 13 de marzo de 1979, proviniendo tal germinalidad en cuanto a su definitivo ensamblamiento de la numantina resistencia de los Estados miembros a ceder en la medida de lo necesario en sus respectivas competencias monetarias, cesión que constituye un presupuesto indeclinable para una coherente vertebración operativa de tal sistema.

En cualquier caso, los esfuerzos al respecto por parte de las instancias rectoras comunitarias continúan, siendo buena prueba de ello el alumbramiento del Informe Delors (informe debatido en el seno de lo que se ha dado en denominar "la cumbre de Madrid", celebrada en tal capital los días 25, 26 y 27 de junio de 1989), informe que propugna la adecuada conformación de una unión que constituiría el desenlace de la pertinente procesalidad secuencial encaminada a la consecución de tal objetivo, *itinere* cuya descripción recojo de la obra antes indicada de CARMEN SENES MONTILLA, en la que en la nota 96, al pie de la página 42, dice literalmente al efecto que: "El Informe Delors articula la unión monetaria en tres fases, cuyos puntos esenciales son los siguientes: *Primera fase:* Coordinación de la política económica y monetaria dentro del marco institucional existente, completar el mercado único y reducir las diferencias entre países mediante políticas estructurales y regionales más efectivas; reforma de los fondos estructurales y duplicación de sus recursos; eliminación de todos los obstáculos a la integración fiscal y ampliación de la autonomía de los bancos centrales; integración de todas las monedas comunitarias en el sistema monetario europeo y creación de un fondo europeo de reserva como paso previo a la creación de un sistema europeo de bancos centrales y absorción por parte de éste de las medidas monetarias institucionales anteriores. *Tercera fase:* Fijación irrevocable de los tipos de cambio de las monedas comunitarias; atribución a las instituciones de la Comunidad de compe-

tencia monetaria y económica plena; consolidación de las políticas comunitarias regionales y estructurales, y, finalmente, sustitución de las monedas nacionales por una moneda única".

Ciertamente, el cénit de todo este proceso, consistente, como resulta del indicado informe, en la adopción de una auténtica moneda común europea operativa en todos los países integrados con pleno poder liberatorio que viniere a sustituir a las nacionales, materializa un objetivo que por su inmanente ambiciosidad se halla todavía lejos de poder alcanzarse, moneda común cuyo remedo puede ser precisamente la categoría financiera objeto de análisis —el ECU—, componente financiero que, como ponen de relieve los autores que se ocupan de la determinación de sus rasgos exponenciales, no es sino una unidad de cuenta, rasgo caracterial que no puede minusvalorarse dadas las importantes funciones que se derivan de su propia presencia, de entre las que destaca la de servir de "indicador de divergencia", cometido cuya esencia más íntima sintetiza muy bien la autora supradicha cuando en su meritada obra, en la página 43, explica que "dicha función —la inmediatamente calendada— tiene como base el establecimiento de una paridad (cambio central) en ECUs para cada una de las monedas de los Estados adheridos al sistema... En la medida en que todas las monedas se definen en términos ECUs, siempre es posible establecer la equivalencia de una de ellas frente a la de los demás Estados miembros del sistema (cambios bilaterales)".

En la actualidad, y tras el entrañamiento de la peseta y del escudo portugués en el tronco común financiero, debidamente corporizado en el sistema que acabamos de ribetear descriptivamente, los porcentajes monetarios que conforman el ECU en virtud del pertinente acuerdo del Consejo de Finanzas de 19 de junio de 1989 (entrado en vigor el 21 de septiembre del propio año) son los siguientes: 30,1 por 100 el marco alemán, 9,4 por 100 el florín holandés, 7,6 por 100 el franco belga, 0,3 por 100 el franco luxemburgués, 2,45 por 100 la corona danesa, 19 por 100 el franco francés, 1,1 por 100 la libra irlandesa, 10,15 por 100 la lira italiana, 13 por 100 la libra esterlina, 0,8 por 100 el dracma griego, 5,3 por 100 la peseta española y 0,8 por 100 el escudo portugués.

En cualquier caso, la función evidenciada, cuya finalidad primordial encarna en la puesta de manifiesto del índice de fluctuación máximo y mínimo permitidos respecto de las monedas nacionales, con ser ciertamente la más importante no es la única, siendo así que también el ECU, para el logro de otros objetivos financieros cuyo análisis nos distanciaría en demasía del centro de gravedad angular de este libro, acredita otros cometidos, bastándonos decir que entre ellos se detecta uno que sí que acredita especial relevancia en el confín de exposición de esta obra, y es el que hace referencia a que el ECU sirve como unidad de cuenta y no como

un auténtico instrumento solvencial, aspecto considerativo de largo alcance que nos conduce a la distinción que efectúa MANN en su obra *El aspecto legal del dinero. Con especial referencia al Derecho internacional privado y público.* Trad.: SUÁREZ, México, 1986, autor que diferencia entre moneda de cuenta y moneda de pago, díptico al que alude el siguiente pasaje contenido en tal libro (pág. 240), cuya concepción literal tomo de la obra antes dicha de CARMEN SENES MOTILLA, página 44: "El dinero de cuenta es el circulante en el que se expresa una obligación, mientras que el dinero de pago es el dinero con que se libera la obligación...", formulación que sirve de reputado asidero para que la expresada autora extraiga las oportunas conclusiones, diciendo al efecto en la página 44 de su obra supramencionada, en enunciación considerativa que asumo en su integridad, que "por su propia naturaleza contable, el ECU sólo podrá entrar a formar parte de una relación obligatoria como moneda de cuenta, sirviendo de módulo para determianr la cantidad de moneda extranjera o nacional con que habrá de satisfacerse la obligación. Esto significa que la obligación expresada en ECUs es plenamente válida, aunque bajo aquel importe subyazca una deuda pecuniaria en divisas o en moneda nacional. La determinación de la suma en moneda extranjera o nacional necesaria para verificar el pago de la obligación será consecuencia del valor del ECU en términos de la moneda en cuestión, valor que será el resultado de la suma de los contravalores en esa moneda de todas y cada una de las que integran el ECU según el peso que tiene en su composición".

En base a tales reflexiones, es evidente que siempre que una determinada relación obligatoria de trascendencia internacional, sea cual fuere su concreta tipología (de préstamos, de pago de bienes o servicios, etc.), quede objetivada en ECUs, el alcance de tal objetivación deberá ponderarse en relación con el concreto significado que la misma revista según lo que acabamos de decir.

En cualquier caso, es de reseñar que el proceso de monetización efectiva del ECU prosigue con fuerza, y ello no sólo en obsequio a estrategias normativas vertebradas desde la CEE, sino también en el plano netamente interno, siendo de destacar que tal componente ha sido asimilado a la divisa "pura y dura" en dos conjuntos normativos domésticos de reciente concepción, representado el primero de ellos por la Circular 5/1987 del Banco de España, de 13 de marzo, sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera, disposición de marcado protagonismo en el orden de cuestiones que van a desfilar apretadamente por estas páginas, que tras confesar su propósito en su norma 1.ª ("La presente Circular tiene por objeto regular la toma y colocación de fondos en moneda extranjera por las entidades delegadas, tanto por lo que se refiere a las oficinas operantes en España como a sus sucursales en el extranjero") equipara a sus propios

efectos las divisas propiamente dichas con los ECUs, estableciendo un régimen común para unas y otros, paraigualización cuya indiscutible virtualidad proviene de la propia configuración denotativa de alguna de las normas de la calendada Circular, sucediendo ello concretamente con la segunda, al sentar en su apartado 1 que "las entidades delegadas quedan autorizadas para obtener libremente recursos en divisas admitidas a cotización en el mercado español y en ECUs...", resultando ambos componentes susceptibles de idéntica negociación (tema sobre el que volveremos cuando aludamos a algunas de las modalidades de créditos y préstamos que serán analizadas en estas mismas páginas).

Continuando con el desbrozamiento de esta temática y partiendo de la tendencia igualitarista dicha entre divisas y ECUs, el legislador reglamentario español, tras la adopción por parte de la DGTE de su Resolución de 10 de mayo de 1988 sobre cuentas en divisas de residentes abiertas en las oficinas operantes en España de las entidades delegadas a nombre de personas físicas o jurídicas residentes (en las que implícitamente se incluían las nominadas en ECUs), disciplinó ulteriormente *ad nominatim* como una variante de ellas las cifradas concretamente en tales ingredientes financieros, sucediendo ello, en primer término, con la Resolución del indicado Centro Directivo de 26 de septiembre de 1989 (sobre cuentas en tales componentes crematísticos de residentes abiertas en oficinas operantes en España de entidades delegadas) y después por la vigente, también de la propia DGTE de 22 de junio de 1990 (derogatoria de la anterior), cuyo texto, que insertamos literalmente en el Apéndice de este volumen, supone un claro avance en el proceso de "dinerización" de los pluricitados ECUs, estableciéndose en el mismo una absoluta convertibilidad entre los mismos y las divisas, cuestión, por otra parte, que ya había sido previamente abordada por la Circular 17/1987, de 26 de marzo, del Banco de España, sobre la cotización del ECU en el mercado español de divisas.

V. BREVE REFERENCIA AL CONTENIDO DE LOS PRESTAMOS QUE VAMOS A ANALIZAR POR LO TOCANTE AL PAGO DE LOS INTERESES RETRIBUTIVOS CONVENIDOS EN ELLOS

A) IDEA GENERAL

La noción del interés, en cuanto prestación pactada en favor del prestamista como lógica compensación del empobrecimiento momentáneo que éste experimenta (y también como componente gratificador del riesgo por él asumido) parece consustancial con los préstamos sometidos a debate, aunque de todos modos su presencia no deviene ineluctable, siendo así

que los elementos básicos de la motricidad negocial de la figura (la del préstamo dinerario) continúan siendo los vertebrados por el Código Civil y el Código de Comercio, cuerpos normativos que admiten —y ello sin empacho— la existencia de préstamos "gratuitos", es decir, sin que nazca de ellos la obligación a cargo del prestatario de pagar los intereses retributivos a los que estamos aludiendo.

Partiendo, pues, del meritado dato, lo cierto es que si en las operacioes crediticias que estamos examinando se conviene el pago de tales intereses, la fijación de su *quantum* puede hacerse bien en méritos a su concreta positivación desde el mismo momento negocial en que los mismos queden debidamente instrumentados (momento que es el constitutivo del crédito o préstamo tomado en consideración) o bien estabilizándolos en función de determinadas claves de imputación. En el primero de los supuestos dichos, el aludido *quantum* queda perfectamente determinado desde el momento iniciático de la figura, si bien hay que tener en cuenta que tal fijación sólo es relativa, siendo así que si se efectúa el pago en pesetas comunes las divisas o pesetas convertibles objetivadoras del correspondiente débito actúan como elementos "naturales" de la explicitada estabilización (matiz del que se sustraen las relaciones obligatorias cifradas absolutamente en las susodichas pesetas comunes), trasladando a cargo del prestatario el consecuente riesgo de hiper o hipovaloración de las mencionadas divisas o pesetas convertibles tenidas en cuenta.

Puede suceder que las partes involucradas —prestamistas y prestatarios— deseen sustraerse a tal riesgo (que cubre el período que va desde el nacimiento de la obligación hasta su pago), pretensión que tras diversos intentos más o menos conseguidos ha recibido por fin una respuesta bastante satisfactoria por parte de nuestro ordenamiento jurídico a través de la Circular 15/1989 del Banco de España, de 27 de julio, disposición que derogando una anterior, proviniente de la misma entidad (la Circular 12/1986, de 17 de junio), ha efectuado la trasposición a nuestro país de los denominados Forward Rate Agreements, o FRA, o sea, de los apellidados "Convenios sobre tipos de interés futuro", acuerdos que D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, en la edición de 1990 de su pluricitado libro, en su página 1229, definen como aquellos contratos en virtud de los cuales "el interesado pacta con una entidad —normalmente un Banco— la fijación del tipo de interés de forma que si al vencimiento el tipo de interés del mercado resultara superior al pactado, la diferencia sería pagada por la entidad, mientras que si fuere inferior el interesado sería quien entregase a la entidad la diferencia".

De esta definición, a la que me adhiero sin reservas dado su incuestionable acierto clarificador y sintético, se desprende que los meritados contratos tratan de yugular la profunda aleatoriedad que comporta la poten-

cial estabilización de intereses a insertar eventualmente en ellos (siempre sobre la base de que tal sujeción se instrumenta sobre determinados índices de referencia oportunamente operativos en los mercados internacionales), incorporación que determina la presencia en la figura del préstamo de un componente negocial propio de los contratos de seguro, ingrediente, no obstante, de imputación subjetiva dual teniendo en cuenta que, en ocasiones (cuando el interés efectivamente pagable —llegado el momento de su debida satisfacción— resulta inferior al inicialmente establecido), el agente que asume el papel de asegurador obligado a indemnizar es el propio prestatario.

Alusión a la Circular 15/1989 del Banco de España, de 27 de julio, sobre Convenios de tipos de interés de futuro y operaciones en futuros financieros. Esta disposición, que previa derogación de la anteriormente indicada (la Circular 12/1986, de 17 de junio) entró en vigor el 1 de septiembre del año de su adopción, diversifica su cometido normativo en un doble apartado, imponiendo en el primero de ellos una liberalización modulada de los convenios que hemos descrito con anterioridad y ocupándose en el restante de regular la adquisición —también de forma libre, aunque condicionada— por parte de las entidades delegadas de futuros financieros, provocando esta forma de proceder una *conmixtion* formal entre dos temáticas que sólo en determinadas vertientes mantienen entre sí un importante allegamiento material y sustantivo, engendrándose concretamente tal situación en ciertos —de los posibles— supuestos de adquisición de los supradichos activos en los que los mismos sirven para patrimonializar las entidades adquirentes, patrimonialización orientada a provocar un aumento de su solvencia, cosa sumamente útil dada la considerable magnitud de los riesgos que las mismas asumen como consecuencia de los Convenios materia de debate.

Ello explicado, tengo que puntualizar que resultaría exótico en una obra como la presente incidir con ahínco en la problemática oportunamente recogida por la meritada Circular; sin embargo, y sin perjuicio de plasmar su texto íntegro en el Apéndice de este volumen, voy a comentar sintéticamente lo que podría calificarse de caracteriología sustancial de la misma, en cuanto que sus prescripciones impacten de forma decisiva en la línea de flotación del punto que nos interesa y que es el relativo a los calendados convenios FRA, descartando, pues, el estudio de tales adquisiciones de futuros financieros cuando las mismas no conecten directamente con los indicados Convenios.

En línea con lo dicho, tengo que poner de manifiesto que el rasgo más esencial de la Circular que nos ocupa es su granjeada tasa de posibilismo, toda vez que si bien es cierto que el sistema liberalizador que instaura (o más bien, remoza) se asienta en la necesidad de que converjan en el

supuesto considerado determinados presupuestos subjetivos, objetivos y funcionales, no lo es menos que tal exigencia queda absolutamente modulada por un evidente relativismo, toda vez que correlativamente a la imposición de su presencia generalizada se conforma un acervo de excepcionalidad verdaderamente notable.

Así, y por lo tocante al componente tasado de subjetividad a demandar en este orden de cosas, y ya en directa alusión a los Convenios FRA, la norma 1.ª de la Circular que nos entretiene ("1. Las personas físicas o jurídicas residentes, deudores o acreedores por préstamos financieros comerciales en moneda extranjera o en pesetas convertibles, podrán formalizar libremente con entidades delegadas contratos de 'Convenio de tipo de interés de futuro' [FRA]") articula un sistema en el que ejercen marcado protagonismo las entidades delegadas, todo ello en consonancia con el relevante papel que nuestra normativa sobre control de cambios les reserva en el marco operativo delineado por la misma, protagonismo que también se hace fácilmente visible tratándose de la regulación que efectúa la norma 4.ª de la Circular en cuestión de la eventual adquisición de futuros financieros, proceso en el que únicamente se hallan legitimados para intervenir asuntivamente de la forma liberalizada que tal disposición dibuja las indicadas entidades delegadas, y ello tanto si lo hacen por cuenta propia como si intervienen al respecto por cuenta de otros, papel relevante que en el primero de los casos dichos (no así en el segundo) es compartido con las personas físicas o jurídicas residentes, siempre que en ellas se concite la condición alternativa de deudores o acreedores por préstamos financieros o créditos comerciales en divisas (ECUs) o en pesetas convertibles, tal como resulta de la antes transcrita en lo necesario, norma primera de la Circular objeto de análisis, criterio subjetivador reiterado por la segunda de tal disposición, apartado 1.*a)* [las entidades delegadas podrán formalizar libremente contratos de "Convenio de tipo de interés de futuro" (FRA), con: *a)* Personas físicas o jurídicas residentes, deudores o acreedores por préstamos o créditos en moneda extranjera o en pesetas convertibles, según lo establecido en la instrucción *(sic,* debió decir 'norma') primera"].

Vemos, pues, cómo la utilización del arsenal de potencialidades articulativas liberalizadas de los Convenios que retienen nuestra presente atención expositiva (y el de la compra de los futuros financieros que estamos viendo) quedó reservada en exclusiva a las Entidades delegadas y a los eventuales prestamistas y prestatarios (residentes) intervinientes en los préstamos y créditos sujetos a debate en estas páginas, aunque, y corroborando así la nota antes explicitada de posibilismo y versatilidad (que impregna de forma indeleble la labor de juridicencia reglamentaria desplegada al efecto por el Banco de España en materia de los pluricitados Convenios) cabe otro tipo de personalización, que es aquella encarnada en

la hipotética entrada en liza en este ámbito de tales entidades delegadas cuando las mismas contratan los pluricitados acuerdos FRA, bien con otros operadores jurídicos de la misma naturaleza o bien con entidades bancarias no residentes, posibilidad que si bien no se sustrae a la finalidad común pretendida asume una configuración especial desde el punto de vista de su concreto componente teleológico, aludiendo a esta alternativa singularizada la indicada norma 2.ª.1.*b)* de la Circular que nos ocupa, disposición que permite a las policitadas entidades delegadas celebrar libremente los Convenios objeto de consideración con "entidades bancarias no residentes y otras entidades delegadas con el propósito de: *a)* Cubrir los riesgos de intereses derivados de operaciones mencionadas en el anterior apartado; *b)* Cubrir los riesgos de intereses de las propias entidades delegadas", determinando tal *praxis* convencional una cobertura de los propios riesgos asumidos por la propia entidad contratante, bien como asegurado o bien como asegurador.

En base a todo lo dicho, vemos, pues, que nuestro diagnóstico sobre la sobresaliente polivalencia, relativismo y versatilidad de la Circular en cuestión resulta acertado, huellas de identidad que también acreditan, por otra parte, una dimensión superlativa por lo que se refiere a la articulación de su concreta finalidad, ya que si bien en principio, y teniendo en cuenta la caracterización que enunciamos en nuestra primigenia alborada interpretativa sobre el particular, la misma queda atenazada al desplegamiento de las correspondientes funciones garantistas y de cobertura antes indicadas (cometido primordial al que alude la norma 1.ª de la disposición que nos ocupa al puntualizar en su apartado 1, inciso último, que la liberalización programada para los Convenios que estamos viendo opera únicamente cuando éstos tuvieren "el solo propósito de fijar el tipo de interés para uno o varios períodos de renovación de intereses, de los préstamos y créditos de los que sean prestatarios o prestamistas [los contratantes])" y que reitera la antes transcrita norma 2.ª.1.*b)*, no es menos cierto que la consecución de tal objetivo (que podríamos calificar, no obstante, de primario) no se convierte en un condicionante de inexcusable convergencia en la hipótesis de que se trate, siendo así que también entra en juego la liberalización que estamos estudiando cuando los pluricitados Convenios no pretendan conseguir el mismo (objetivo), todo ello de conformidad con lo oportunamente promovido por la norma 3.ª ("Las entidades delegadas podrán asimismo formalizar contratos FRA sin finalidad de cobertura, con su sujeción a los límites de posición abierta —que previamente habrán de comunicar al Banco de España— originada por la formalización de contratos FRA sin dicha finalidad de cobertura, tanto por volumen de contratos como por plazo máximo de vencimiento de los mismos, fijados

por cada entidad delegada a efectos de control interno") de la Circular materia de investigación.

Por lo que se refiere al aspecto estrictamente funcional, y partiendo del dato —éste sí de orden riguroso— de que "los contratos FRA deberán estar denominados en la misma moneda en que lo esté el riesgo de tipo de interés que se desea cubrir y el tipo de referencia, habrá de mantener un alto grado de correlación con el de la operación cubierta (tal como postula la norma 2.ª.3 de la plurimencionada Circular), hemos de reseñar también la considerable agilidad operativa que pretende introducir en esta temática el hacedor de la disposición estudiada, traduciéndose la misma en la inserción en su texto de un componente dual de un hipotético *agere licere* genéricamente autorizado, tomando cuerpo el primero de ellos en la permisión global conformada por tal disposición referida al orden estrictamente bancario de conformidad con lo prevenido en el apartado 2 de la norma 1.ª de la Circular objeto de permanente referencia al señalar el mismo que: "2. La autorización general a los residentes contenida en el párrafo anterior (que ya hemos transcrito) para la formalización de los contratos FRA conlleva una autorización general para que dichas personas, una vez formalizados los contratos FRA, puedan: 2.1. Abrir y mantener, en la entidad delegada con la que formalicen el contrato FRA, cuenta indisponible en moneda extranjera a su nombre. Dicha cuenta no debe tener más movimientos que: 1) los abonos en divisas que las entidades delegadas deban efectuar, en su caso, al comienzo de cada período de interés cubierto, en razón del contrato FRA y el abono de intereses producidos por la misma cuenta; 2) los cargos que al final de cada período de interés cubierto deban efectuarse para el pago de los intereses del préstamo o crédito. 2.2. Realizar, en su caso, las adquisiciones de divisas en el mercado español para efectuar los pagos que correspondan por razón del contrato FRA al comienzo de cada período de interés cubierto".

Observamos, pues, el repertorio de potenciales apuntes contables a efectuar en las cuentas cuya apertura y tenencia (mas no la disponibilidad) autoriza la norma citada *ut supra, praxis* de instrumentación financiera y bancaria anudada a una evidente taxatividad operatoria a la que aluden D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU en su pluricitada obra, edición de 1990, cuando al referirse al tema ponen oportunamente de relieve que en tales cuentas únicamente son reflejables aquellos movimientos de fondos materializados en "los abonos y adeudos correspondientes a los diferenciales positivos o negativos entre los intereses fijados en el contrato FRA y los existentes en el mercado en cada período que permitirán al prestatario compensar las fluctuaciones de estos últimos".

No concluye aquí el haz de posibilidades liberalizadas, sino que, y en obsequio al componente de permisividad generalizada proveído por la

Circular que estamos indagando, las entidades delegadas acreditan un acervo de facilidades solutorias internacionales totalmente sustraído a los normales esquemas de control, capítulo solvencial de apretada encarnadura al que alude la norma 2.ª.2 de la meritada Circular, según la cual "la autorización a las entidades delegadas para formalizar contratos FRA conlleva una autorización general para que las mismas puedan realizar pagos y cobros exteriores, por razón de los contratos FRA que formalicen", regla que no hace sino sublimar en este delimitado campo operativo lo que se provee, desde premisas de máxima generalidad conectadas con el control de cambios por el artículo 3.1, regla 9.ª, del Real Decreto 2402/1980.

Por lo que se refiere a la compraventa de futuros financieros, sólo nos interesa —tal como hemos apuntado *ut supra*— en cuanto guarde relación con los Convenios a los que acabamos de referirnos, es decir, cuando la misma sea activada por las entidades por cuenta propia y con fines de cobertura, marginando el análisis de las hipótesis adquisitivas relacionadas cuando su finalidad, en el supuesto de ser impulsadas por las entidades referidas, respondan a objetivos diversos, eventualidad cuya congruente liberalización se cobija en la norma 6.ª de la pluricitada Circular (cuya consulta puede hacerse en el Apéndice de este volumen, tal como ya hemos vaticinado) y obviando también el estudio de aquellos otros supuestos en los que las supradichas compraventas, aun cumplimentadas por las referidas entidades delegadas (únicos operadores, repito, genéricamente autorizados por la Circular que nos ocupa a los efectos que estamos viendo) se efectúan por cuenta de residentes, caso contemplado por la norma 4.ª de la misma, en su apartado 1.*b)*.

Explicitadas estas precisiones acotadoras de mi contenido especulativo al respecto, tengo que evidenciar que la liberalización erigida por la disposición que retiene presentemente nuestra atención viene de la mano de la ya aludida norma 4.ª, que, en lo que nos interesa, dice: "1. Las entidades delegadas podrán formalizar libremente compras y ventas de futuros financieros cotizados y contratados en bolsas o mercados organizados bajo alguna de las siguientes modalidades: *a)* Por cuenta propia, con objeto de cubrir los riesgos de tipo de interés que se derivan de operaciones activas o pasivas ya registradas o que vayan a registrarse, en sus balances patrimoniales, como consecuencia de su actividad de toma y colocación de recursos en moneda extranjera".

Sobre la base de tal sistema de permisión general, orientado a posibilitar el acrecentamiento de la solvencia patrimonial de las entidades implicadas en la dinámica de riesgo que resulta de su eventual participación en la categoría negocial de Convenios que acabamos de describir en sus líneas maestras de concepción, la Circular que estamos parafraseando

continúa su labor de perfilamiento del esquema liberalizador que articula, condicionando concretamente su virtualidad a que en la hipótesis a considerar no sólo se den cita los presupuestos objetivos y funcionales de legítima fundabilidad alojados en el párrafo primero del apartado 1 de la norma que acabamos de literalizar (que exige, como sabemos, que los activos a asumir sean cotizables y que su adquisición se efectúe en el marco de un mercado organizado de valores), sino que también concurran en la misma toda la suerte de características enumeradas en la norma 5.ª de la policitada Circular, según la cual "las operaciones de compra o venta de futuros financieros realizadas en cobertura de riesgos de tipo de interés al amparo de lo establecido en la anterior norma 4.ª,*a)* deberán reunir los siguientes requisitos: 1) En todo caso habrá de ser identificable desde su inicio la relación de cada operación sobre futuros financieros con el riesgo de tipo de interés que se desea cubrir, sea por operaciones individualizadas registradas o que vayan a registrarse en el balance patrimonial del titular de la cobertura, o de posiciones netas de las entidades delegadas por desfase o desajustes de vencimiento entre activos y pasivos acumulados denominados en la misma moneda. 2) Los futuros financieros comprados y vendidos deberán estar denominados en igual moneda en que lo esté el riesgo de tipo de interés que se desea cubrir y el tipo de interés de referencia habrá de mantener un alto grado de correlación con el de la operación cubierta".

Incidiendo en esta problemática, D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, en la edición de 1990 de su plurialudido libro, y en la página 1234, ponen en evidencia, por lo tocante a la primera de las exigencias requisitales dichas, que su presencia se impone "para marcar el carácter de cobertura que debe tener la compra o venta de futuros financieros. Por ello no se permiten tales operaciones si no se imputan desde un principio a un riesgo concreto y determinado que se pretende cubrir".

Los mismos autores, al enfocar las restantes demandas de regular negociabilidad instrumentadas por la norma 5.ª que acabamos de transcribir, se encargan de puntualizar, por lo que atina a su significado (en la misma obra y página relacionadas) que "de nuevo estas dos últimas condiciones (la de la denominación tasada de los servicios comparables y la de que el tipo de interés de referencia debe mantener el antes indicado 'alto grado de correlación' con la operación cubierta) pretenden asegurar que la compra o venta de futuros financieros persiga efectivamente la cobertura de una operación concreta".

Como epílogo de mi interés sobre el tema, tengo que reseñar que siguiendo con un sistema devenido ya tradicional en estas áreas de jurisdicencia reglamentaria enlazada con el control de cambios (y cuya última *ratio* se encuentra en el antes indicado artículo 3.1, regla 9.ª, del Real

Decreto 2402/1980), el Banco de España, a través de la Circular que nos ha preocupado en estos precisos momentos expositivos, confiere a las entidades delegadas un importante caudal liberalizado de potencialidades solutorias transaccionales, resultando su articulación del apartado 2 de la norma 4.ª que nos ocupa, en la que al efecto se lee que "la autorización general a las entidades delegadas para formalizar compras y ventas de futuros financieros conlleva una autorización general para que las mismas puedan realizar los pagos o cobros exteriores por razón de las operaciones que formalicen".

Como colofón de sus labores sustantivas de legisfehaciencia intermediadora en este orden de cosas, la Circular en trance de análisis establece un sistema de puesta de manifiesto de datos (a efectos de control) en su norma 7.ª, según la cual "las entidades delegadas dirigirán la correspondencia y todo tipo de comunicación relacionada con la materia regulada en la presente Circular a la Oficina de Servicios de Administración e Información, Departamento Internacional del Banco de España, ocupándose asimismo en conformar las pertinentes normas de ritualidad al efecto, sentando en su norma 9.ª (situada bajo la rúbrica genérica "Instrucciones de procedimiento") que: "1. Los ingresos de divisas procedentes del exterior que se produzcan al comienzo de cada período de interés cubierto por un contratante FRA se registrarán como entrada en el Código 11.30.01, compensándose simultáneamente como un pago del mismo importe, que se registrará como salida en el Código 11.30.02. 2. Los pagos de divisas que se produzcan al comienzo de cada período de intereses cubierto por un contrato FRA se registrarán como salida en el Código 11.30.01. 3. Los cobros y pagos exteriores correspondientes a beneficios y costes originados por la compra y venta de futuros financieros se comunicarán al Banco de España en los correspondientes ejemplares R (2) y A (4), con aplicación al Código estadístico 11.30.01, que pasa a denominarse 'Resultados de Convenios FRA y de futuros financieros' ".

VI. TEORIA ELEMENTAL SOBRE LOS COBROS Y PAGOS CONECTADOS CON EL SECTOR EXTERIOR A LA LUZ DE SU PROCESALIDAD

A) INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta las dimensiones de esta obra y su considerable variedad de matices, resulta a veces difícil acertar en el encaje de las categorías jurídicas integrantes de su *quaestio* inquisitiva sustancial, refle-

xión que por lo tocante al etiquetado de este epígrafe adquiere todo su sentido, siendo así que la teoría elemental aludida ha sido ya tomada en cuenta en diversos pasajes de esta obra (especialmente al analizar el repertorio de abonos y adeudos a realizar en las cuentas extranjeras operativas en España, materia estudiada en el volumen I del tomo I), pudiendo también ser coherentemente analizada en otros más.

Sin embargo, y a fin de facilitar la labor del lector, voy a ocuparme ahora en ofrecer una sobria visión de conjunto del dispositivo de tales cobros y pagos en su visión estrictamente procesal (aun corriendo el riesgo de incidir en comportamientos reiterativos), visión para cuyo acabado entendimiento deben tenerse presente, en primer término, todos los materiales normativos que sobre los cobros y pagos, en cuanto negocios jurídicos de fisonomía especializada, son debidamente aportados por las estrategias ordinamentales básicas suministradas por los artículos 1.157 y siguientes del Código Civil, tanto por lo que atina a su concepto como en lo que se refiere a sus arbotantes fundamentales de operatividad. En segundo lugar, debe ser presentemente tenido en cuenta como soporte considerativo de los que vamos a decir, todo el conjunto cognicional ya vertido en diversas porciones de esta obra (y sobre el cual volveremos ulteriormente) relativo a la adquisición, tenencia y circulabilidad restringida de las divisas en nuestro propio entorno financiero. En tercer lugar, resulta conveniente advertir que nos vamos a referir de forma exclusiva al aspecto procedimental del acto de cobro y pago en sí, y no a si el negocio jurídico de donde tales actos tomen causa se halla o no liberalizado; y en el caso de que no lo esté, si el mismo se arropa de todos los requisitos necesarios para su viabilidad. En último término, voy a eludir ahora el estudio singularizado de la problemática referenciada en su eventual impacto sobre las pesetas ordinarias procedentes de cuentas extranjeras, tema al que aludiré ulteriormente de forma monográfica en este mismo capítulo.

Sobre tales premisas, tengo que poner de relieve que los supradichos actos de cobro y pago no sólo están sometidos al eventual control programado por la LRJCC (Ley 40/1979) en sus artículos 2, 3 y 6, sino que los mismos han sido objeto de la pertinente acción de gobierno de porte interventor, materializada en los artículos 3, 6 y 7 del Real Decreto 2402/1980.

Como quiera que el artículo 3.º últimamente citado, en cuanto liberalizador del acto de pago de que se trate en la medida en que la relación jurídica subyacente se halle bien constituida con arreglo a la legislación de control de cambios, ha sido ya estudiado hasta la saciedad en esta obra, voy a referirme únicamente a los también mencionados artículos 6 y 7 del plurialudido Real Decreto 2402/1980, diciendo el indicado artículo 6.º

que: "1. Salvo autorización, sólo las entidades delegadas podrán abrir o mantener cuentas en pesetas o moneda extranjera a nombre de no residentes. 2. Los cobros y pagos entre residentes y no residentes quedan sujetos a las condiciones y formalidades exigidas para la verificación de la realidad de las operaciones y su control estadístico. 3. Los pagos al exterior en moneda extranjera deberán efectuarse a través de una entidad delegada y solamente con divisas adquiridas a tal efecto en el mercado español de divisas. 4. Los pagos al exterior en pesetas deberán efectuarse a través de una entidad delegada. Su disposición por el no residente requerirá previo abono en cuenta extranjera de pesetas. 5. Los cobros del exterior en moneda extranjera solamente podrán efectuarse en divisas y el producto de los mismos habrá de venderse a través de una entidad delegada en el mercado español de divisas. 6. Los cobros del exterior en pesetas deberán efectuarse mediante adeudo en cuenta extranjera en pesetas abierta en una entidad delegada"; y señalando por su parte el artículo 7.º que: "1. Se autorizan con carácter general los pagos en pesetas o moneda extranjera de no residentes a residentes dentro del territorio español, siempre que los mismos correspondan a gastos efectuados por no residentes como consecuencia de su estancia en España. 2. Se autorizan con carácter general los pagos en pesetas de residentes a no residentes, dentro del territorio español, por rentas de inmuebles o prestación de servicios, siempre que su importe no exceda de quinientas mil pesetas. En este supuesto los no residentes podrán disponer de tales sumas para sus gastos en España, si bien la transferencia al exterior requerirá autorización. 3. Quedan asimismo autorizados los pagos en pesetas de residentes por cuenta de no residentes para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales en España, siempre que su importe no exceda de quinientas mil pesetas. 4. Queda autorizada la tenencia y disponibilidad de divisas para los españoles que habiéndose trasladado al extranjero con ánimo de residir allí y no estando todavía inscritos como residentes en el Registro del Consulado español correspondiente estén tramitando el cambio de residencia a través de los organismos oficiales correspondientes".

En base a este mosaico preceptual, resulta claro que el sistema de control diseñado por la normativa especializada que estamos investigando entraña su *ratio* en un doble soporte de funcionalidad, materializándose el primero en su conjunto de posibilidades operativas que se reserva la Administración para homologar la legalidad del pago a la luz de las reglas integrantes de tal ordenamiento, requiriéndose para ello el que cualquier solicitud al respecto que inste en su caso el eventual asuntor de la posición de *solvens* (dirigida a las Entidades delegadas y, en su caso, a la DGTE) vaya acompañada por todo aquel acervo documental que permita a los destinatarios de las susodichas solicitudes comprobar la autenticidad y

regularidad de la operación de que se trate, todo ello en consonancia con lo previsto por la Orden de 14 de septiembre de 1979 y Circular 32/1985 de la DGTE de 8 de marzo, conjuntos preceptuales que especifican, según el tipo de transacción de que se trate, los documentos concretamente requeribles, trámite de homologación en modo alguno incompatible con los apremios liberalizadores eurocomunitarios en base a que los mismos reservan a los Estados coaligados un importante caudal de control al respecto, haz de posibilidades de evaluación y homologación cuya concreta *praxis* puede perfectamente asumir la morfología de la intervención a la que nos venimos refiriendo.

B) Protagonismo de la Banca delegada al efecto

De conformidad con lo previsto en nuestro ordenamiento básico sobre control de cambios, *ex* artículo 5 ("1. La Administración podrá autorizar, en las condiciones y límites que se determinen reglamentariamente, a los Bancos operantes en España, Cajas de Ahorro y otras entidades de crédito para intervenir en las operaciones reguladas por esta Ley. Esta autorización es revocable existiendo motivo justificado para ello y estará subordinada al cumplimiento de las condiciones de la misma. 2. Las entidades autorizadas quedan sujetas al deber de colaboración con los organismos encargados del control de cambios y de la vigilancia de los delitos monetarios. Las entidades que incumplan este deber podrán considerarse incursas en los artículos 56 y 57 de la Ley de Ordenación Bancaria, con independencia de la suspensión o revocación de la autorización referida en el número 1 del presente artículo") de la LRJCC y 5 ("1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley, las entidades delegadas podrán intervenir en las operaciones exteriores reguladas por la misma. 2. Las entidades delegadas, con independencia del deber general de colaboración al que se refiere el artículo 5.º, apartado 2, de la Ley, facilitarán a las autoridades competentes toda la información que éstas requieran sobre las operaciones exteriores en que intervengan. 3. Las entidades delegadas son responsables en los términos previstos por la Ley del cumplimiento de las normas de control de cambios en lo que respecta a las operaciones que efectúen por su cuenta o que realicen por su mediación o bajo su control. 4. Las operaciones de cambio de divisas y billetes extranjeros sólo podrán realizarse por aquellas personas físicas o jurídicas debidamente autorizadas por el Banco de España") de su Reglamento, las meritadas entidades delegadas acreditan un papel sobresaliente en el desarrollo de todo el proceso solvencial al que venimos aludiendo, protagonismo que en su visión circunscrita sobre el particular resulta también del antes transcrito

artículo 6.º del Reglamento ya dicho, y que puede ser de mayor o menor envergadura según el tipo concreto de pago a consumar, siendo máximo en aquellos supuestos en los que tales entidades delegadas no sólo detentan la facultad de "pagar", sino también, y con carácter previo al ejercicio de la misma, de comprobar si tal pago es o no factible, protagonismo que es menor, por supuesto, cuando se requiere la previa verificación o autorización dimanante de la DGTE.

Con todo ello, y a pesar de que el *rol* desempeñado por estas entidades es absolutamente preeminente, no dejan de vislumbrarse determinados supuestos en los que se provoca una fractura de su vigencia generalizada, siendo aquellos en los que los pagos y cobros que nos preocupan son materializados directamente entre residentes y no residentes, debiendo incluirse en tal hipótesis, aun con todas las cautelas exigidas, los pagos por compensación (siempre que la misma se halle liberalizada según las reglas del control de cambios). Veamos ambos supuestos.

C) Pagos y cobros sin intervención de las entidades delegadas

a) *Directos*

Son aquellos supuestos a los que se refiere el artículo 7 del Real Decreto 2402/1980, precepto que con la finalidad de facilitar y agilizar determinados actos solutorios y perceptorios entre residentes y no residentes vertebra una importante excepción al criterio general intervencionista antes referido, debiendo distinguirse al efecto según que el pago provenga de un residente en favor de un no residente o bien el mismo funcione de adverso.

En el primer caso —pago de residente a no residente (siempre dentro del territorio nacional)— quedan autorizados aquellos pagos cuya cuantía no exceda de 500.000 pesetas y correspondan a prestaciones de servicios o a rentas de inmuebles, posibilidad que hace decir a D. Alvarez Pastor y F. Eguidazu, en su pluricitado libro, edición de 1990, página 610, que "... por supuesto, la norma liberaliza los pagos unitarios que correspondan a una obligación que en total no supere la cifra indicada. Fragmentar en pagos de 500.000 pesetas una obligación de importe superior constituye, evidentemente, fraude de Ley..."; excepción a la que hay que agregar la también resultante del indicado artículo 7.º, consistente en los pagos efectuados por los meritados residentes a no residentes para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales siempre que su importe no rebase las indicadas 500.000 pesetas.

En el segundo de los supuestos relacionados —pago de no residentes a residentes (siempre dentro del territorio nacional)— se autorizan los pagos en pesetas y divisas, y ello sin limitación de cantidad, siempre que correspondan a gastos efectuados por los no residentes como consecuencia de su estancia en España, posibilidad que también ha preocupado a los autores supracircunstanciados, quienes en la página 611 de su policitado libro (edición de 1990) señalan que "... esta norma, cuya lógica no precisa de mayor comentario, liberaliza todos aquellos pagos efectuados dentro del terrorio español por los no residentes (turistas, etc.) que sean consecuencia de su estancia en el mismo (hoteles, restaurantes, compras personales, etc.). Por supuesto, cuando el pago se efectúa en moneda extranjera, el residente receptor del mismo está obligado a ceder las divisas en el plazo de quince días, contados desde la fecha de su recepción".

Concluyo la exégesis de este capítulo de liberalización solvencial poniendo de relieve, por lo que atañe a la última posibilidad dicha, que las pesetas eventualmente consumibles sin control por el residente para costear sus gastos de estancia en España pueden provenir de los cobros también liberalizados a los que aludí con anterioridad, circunstancia especialmente prevista por el artículo 7.º que nos ocupa, precepto que también se encarga de establecer, por si alguna duda cupiese al respecto, que la transferencia al exterior de las sumas cobradas libremente por los no residentes requiere autorización.

b) *Los efectuados a través del instituto de la compensacion*

La compensación como instrumento solvencial (que aparece gobernada en lo básico por los arts. 1.195-1.202 CC) entronca con la materia que nos ocupa a través del artículo 3.9 del Real Decreto 2402/1980, precepto que somete a previa autorización todo tipo de cobros y pagos entre residentes y no residentes, aunque sea a través de la figura que nos ocupa, tema que ha suscitado el problema de si era factible aplicar a este supuesto la liberalización solvencial resultante del propio precepto en cuanto permitiente de la materialidad del pago (salvo excepciones) cuando la operación subyacente de donde emerja su obligación resulte legítimamente constituida de conformidad con las normas del control de cambios, aspecto ciertamente problematizado en el que han incidido con singular destreza los autores supracitados, aduciendo en su libro, edición de 1990, página 612, un bloque de consideraciones al respecto que me parecen sumamente convincentes, diciendo los mismos, en primer término, que tal liberalización chocaría con el artículo 6.º del mismo Real Decreto (precepto que transcribimos anteriormente), artículo que exige que los pagos y cobros se

canalicen a través de una entidad delegada y con cesión o compra de las divisas en el mercado español, circunstancia, y esto lo resaltan agudamente los indicados autores, que impide el pago compensatorio al que nos venimos refiriendo en su eventual cifraje en divisas, imposibilidad que los mismos extienden a su potencial pago en pesetas por la concurrencia en el caso de dos factores: "La exigencia —dicen— de que el cobro o pago se efectúe a través de una entidad delegada y la obligación de que se efectúe con abono o adeudo de la cantidad pagada o cobrada en una cuenta extranjera de pesetas (añadiéndose que tales cuentas sólo pueden ser abiertas y mantenidas en una entidad delegada)".

En segundo lugar, la imposibilidad del recibo liberalizado de la compensación en el orden de cosas que estamos debatiendo, y continúo así con el valioso esquema reflexivo aportado por los meritados autores, deriva del hecho de que la liberalización solutoria programada por el artículo 6.º que nos ocupa queda condicionada a que "la propia regulación específica del acto o transacción, o la autorización otorgada para su realización disponga otra cosa", circunstancia que entra en juego en la inmensa mayoría de los supuestos (tal como hemos apuntado con anterioridad), infiriéndose de ello que de propugnarse la liberalización de la compensación en la eventualidad analizada toda la concreta instrumentación de contraste y ejecución bancaria quedaría absolutamente radiada de nuestro ordenamiento, resultando de todo ello la instauración de una prohibición general en cuanto a la admisión de tal figura, aunque ello no es óbice para que la propia Administración, en uso de las facultades de normofehaciencia que le son ofertadas por la legislación básica de control de cambios autorice determinados supuestos compensativos y articule al efecto el correspondiente dispositivo de instrumentación y control contables, pudiendo caracterizarse como tales los aludidos en las Ordenes de 10 de mayo de 1988 y 29 de junio de 1989 y Resolución de la DGTE de 28 de julio de 1988, disposiciones todas ellas referentes a las actividades exportadoras e importadoras, que serán aducidas con posterioridad en este mismo volumen (por lo que atañe al capítulo exportador) cuando hagamos hincapié en el pago de los créditos nacidos de las mismas, liberalización asimismo vislumbrable en la Resolución de la DGTE de 20 de marzo de 1989, alusiva a las "empresas de comercio exterior" reguladas por el Real Decreto 380/1988, de 22 de abril, ocupándose concretamente en este punto su artículo 6.º.

D) Ultimas consideraciones sobre la materia

Un estudio en profundidad de esta temática requiriría poner de relieve, en línea con el apremio normativo contenido en el artículo 6.º (antes

transcrito) del Real Decreto 2402/1980, que alude a la "... realidad de sus operaciones y su control estadístico", el abarrotado mundo requisital en el que se traduce tal exigencia, es decir, toda aquella barroca operativa bancaria a través de la cual la Administración obtiene un acabado conocimiento del conjunto de operaciones financieras de cobro y pago conectadas con el sector exterior, panorama cuya importancia es evidente desde el punto de vista práctico, pero que no procede delinear aquí, pudiendo concluir este apartado señalando, a modo de síntesis, las tres grandes vertientes de *praxis* que se constituyen en las claves de bóveda instrumentales a tener en cuenta, y a las que aluden los autores mencionados *ut supra* en su pluricitado libro, edición 1990, página 634, al decir, como introito de lo que luego explican con todo lujo de detalles (y que debe ser consultado por quienes deseen tener un acabado conocimiento de esta problemática), que:

"Las normas operativas establecidas por el Banco de España, y anteriormente por el IEME, establecen tres condiciones:

— todos los cobros y pagos deben ser cumplimentados por las entidades delegadas en impresos oficiales, de los que debe darse traslado periódico al Banco de España para el control posterior de las operaciones;
— en cada impreso debe hacerse referencia al código estadístico oficial que corresponda a la operación en cuestión;
— todas las comunicaciones de cobros y pagos deben facturarse en los Estados de divisas o pesetas [illegible] des delegadas".

VII. CLASES DE PRESTAMOS FINANCIEROS

A) INTRODUCCIÓN

La diversificación subsiguiente va a asentarse sobre una de las claves cardinales a las que antes aludimos, punto referencial angular determinante, en definitiva, del concreto régimen a seguir en este ámbito y que es el de la eventual situación de antinomia territorial de las partes que asumen pertinentemente las posiciones de prestamistas y prestatarios, ubicación de divergencia subjetiva de las mismas que resulta imprescindible para que la empiria negocial contemplada ingrese con normalidad —aunque también con forzosidad— en el circunscrito entorno de aplicación de la preceptiva engarzada con el control de cambios.

De todos modos, y confiriendo al calificativo de "especial" todas las dosis de prevención que se quiera, al efectuar —en la dimensión intelectiva

en que nos movemos— la parcelación crediticia aludida, nos referiremos, asimismo, a determinados supuestos que, si bien articulados de forma exclusiva entre no residentes o, por el contrario, entre residentes —y por ello sustraídos teoréticamente a las coordenadas de especialidad que estamos viendo— ofrecen la particularidad de resultar directamente conectados —dadas sus peculiares características— con algunas de las premisas más esenciales del aludido control de cambios, alusión, en todo caso, somera y horra de profundidad, pero que servirá —espero— para plasmar en estas páginas una pesquisa inquisitiva y polisémica de la temática a debatir, contribuyendo ello a desvanecer —aunque en mínima parte— la congénita, densa y desesperante brumosidad que afecta a todo este caudal de negociabilidad.

Continuando con la explicación de este breve apunte introductorio, tengo que reseñar que la instrumentación de las posibilidades que a continuación vamos a relacionar se enuclea no sólo sobre la meritada posición de discordancia territorial de los intervinientes en las figuras a analizar, sino también sobre su específico componente monetario, distinguiendo así en cada una de las dos grandes categorías a examinar (la de los préstamos financieros concedidos por no residentes a residentes, y la inversa) los distintos supuestos que pueden plantearse en función de si lo concretamente prestable son divisas (incluyéndose entre las mismas los ECUs), pesetas convertibles, ordinarias o comunes.

Prosiguiendo en esta misma línea discursiva, tengo que poner de manifiesto que cuando tales componentes dinerarios constituyen el pertinente objeto de una negociabilidad crediticia subjetivamente caracterizada por la potencial —y ya aludida— situación de heterogeneidad territorial de sus implicados, los supuestos en que los mismos son tomados en consideración quedan ineluctablemente afectados por el círculo de irradiación normativa de la ordinamentalidad especializada sobre el control de cambios, es artículo 1.º de la LRJCC, de 10 de diciembre de 1979 ("Quedan sometidos a los preceptos de la presente Ley los actos, negocios, transacciones y operaciones de toda índole entre residentes y no residentes que supongan, o de cuyo cumplimiento se deriven o puedan derivarse, cobros o pagos exteriores"), precepto de talante muy general que debe ahormar su correspondiente hálito prescriptivo con el resultante del mucho más preciso artículo 2.º.*b)* del mismo texto legal, importante hito legisfehaciente que se encarga de declarar sometibles al pertinente control del Gobierno, ejercible a través de la correspondiente reglamentación de cambios "los actos y negocios en virtud de los cuales un residente pueda resultar acreedor o deudor de un no residente..."

En base de tal precepto, oportunamente confinador de competencialidades de intervención en el área del control de cambios, es evidente que

cualquier tipo de préstamo (sea cual fuere su concreta cronología, finalidad y objetivación: cuántica y cualitativa) se halla sometido al pertinente tamiz del Gobierno, sistema de factible homologación cuya concreta practicidad fue materializada de forma rigurosa e indiscriminada —en méritos de la explícita reserva de jurisdicencia ejecutiva consignada en el antes aludido artículo 2.º —apdos. 1 y 2 de la dicha LRJCC ("1. Corresponderá al Gobierno, en defensa de los intereses generales, regular, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, los actos, negocios, transacciones y operaciones a que se refiere el artículo anterior. 2. A estos efectos y mediante la reglamentación de control de cambios podrá prohibir, someter a autorización previa, verificación o declaración y, en general, a cualquier tipo de control administrativo...")— por el hacedor del Real Decreto sobre régimen jurídico de control de cambios 2402/1980, de 10 de octubre, que en una primera, genérica y global aproximación al tema sojuzgó todos los posibles avatares corporeizados en la concesión de préstamos transnacionales al más rígido de los controles admisibles en estas áreas, o sea, el de la habilitación administrativa previa, singularizada y más o menos discrecional, resultando tal rigurosidad, sin paños calientes, reservas ni distingos de su artículo 3.º, reglas 6.ª y 7.ª ("Requieren previa autorización las siguientes operaciones... Sexta. La obtención por residentes de préstamos o créditos concedidos directamente o a través de un residente por no residentes. Séptima. La concesión por residentes de préstamos o créditos a no residentes").

Sobre tan esencial díptico de preceptos, neta y abruptamente restrictivos, se articula todo el sistema genérico de eventual intervención proyectado por la Administración española acerca de la materia objeto del presente desbrozamiento especulativo, *modus operandi* que en su teleología cautelar queda debidamente uncido a la fórmula locucionaria, evidentemente amplia, que utilizan las reglas supratranscritas cuando hablan de forma distendida y omnicomprensiva de "préstamos o créditos", considerando sinónimas —pese a sus eventuales componentes paralógicos de métodos y concepto— las operaciones integrantes de tal binomio operativo, cautela asimismo vislumbrable en el dato de que el antes dicho artículo 2.º.2.*b)* de la LRJCC declara sometibles al hipotético tamiz contrastador que el mismo diseña no sólo los actos pristinamente determinantes de las operaciones crediticias dichas, sino también todos aquellos que sean consecuencia de la pertinente —y posterior— fenomenología negocial conectada con tales operaciones y a la que se refiere asimismo el precitado precepto cuando prevé el control por parte del Gobierno "de los actos de disposición realizados sobre los derechos y obligaciones derivados de aquéllos" (es decir, de los genuinamente germinadores de un crédito o de una deuda de un residente en beneficio o a cargo de un no residente), impidien-

do así que por la vía sobrevenida de la ulterior cesión de crédito o de la postrera asunción de deuda queden vulnerados los principios angulares del control delineados por la normativa que estamos considerando (*).

Siguiendo en este orden de magnitudes expositivas, tengo que puntualizar que en virtud de la pertinente derogación competencial vigente en este contexto operativo, la habilidad para conferir autorizaciones respecto a la legítima constitutividad de las operaciones crediticias genéricamente aludidas *ut supra* (y que lo serán específicamente en las páginas a venir), resulta pluralmente conferida al Banco de España y a la Dirección General de Transacciones Exteriores, acreditando este último Centro Directivo el grueso de competencias al respecto, excepto cuando las supradichas operaciones resulten cifradas en divisas, hipótesis respecto de las cuales el poder de decisión autorizativo radica en el Banco de España, de conformidad con lo prescrito por el Decreto 1791/1973, de 26 de julio, corroborando tal alternativa de distribución competencial el posterior Real Decreto 222/1987, de 20 de febrero, por el que se estructura el Ministerio de Economía y Hacienda *(BOE,* núm. 45, de 21 de febrero de 1987), texto normativo que tras mencionar a la supraindicada DGTE entre los Centros Directivos pertinentemente integrados en el seno del entramado institucional de la Secretaría de Estado de Comercio instrumenta en su artículo 32 la pléyade de habilidades que le son conferidas, diciendo el mismo literalmente, en lo que nos interesa, que

"1. La Dirección General de Transacciones Exteriores mantendrá sus actuales competencias, y en particular las siguientes:

a) La autorización, verificación y control estadístico de las siguientes operaciones:

(...)

— Los préstamos, créditos y avales entre residentes y no residentes, con la excepción de la obtención por residentes de créditos en divisas".

De todos modos, y con la finalidad de mantener en la medida de lo posible la frescura expositiva de esta obra, pretensión sumamente difícil al referirse la misma a una normativa en permanente e inopinado trueque, tengo que puntualizar que con posterioridad a la redacción del volumen I, del tomo I (en donde en su cap. I hice una mención a las facultades de legisfehaciencia sectorializada titularizadas por el Banco de España, precisando sus correspondientes veneros de legitimidad), se han producido novedades de importancia tanto en las áreas jurisprudenciales como en las

(*) De la disponibilidad (y/o cesión) del crédito y de la deuda a la luz del control de cambio nos ocuparemos en la última porción de este mismo capítulo.

netamente legales. En relación con estas últimas, y acabando de perfilar el poder autónomo normativo que para el cumplimiento de sus fines resigna el Estado en beneficio del Banco de España, la disposición adicional 8.ª de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito *(BOE* de 3 de julio), dispuso que "el Banco de España, para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuyen ésta u otras leyes, podrá dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo o ejecución de la regulación contenida en las disposiciones generales aprobadas por el Gobierno o por el Ministerio de Economía y Hacienda siempre que, además, dichas normas le habiliten de modo expreso para ello", formulación de potestades de jurisdicencia que se inscribe en la línea de potenciación del carácter público —aunque autónomo— de tal Instituto, aunque su redacción no alcanza a disipar las dudas sobre cuál sea su concreto alcance, tema que preocupa a la doctrina que aplica su óptica interpretativa sobre la cuestión [véanse los sendos trabajos de PARADA VÁZQUEZ y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ambos publicados en *RDBB,* titulados, el primero, "Valor jurídico de la Circular" (núm. 2, 1981, págs. 318 y sigs.), y el segundo, "Los poderes normativos del Banco de España" (núm. 13, 1984, pág. 18)] y cuya conflictividad queda del propio modo ubicada residenciada en sede jurisidiccional, siendo destacable al efecto el contenido de una reciente Sentencia del Tribunal Supremo (y ésta es la novedad jurisprudencial a la que antes aludí) procedente de su Sala de lo Social y cuyo ponente fue el excelentísimo señor don BENIGNO VARELA AUTRÁN, Sentencia que es la de 13 de octubre de 1989 y en la que se efectúa una magistral descripción del proceso personificador experimentado por el ente que estamos viendo, diciéndose literalmente en la misma, en su fundamento jurídico tercero, que:

"El Banco de España, creado por Ley de 28 de enero de 1856 en sustitución del antiguo Banco Español de San Fernando, tiene, desde sus orígienes, una clara dimensión nacional y la finalidad de encauzar la circulación fiduciaria mediante la emisión en exclusiva del papel moneda —Decreto-Ley de 19 de marzo de 1874—, convirtiéndose, en virtud de las Leyes de 16 de diciembre de 1899 y 31 de diciembre de 1901, en servicio de tesorería del Estado. En la Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946, en su artículo 1.º, se asigna al Banco de España el monopolio de la emisión de billetes de curso legal, funciones en orden a la economía nacional y su relación con el Estado y la realización de operaciones y servicios propios de los Bancos de depósito y descuento, con la finalidad, modos y limitaciones que corresponden a su peculiar naturaleza, reconociéndosele ya personalidad jurídica independiente y plena capacidad, acomodándose sus Estatutos para los actos de vida civil y mercantil en similitud con las sociedades anónimas en general y las empresas banca-

rias en particular. En razón al peculiar carácter público-privado de las funciones que se atribuyen al Banco de España, el Gobierno, a través del Ministerio de Hacienda, se reserva el ejercicio de determinadas facultades controladoras respecto al mismo. Por Decreto de 24 de julio de 1947 se aprueban los Estatutos del Banco de España, y en éstos de reitera el reconocimiento de su personalidad jurídica independiente y plena capacidad, sometiéndose el régimen de sus operaciones a su propia normativa y, en lo que en ésta no se halle previsto, al Código de Comercio, a los usos mercantiles y, en defecto de todo ello, al Derecho común. La Reglamentación Nacional del Trabajo en el Banco de España, que aprueba la Orden ministerial de 21 de diciembre de 1948, responde a una concepción pseudoprivativista de su organización, de la que es significativa muestra la remisión que se hace, en el artículo 90, a la Magistratura de Trabajo —hoy Juzgado de lo Social— como órgano judicial dilucidador de las controversias surgidas entre la entidad y los empleados. Hasta ahora el aspecto público del Banco de España deriva, más que de su propia naturaleza, de las funciones que por vía de concesión le otorga el Estado. Es el Decreto-Ley número 18/1962, de 7 de junio, por el que se nacionaliza y reorganiza el Banco de España la norma configuradora de su propia naturaleza como entidad de Derecho público —art. 1.º—, encuadrada como propio organismo autónomo de la Administración pública, incluido en el artículo 5.º de la Ley de 26 de diciembre de 1958 que regula el régimen jurídico de las entidades estatales autónomas. Hasta aquí, pues, y como colofón de todo un proceso de conformación jurídica, no cabe la menor duda que la tesis sustentada de adverso y que acoge la sentencia de instancia, en orden a la naturaleza jurídica del Banco demandado-recurrido y a la consiguiente exigencia de la reclamación previa ante el mismo como trámite precedente a toda pretensión judicial de índole laboral o privada que contra él se promueva tiene que resultar de ineludible estimación. En este sentido y dada la fecha de su pronunciamiento, es perfectamente coherente la Sentencia de la Sala 5.ª —hoy 3.ª— de este Tribunal que se esgrime de contrario en el escrito de impugnación del recurso. No obstante, pecaría de insuficiente el presente enjuiciamiento si en él se eludiese la valoración de la modificación legislativa que supuso la Ley 30/1980, de 21 de junio, promulgada ya tras la Constitución española y, por ende, dentro de un marco jurídico básico fundamentalmente distinto de aquel otro en el que se produjo el señalado Decreto-Ley 18/1962, de 7 de junio. La expresada Ley de 1980 mantiene el carácter de entidad de Derecho público para el Banco de España, en su artículo 1.º, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada para el cumplimiento de sus fines, gozando de autonomía respecto a la Administración del Estado, pero sin que le sean de aplicación las normas reguladoras de los organismos autó-

nomos, según expresa exclusión contenida en su artículo 2.º. Como fácilmente se advierte, la conformación jurídica del Banco demandado-recurrido ha experimentado una indudable variación, por cuanto ya no es un propio organismo autónomo, regido por la Ley de 26 de diciembre de 1958, sino una entidad de Derecho público con personalidad propia y dotada de plena capacidad jurídica, pública y privada, que actúa autónomamente respecto a la Administración del Estado. La autonomía que le caracteriza aparece referida a su actuación y no, en cambio, a su configuración dentro del entramado organizativo de la Administración Pública. En la nueva caracterización jurídica del Banco de España queda, sin embargo, su esencial connotación de entidad de Derecho público en mérito a las funciones que tiene asignadas respecto a la economía nacional, a la tesorería del Estado, a la ordenación y régimen del crédito oficial en materia de divisas y de control de la Banca privada y Cajas de Ahorro, sin perjuicio de las de índole propiamente privada o mercantil, que asimismo le incumben. De aquí que, aunque no quepa atribuirle el carácter de Administración central del Estado o de organismo dependiente jerárquicamente de la misma y tampoco, y por expresa exclusión legal, la condición de organismo autónomo incluido en régimen de la pertinente Ley reguladora, sin embargo su innegable naturaleza de entidad de Derecho público, en razón a los intereses de este orden que tiene encomendados y el sometimiento en su actuación, a falta de norma específica que la exceptúe, a la Ley de Procedimiento Administrativo, obliga a entender que se halla favorecido por el régimen de la reclamación previa en las pretensiones de índole privada o laboral que se le dirijan y excluido, por tanto, de la norma general relativa a la conciliación previa judicial, a tenor de lo previsto en los artículos 49 y 51 de la Ley de Procedimiento Laboral. En este sentido, la tesis del recurrente, basada en la modificación estructural producida en el Banco de España, en virtud de la nueva Ley 30/1980, de 21 de junio, y en la exclusión del mismo del ámbito normativo de los organismos autónomos, no puede resultar acogible, por cuanto se mantiene la caracterización de dicha entidad como persona de Derecho público sujeta en su actuación a la Ley de Procedimiento Administrativo a falta de una norma de regulación propia que expresamente la excluya o contradiga —lo que no sucede respecto a la combatida reclamación previa—, siendo notorio, por otra parte, que la autonomía de que aparece revestido el Bando demandado-recurrido, en orden a la realización de fines de interés público a él encomendados, permite configurarlo como un organismo autónomo *sui generis* o una Administración pública neutralizada, según expresión de algún sector doctrinal. Esta peculiar conformación jurídica del Banco de España como parte del grupo sectorial del crédito y la Banca, al que vertebra y dirige, constituyéndose a su vez en responsable de

la política monetaria del Estado y en detentador de una potestad pública de supervisión del crédito y de la Banca privada, obliga a reconocerle la prerrogativa procesal de la reclamación previa al no existir norma específica dentro de su propio y específico ordenamiento que expresamente la excluya. Por todas estas razones el motivo de casación enjuiciado no puede merecer una favorable acogida".

B) COMUNES

a) *Concedidos por no residentes a residentes*

aa) En divisas

aa') Introducción

El concepto de "divisas" como unidad de cuenta, monetaria o financiera de especial relevancia en el sector exterior ha sido suficientemente dictaminado en el tercer epígrafe de este capítulo y en el volumen I del tomo I de esta obra, pasajes expositivos en donde aludí a las diversas definiciones ofertadas respecto de tal categoría económica, y ello tanto desde panorámicas netamente científicas como desde aquellas estrictamente legales, refiriéndome, del propio modo, a las distintas clases de divisas operativas en el marco del control de cambios, a su significado dinerario y a las concretas condiciones en que se desenvuelve su legítima negociabilidad, destacando asimismo el absorbente protagonismo que al efecto desempeñan el Banco de España (mentor y manijero supremo de la circulabilidad interna y externa de las mismas) y las entidades delegadas (de dicho Banco), únicos operadores jurídicos genéricamente autorizados (a fuer de controlados) para el manejo —bajo tasadas condiciones— de tales componentes crematísticos.

En obsequio a lo dicho y a lo que también adujimos en el subepígrafe anterior, nuestra actual labor de exégesis respecto a esta figura (como en cuanto a las restantes modalidades monetarias) se va a limitar a poner de relieve cuál es la concreta andadura preceptiva de entre las posibles según la reglamentariedad conectada con el control de cambios a la que debe acompasarse su congruente funcionalidad en cuanto a su eventual uso crediticio, normativa sectorializada de la que resultará, o bien una concreta reafirmación del criterio sumamente restrictivo procedente del Real Decreto 2402/1980 antes dicho, o bien una atenuación (bajo unas u otras condiciones) del mismo, cuestión a la que vamos a dedicar los apartados siguientes, pasajes que no van a agotar mi interés sobre el tema, ya que a fin de aportar una panorámica global a esta temática volveremos a retomar el análisis de la categoría jurídica de la divisa en el volumen siguiente

cuando abordemos en el mismo el estudio de la hipoteca contemplada desde vertientes y ópticas engarzadas con el control de cambios.

ab') Normativa doméstica especializada sobre tales préstamos

La primera de las muestras de preceptividad especializada que se ocupó de esta modalidad fue la Circular 15-DE del Banco de España de 11 de noviembre de 1980, disposición que dimanante del indicado organismo financiero, detentador *quasi exclusivo* de competencias en este ámbito (provenientes del ya explicitado Decreto 1791/1973, de 26 de julio), se limitó a introducir la técnica del silencio administrativo positivo en el seguimiento (resolutorio) de los procedimientos articulativos *ad hoc,* pero sin mitigar en absoluto el cardinal generalizado e inclemente principio restrictivo resultante del supradicho artículo 3.1.1 del Real Decreto 2402.

Siguiendo con este orden de cosas, tengo que señalar que la aludida suavización operacional al respecto tuvo que esperar a la posterior entrada en liza de coyunturas socio-económicas más favorables, avatares de sobreveniencia ulterior cuyo devengo motivó la adopción de la importante Circular 6/1986, de 4 de marzo, también proveniente del calendado Banco de España, que tras derogar a la anteriormente mencionada provocó lo que podría tildarse sin exageración como de vuelco drástico en la materia, liberalizando los créditos que estamos considerando, siempre que los mismos concitasen en su congruente entificación determinados condicionamientos cuánticos (no superar su importe en divisas el equivalente a los 750 millones de pesetas) y temporales (acreditar una vigencia media de un año como mínimo), jalón normativo de considerable envergadura aunque de efímera beligerancia, toda vez que la supradicha Circular 6/1986 fue expresamente derogada por la asimismo procedente del Banco de España 6/1987, de 13 de marzo, disposición que constituye la preceptiva a tener en cuenta en el día de hoy al respecto y cuya norma 1.ª, inciso 1.º, fue ulteriormente modificada por la asimismo Circular 6/1988, de 10 de junio, del propio Banco de España.

En virtud de la referenciada disposición, resultado de las facultades de jurisdicencia del aludido Banco, podemos distinguir un régimen dual al efecto según que el préstamo financiero que se pretenda concertar requiera una previa y singularizada autorización (discernible, en su caso, por tal instituto) o, por el contrario, el mismo encaje en los perfiles ejecutivos de posibilismo y liberalización pertinentemente dibujados por el conjunto de normatividad alojado en la meritada Circular, eventualidad en la que el préstamo financiero proyectado puede estipularse libremente. Veamos por separado ambas posibilidades.

1.a) Préstamos financieros liberalizados

Son aquellos en los que concurren los siguientes presupuestos constitutivos:

Subjetivos.—Es imprescindible que la relación crediticia que se pretenda conformar acredite como partes activa y pasiva interesadas a un no residente (concedente del crédito) y a un residente (destinatario de la cantidad prestada), *conditio* de heterogeneidad territorial de los partícipes en la situación crediticia articulada que deviene esencial por simples exigencias de atenimiento de la figura al sistema vigente del control de cambios. Ello supuesto, tengo que poner de relieve al respecto la irrelevancia del dato de que el obtentor o concedente del crédito en cuestión sea una persona física o jurídica, nacional o extranjera (consideración que hace diverger —aparte de por otros extremos— la hipótesis ahora evidenciada de los créditos participativos, modalidad que para resultar autorizada, en cuanto inversión extranjera directa, debe presentar como exclusivo destinatario crediticio a una sociedad española, art. 5 de la LIE y RIE), irrelevancia subjetiva que se desprende el inciso 1.º de la norma 1.ª de la Circular 6/1987 cuando hace protagonistas indistintos de su oportuno querer normativo tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

Siguiendo con este sucinto conjunto de precisiones relativas a la subjetivación de la relación crediticia liberalizada que estamos considerando, hemos de poner de relieve asimismo que entre prestamista y prestatario no debe mediar una previa o concomitante relación de sucursalización, toda vez que si tal aconteciese las asignaciones de fondos que puedan articularse entre el establecimiento matriz y su sucursal "residente" en modo alguno pueden incluirse en la categoría jurídico-económica que estamos viendo (tema, por lo demás, sobre el que volveremos ulteriormente), imposibilidad procedente del apartado 2.º de la norma 1.ª de la Circular a la que venimos haciendo constante referencia, pasaje normativo de la calendada disposición que exige, como absoluto condicionante subjetivo de la liberalización programada por la misma, que "la entidad prestataria no sea sucursal española de la entidad prestamista no residente".

(Por otra parte, de los préstamos en divisas que puedan conceder los residentes "reales", titulares en concepto de residentes metafóricos de algún tipo de cuentas en divisas en nuestro país, nos ocuparemos luego.)

Objetivos.—Para que la liberalización a la que venimos aludiendo sea efectiva, resulta imprescindible que el elemento cosificador de la relación debatida parabolice una doble condición cuántica y cualitativa, condicionamiento plural de legítima constitutividad que aparece materializado por

los apartados primero y último de la norma 1.ª de la calendada Circular, según los cuales:

"Las personas físicas y jurídicas residentes en España podrán concertar libremente préstamos financieros en divisas admitidas a cotización en el mercado español, pesetas convertibles en ECUs, siempre que los citados préstamos se ajusten a las siguientes condiciones:

(...)

— Que la equivalencia del préstamo en la fecha de presentación en el Banco de España de la documentación a que se refiere el punto 2.º no sea superior a 1.500 pesetas".

Prescindiendo del concreto dato cuántico, que por su obviedad no requiere ningún esfuerzo interpretativo por nuestra parte, es de reseñar, por lo atinente al aspecto cualitativo del elemento objeto de la relación crediticia cuyo análisis estamos ahora abordando, lo tasado del mismo, al mencionar únicamente como elementos admisiblemente prestables por las vías trazadas por la Circular que estamos parafraseando las divisas cotizables (véase volumen I de esta obra, en donde se contiene su enumeración), las pesetas convertibles o bien, como última posibilidad de cierre en cuanto a la factible —desde coordenadas de licitud— positivación objetiva de la figura, los ECUs, relación de la que se han ocupado D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU en la edición de 1990 de su libro antes dicho, señalando literalmente al efecto en la página 1202 del mismo que: "No están, por tanto, liberalizados los préstamos concertados en una moneda distinta de las cotizadas en el mercado español ni los concertados en otras unidades compuestas (derechos especiales de giro, etc.), ni tampoco los concedidos en pesetas ordinarias".

Funcionales.—Los presupuestos integrables en este conjunto requisital hacen concreta referencia al elemento cronológico al insertar obligatoriamente —por lógicas exigencias institucionales— en el proceso fundacional del préstamo de que se trate, vertiente cronológica que, en un principio y según los correspondientes pronunciamientos normativos proveídos por la Circular a la que venimos haciendo constante alusión, debería acreditar una vida media de vigencia de un año como mínimo, exigencia de requisitalidad constitutivo-temporal que en el día de hoy se ha escorado netamente hacia la rigidez, ya que con el inequívoco propósito de yugular en la medida de lo posible las crecientes tendencias inflacionistas domésticas, la obtención de los créditos objeto de nuestras presentes reflexiones, a fin de hurtarse a la exigencia de la autorización individualizada, deben concertarse con una duración efectiva de tres años, riguroso pedimento de

legítima constitutividad temporal que dimana categóricamente de la norma 1.ª de la Circular antes dicha (la núm. 6 del Banco de España) de 10 de junio de 1988 que aportó nueva redacción al inciso 1.º de la norma 1.ª de la Circular 6/1987, que queda concebido de la siguiente guisa: "Que la vida media del préstamo sea, como mínimo, de tres años, contados a partir de la fecha de la primera disposición o entrega".

Por su parte, el espíritu de tal exigencia fundacional persiste a lo largo de todo el *iter* biológico del préstamo en cuestión, no permitiéndose procesos extintivos que escapen al mismo, resultando ello de la modificación ofertada a la materia por la norma segunda de la citada Circular 6/1988, imponente de una nueva redacción a la 5.ª de la Circular 6/1987, cuya literalización actual, en lo que nos interesa, es la siguiente: "La amortización de los préstamos liberalizados de acuerdo con lo previsto en la norma 1.ª de la presente Circular será libre, siempre que se respete la vida media ponderada de tres años a que se refiere la norma 1.ª".

Esta modificación, que viene a compadecer la *praxis* cancelatoria de los préstamos considerados a su inicial —y pactada— cadencia cronológica (y que sustituye, en suma, el plazo de un año previsto en la norma 5.ª de la Circular 6/1987, por el de tres) es totalmente respetuosa con los derechos adquiridos en este ámbito, hecho evidenciable del texto de la propia norma dicha, que continúa diciendo que: "La amortización de los préstamos liberalizados verificados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Circular será libre transcurrido un año desde la fecha de la primera disposición".

A este bloque de requisitos se añade la exigencia que articula al efecto el Banco de España, compulsión materializada en la práctica de un depósito previo cuya ejecución se impone en este orden de cosas, depósito instaurado —con la finalidad de drenar en lo necesario las posibilidades financieras y de endeudamiento de los residentes y de yugular así, en la medida de lo factible, las corrientes inflacionistas oportunamente desencadenadas— por la Circular 1/1989, de 31 de enero, disposición a través de la cual el Banco emisor, haciendo uso de las facultades normativas que le fueron recientemente ofertadas por la disposición adicional 8.ª de la Ley 26/1988, de 29 de julio de 1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito (antes transcrita) y apoyándose, en última instancia, en la disposición final 1.ª del Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios (constituyente del máximo manantial de reserva de jurisdicencia especializada en este sector), tras justificar la entrada en liza de la obligación a que nos estamos refiriendo en su introducción ("La influencia que sobre la evolución de la liquidez interna están teniendo las entradas de capitales exige la adopción de medidas coyunturales, con el fin de hacer posible el cumplimiento de los

objetivos de la política monetaria") sentó en sus dos primeras normas, únicas que nos interesan, que:

"Norma 1.ª 1. Las entidades con funciones delegadas del Banco de España en materia de control de cambios, a través de las cuales se produzcan disposiciones o utilizaciones de préstamos o créditos financieros exteriores de cualquier naturaleza, así como anticipos sobre exportaciones, denominados en moneda extranjera o en pesetas convertibles, cuya autorización, verificación o contratación se efectúe a partir de la fecha de publicación de la presente Circular vendrán obligadas a constituir en el Banco de España, en la fecha-valor de la liquidación a pesetas de la moneda extranjera o del adeudo en cuenta de pesetas convertibles, por cuenta y en nombre de los prestatarios o acreditados, un depósito sin remuneración por un importe equivalente al 30 por 100 del valor en pesetas en cada disposición o anulación. 2. De lo establecido en la presente norma quedan excluidas las disposiciones o utilizaciones de la financiaciones exteriores de cualquier naturaleza de las que sea titular el Tesoro público español.

Norma 2.ª 1. Los depósitos constituidos en el Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en la norma anterior serán cancelados y devueltos a las entidades delegadas depositantes en la fecha o fechas de amortización de los préstamos o anticipos. En el caso de efectuarse amortizaciones parciales, la cancelación y devolución se realizará en la proporción que represente cada amortización parcial sobre la totalidad de las disposiciones efectuadas con cargo a cada préstamo o anticipo, expresadas tanto las amortizaciones como las disposiciones en la divisa de denominación de cada operación de financiación exterior. 2. En el caso de préstamos, créditos financieros exteriores o anticipos cuyas disposiciones se efectúen en dos o más divisas, las operaciones de cancelación y devolución de los depósitos no remunerados en el Banco de España se realizarán, tal como se indica en el párrafo anterior, considerando separadamente las operaciones efectuadas en cada divisa. 3. En el caso de operaciones de préstamos o créditos financieros exteriores en las que pueda cambiar la divisa de denominación del importe total o de un importe parcial del principal se tendrán en cuenta las siguientes normas: 3.1. Cada cambio de denominación implicará la cancelación del depósito correspondiente al importe dispuesto, cuya denominación cambia, y la simultánea constitución de un nuevo depósito por el importe en pesetas correspondientes al de la disposición en la nueva divisa de denominación. 3.2. La cancelación y devolución del nuevo depósito se efectuará de acuerdo con lo indicado en el apartado primero de esta norma".

Tras la transcripción de las normas contenidas en la parte dispositiva

de la Circular que nos ocupa, tengo que puntualizar que su normatividad también acredita un marcado cariz requisital, alcance que resulta oportunamente distribuido en sus dos anexos, de los que nos interesan especialmente el contenido de las reglas 1.ª y 2.ª del primero de ellos, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Disposición del préstamo o anticipo y constitución del depósito:

Primera.—Las entidades delegadas a través de las cuales tenga lugar la entrada de fondos, no más tarde de la fecha-valor en que practiquen la liquidación a pesetas de la moneda extranjera o de la fecha en que formalicen el adeudo en cuenta extranjera de pesetas convertibles, presentarán, bien en la Oficina de Operaciones del Banco de España, Madrid, Sección de Cuentas Corrientes, bien ante la sucursal del Banco de España donde radique su Departamento extranjero, carta autorizando al Banco de España para adeudar en la cuenta corriente de efectivo, abierta a nombre de la entidad delegada en la central de Madrid o en la sucursal en la que presente la carta, el 30 por 100 de las cantidades dispuestas. A dicha carta (modelo Anexo II de esta Circular) se acompañará orden de transferencia debidamente cumplimentada, debiendo incurrir como datos complementarios los siguientes:

Depósitos obligatorios de prestatarios residentes (Circular 1/1989).
C.I.
N.O.F. del préstamo o
Fecha de concesión del anticipo.

En aquellos casos en los que la orden de adeudo se presente por las entidades delegadas en plaza diferente a la de Madrid, el Banco de España transferirá, sin coste alguno, los fondos al Banco de España, Madrid, donde quedará constituido el depósito. El retraso en la presentación de la carta anteriormente citada dará lugar al cargo de intereses correspondientes.

Cancelación del préstamo o anticipo y devolución del depósito.

Segunda.—La entidad delegada a través de la cual el prestatario desee llevar a cabo la amortización parcial o total del préstamo o anticipo enviará el modelo Anexo III a la Oficina de Operaciones del Banco de España, Sección de Cuentas Corrientes, con una antelación mínima de veinticuatro horas a la fecha-valor del pago.

El documento indicado vendrá acompañado de autorización del prestatario (modelo Anexo IV) a la Oficina de Operaciones del Banco de España y de la correspondiente orden de transferencia.

En aquellos casos en los que el abono del importe a devolver se domi-

ciliase en una cuenta corriente de efectivo abierta en plaza diferente a Madrid, la transferencia de fondos estará exenta de todo costo".

En relación con esta exigencia se plantea el problema de determinar si los Fedatarios y Registradores de la Propiedad pueden sendamente autorizar los pertinentes instrumentos públicos en los que se recoja la negociabilidad *ad hoc* (y su garantía en su caso) e inscribir las hipotecas que eventualmente se hubieren constituido reforzando los préstamos financieros que estamos viendo sin necesidad de que se les acredite la efectividad de los depósitos referenciados, cuestión a resolver positivamente, toda vez que la *praxis* de constricción que impone la calendada Circular únicamente resulta coherentemente entendible en el marco ejecutivo de un préstamo oportunamente autorizado o verificado, dato que se materializa, como vamos a ver de inmediato, en la atribución al negocio financiero de que se trate del correspondiente Número de Operación Financiera (NOF), asumiendo por ello tal obligación el carácter de *ex post facto* a la consumación del proceso fundacional, consideración impeditiva de que la ejecución o no de tal obligación pueda ser controlada en el ámbito de las funciones competenciales desplegadas respectivamente por los profesionales públicos antes dichos.

Continuando con mi decidido propósito de ofrecer una panorámica lo más distendida posible de la temática a desbrozar en este libro, voy a insertar ahora un comentario sobre el depósito que nos ocupa debido a la pluma de J. L. GONZÁLEZ BESADA, publicado en el periódico *ABC* el día 30 de diciembre de 1990, comentario que vaticina la supresión del mismo y cuya concepción literal, que por su soberano interés reproduzco en su integridad, dice así:

"El Banco de España prevé eliminar el depósito previo en los préstamos obtenidos en divisas por las entidades financieras durante el primer semestre de 1991. Este depósito tenía por finalidad impedir que Bancos y Cajas eludiesen las restricciones monetarias impuestas por las autoridades económicas mediante un mayor endeudamiento en el exterior. Esta medida podría ir acompañada de una reducción de los tipos de interés.

El Banco de España tiene la firme intención de eliminar el depósito previo y gratuito del 30 por 100 en los préstamos obtenidos en divisas a lo largo del primer semestre de 1991, aseguraron a *ABC* fuentes del propio Banco emisor.

La eliminación de este depósito se mantiene pese a la decisión adoptada el pasado día 24 de subir del 14,65 al 14,70 por 100 el tipo de interés del dinero que presta a Bancos y Cajas. En este sentido, las mismas fuentes comentaron que dicha subida obedece a una estrategia coyuntural que tiene como objetivo evitar un repunte de la demanda interna cuando el 1

de enero se elimine la restricción al crédito. La eliminación del depósito previo podría ir acompañada, sin embargo, de una bajada de los tipos de interés.

La imposición del depósito previo está amparada por una circular del Banco de España que entró en vigor en febrero de 1989 y que tenía por finalidad impedir que los agentes económicos eludiesen las restricciones monetarias interiores mediante un mayor endeudamiento en el exterior. Su levantamiento, por tanto, deberá realizarse también mediante una circular, por lo que bastará, como en el caso de las restricciones crediticias, una simple carta firmada por el gobernador.

El levantamiento del tope de los créditos no requería ninguna medida administrativa o jurídica particular porque se trataba de una simple recomendación a las entidades financieras por parte del gobernador del Banco de España, Mariano Rubio.

El depósito previo de los préstamos en divisas redujo los créditos solicitados este año por el sector privado en el exterior, hasta situarlos en 131.600 millones de pesetas entre enero y octubre, según datos del Ministerio de Economía. De acuerdo con estas cifras, los créditos exteriores netos ascendieron en los diez primeros meses a 326.000 millones de pesetas, frente a los 271.700 millones de pesetas del mismo período de 1989, lo que supone un aumento de 54.300 millones.

La existencia del depósito previo impidió, según fuentes empresariales, que el sector privado se beneficiase de este aumento ante el encarecimiento que acarrea la inmovilización gratuita del 30 por 100 del crédito.

La existencia del depósito previo ha recibido numerosas críticas tanto por parte del sector financiero como de la CEOE, que en distintas ocasiones ha tildado de medida de 'arancel del dinero'" (*).

Concitándose en los préstamos financieros que estamos estudiando todos los requisitos que acabamos de exponer —y teniendo en cuenta lo dicho acerca del meritado depósito previo—, los mismos quedan pertinentemente liberalizados por el impulso sinfónico de las Circulares que acabamos de circunstanciar, liberalización, empero, no directamente ejecutiva, sino congruentemente atemperada en cuanto a la modulación de su concreta practicidad, a la verificación a la que alude la norma 3.ª de la meritada Circular 6/1987, filtro homologador cuyo trámite inicial se inicia con la presentación en el Banco de España de todo el bloque peticional escriturario relacionado por su indicada norma 3.ª, en su apartado 1.*a)*, según el cual:

(*) Una vez escrito este trabajo se ha adoptado por el Banco de España su Circular 2/1991, de 15 de marzo, supresora del depósito al que hemos hecho mérito.

"1. A efectos de su registro estadístico y asignación del correspondiente Número Operación Financiero (NOF) a que se refiere la norma 4.ª:

— Nombre del prestatario, domicilio, teléfono y código de identificación.
— Nombre y domicilio del prestamista y, en su caso, participación en el capital social del prestatario.
— Clase de moneda e importe del préstamo.
— Comisiones, en su caso.
— Tipos de interés anual y período de pago.
— Si los costos fiscales por intereses y/o comisiones son a cargo del prestamista o del prestatario.
— Garantía, en su caso.
— Calendario de amortización".

Acaecida la presentación del supradicho —y ciertamente prolijo y minucioso— acervo documental (que deberá acontecer, por imperativo del último apartado de la norma 3.ª de la Circular motivante de estos comentarios, con quince días de antelación, al menos, respecto a la fecha de la primera disposición del préstamo), el Banco de España, destinatario del mismo, procederá, dentro de dichos quince días, a controlar debidamente los instrumentos integrantes de tal conjunto documental, verificación legalista que desembocará en una adveración positiva o negativa, dilema operacional de homologación y aquilatamiento de textura tasada, que se traducirá en una congruente actitud administrativa de rechazo a la operación pretendida o, por el contrario, en un contraste funcionarial positivo de la misma, tamizaje cenital oportunamente materializado —desde el punto de vista burocrático— en la asignación del correspondiente Número de Operación Financiera (NOF), permitente de la plena virtualidad operativa del préstamo previa y debidamente verificado.

Decíamos con anterioridad que el componente decisional a ejercer por el Banco de España en este ámbito es de perfiles tasados, en cuanto irrefragablemente sustraído a cualquier connotación de discrecionalidad, siendo todo ello forzado corolario del régimen de liberalización que la Circular que estamos observando impone, *praxis* operativa que únicamente consiente al Banco de España —emplazado en la encrucijada de decisionabilidad al respecto— una pura labor de filtro o control automático convenientemente proyectado sobre la regularidad global de la operación financiera a articular.

De todos modos, tal verificación deviene esencial para la correcta funcionalidad de la supradicha operación, ya que sin ella faltaría el soporte consistente en la asignación del correspondiente NOF, número identifica-

tivo al que alude directamente la norma 4.ª de la Circular que estamos viendo, al decir que:

"1. El Banco de España comunicará al prestatario el Número de Operación Financiera (NOF) asignado a cada préstamo para su comunicación por el prestatario a la entidad delegada a través de la cual vayan a efectuarse los movimientos de fondos".

Por otra parte, y ya en referencia plural a los préstamos que estamos escudriñando, y a los no liberalizados, el apartado siguiente de la supradicha Norma Cuarta se encarga de testimoniar que:

"2. El período de validez para la utilización del NOF asignado a cada operación será de tres meses a partir del día de la fecha de tal asignación en el caso de los préstamos liberalizados; en el caso de los préstamos sometidos a previa autorización, este plazo de validez se fijará en función de las características de cada operación en el momento de su comunicación a los interesados.

En ambos casos no podrá disponerse de los préstamos transcurridos los períodos de validez asignados para la utilización de los NOF respectivos".

Siguiendo por esta línea expositiva, hemos de poner de relieve que el componente discrecional de la Administración al efecto es mínimo, pero que, de todos modos, la imprescindible asignación del aludido NOF —atribución de importancia considerable tal como resulta de lo supradicho— viene a operar, en gran medida, como una autorización equivalente, de la cual va a depender, en realidad, la efectividad de la liberación programada por la Circular que estamos viendo, tema del que se han ocupado con su habitual buen criterio D. ALVÁREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, autores que en la edición de 1990 de su supraindicada obra, página 1204, ponen de manifiesto la fundamentalidad del trámite conferitivo dicho, característica que los precitados autores se encargan de resaltar apuntando literalmente que:

"La obtención de este NOF es, sin embargo, esencial, pues la circular (norma 4.ª) exige que el interesado lo comunique a la entidad delegada a través de la cual vayan a efectuarse los movimientos de fondos (normalmente mediante la presentación del escrito del Banco de España en que lo asigne). De forma que si el Banco de España no asignara el NOF a una operación, aun cuando ello no fuera legalmente equivalente a una denegación del préstamo, en realidad surtiría los mismos efectos prácticos", resultado práctico, entiendo, a mi vez, cuya idoneidad burocrática podrá residenciarse —en el supuesto de que el postulante frustrado lo considera conveniente— ante las pertinentes instancias de la recurribilidad antes las que sea legítimo postular al efecto, y ello tanto en el plano administrativo como en el netamente judicial.

Por otra parte, y ya en concreta referencia al plazo de disponibilidad del préstamo en cuestión, se plantea el tema de determinar qué es lo que ocurre cuando el mismo aparece sometido a la eventualidad de una cadencia consuntiva fraccionada en diversas utilizaciones periódicas, hipótesis en la que surge el problema de si el conjunto de ellas ha de tener lugar dentro del referido plazo o si esto debe acontecer sólo respecto la primera, cuestión ciertamente polémica que ha preocupado, asimismo, a los supradichos autores, quienes en la página 1205 de su pluricitada obra —edición 1990— se decantan por la primera de las alternativas operatorias posibles, o sea, aquella que impone la practicidad íntegra de todas las posibles disponibilidades previstas dentro del calendado plazo de tres meses, siendo simple consecuencia de ello, tal como se encargan igualmente de subrayar los precitados autores, en el que aquellas utilizaciones parciales que se hallaren pendientes al vencimiento del meritado plazo no puedan llevarse a efecto sin nueva comunicación al Banco de España, criterio, no obstante, mitigado cuando las sucesivas —e hipotéticas— disposiciones parciales se hubieren circunstanciado en los trámites peticionales tendentes a la obtención del referido NOF, supuesto en el que la concesión de éste puede considerarse como auspiciadora de una habilitación concreta de todo el ulterior *agere licere* relativo a la modulación consuntiva convenida.

Siguiendo en esta misma línea expositiva, voy a referirme ahora a una cuestión cuyo debate podríamos retrasar hasta el momento en que en esta obra se efectúe la exégesis del antes transcrito artículo 17.1, análisis que acontecerá en uno de los tomos a venir. De todos modos, y a fin de ofertar el máximo de coherencia al estudio de esta problemática, voy a aludir en este momento a cuál sea el alcance del control de legalidad a desplegar por los Notarios y Registradores en el ámbito de sus sendas competencialidades proyectadas sobre esta penumbrosa materia, y al respecto tengo que puntualizar que la práctica del mismo en lo que incumbe a los Notarios resulta simple en extremo, debiendo contraerse a la comprobación de si tal supuesto cuenta con el respectivo NOF (y en caso afirmativo a la adecuación del mismo al supuesto planteado), accediendo a su correspondiente débito profesional si así acaeciese y denegándolo en caso contrario.

Se suscita particularmente al respecto el problema de si los indicados profesionales deben entrar a depurar, antes de la prestación de sus respectivos débitos competenciales, si la operación crediticia de que se trate acredita una asignación de NOF vigente o caducada, caducidad que proviene del hecho de que, tal como hemos indicado, no se haya dispuesto del capital prestado dentro de los tres meses contados desde el día de tal asignación (tratándose de los créditos liberalizados objeto de análisis) y cuya concurrencia determina la frustración de la operación en cuestión,

todo ello en obsequio al concreto *dictum* (antes transcrito) de la norma 4.ª, apartado 2, de la Circular del Banco de España 6/1987.

Salvo mejor criterio, entiendo que la disponibilidad de los fondos que constituyen el objeto de los préstamos que estamos viendo (que se materializa en una entrada efectiva de las divisas convenidas y en consecuente conversión en pesetas a través de su cesión al mercado español de la misma, entrada que determina la práctica de una "comunicación de cobro —modelo R— aplicada al código estadístico 16.20.01, de conformidad con lo estipulado por la Carta-Circular del Banco de España de 20 de marzo de 1986) no constituye, en principio, un dato a adverar por parte del fedatario interviniente, a quien no tiene por qué constarle, en el momento de autorizar la escritura de que se trate, si tal disposición ha tenido o no lugar, todo ello sin perjuicio de que pueda demandar a los comparecientes una concreta manifestación acerca de la vigencia del indicado NOF y de que deba rehusar su ministerio si por cualquier motivo fehaciente tuviese acabado conocimiento de la ilicitud de la operación (*).

Cuando se trate de préstamos financieros hipotecarios, los Registradores de la Propiedad, al inscribir la escritura de hipoteca (figura que para el Control de Cambios se halla íntegramente liberalizada si lo está el crédito garantizado) únicamente deben cerciorarse de que la operación financiera subyacente acredita el correspondiente NOF (que deberá reflejarse en la escritura en cuestión) sin hallarse legitimados para demandar su aportación ni la constancia en la escritura de la fecha de su concesión. De todos modos, si de la misma resultare claramente la ilicitud de la operación por haber caducado los efectos operativos de la indicada asignación, deberán denegar la práctica de la inscripción de la hipoteca pretendida (por ejemplo, cuando en la escritura calificada no sólo quedare reflejado el aludido NOF, sino también la fecha de su atribución y la extemporaneidad de la disposición de fondos a la que hemos hecho referencia).

Lo que se deduce de las líneas basilares del sistema que acabamos de describir —que tiene en la tenencia del referenciado NOF su clave de bóveda— es que la Administración española, si bien irresistiblemente inserta, por exigencias endógenas y exógenas, en una dinámica liberalizadora que, a la postre, devendrá irresistible, desea tener un conocimiento puntual y exacto de las operaciones financieras que puedan instrumentarse bajo la égida normativa aludida, articulación que, por otra parte, debe

(*) Todo lo dicho precedentemente resulta asimismo aplicable, con las salvedades de rigor, a aquellos supuestos en que los préstamos internacionales considerados se instrumenten haciendo uso de la regla *locus regit actum* (es decir, con atenimiento a las formalidades extranjeras de rigor) o con intervención de los Cónsules o Corredores Colegiados de Comercio).

efectuarse, si no "pura y simplemente", sí, por lo menos, dentro de un plazo razonable —el de tres meses, contados desde el día de la atribución del correspondiente NOF—, período temporal que dada su evidente perentoriedad excluye la virtualidad de maniobras financieras turbias, torticeras o encubiertas en las que pudiere predominar el objetivo de acreditar la disponibilidad de fondos de maniobra procedentes del exterior para su consecuente utilización en el momento oportuno, eventualidad que podría presuponer, por su propia e intransferible mismidad, un eventual perjuicio para los intereses financieros españoles, considerados en su más lata globalidad.

1.b) Préstamos financieros no liberalizados

Todas aquellas operaciones financieras que, participando de la naturaleza intrínseca de los créditos que estamos ahora estudiando, no acrediten en su integridad las condiciones que se requieren por la preceptiva supradicha para su legítima articulación liberalizada (y que acabamos de reseñar), deben someterse inexcusablemente al dogal burocrático de la plurimencionada autorización previa, credencial administrativa habilitante de su ulterior conformación, requerida desde perspectivas normativas generales —y de máximo nivel— por el artículo 3.1.8 del Real Decreto 2402, y desde ángulos ordinamentales especializados, por una interpretación literal, sistemática y coherente, *a contrario,* del bloque de Circulares al que venimos haciendo constante alusión en estas páginas, siendo, a estos efectos, sumamente trascendente y revelador el criterio preceptual que emerge de las normas 2 y 3.1.*b)*, de la número 6/1987, de 13 de marzo, del Banco de España, preceptos que vienen a adjetivar el procedimiento encaminado a la obtención de la autorización a la que hemos hecho alusión *ut supra,* discernible en su caso por el Banco de España (Decreto 1791/1973, de 26 de julio) diciendo al respecto la primera de las disposiciones citadas que:

"La autorización administrativa requerida para los préstamos exteriores que no queden liberalizados de acuerdo con lo dispuesto en la norma 1.ª se considerará automáticamente otorgada si en el plazo de quince días hábiles, a contar desde la fecha de entrada de la solicitud correspondiente en el Registro del Banco de España, éste no ha emitido notificación denegatoria o no se ha dirigido al solicitante en reclamación de datos adicionales, en cuyo caso el plazo de quince días hábiles se empezará de nuevo a contar a partir de la fecha de entrada en el Registro del Banco de España de los datos de nueva solicitud o de la solicitud modificada".

De esta norma, cuya importancia en los niveles especulativos que estamos dilucidando no es necesario resaltar, se desprende quién titulariza

la capacidad decisoria al efecto, aptitud competencial atribuida en exclusiva al Banco de España, organismo de marcado protagonismo en el sector financiero doméstico, que comparte con la DGTE todo el conjunto de decisionabilidad ejercible en el área crematística del sector exterior, ejercicio compartido que procede de la liquidación del extinto IEME y consecuente desglose y distribución de sus habilidades entre las dos instancias administrativas dichas —ver Decreto 1791/1973, especialmente su artículo 1), apartados *i)* al *s)*—.

Efectuada tal delimitación competencial por la norma (de la Circular) supradicha, que en realidad se limita a corroborar en su integridad criterios nomotésicos ya perfectamente consolidados en estas áreas, la misma se encarga de puntualizar cuáles pueden ser los concretos comportamientos decisorios del Banco de España, una vez recibida por éste la consiguiente documentación iniciadora del expediente de autorización de que se trate, actitudes burocráticas resolutorias alternativamente materializadas, o en el discernimiento expreso de la oportuna autorización (y del NOF consiguiente), o en el pertinente rechazo motivado de la misma, o bien en la solicitud de documentos adicionales cuando el acervo instrumental aportado como justificador de la idoneidad de la petición obsecrada no se halle completo, o bien, en última instancia, en el mantenimiento de una absoluta posición silente sobre la viabilidad o no de la aludida pretensión deducida por el peticionario, hipótesis en la que entra en juego la progresiva figura del silencio administrativo positivo en virtud del cual tal pretensión se entiende tácitamente autorizada siempre que hayan transcurridos —en la meritada actitud silenciosa— quince días hábiles, contados desde la fecha de la entrada de la solicitud correspondiente en el Registro del Banco de España.

Continuando con el presente delineamiento expositivo de esta temática, hemos de poner de relieve que la indiscutiblemente contundencia semántica que utiliza el autor de la norma 2.ª que estamos analizando (la autorización se considera "automáticamente otorgada" transcurrido silentemente el indicado plazo) no ha recibido la pertinente respuesta ejecutiva, permitiente de una vertebración ágil del préstamo autorizado en virtud de tal técnica funcionarial, sino todo lo contrario, al subordinarse la efectiva practicidad de tal tácita autorización a la asignación correlativa del indicado NOF, conferimiento que en esta hipótesis, incluso más que en la anteriormente vista, puede considerarse como una auténtica autorización equivalente y paralela a la expresa no concedida (y teoréticamente obviada por la técnica a la que venimos refiriéndonos).

Ciertamente, y ello es destacado muy bien por los supracitados autores, tal *praxis* es engendradora de multitud de problemas dado su inevitable escoramiento hacia la indefinición e incertidumbre, problemas conectados

con la plausible incidencia de los intervinientes en la tesitura peticional en cuestión en posibles errores y responsabilidades (interpretar falazmente eventuales —y simples— retrasos como indicativos de autorizaciones por silencio, manifestaciones torticeras de los interesados acerca de este punto, etc.); pero con la exigencia de la atribución del supradicho NOF el proceso obsecratorio alcanza una morosidad ejecutiva absolutamente incompatible con la pregonada versatilidad y fluidez que se pretendía conseguir en esta materia, morosidad materializada en la posible incuria del Banco de España —en su consideración de protagonista indiscutible (y exclusivo) en estas áreas— respecto al otorgamiento del correspondiente NOF, actitud que obligaría —pese a considerarse automáticamente concedida la autorización por el consiguiente silencio administrativo positivo que instaura la Circular que estamos considerando— a instar la atribución del calendado NOF por la vía de la pertinente recurribilidad administrativa (y, en su caso, judicial), frustándose así, en la práctica, el objetivo agilizador antes evidenciado.

Una vez vista la regla competencial básica en este sector y las posibles actitudes burocráticas que respecto al tratamiento de la pretensión deducida al efecto puede adoptar el supradicho Banco de España, es hora de reseñar el contenido del escrito iniciador del expediente al que venimos haciendo alusión, texto de abarrotada riqueza requisital al que alude pertinentemente el apartado *b)* de la norma 3.ª de la Resolución motivante de estos comentarios (la 6/1987, de 13 de marzo, del Banco de España), al decir literalmente que:

"*b)* Cuando se trate de préstamos exteriores que queden sometidos a previa autorización, los interesados deberán presentar en el Banco de España escrito en el que, además de los datos reseñados en el punto anterior (que quedó transcrito con anterioridad), se indiquen los datos complementarios siguientes:

— Porcentaje de participación extranjera en el capital social.
— Oferta del prestamista.
— Ultimo balance de situación del prestatario firmado por persona con bastante poder.
— Fotocopia de la "Tarjeta de persona jurídica y entidades en general" o del "Documento Nacional de Identidad" si se trata de persona física.

Tras este conjunto de vertencias sobre la materia que ha constituido nuestro objetivo prioritario de exposición, sólo me queda puntualizar que también en la hipótesis crediticia que estamos considerando en este preciso *tempus* expositivo se requiere la práctica de los depósitos a los que alude

la Circular 1/1989, de 31 de enero, del Banco de España, exigencia que resulta de aplicación a todo tipo de préstamos o créditos financieros exteriores, sea cual fuere su concreta naturaleza y componente dinerario, siempre que el mismo pertenezca alternativamente a la categoría de divisas o pesetas convertibles o ECUS, tal como resulta de la norma 1.ª, anteriormente transcrita de la supradicha Circular.

Concluyo con el devanado de este tenue hilo argumental sobre los préstamos objeto de estas reflexiones poniendo de relieve el significado preceptual del apartado segundo de la norma 5.ª, pasaje ordinamental en el que puede leerse que:

"La amortización de los préstamos sometidos a previa autorización deberá efectuarse precisamente en los plazos y condiciones que se hayan hecho constar por los interesados en las solicitudes autorizadas; cualquier modificación en unos y otros deberá ser objeto, a su vez, de autorización, siguiendo el procedimiento previsto en la norma 2.ª".

Este precepto, que cubre eventuales acuerdos novatorios afectantes al prestamista primigeniamente autorizado, acredita idéntico objetivo que el contenido en el primer apartado de la misma norma 5.ª (y que con anterioridad transcribimos) en virtud de la remisión que contiene, dando entrada en este ámbito operativo a la *praxis* del silencio administrativo positivo a la que antes hicimos alusión, siendo asimismo traíbles ahora a colación todas y cada una de las reflexiones que sobre tal técnica vertimos en las páginas precedentes, especialmente las referentes a la atribución del NOF (que en el supuesto de alteración sustancial de las circunstancias inicialmente convenidas del préstamo de que se trate parece lógico que experimente la correspondiente modificación); NOF, por otro lado, cuya tenencia por parte de los intervinientes en la operación en cuestión deberá ser controlada por los Notarios y Registradores de la Propiedad en los términos antes vistos en relación con los préstamos liberalizados, si bien, y respecto a los que ahora nos ocupan, ha de tenerse en cuenta que su plazo de vigencia no se computa de la forma antes indicada ni acredita la dimensión cronológica propia de los primeros (tres meses contados desde el día de su asignación, plazo en el que deberá acaecer la disponibilidad del crédito de que se trate), sino que su concreta beligerancia (durante el cual deberá tener lugar la supradicha disponibilidad) deberá ser fijada, caso por caso, por el Banco de España, fijación que quedará plasmada en el oficio remisivo del indicado NOF a las partes interesadas.

ab) En pesetas convertibles

De tales componentes económicos, integrantes del dispositivo solutorio foraneizado previsto en el entorno de aplicación del artículo 2.1.1.*b)* del

RIE nos hemos ocupado con la suficiente extensión en el volumen I del tomo I de esta obra (en especial en su capítulo XI). Siendo ello así, nos remitimos a lo allí explicado respecto a la conceptualidad y metodología operatoria de tales fondos, todo ello sin perjuicio de que posteriormente, y al circunstanciar determinadas especialidades enlazadas con la temática que estamos actualmente desentrañando, retomemos, como adecuado —aunque breve— recordatorio algunas de las reflexiones que allí vertimos, especialmente aquellas conectadas con la posibilidad de que residentes "reales" en nuestro país mantengan la titularidad, en concepto de no residentes metafóricos, de las cuentas bancarias objetivadas en las mencionadas pesetas convertibles que estamos viendo, cuestión que acaecerá ulteriormente, bastándonos decir ahora, previa la remisión antes aludida, que los préstamos financieros efectuados por no residentes a residentes en las meritadas pesetas discurren por los cauces de procesalidad anteriormente vistos cuando aludimos a tales préstamos en su eventual cifraje en divisas o ECUs, siendo de reseñar el efecto que la habilidad competencial para conceder o denegar las credenciales que permitan la legítima articulación de los mismos (o sea, de los préstamos financieros en pesetas convertibles que estamos considerando), si bien no aparece expresamente formulada por el antes citado Decreto 1791/1973, de 26 de julio, ni por el también mencionado Real Decreto 222/1987, de 20 de febrero (conjuntos ordinamentales que se encargan desde sus delimitadas estrategias normativas de efectuar la pertinente distribución competencial en el ámbito de los préstamos y créditos conectados con el sector exterior), en la práctica siempre ha sido la misma titularizada por el Banco de España, tema del que se ocupan D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, en la edición de su plurialudida obra de 1990, autores que en la nota a pie de página 1200 de la misma señalan literalmente sobre el particular que:

"Al desaparecer el IEME en 1973, sus competencias para 'autorizar la obtención de créditos en divisas' quedaron atribuidos, en cuanto a los de carácter financiero, al Banco de España (Decreto 1791/1973, de 26 de julio). Aun cuando ello parece excluir los cifrados en pesetas (que el propio Decreto asignaría al entonces existente Ministerio de Comercio y, dentro de él, a la Dirección General de Transacciones Exteriores), parece razonable interpretar que la distribución de competencia pretendió en realidad asignar la relativa a los préstamos financieros al Banco de España y la relativa a los créditos comerciales a la DGTE. En base a este criterio, los préstamos financieros del exterior, tanto en divisas como en pesetas convertibles, han estado tradicionalmente regulados por el Banco de España, que ha ejercido las competencias en la materia".

aa') Referencia expresa a los préstamos y créditos hipotecarios (en divisas, pesetas convertibles o ECUs) otorgados por no residentes en favor de residentes para la adquisición de inmuebles sitos en el extranjero

El encaje de esta modalidad crediticia dentro de la categoría genérica de los préstamos y créditos financieros no deja de presentar serias fisuras de concepto. De todos modos, vamos a incluirla dentro de la misma en atención a que su cifraje se efectúa en divisas (o en los indicados componentes financieros asimilados a estos efectos a las mismas).

Por lo que concierne a las cuadernas esenciales de su constitutividad liberalizada, las mismas aparecen recogidas por el texto del artículo 21 de la Orden de 19 de diciembre de 1988 (disposición encaminada a aportar el pertinente respaldo ejecutivo al Real Decreto 2374/1986, de 7 de noviembre, sobre inversiones españolas en el exterior), precepto que postula literalmente que "se autoriza con carácter general la obtención por residentes de créditos hipotecarios otorgados por no residentes destinados a la adquisición de inmuebles en el extranjero. A tal efecto, el interesado hará constar las características del eventual crédito hipotecario en el modelo TE-19 de verificación de la inversión en inmuebles. La entidad delegada domiciliataria podrá proceder a los pagos periódicos que se deriven del crédito aplicando la comunicación de pago al número del correspondiente TE-19".

Del artículo transcrito resulta, por lo que se refiere a los componentes subjetivos de la figura, que los mismos son un no residente, en cuanto concedente del crédito (persona física que puede ser el propio vendedor) o persona jurídica (bancaria o no) y un residente (persona física o jurídica, siempre que se concite en su persona la calidad de comprador del inmueble en cuestión). Desde el punto de vista objetivo, la nominación del crédito o préstamo en divisas, pesetas convertibles o ECUs resulta evidente. Desde el punto de vista teleológico se requiere que la cantidad prestada se destine precisa —y forzosamente— a la adquisición de un inmueble ubicado en el extranjero, es decir, a la congruente financiación de la correspondiente inversión extranjera materializada por un residente en España en otro país.

Sobre este trípode requisital se asienta la liberalización programada, que exige, a fin de que su articulación devenga legítima, que la adquisición inmobiliaria que nos ocupa resulte verificada positivamente por la DGTE, con lo que la consecución de esta credencial se constituye en un *prius* de la calendada instrumentación, razón por la que en el modelo TE-19 de verificación positiva deben constatarse las características sustanciales de la operación financiera que se pretende, siendo de notar que el meritado

trámite opera sobre la adquisición del inmueble en sí y no sobre el préstamo o crédito que nos ocupa destinado a su pago, aunque en puridad y al circunstanciarse en el indicado modelo TE-19 sus rasgos fisonómicos básicos (personales y de positivación dineraria) y funcionales puede pensarse racionalmente que la supradicha verificación alcanza al referido crédito.

Siguiendo en este orden cognicional, tengo que poner de relieve que la modalidad crediticia que estamos viendo ha sido especialmente considerada, desde el punto de vista estrictamente operatorio, por la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990, por la que se dan normas para la comunicación de los créditos hipotecarios destinados a la adquisición de inmuebles, conjunto ordinamental que se ocupa especificamente del diseño del tal operatoria en su artículo 2, según el cual:

"1. Los créditos hipotecarios concedidos por Entidades de financiación no residentes a personas residentes destinados a la adquisición de bienes inmuebles sitos en el extranjero, autorizados con carácter general por la Orden de 19 de diciembre de 1988, sobre inversiones españolas en el exterior, darán lugar a las siguientes anotaciones que habrán de quedar formuladas no más tarde del pago de la primera cuota de intereses y/o amortización:

Comunicación de cobro modelo R(2) aplicada al código estadístico 17.01.01 compensada con

Comunicación del pago modelo A(4) aplicada al código estadístico 14.50.01 ó 14.51.01, según proceda,

efectuadas de acuerdo con la Orden de 19 de diciembre de 1988.

2. Las amortizaciones e intereses darán lugar a comunicaciones de pago modelo A(4), aplicadas a los códigos 17.01.02 y 17.01.03.

3. En todas estas comunicaciones aparecerá como titular el residente comprador del inmueble.

La entidad delegada pagadora de la citada primera cuota deberá realizar las comunicaciones a que se refiere el párrafo 1 anterior, salvo que éstas se hubieran realizado inicialmente en el momento de la disposición del crédito, a cuyo efecto dicha entidad delegada requerirá del inversor la acreditación documental correspondiente a tal extremo".

Concluyo esta breve reseña sobre el particular poniendo de manifiesto que la modalidad crediticia que estamos considerando no requiere, a diferencia de lo que sucede con otros supuestos, el otorgamiento funcionarial del consabido NOF, con lo que podrá procederse sin más al otorgamiento de la escritura notarial pertinente, previo, por supuesto, el control de legalidad positivo a practicar por el fedatario llamado a intervenir competencialmente, control que deberá contraerse a la comprobación de que en el supuesto planteado se dan cita los presupuestos subjetivos y objetivos

de legítima constitutividad a las que nos hemos referido con anterioridad, bastando, por lo tocante al teleológico, con la aseveración al respecto de los otorgantes (aseveración cuya postrera practicidad es de imposible adveración por parte del fedatario en cuestión bastando que los mismos presenten la verificación positiva antes dicha), debiendo procederse, una vez autorizada la escritura, a su inscripción en el Registro de la Propiedad, previa calificación positiva de la misma, siempre partiendo de la base de que el inmueble hipotecado se halle sito en España.

ac) En pesetas ordinarias

De estos activos crematísticos, herederos directos de las anteriores pesetas interiores, nos hemos ocupado con suficiente amplitud en el antes citado capítulo XI, volumen I del tomo I de esta obra, lugar a donde nos remitimos presentemente, limitándonos ahora a poner de relieve que suscita cierta polémica la cuestión de si los mismos pueden ser utilizados como integrantes de préstamos financieros concedidos por no residentes (los titulares de las cuentas que contengan tales fondos) a residentes, problema que justamente desazona a D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, autores que en la edición de 1990, de su antes dicho libro, en la nota 13, a pie de la página 1202, tras resaltar el absoluto carácter de "préstamo exterior" de tal hipotética modalidad (y financiero, agregaría yo), llegan a la conclusión —que comparto en su plenitud— de que los mismos, por no encajar en los términos literales de permisión oportunamente utilizados por la Circular 6/1987 (que únicamente alude —como sabemos— a los préstamos en divisas, pesetas convertibles y ECUs) sólo resultan lícitamente articulables mediando una previa y expresa autorización administrativa, autorización demandable en virtud del imperioso pedimento de contornos muy generales contenido en el antes dicho artículo 3.1.8 del Real Decreto 2402/1980, posición científica plenamente coherente, por demás, con la concreta normación que de la disponibilidad genéricamente autorizada de los fondos que nos ocupan hacen los conjuntos ordinamentales que se encargan de su disciplina, bloques de preceptualidad —Resolución de la DGTE de 20 de diciembre de 1985, Circular 33/1986, de 18 de marzo— que establecen en concreto *dictums* las posibilidades financieras liberalizadas de los supradichos fondos (realización de gastos de estancia en España por parte de su titular, traspaso a otras cuentas similares y pago de inversiones extranjeras), relación taxativa en la que no se incluye ciertamente la alternativa sometida a discusión, la cual, en su caso, tendría que acogerse a lo conjuntamente previsto por el artículo 4.4 de la Resolución dicha *ut supra* ("cualquier otro destino de los saldos de

estas cuentas distinto de los mencionados en los párrafos anteriores —y que hemos apuntado antes— requerirá autorización de la Dirección General de Transacciones Exteriores") y la instrucción 2.ª, *in fine,* de la Circular también aludida *ut supra,* disposición que reproduce prácticamente, *pari pasu,* el texto que acabamos de transcribir y que conduce —en su adecuada y lógica sinergia con el mismo— a la plena corroboración de la tesis doctrinal antes expuesta, a la que —repito— me adhiero sin reservas, conclusión determinante de que la eventual instrumentación pública de la modalidad debatida sólo resulta factible previa comprobación por parte del fedatario interviniente (y del Registrador de la Propiedad, si el supuesto dispone de cobertura hipotecaria), de que los interesados han obtenido previamente la oportuna autorización administrativa y de que el préstamo o crédito en cuestión encaja en el marco de operatividad habilitado por la misma, autorización cuya discernabilidad parece competir a la DGTE, aunque en honor a la verdad la posible intervención al efecto del Banco de España no sería descartable.

Tras este rosario de reflexiones sobre la modalidad crediticia cuyos perfiles operativos más sustanciales acabo de explayar, voy a referirme ahora, aprovechando la presente coyuntura analítica, a un punto que acredita especial conflictividad y que resulta directamente entroncado con la problemática que concita el eventual manejo de las pesetas ordinarias procedentes de cuentas extranjeras, aspecto que es el relativo a las condiciones en que debe desenvolverse su posible uso solutorio en España, tema que si bien fue inicialmente debatido en el volumen I del tomo I de esta obra (concretamente en su capítulo XI —y que lo será ulteriormente cuando abordemos la exégesis del art. 18 del RIE—) merece ser tratado presentemente también dado que las dudas motivadas por lo complejo —y en ocasiones elíptico— de su enrevesada normativa atosigan y perturban de forma harto considerable a los operadores jurídicos que por razones profesionales deben tenerlas en cuenta.

Como primera providencia, tengo que poner de manifiesto que las pesetas ordinarias procedentes de cuentas extranjeras constituyen simples unidades de cuenta (y, a lo sumo, dinero escriturario o bancario), pero no auténticos medios solutorios con poder liberatorio, valor facial y acuñación singularizada, características que arropan exclusivamente a las pesetas comunes que son las únicas —jurídica y fácticamente— existentes. En segundo término, es importante constatar cómo el ordenamiento básico sobre el Control de Cambios partió en su aproximaión ordinamental a la eventual utilización en el sector exterior de cualquier medio de pago, sea cual fuere el concreto signo económico de su cifraje, de un neto sentido restrictivo y de un acusado protagonismo (en cuanto a la instrumentación de su respectiva operatoria crediticia o solvencial) de las llamadas Entida-

des delegadas, resultando tales claves, por lo tocante a la primera de las aducidas, del inequívoco lenguaje legal utilizado por el artículo 2 de las LRJCC, antes transcrito y aludiendo a la segunda de las premisas anunciadas el artículo 5 (también literalizado con anterioridad).

Tales preceptos, que constituyen los soportes básicos del sistema de intervención al que se atiene nuestra normativa sobre el particular, fueron desarrollados, en una primera y global aproximación reglamentaria, por diversos artículos del Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, asumiendo especial relevancia normativa al efecto del 6 de tal conjunto normativo (también transcrito previamente).

En virtud de este precepto, todo el efectivo manejo solutorio de medios de pago (de la índole que éstos sean, incluyéndose entre los mismos —obviamente— los cifrados en pesetas ordinarias procedentes de cuentas extranjeras) queda írrigidamente encorsetado por la necesidad de que en su concreta practicidad intervengan las entidades delegadas a las que alude el precepto en cuestión; entidades que, del propio modo, deberán ser lideradas, a tales efectos, por lo establecido en la normativa sobre control de cambios.

A su vez, cuando el susodicho potencial uso solutorio se pretenda efectivizar con instrumentos financieros de procedencia exterior, resulta imprescindible no olvidar que su eventual introducción en España tendrá que atemperarse a las pautas operativas de restricción debidamente preordenadas por el artículo 3 del pluricitado Real Decreto 2402/1980, cuyo párrafo 1.2.ª somete a autorización previa "la importación de moneda metálico española, billetes del Banco de España o cualquier otro medio de pago o instrumento de giro o crédito cifrado en pesetas", cifraje que puede cuantificarse en las aludidas pesetas ordinarias cuando de dinero escriturario se trate (talones, cheques, pagarés, letras de cambio, etc.).

Siguiendo con este orden de cosas, y en méritos a todos los apuntes normativos que acabamos de colacionar, resultan indiscutibles las siguientes consecuencias:

a) Las pesetas ordinarias que estamos viendo carecen de sustantividad en su hipotética toma en consideración como dinero propiamente dicho.

b) Su caracterización jurídica debe provenir de su consideración como unidad de cuenta eventualmente incorporable a medios de pagos materializados en dinero bancario o escriturario.

c) En tal concepto —y no como pesetas faciales, teniendo en cuenta lo supradicho— su introducción en España (sea cual fuere la calidad residencial de su potencial porteador) se halla sometida a la autorización

previa programada por el indicado artículo 3.1.2.º del Real Decreto 2402/1980.

d) Obtenida ésta, los medios de pago legítimamente introducidos serán utilizables únicamente de la forma prevista en la preceptiva sobre control de cambios, *praxis* en la que acreditan un papel destacado las supradichas entidades delegadas y cuya efectividad requiere a tenor de lo estipulado por tal preceptiva, *ex* artículo 6 del Real Decreto antes aducido, la imprescindible consecución de la pertinente autorización administrativa previa.

Tales son —a bote pronto y en apretada síntesis— los vectores fundamentales que sirven de apoyatura a los trámites de introducción y potencial uso solutorio de todos los medios de pago operativos en nuestro ordenamiento, premisas ordinamentales que deben contrastarse con otras ulteriores que puedan, en su caso, matizar los apremios generales dichos.

Así, y por lo tocante a la supradicha introducción en España de los meritados medios de pago, es de tener en cuenta la existencia de una norma liberalizadora posterior que se ocupó en mitigar el rigor proveniente del antes indicado artículo 3.1.2.ª del Real Decreto 2402/1980, disposición que se constituye en albacea de otras previas dictadas sobre la misma materia y que es la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 13 de marzo de 1987 sobre gastos de viaje y estancia en el extranjero y movimientos de divisas y pesetas por frontera, texto que se ocupó en su capítulo II de la temática relativa a la calendada introducción de "billetes y moneda de curso legal en España o en el extranjero, así como de cualquier otro medio de pago o instrumento de giro o crédito en pesetas convertibles o no en divisas", alternativa financiera que —y es justo reseñarlo— no se refiere explícitamente a las pesetas ordinarias que estamos considerando, categoría que sólo en obsequio a una interpretación extensiva de tal precepto podría agazaparse en el último inciso del *dictum* transcrito, alojándola en concreto dentro de la dicción denotativa "pesetas convertibles", interpretación arriesgada, desde luego, pero que encuentra un importante apoyo en el hecho de que el propio artículo 6, en su párrafo 3, aluda genéricamente —en cuanto destinatarios de su congruente impulso normativo— a "medios de pago en pesetas", sin hacer esta vez expresa referencia a que los mismos se contraigan exclusivamente a las convertibles.

Dando como buena esta interpretación, la introducción en nuestro país de tales medios de pago queda ampliamente liberalizada, sustrayéndose tal avatar trayecticio de su sometimiento a las horcas caudinas levantadas por el antes indicada artículo 3.1.2.ª del Real Decreto 2402/1980, liberalizada que, en realidad, es la única que resulta de la supradicha

Orden, toda vez que la misma no se preocupa en absoluto de la eventual suerte que corran los medios de pago legítimamente ingresados (salvo si el destino de éstos toma cuerpo en una ulterior eventual salida de nuestro país, cuestión que ahora no nos interesa), aspecto que queda enteramente sometido a las directrices generales proveidas por el pluricitado Real Decreto 2402/1980, cuyo artículo 6 antes transcrito impone la obtención de una previa autorización para que tal manejo acontezca con regularidad, exigencia que resulta mitigada, por lo tocante a los gastos de estancia, tal como se desprende del artículo 7, antes transcrito del supraindicado conjunto normativo, criterio recogido a su vez para las cuentas extranjeras de pesetas ordinarias por el artículo 5 del Real Decreto 1723/1985, de 28 de agosto, según el cual: "1. Las cuentas extranjeras de pesetas ordinarias no podrán presentar en ningún momento saldo deudor. 2. Salvo autorización administrativa de carácter general o específica, los saldos de las cuentas extranjeras en pesetas ordinarias sólo podrán utilizarse para gastos de estancia en España".

En obsequio a todo lo hasta aquí explicado, resulta evidente que cuando el pago de los supradichos gastos liberalizados se efectúe con dinero escriturario (relativo a pesetas convertibles u ordinarias, del tipo de las tomadas ahora en consideración) su manejo bancario resulta imprescindible, instrumentación que podrá obviarse cuando los fondos de que disponga a tales efectos el viajero no residente, fácticamente ubicado en España, sean pesetas comunes, componentes económicos que resultan sustraidos a la necesidad de que su tenencia y eventual manejo en España discurra bancariamente, exigencia no requerida ni por la Orden de 13 de marzo de 1987, antes dicha, ni por ninguna otra disposición (cuentas en pesetas comunes a nombre de no residentes cuya hipotética apertura resulta proscrita, para los extranjeros, por las normas que lideran la titularidad de las operativas en el sector exterior).

Así pues, y dejando por un momento el posible empleo solvencial de los medios de pago cifrado en pesetas ordinarias (procedentes de cuentas extranjeras), vamos a referirnos brevemente, dado su entrañamiento con la cuestión que nos preocupa, del factible uso solutorio de las pesetas comunes de curso legal (bien sean éstas las introducidas por los no residentes en España de conformidad con la liberalización diseñada por la Orden antes mencionada de 13 de marzo de 1987, bien las procedentes de las disposiciones que efectúa el no residente contra las cuentas en divisas, pesetas convertibles o pesetas ordinarias (de cuentas extranjeras) que eventualmente tuviere abiertas en España, o bien, en última instancia, del correspondiente cambio de divisas o del oportuno cobro de un residente), pesetas que pueden destinarse, en su estricta calidad de tales, y de forma extrabancaria al pago de los correspondientes gastos de estancia de su

titular, *ex* artículo 7 del Real Decreto 2402/1980, o bien a su ingreso alternativo en una cuenta extranjera de pesetas ordinarias, abono que no necesitará ninguna apoyatura especial, salvo que tales pesetas se destinen a una inversión extranjera que acredite el pertinente derecho de transferencia al exterior, resultando el atenimiento del tal *agere licere* al respecto de lo previsto en el artículo 4 ("1. Los saldos de estas cuentas podrán utilizarse libremente para realizar gastos de estancia en España o para efectuar traspasos a otras cuentas de pesetas ordinarias. 2. Se autoriza con carácter general el empleo de dichos saldos para la realización de inversiones extranjeras en España, cuyo régimen será el regulado en la Ley y Reglamento de Inversiones Extranjeras y en las disposiciones de desarrollo, sin perjuicio de lo establecido en la presente disposición. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 28, número 2, del Reglamento de Inversiones Extranjeras, estas inversiones no serán objeto de declaración al Registro de Inversiones, con excepción de lo establecido en el artículo siguiente. 3. Las inversiones mencionadas en el párrafo anterior no generarán derecho de transferencia al exterior a favor del titular, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente. 4. Cualquier otro destino de los saldos de estas cuentas distinto de los mencionados en los párrafos anteriores requerirá autorización de la Dirección General de Transacciones Exteriores") de la Resolución de 20 de diciembre de 1985, de la DGTE, por la que se regulan las cuentas que estamos estudiando en lo que ahora nos intersa, precepto complementado por lo estipulado al efecto por la instrucción 3.ª de la Circular 33/1986, de 18 de marzo de 1986 ("1. Los titulares de 'cuentas extranjeras en pesetas ordinarias' podrán ordenar traspasos de saldos de estas cuentas a las de pesetas ordinarias abiertas a nombre de residentes si se trata del pago de los conceptos enumerados en la instrucción 2.1.2. Las operaciones de abono en estas cuentas serán libres, sin necesidad de acreditar sus titulares el origen de los fondos, de conformidad con lo prevenido en el artículo 3 de la Resolución. No obstante, dicha libertad de abono no supone que el titular de las cuentas quede exonerado de las posibles responsabilidades en materia de control de cambios en que hubiera podido incurrir por las operaciones en las que se originaran tales fondos objeto del abono. 3. Los titulares de estas cuentas podrán efectuar en las mismas ingresos de billetes del Banco de España, sin límite de cantidad, tanto si los hubieran aportado a su entrada en España —art. 6.1.1 de la Orden de 24 de mayo de 1985, en la actualidad Orden de 13 de marzo de 1987, tal como hemos puntado antes, del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre franquicias dinerarias para viajes al extranjero, *BOE* de 3 de junio— como si las hubieran recibido en nuestro país, de acuerdo con las normas vigentes. 4. Las 'cuentas extranjeras de pesetas ordinarias' podrán ser también abonadas con los importes en pesetas:

procedentes de 'cuentas extranjeras de pesetas convertibles', y contravalor de divisas convertibles admitidas a cotización en el mercado español y de los billetes de Banco extranjeros. Que se comunicarán por las entidades delegadas mediante comunicación de cobro, modelo RO6, a facturar en los estados D-1 y C-1, respectivamente, con aplicación al código estadístico 11.02.99 —transferencias diversas de capital—. 5. Las comunicaciones de cobro efectuadas por las entidades delegadas al Banco de España, a que se refiere el número anterior, y la declaración por el no residente ante la Aduana de entrada de la introducción en España de billetes de Banco extranjeros —Circular núm. 925, de 19 de junio de 1985, de la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales, *BOE* del 29— servirán para acreditar el origen de los fondos a efectos de lo establecido en el artículo 5.1.1.ª de la Resolución").

En función de todas estas consideraciones, y ahora me adentro ya en el terreno que peculiarmente me interesa, las pesetas ordinarias pertenecientes a la categoría crematística que estamos evidenciando tienen un origen estrictamente bancario, encarnándose en los pertinentes saldos de las cuentas que las contienen (en cuanto unidades financieras), saldos que pueden ser utilizados, en consonancia con lo previsto en el antes transcrito artículo 4 de la precitada Resolución de la DGTE de 20 de diciembre de 1985 (y con la también literalizada instrucción 3.1 de la Circular 33/1986) para la realización de las inversiones en España; saldos, en definitiva, que al no poder tomar cuerpo en pesetas faciales, únicamente pueden incorporarse a dinero escriturario (talones, cheques, letras de cambio o justificantes de transferencias), dinero no líquido que en su recepción por parte del destinatario residente queda metamorfoseado, en última instancia —y a través de la oportuna conmutación—, en pesetas comunes, componentes económicos que le serán entregados por la entidad delegada interviniente.

En cualquier caso, me interesa resaltar que lo invertible son sólo los supradichos saldos (lo cual presupone ineludiblemente la previa existencia de una cuenta de donde los mismos resulten) y no pesetas ordinarias desconectadas de los mismos (fondos que ontológicamente no existen), siendo ello predicable tanto para el pago de las inversiones que no generen derecho de transferencia al exterior como para aquél de las que sí lo generen, hipótesis que la supracitada Resolución de 20 de diciembre de 1985 subordina a un sistema de previa verificación positiva del correspondiente proyecto, a través de la cual deberá adverarse —cuando se trate de abonos en las supradichas cuentas de pesetas comunes— la legítima procedencia de las mismas, origen que habrá de acreditarse en forma, y ello tanto si su titular las ha cobrado en España de un residente como si su introducción en ella se ha acompasado a la procura del artículo 6 de la Orden de 13 de marzo de 1987, posibilidad contemplada a los efectos que

nos interesan por la Circular 965, de 18 de mayo de 1987, de la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales, norma dictada en base a lo establecido al efecto por el artículo 5 ("1. Las inversiones extranjeras realizadas con fondos procedentes de las cuentas extranjeras en pesetas ordinarias gozarán de derecho de transferencia al exterior cuando concurran las siguientes circunstancias: *Primera.*—Que el proyecto de inversión sea verificado positivamente por la Dirección General de Transacciones Exteriores. A tal efecto, el interesado presentará una solicitud a la que acompañará: o bien declaración formulada ante la Aduana de entrada acreditativa de la introducción en España de los billetes de Banco utilizados para la inversión —cuyo modelo se aprobó por Circular de la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales, núm. 925, de 19 de junio de 1985, *BOE* del 29), o bien los justificantes correspondientes al origen de los fondos con los cuales se pretende hacer la inversión. La Dirección General de Transacciones Exteriores podrá verificar negativamente el proyecto de inversión cuando los fondos hubieran sido obtenidos con infracción de las normas de Control de Cambios. *Segunda.*—El interesado deberá aportar ante el fedatario público interviniente la verificación positiva de la Dirección General de Transacciones Exteriores, que sustituye a la certificación bancaria acreditativa de la aportación dineraria exterior. *Tercera.*—La inversión deberá ser declarada al Registro de Inversiones de acuerdo con el procedimiento contenido en las normas sobre inversiones extranjeras. *Cuarta.*—La inversión deberá mantenerse ininterrumpidamente durante un período mínimo de tres años. 2. El derecho de transferencia abarcará tanto los rendimientos de la inversión como el producto de la liquidación de la misma. No obstante, los rendimientos podrán ser transferidos desde el momento en que la inversión hubiera sido declarada ante el Registro de Inversiones o desde que la inversión hubiera sido intervenida por fedatario público en los supuestos en que no estuviera sujeta a declaración, de conformidad con lo establecido en el artículo 28, número 2, del Reglamento de Inversiones Extranjeras") de dicha Resolución (de 20 de diciembre de 1985) en su adecuada sinergia con la Instrucción 3 (antes literalizada) de la Circular 33/1986, de 18 de marzo.

En definitiva, y prosiguiendo con estas consideraciones generales, tengo que evidenciar que el uso solutorio de las pesetas ordinarias que retienen nuestra atención debe correr por los cauces bancarios previstos para la utilización solvencial de sus saldos, siendo ello predicable para todo tipo de inversiones, si bien cuando las mismas no atribuyan el pertinente derecho de transferencia al exterior, el operador jurídico que devenga inversor extranjero de conformidad con lo que venimos aduciendo no necesitará acreditar la procedencia —interna o externalizada— de los fondos (del tipo que sean, de entre los posibles, y sea cual fuere su cuantía) que abone

en la correspondiente cuenta extranjera en pesetas ordinarias que titularice, exigencia, por el contrario, que se le impone y cuyo cumplimiento corre por los senderos normativos antes dichos cuando la inversión satisfecha con los aludidos saldos sí que engendre el meritado derecho de transferencia al exterior, siempre partiendo de la base de que ambos tipos de inversiones extranjeras —pese a sus diferencias— continúan acreditando tal caracterización, de conformidad con lo argüido —por si alguna duda cupiese al efecto— por el artículo 4.2 de la pluricitada Resolución de 20 de diciembre de 1985, según el cual: "Se autoriza con carácter general el empleo de dichos saldos para la realización de inversiones extranjeras en España, cuyo régimen será el regulado en la Ley y el Reglamento de Inversiones Extranjeras y en las disposiciones de desarrollo, sin perjuicio de lo establecido en la presente disposición", remisión que teniendo en cuenta que la reserva que contiene el precepto transcrito únicamente alude a la liberalización dicha y a la innecesariedad de que la inversión articulada se declare al Registro de Inversiones Extranjeras (salvo si la misma es conferida del oportuno derecho de transferencia al exterior), debe entenderse a todo el bloque de preceptividad contenido en los cuerpos normativos aludidos, y en concreto —y por lo que nos interesa— al artículo 18 del RIE ("Justificación del medio de pago. No podrá otorgarse el correspondiente documento público de formalización de la inversión ni inscribirse en los Registros públicos a que puede tener acceso sin que el interesado justifique, en la forma que la Dirección General de Transacciones Exteriores determine, que la prestación del inversionista extranjero reviste la naturaleza de capital exterior en cualquiera de las formas señaladas en los apartados *a), b)* o *c)* del número 1 del artículo 2, o tiene la correspondiente autorización, en su caso, si fuere de otra naturaleza"), precepto del que resulta la necesidad de que, sea cual fuere la específica naturaleza de la inversión extranjera conformada con las pluricitadas pesetas ordinarias, la realidad de los saldos referentes a las mismas (y utilizados en los pertinentes trámites solutorios que procedan) deberá comprobarse de conformidad con lo previsto en la Resolución de la DGTE de 28 de abril de 1982, siendo institucionalmente inadmisible (y ontológicamente imposible) que se confiese un pago previo o concomitante con las supradichas pesetas fuera del marco de procesalidad bancaria y de riguroso control que instaura la calendada disposición.

Como colofón de lo hasta aquí alegado, y con la finalidad de desvanecer cualquier duda surgida en este ámbito al socaire de la materia explicada, tengo que referirme a una cuestión que recurrentemente surge en el mismo, y es la consistente en determinar si es legítimo que las inversiones extranjeras (que no pueden pagarse con pesetas ordinarias, sino con sus saldos, como hemos dicho) sean satisfechas utilizando directamente pese-

tas comunes que el extranjero no residente hubiese ingresado en nuestro país de conformidad con las normas liberalizadoras aportadas por la Orden de 13 de marzo de 1987 (o de las que dispusiese legítimamente en el mismo de conformidad con lo antes dicho), posibilidad que en la hipótesis prevista en el antes transcrito artículo 5 de la Resolución de 20 de diciembre de 1985, parece tomar cuerpo como consecuencia de que su apartado 1, normas 1.ª y 2.ª, permite entender que la verificación positiva que prevé sea peticionada (y en su caso discernida) a base de la simple presentación del proyecto de la inversión y del documento aduanero acreditativo de la entrada en España de los billetes del Banco utilizables a tales efectos (entre los cuales se incluye, obviamente, las pesetas comunes) o, en su caso, de los justificantes correspondientes al origen (internizado) de los fondos, sin que se exija concretamente que tales pesetas hayan sido previamente ingresadas en alguna de las cuentas extranjeras operativas en nuestro panorama financiero.

A mi juicio, y de acuerdo con todo el conjunto de alegaciones antes vertido —y de una interpretación coherente de los materiales normativos barajados—, lo único invertible (libremente o previa verificación positiva) son los pluricitados saldos de las pesetas ordinarias, inversión que en el caso de que se trate de un supuesto no provocador del correspondiente derecho de transferencia al exterior no exigirá que primigeniamente se indague acerca del origen concreto de los fondos (del tipo que sean) abonados en las cuentas de donde resulte tan saldo. Por el contrario, cuando tal inversión engendre el supradicho derecho transferencial, la legítima preconstitución de tal saldo requerirá una prueba específica a base de aportar al proyecto de verificación de que se trate a los justificantes de la realidad de los fondos ingresados (o a ingresar en tales cuentas), justificación que puede ser previa a su efectivo abono en las mismas, pero que no exonerará en modo alguno al operador jurídico extranjero que materialice la inversión de pagar de modo efectivo la misma con el supradicho saldo, extrayéndose de todo este bloque de argumentalidad el que los extranjeros no residentes en modo alguno pueden sustraerse a las coordenadas probatorias que al efecto diseña la antes indicada Resolución de 28 de abril de 1982 (y que la normativa sobre las cuentas que nos ocupa respeta absolutamente).

Como postrera reflexión sobre el particular, sólo cabe concluir —en base a todo lo hasta aquí alegado— que en este entorno rige un neto criterio diferencial entre no residentes españoles y extranjeros, siendo bastante más amplias las posibilidades operativas de los primeros, ya que combinando su potencial asunción de la posición jurídica territorial excepcional —por su carácter jurídicamente epiceno— de residentes metafóricos (que les es resignada por los artículos 4.1 de la LRJCC y 10.1 del

Real Decreto 2042/1980 —"1. Las personas físicas de nacionalidad española que residan en el extranjero tendrán la consideración de residentes respecto al patrimonio constituido en España con anterioridad a su toma de residencia en el extranjero y a las rentas procedentes del mismo"—, ambos de idéntico tenor literal), con la presunción que establece el artículo 1.5 del RIE ("Se presume, salvo prueba en contrario, que las inversiones en España hechas sin precisar el origen del capital invertido por españoles no residentes no son inversiones extranjeras"), resulta evidente que tales españoles no residentes, si bien no sustraídos teoréticamente del régimen que acabamos de explicitar, a efectos prácticos sí que lo están cuando articulan sus inversiones (que no son extranjeras) con pesetas comunes, fondos cuya legítima titularidad les corresponde plena y regularmente por su antes dicha condición de residentes metafóricos. De todos modos, su encaje en el sistema antes descrito es pleno cuando deseen que de la inversión efectuada (que en tal caso sí es extranjera) dimane el correspondiente derecho de transferencia al exterior.

(Concluyo poniendo de relieve que en el mismo sentido expuesto se manifiesta mi compañero EMILIANO CANO FERNÁNDEZ en una interesante aportación doctrinal sobre el tema (el de la factible utilización extrabancaria de las supradichas pesetas ordinarias) publicada en el Boletín, número 10, diciembre 1989, del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña) (*).

ad) En pesetas comunes

En principio, armonizar la operatoria de los créditos financieros que estamos viendo (los otorgados por no residentes a residentes en base a su eventual objetivación en pesetas comunes) resulta tarea difícil, deviniendo su consecuente desacomodo a los parámetros de normalidad exigibles en este ámbito de la circunstancia de que también, en principio, a los no residente les está vedada la posibilidad de acreditar de forma legítima la titularidad de las supradichas pesetas, circunstancia que resulta de la aplicación conjugada de no pocos preceptos integrantes de la normativa básica sobre el control de cambios, tales como el artículo 2.2.*c)* de la LRJCC que somete a una potencial homologación por parte del Gobierno "los actos y negocios en virtud de los cuales... un no residente constituya, adquiera o disponga de haberes en pesetas", normativa de restricción que fue tradu-

(*) A fin de no reiterarme me remito al epígrafe siguiente en el que haré alusión al posible al posible trueque de las pesetas comunes en ordinarias por la vía del ingreso de las primeras en una cuenta extranjera del tipo de las segundas y a la posible asunción de la calidad de residentes metafóricas de los españoles desnacionalizados.

cida, desde áreas estrictamente bancarias, por lo que al efecto sentó la Circular 283 dimanante del anteriormente operativo IEME, de 8 de marzo de 1972, sobre modificación de normas e instrucciones aclaratorias sobre las cuentas extranjeras de pesetas interiores y establecimiento de cuentas bancarias de pesetas con Andorra (Circular derogada postreramente —de forma expresa— por la Resolución de 20 de diciembre de 1985 de la DGTE por la que se regularon las cuentas extranjeras de pesetas ordinarias), disposición que determinó el régimen a seguir con aquellas cuentas en pesetas comunes cuyo titular (español o extranjero) de residente en nuestro país pasase a no residente (ver al efecto las págs. 342 y 468 del volumen I del tomo I de esta obra), régimen marchamado en clave de restricción en cuanto que tales cuentas perdían su sustantividad en consonancia con lo proveído por las directrices básicas vigentes en este ámbito.

Con posterioridad, tales directrices fueron importantemente trocadas para los españoles por los sendos artículos 4.1 de la LRJCC y 10.1 del Real Decreto 2402/1980, al decir de consuno ambos preceptos que:

"Las personas físicas de nacionalidad española que residan en el extranjero tendrán la consideración de residentes respecto al patrimonio constituido en España con anterioridad a su toma de residencia en el extranjero y a las rentas procedentes del mismo".

En base a tales preceptos, y a una interpretación *ad hoc* de los mismos, los españoles no residentes reales pueden, en su admisible calidad de residentes metafóricos, continuar acreditando la titularidad de las pesetas comunes que ostentasen con anterioridad a su traslado al exterior (incluso sin necesidad de que las mismas quedasen forzosamente depositadas en una cuenta bancaria); y siendo ello así pueden concertar los préstamos que estimen oportunos con las aludidas pesetas, préstamos que, siendo comunes, acreditan la particularidad de convenirse entre un no residente real (residente metafórico) con un residente, quedando por ello —dada la inequívoca situación de homogeneidad territorial (a los efectos del control de cambios) en que se encuentran los aludidos intervinientes en los mismos— totalmente al margen de la preceptiva especial que estamos analizando.

Concluyo este punto poniendo de relieve que tal posibilidad es únicamente predicable para aquellos casos en los que el no residente (real), pero residente metafórico, titularice en debida forma la nacionalidad española, quedando proscrito el hipotético acceso a la misma —ciertamente excepcional— a los extranjeros no residentes que con anterioridad hubiesen acreditado la posición de residentes, sujetos de derecho alcanzados de pleno por el criterio cortapisante que dimana de las antes calendada Circular 283. De todos formas, y al respecto, tengo que puntualizar dos cuestiones. La primera, que el hecho de que tales extranjeros accedan de

la condición de residentes a la de no residentes repercute en la operatoria bancaria que resulta de lo que venimos diciendo (o sea, en la necesidad de que sus cuentas en pesetas comunes se cancelen), pero no, y por supuesto, en que los mismos queden desprovistos de la titularidad de tales componentes financieros, componentes que tras el cambio de residencia de su titular pueden acreditar un diverso destino legítimo (ser objeto de la oportuna transferencia al exterior en cuanto remesa corriente de emigrantes, operatoria regida —instrumentalmente— por la rúbica 94 de la Resolución 32/1985, de 8 de marzo, de la DGTE; constituir el elemento objetivo del oportuno ingreso en una de las cuentas extranjeras en pesetas —convertibles u ordinarias— que eventualmente pueda aperturar el ya no residente, siempre de conformidad con sus respectivos ordenamientos orgánicos, o bien destinarse al consumo interno de su titular, consumo que no se extiende en modo alguno al pago de inversiones extranjeras del tipo que éstas sean).

En méritos a todos lo hasta aquí aducido, es evidente que a pesar de que el extranjero que de una previa ubicación jurídico-territorial pase de residente a no residente conserva, como no podía ser menos, la propiedad de los caudales en pesetas comunes que titularizare legítimamente durante su anterior etapa residencial (siempre, desde luego, de forma extrabancaria, de conformidad con lo ya explicado); el mismo no podrá utilizar las meritadas pesetas como correspectivo dinerario de compras inmobiliarias ni de inversiones extranjeras de ninguna clase, teniendo en cuenta que para su concreta articulación se requiere, en cuanto condicionante de su congruente liberalización, que los fondos invertidos lo sean de procedencia exterior y que el pago de los mismos se realice bancariamente, presupuestos que son de imposible concurrencia en la hipótesis que estamos considerando.

Ya descendiendo al terreno de lo concreto, y por lo que afecta a los préstamos que estamos viendo, es de tener en cuenta que los extranjeros no residentes anteriormente residentes no pueden convenir ningún tipo de crédito (en su acepción de acuerdo obligacional sin entrega inmediata de numerario) con las meritadas pesetas, toda vez, y por lo que afecta a los netos compromisos obligacionales, que todos ellos quedan sujetos a autorización previa, de conformidad con lo que hemos dicho hasta la saciedad en este capítulo, salvo los expresamente autorizados por disposiciones normativas sectoriales, de entre las cuales no cabe reseñar ninguna que afecte a la modalidad crediticia que estamos desentrañando.

Por otra parte, si se trata de la figura del préstamo en sí, en su consideración de real, la entrega del referenciado numerario que lo perfeccione tampoco puede tener lugar de forma no autorizada, teniendo en cuenta el

impedimiento que resulta para su legítima virtualidad del artículo 3.1.9.ª del Real Decreto 2402/1980.

Como cierre de la presente tematización tengo que advertir, y ésto lo apuntamos ya anteriormente, que las pesetas comunes que nos ocupan pueden ingresarse en alguna de las cuentas extranjeras en pesetas que eventualmente pueda abrir el extranjero en cuestión, posibilidad que le es ofertada en su reasumida calidad de no residente, abono cuya práctica deviene más o menos ardua según el tipo de cuenta en cuestión, siendo máxima tratándose de la de en pesetas convertibles (al requerirse la previa autorización del Banco de España para que tal acontezca, ver al efecto el art. 2.1 de la Orden de 26 de junio de 1987, que las regula) y mínima, en el supuesto de su nominación en pesetas ordinarias, siendo así que respecto de estas últimas la Resolución de la DGTE de 20 de diciembre que las disciplina permite que los abonos en las mismas se efectúen libremente, "sin perjuicio o de la aplicación en cada caso del régimen general de control de cambios...", todo ello de conformidad con el artículo 3 de la calendada disposición, posibilidad que permite de modo efectivo, y sin adentrarnos en la cuestión de tal presunta reprochabilidad (penal o administrativa), trocar la naturaleza de las pesetas comunes en ordinarias (procedentes de las cuentas extranjeras dichas), matiz que reconduce la cuestión a la presunta constitutividad de los préstamos que estamos viendo objetivándolos con las indicadas pesetas ordinarias.

El segundo de los puntos a tener presente en este orden de cosas es que el régimen de restricción que estamos viendo y que afecta a los extranjeros que de residentes pasan a la condición de no residentes (o que más bien la recobran) debe lenificarse en base a una interpretación benévola del bloque preceptual integrado por los artículos básicos que hemos manejado en este epígrafe, es decir, del 4.1 de la LRJCC y 10.1 del Real Decreto 2402/1980, preceptos que aunque siempre hablan de extranjeros podrían ser entendidos, en obsequio a una hermeneusis generosa y contextual, como únicamente aplicables a los originarios y no a los que en algún momento de su vida fueron españoles, ya que tales sujetos, si nacieron en España, acreditaron en el pasado, aunque fuere de forma fugaz, la condición de residentes, circunstancia que permite el que respecto de los mismos pueda predicarse la situación de residencia metafórica a la que estamos aludiendo (y poder inferirse de la misma toda la saga de consecuencias que no es del caso volver a relatar), siendo así que con anterioridad —y en este mismo capítulo— esta cuestión ya salió a relucir.

Por otra parte, y ya en concreta alusión a los no residentes sin cualificar, es decir, a aquellos que titularizando tal condición no accedieron a la misma desde un previa etapa residencial, es de notar que todo el capítulo de restricción referenciado les afecta del propio modo y que en la hipótesis

de que dispongan de pesetas comunes durante su eventual estancia en el territorio español (bien porque acrediten la titularidad de alguna de las cuentas extranjeras operativas en nuestro país, bien porque las ingresen en él desde el exterior, bien porque conmuten en tal signo dinerario las divisas que posean o bien, y en última instancia, porque las reciban legítimamente de un residente) éstas sólo podrán utilizarse solutoriamente —de forma libre— de la manera preordenada por la normativa general sobre el control de cambios, pero no para objetivar préstamos y créditos de no residentes a residentes, alternativa sólo articulable mediante expresa autorización dimanante de la DGTE.

b) Concedido por residentes a no residentes

aa) En divisas

aa') Introducción

Los préstamos en tal concepto, cuando quien encarna la posición negocial de prestamisma es un residente, quedan, en principio, obstaculizados por exigencias institucionales de nuestro ordenamiento sobre el control de cambios, ordenamiento sumamente puntilloso por lo tocante al tratamiento y circulabilidad de los referidos componentes crematísticos, resultando tal apriorística imposibilidad de diversos preceptos del mismo de entre los que sobresale, por su conspicuidad en este entorno, el artículo 2.2.*c)* de la LRJCC, que permite someter al control del Gobierno, ejercido mediante la oportuna —y coyuntural— reglamentación sobre control de cambios "los actos y negocios en virtud de los cuales un residente constituya, adquiera o disponga de haberes en divisas. A estos efectos se conceptúan como haberes los saldos de cuentas abiertas en Bancos o cualesquiera otros establecimientos financieros, o en libros de sociedades y otras entidades".

Tal precepto, que constituye el marco normativo básico acerca del aludido control gubernamental sobre la crematisticidad conectada con el sector exterior, se ha llenado de contenido pormenorizador a través de lo proveído por la reglamentariedad cuya adopción el mismo vaticina, y así el artículo 3.2 del Real Decreto 2402/1980 dispone que: "Los residentes, salvo autorización, deberán poner a la venta, a través del mercado de divisas, las que posean, dentro de los quince días siguientes a su disponibilidad", regla que prevé un solo tipo de negociabilidad autorizada sobre tales divisas —y es la materializada en la consecuente y perentoria venta de las mismas—, y ello a través de los circuitos pretipificados e intervenidos

que la preceptividad doméstica impone, quedando excluido —sin autorización— cualquier otro uso negocial de tales componentes financieros o la eventual apertura de cuentas bancarias cifradas en los mismos.

En base a estas elementales consideraciones, impedientes de un potencial uso indiscriminado por residentes de las divisas que posean en el territorio nacional [uso, en su caso, constitutivo de delito monetario de conformidad con lo previsto en el artículo 6. B) de la aludida LRJCC: "Cometen delito monetario los que contravinieren el sistema legal de Control de Cambios mediante cualquiera de los actos y omisiones siguientes, siempre que su cuantía exceda de 2.000.000 pesetas, B) Los residentes que no pusieren a la venta, a través del mercado español autorizado y dentro de los quince días siguientes a su disponibilidad, las divisas que posean"], es evidente que la posible utilización de tales unidades monetarias en cuanto eventuales componentes objetivadores de los préstamos hipotéticamente articulables entre residentes y no residentes queda supeditada a una imprescrindible autorización previa (general o especial) discernible por la Administración española (autorización requerible con absoluta y neta independencia de la demandada, para todo tipo de préstamos y créditos entre residentes y no residentes, por el propio artículo 3.1.7 del Real Decreto 2402/1980).

En obsequio a tales consideraciones, vamos a diversificar el estudio de los préstamos financieros en divisas otorgados por residentes a no residentes en dos grandes grupos: los genéricamente autorizados y los que deben serlo especialmente.

ba') Préstamos financieros liberalizados

Son aquellos disciplinados por la Circular 5/1987 del Banco de España, de 13 de marzo, sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera, conjunto ordinamental que tras confesar su propósito liberalizador en su bien construido Preámbulo ("La actual regulación de la actividad de las entidades delegadas en los mercados monetarios internacionales data del año 1979, y, aun suponiendo una importante flexibilización sobre la normativa precedente, incorpora principios cautelares y de control relativamente estrictos, aconsejados por las circunstancias de los mercados en el momento de su promulgación y por el relativo grado de experiencia operativa de las entidades delegadas en este campo de actuación. En los momentos actuales, la amplia experiencia adquirida por las entidades delegadas en este dilatado período, la conveniencia de flexibilizar la actividad bancaria en sus distintos campos y la necesaria adaptación al régimen de liberalización de movimientos de capital de la Comunidad Econó-

mica Europea aconsejan introducir en esta materia un marco normativo más amplio y flexible) y sentar en su norma 2.ª, apartado 1, que: "Las entidades delegadas quedan autorizadas para obtener libremente recursos en divisas admitidas a cotización en el mercado español y en ECUs —y las sucursales en el exterior, además, en las monedas de los países en que radiquen— mediante depósitos u otras formas de captación de fondos", dictaminó en la 4.ª, apartado *a),* que: "Con sujeción a lo establecido en la Circular del Banco de España 1/1987, de 7 de enero, sobre Riesgos de Cambio, las entidades delegadas podrán colocar libremente los recursos obtenidos en moneda extranjera:

a) En personas físicas o jurídicas no residentes y en las entidades delegadas, con arreglo a las buenas prácticas bancarias".

En base a esta argumentación normativa, los préstamos que estamos analizando —los en divisas de residentes a no residentes— requieren, para poder acogerse a la liberalización propiciada por la disposición que acabamos de circunstanciar, un triple condicionante de inexorable presencia convergente.

El subjetivo.—Que el prestamista residente sea una Entidad delegada.

El objetivo.—Que las divisas prestadas hayan sido obtenidas por tal entidad de la forma predeterminada por la norma 2.ª, apartado 1, antes transcrito.

El funcional—Que el préstamo en cuestión se adecue en su congruente operatividad a lo que la Circular referenciada califica de "buenas prácticas bancarias", concepto jurídico indeterminado cuyo linde presenta copiosas cotas de incertidumbre que no es del caso intentar desentrañar.

Vemos, pues, los términos generales de liberalización a los que han de adecuarse los préstamos o créditos en divisas que estamos viendo, debiendo destacarse al efecto que las funciones de control que han de desplegar los fedatarios llamados a intervenir competencialmente en su eventual instrumentación pública no podrán extenderse más que a a la comprobación de que el prestamista es exclusivamente una entidad delegada, de que el prestatario es una persona física o jurídica no residente y de que lo efectivamente prestado son divisas admitidas a cotización en el mercado español o ECUs, pero sin que tal homologación fedataria pueda extenderse a cuál sea el origen concreto de la disponibilidad de tales fondos por parte de la entidad prestamista ni a si el préstamo o crédito en cuestión acomoda su singladura operativa a las calificadas como "buenas prácticas bancarias", extremos de inexcusable presencia para la liberalización del supues-

to, pero de imposible contraste, dada su concreta encarnadura, por parte del fedatario llamado a prestar su correspondiente débito competencial (ni por el Registrador de la Propiedad, en el caso de que tal préstamo o crédito en divisas gozare del correspondiente respaldo hipotecario).

bb') Especial referencia a los créditos en divisas que estamos viendo con garantía hipotecaria

Concluyendo con esta modalidad crediticia, y en estrecho contacto con lo último explicitado, tengo que poner de relieve que el criterio liberalizador aportado en este orden de cosas por la Cicular 5/1987 acredita una beligerancia general y por ello totalmente al margen de si los créditos que se instrumenten a su amparo son o no hipotecarios, englobándose dentro de los mismos, a los efectos de la liberalización promovida por tal disposición, unos y otros, siendo al efecto reseñable que con ulterioridad a la adopción de la meritada Circular, la Resolución antes dicha de 14 de mayo de 1990, de la DGTE, se encargó de corroborar el susodicho esquema normativo de permisividad, corroboración que aparte de su genuino arrastre de obviedad (ya hemos apuntado antes el carácter ecuménico de la liberalización aportada por la Circular 5/1987) vino en clave de elipsis al recibir su espaldarazo de la instauración de un determinado *modus operandi* del tipo bancario, *praxis* que resulta de su artículo 1.2, según el cual: "No se tramitan a través de los códigos estadísticos 17.01.01, 17.01.02 y 17.01.03 los créditos hipotecarios concedidos por las entidades delegadas a personas no residentes, con igual finalidad de adquisición de bienes inmuebles sitos en el territorio español, cuando dichos créditos estuvieren denominados en 'divisas convertibles' admitidas a cotización en el mercado español, puesto que entonces se trata de colocaciones de recursos obtenidos en moneda extranjera en personas físicas o jurídicas no residentes, de acuerdo con la norma 4.ª de la Circular 5/1987, de 13 de marzo, del Banco de España sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera".

Aplicando nuestro enfoque analítico sobre la permisión de los créditos hipotecarios en divisas o ECUs que resulta de la disposición transcrita, tengo que poner de relieve que todo lo que explicaremos con ulterioridad acerca de la valoración que nos merece el artículo 14 de la Orden de 4 de febrero de 1990 (y las Resoluciones de 23 de octubre de 1989 y la que acabamos de reseñar de 14 de mayo de 1990) resulta parcialmente colacionable en relación con la aludida permisión, que por ello puede calificarse de obvia y contradictoria; obvia, porque tal liberalización resulta ostensible, por lo tocante al crédito o préstamo en sí, del texto literal —indiscutiblemente omnicomprensivo— de la mencionada norma cuarta

de la Circular 5/1987, y por lo concerniente a la garantía hipotecaria, del apremio indiscriminado resultante de la Orden de 19 de junio de 1990; contradictoria, porque frente a la falta de confinamiento teleológico resultante de la meritada norma 4.ª, la literalidad de la Resolución de 14 de mayo de 1990 parte de la base de que el crédito o préstamo en cuestión debe destinarse forzosamente a la adquisición de un inmueble sito en España, extremo de logística fundacional que dadas sus concretas características queda totalmente al margen del control de legalidad a desplegar por el fedatario interviniente y el Registrador de la Propiedad autorizante de la consiguiente inscripción de hipoteca.

A la vista de todo lo que acabamos de apuntar, es evidente la similitud que guarda la modalidad crediticia que estamos viendo con la que cristaliza en la concesión por entidades delegadas de préstamos o créditos en pesetas convertibles a no residentes (variante crediticia que vamos a contemplar de inmediato) analogía de la que se ocupa certeramente ENRIQUE HERVÁS CUARTERO en un trabajo titulado "Modificaciones recientes sobre el régimen de inversiones extranjeras y de control de cambios", de circulación restringida entre los Corredores de Comercio Colegiados, autor que al glosar la modalidad financiera que nos ocupa pone de manifiesto la aludida similitud, simetría sin embargo no absoluta, ya que, y esto lo puntualiza también el mismo autor en su aludido trabajo, "cuando el crédito se utiliza en divisas convertibles no da lugar a la comunicación de la operación al Banco de España, a diferencia del supuesto de utilización de pesetas convertibles.

No obstante tal diferencia requisital, es evidente que la filosofía que inspira la modalidad crediticia que estamos viendo es idéntica a la de la objetivada en pesetas convertibles, trasluciéndose debidamente tal emparejamiento epistemológico en el dato de que en ambos casos, cuando los respectivos débitos se hallen garantizados hipotecariamente (no cuando por carecer de tal garantía se rijan íntegramente por las normas de la Circular 5/1987 —para los supuestos de préstamos o créditos cifrados en divisas o ECUs— y la Orden de 31 de julio de 1989, para los nominados en pesetas convertibles, la eventual exportación al exterior de las divisas y pesetas convertibles de su respectiva objetivación queda imposibilitada por el hecho de que los mismos deben destinarse forzosamente, como hemos indicado ya hasta la saciedad, a la adquisición de un inmueble en España, inexportabilidad que constituye una característica común a ambas modalidades crediticias.

Del propio modo, y ello es una simple consecuencia de lo que acabamos de decir, tanto la alternativa que estamos viendo como la nominada en pesetas convertibles presuponen una secuencialidad negocial compleja, ya que, y esto lo atisba lúcidamente el autor indicado *ut supra,* la opera-

ción se escinde en una doble enfilada operacional de crédito y de inversión ulterior, teniendo que financiarse la adquisición del inmueble en cuestión, en todo o en parte, con el importe del crédito concedido en divisas o en pesetas convertibles, debiendo discurrir su concreta utilización solvencial por los canales impregnados de rigurosa liturgia operatoria especialmente diseñados por las Resoluciones de la DGTE de 28 de abril de 1982 y por la de 14 de mayo de 1990 (en los términos ya analizados y que volveremos a ver ulteriormente cuando efectuemos la exégesis de la modalidad crediticia positivada en pesetas convertibles), disposiciones que entrañan su *ratio* en el art. 18 del RIE, precepto (antes transcrito) que viene a prohibir cualquier tipo de pago confesado o de mano a mano en este orden de cosas, prohibición que se extiende del propio modo a aquel que tenga por objeto la satisfacción de los intereses y el reembolso del capital prestado, tema sobre el que volveremos en la última parte de este mismo capítulo.

bc') Préstamos financieros no liberalizados

Todos aquellos supuestos que no encajen en las coordenadas de liberalización que acabamos de reseñar requieren la previa y expresa autorización de la DGTE, pudiendo incluirse, en concreto, en relación de tales créditos —y mi cita al respecto se hurta a cualquier intento totalizador— los concertados por personas físicas residentes o por las jurídicas que no sean las entidades delegadas [matiz que requiere la puesta en evidencia de que los titulares residentes de cuentas bancarias en ECUs (alternativas de cuentas extranjeras reguladas en un primer momento por la Resolución de la DGTE de 26 de septiembre de 1989, y en la actualidad, y previa derogación de ésta, por la de 22 de junio de 1990, también de la DGTE) o en divisas convertibles (que no sean ECUs), posibilidad esta última sometida a la tutoría normativa desplegada —en general— por la Resolución de la DGTE de 10 de mayo de 1988 y en especial para las empresas de comercio exterior inscritas en el Registro creado por el Real Decreto 380/1988, de 22 de abril, por la también Resolución de la DGTE de 20 de marzo de 1989], a pesar de las pertinentes habilitaciones genéricas o específicas que les concierna para ser titulares de tales cuentas, deben demandar —caso por caso— la correspondiente autorización para prestar en los supradichos componentes financieros a los no residentes, sin que la meritada previa autorización para aperturar las mismas cubra el posible uso de sus saldos en tal concepto, criterio que resulta plenamente corroborado por la citada Resolución de 10 de mayo de 1988, disposición que al elaborar en su norma segunda todo el recital de potenciales y abonos y adeudos liberalizados a efectuar eventualmente en las referidas cuentas en divisas convertibles en favor de residentes no menciona en modo alguno los derivados

de posibles préstamos objetivados en tales componentes financieros, posición normativa silente cuyo alcance se perfila de forma definitiva —por si alguna duda cupiese al respecto— con la formulación de cierre, contenida en el apartado 6, que señala literalmente que "cualquier abono o adeudo distinto de los indicados en los párrafos anteriores (los genéricamente liberalizados) requerirá autorización administrativa previa que se solicitará de la Dirección General de Transacciones Exteriores por medio del procedimiento de 'solicitud de la previa verificación/conformidad' establecido en la Circular 4/1986, de 14 de febrero, del Banco de España, a cuyos efectos se cursarán las correspondientes comunicaciones de cobro y pago, modelos 'R' y 'A'". Otro tanto puede apuntarse respecto de las cuentas en ECUs, reguladas presentemente, tal como hemos indicado, por la Resolución de la DGTE de 22 de junio de 1990, disposición que si bien permite su apertura de forma absolutamente libre por parte de las personas físicas o jurídicas residentes, únicamente autoriza que las mismas sean abonadas o adeudadas, sin previa habilitación especial de la DGTE, por los conceptos previstos en la antes mencionada Resolución de 10 de mayo de 1988, disposición aplicable a las cuentas que estamos viendo por expresa decisión de la calendada Resolución de 22 de junio de 1990, subsunción de normatividad adventicia que determina que entre las cuentas en divisas a nombre de residentes y las en ECUs, también en favor de los mismos, se dé una absoluta propincuidad operacional impediente; en suma, de que los prestamos que nos ocupan puedan materializarse sin haber obtenido previamente —y en todo caso— la oportuna autorización dimanante de la DGTE, credencial que únicamente podría haber sido obviada si las normas orgánicas de las referidas cuentas hubieren previsto la liberalización del supuesto que estamos debatiendo, cosa que, como sabemos, no ha tenido lugar. Continuando con esta relación exemplificativa de créditos de la suerte que estamos abordando, hemos de citar también como demandantes de específica —y previa— autorización administrativa los otorgados vulnerando las aludidas "buenas prácticas bancarias" o bien disponiendo al efecto de divisas que las entidades delegadas hayan obtenido de forma distinta a la instrumentada por la Norma Dos (antes transcrita) de la Circular 5/1987, subcaso al que aluden D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU en su antes dicho libro, edición de 1990, página 1219, cuando explican que: "La posibilidad alternativa que las entidades delegadas concedan tales préstamos a no residentes con divisas procedentes del mercado (es decir, empleando la entidad delegada sus recursos en pesetas para adquirir en el mercado las divisas necesarias para conceder el préstamo) no está específicamente regulado —desde luego no lo está por la Circular 5/1987— de forma que a este tipo de operaciones le sería aplicable el régimen de exigencia de autorización expresa".

Recapitulando ideas ya expuestas, tengo que poner de relieve que las modalidades crediticias dichas, cuyo encaje en el diseño normativo de restricción proveído por el Real Decreto 2402/1980 es absoluto, requieren, para su legítima conformación, la previa obtención de la autorización administrativa individualizada, cuya exigencia proviene del imperioso y universalizador *dictum* resultante del artículo 3.1.7 ("1. Requieren previa autorización las siguientes operaciones: ... 7. La concesión por residentes de préstamos o créditos a no residentes") de tal Decreto, siendo subrayable al efecto que no existe disposición alguna ulterior a este texto de la que resulte ni siquiera una liberación parcial o condicionada de la hipótesis contemplada que viniere a atenuar, aunque fuere de mínima medida, la rigurosidad dimanante de tal inclemente *prescriptum,* cuya entrada en liza impone la consecuente actitud habilitante procedente de la DGTE, competencialidad ya tradicional en este orden de cosas y a la que nos hemos referido con anterioridad en estas mismas páginas.

Pareja a esta necesidad de que se obtenga, caso por caso, la inevitable credencial administrativa dicha y de cuya concreta —y exclusiva— competencialidad nos acabamos de ocupar, es de destacar la atipia procedimental que al efecto se detecta, abstención ordinamental respecto al establecimiento del cauce de procesalidad adecuado que obliga a sus interesados a acudir a las normas comunes de impulso y desarrollo del correspondiente procedimiento administrativo, debiendo el peticionario de la credencial dicha —el hipotético prestamista residente— presentar la pertinente instancia en la aludida DGTE, documento en el que tendrá que describirse, lo más pormenorizadamente posible, las coordenadas subjetivas, objetivas y funcionales del crédito a articular (designación *ad nominatim,* y en forma, tanto del prestamista como del prestatario, *quantum* prestable, moneda, interés, comisiones, asignación de costes fijos, plazo de vigencia, calendario de amortizaciones, garantías prestables en su caso, tipo de éstas, compromiso en firme de sus prestantes, balances acreditativos de la solvencia de los intervinientes, etc.), bloque de inexcusable requisitabilidad que permitirá a la Administración decantarse, en el legítimo ejercicio de sus habilidades resolutorias, en un sentido negativo o positivo, siendo reseñable al respecto el amplio margen de discrecionalidad en que queda encuadrada la eventual *ratio decidendi* de la aludida DGTE, que en el supuesto de zanjar positivamente la solicitud deducida al efecto deberá propiciar correlativamente el otorgamiento de correspondiente NOF, el cual habrá de ser puesto en conocimiento de la entidad delegada a través de la cual se vaya a instrumentar la ulterior ejecutividad financiera de la operación previamente plausibilizada por la meritada DGTE, NOF cuya asignación deberá ser controlada por el fedatario interviniente (y en su caso por el Registrador de la Propiedad) en méritos a lo que dejamos

explicado con anterioridad al ocuparnos de los préstamos en divisas, ECUs o pesetas convertibles concedidos por no residentes a residentes, alternativa tutelada por la Circular 6/1987 del Banco de España de 13 de marzo sobre contratación de préstamos financieros exteriores (modificada por la 6/1988, de 10 de junio, también procedente del Banco emisor).

ab) En pesetas convertibles

aa') Préstamos y créditos liberalizados

ba') Introducción

Alude a esta posibilidad, desunciéndola oportunamente del dogma administrativo general que representa el artículo 3.1.7.ª del Real Decreto 2402/1980, la Orden de 31 de julio de 1989, disposición que entrañando su propia razón de ser jurisdicente en la reserva de legisfehaciencia reglamentaria que acredita el Gobierno en este orden de magnitudes (reserva especialmente concebida por diversos preceptos alojados en la LRJCC, en especial en su artículo 2.1, y en la disposición final 2.ª), vino a posibilitar la instrumentación del tipo de préstamos que estamos viendo, es decir, de residentes a no residentes, en su eventual objetivación en pesetas convertibles, si bien encadenando tal *praxis* de lenificación a que se conciten en el supuesto planteado los requisitos que a continuación vamos a explicitar, condicionantes a los que alude programáticamente el Preámbulo de tal texto al decir que "la concesión de préstamos y créditos en pesetas de residentes a no residentes se encuentra en la actualidad, en virtud de la normativa de control de cambios, sujeta a autorización previa. Dentro del proceso de liberalización relacionado con movimientos de capital tras la adhesión de España a la CEE, se ha considerado adecuado y oportuno autorizar a las entidades delegadas en materia de control de cambios a conceder préstamos y créditos a no residentes en pesetas, dentro de unos límites porcentuales de sus pasivos en pesetas convertibles".

Tras este previo desgranamiento de intenciones, la Orden en cuestión conforma en su artículo único (que fue postreramente modificado en cuanto a la fijación del *quantum* inicialmente prestable por la de 12 de marzo de 1990) el núcleo duro de la liberalización que se instaura, diciendo literalmente que "las entidades delegadas podrán conceder libremente a no residentes préstamos y créditos en pesetas convertibles hasta que alcancen un monto global máximo que no exceda del 50 por 100 del saldo medio del importe pasivo diario en pesetas convertibles de cada entidad delegada correspondiente al mes anterior. No se considerarán incluidos

dentro de dicho porcentaje del 50 por 100 los créditos a la exportación concedidos en pesetas por las entidades delegadas a los clientes no residentes de exportadores españoles (*).

En base al precepto transcrito, los préstamos que estamos circunstanciando quedan oportunamente autorizados siempre que converjan a articular los siguientes condicionantes:

— *El subjetivo.*—Es imprescindible que el prestamista residente sea una entidad delegada. Por el contrario, el prestatario no residente puede ser tanto una persona física como una jurídica.

— *El objetivo.*—Lo prestable son únicamente pesetas convertibles (no comunes).

— *El funcional.*—La suma (global) disponible en tal concepto por la meritada entidad delegada no puede rebasar el tope porcentual aludido, techo cuantitativo que no es individual, por lo que nada obsta, en teoría, a que un limitado número de prestatarios (o uno solo, apurando el ejemplo) obtengan en tal concepto la íntegra cantidad potencialmente prestable por la entidad tomada en consideración, cantidad cuyo cómputo se efectúa de la forma que precisa el texto de la Orden en cuestión y con la salvedad metodológica que en el mismo se contiene referente a los créditos a la exportación concedidos en pesetas por las entidades delegadas a los clientes no residentes de exportadores españoles (créditos en pesetas a comprador extranjero), exclusión de la que se han ocupado D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, autores que en la edición de 1990 de su pluricitada obra consignan una nota a pie de su página 1220 en la que se lee: "Incluyendo (en la relación de créditos a excluir del cómputo) tanto a los créditos directos a compradores extranjeros como las líneas de crédito comprador otorgadas a compradores o entidades de financiación extranjeras, cualquiera que sea su plazo de amortización (tal y como se regulan en la Orden de 10-V-1988 sobre cobros y pagos por exportaciones); y asimismo se incluye la refinanciación en pesetas de créditos documentarios (art. 4 de la Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989)".

Con la finalidad de disipar las hipotéticas dudas que pudieren plantearse en relación con la operatoria bancaria que deba seguirse con los meritados préstamos y créditos, la Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989 (dictada en función de lo proveído por la disposición adicional de la Orden que nos ocupa, según la cual "la Dirección General de Transacciones Exteriores y el Banco de España dictarán conjuntamente

(*) Hallándose en prensa este trabajo se ha adoptado por el Ministerio de Economía y Hacienda la Orden de 16 de abril de 1991 por la que se suprime el referido tope del 50 por 100.

las instrucciones relativas a la comunicación y control de las operaciones reguladas por la presente Orden") se encargó de aportar cobertura requisital a la consecuente instrumentación de las operaciones crediticias examinadas, ocupándose asimismo, en directas funciones de intermediación reglamentaria, no sólo en delinear el *modus operandi* de la computación antes dicha (tal como ha quedado reseñado *ut supra* al transcribir el contenido de su artículo 4), sino también de precisar, en su artículo 5 que "si como consecuencia de un descenso en los pasivos en pesetas convertibles de la entidad delegada los créditos vivos superasen dicho límite del 50 por 100, estos créditos continuarán autorizados hasta su cancelación.

Volviendo al detalle de la cobertura requisital aportada por la indicada Resolución, hemos de decir que la misma, por lo tocante al capítulo de comunicaciones e información, se halla cubierta por parte de los artículos 2 (dedicándose el resto del mismo a efectuar lo propio respecto a los créditos de la clase que estamos viendo garantizados hipotecariamente, variante que vamos a examinar de inmediato) y 3, leyéndose en el primero de ellos que "las disposiciones de los préstamos y créditos otorgados al amparo de la Orden de 31 de julio de 1989 se comunicarán en los estados VH-1 de "cuentas extranjeras de pesetas convertibles" mediante modelos A(4) aplicados a los códigos estadísticos 16.51.01 (a largo plazo) o 16.60.01 (a corto plazo)... Los reembolsos por amortización e interés de dichos préstamos y créditos se comunicarán en los estados CD-1 de "cuentas extranjeras de pesetas convertibles" mediante modelos R(2) aplicados a los códigos estadísticos 16.51.02 y 16.51.03 (largo plazo) ó 16.60.02 y 16.60.03 (a corto plazo)".

Por su parte, en el mencionado artículo 3 puede leerse que "las entidades delegadas mantendrán a disposición del Banco de España información diaria del importe global de créditos y préstamos en pesetas otorgados al amparo de la Orden de 31 de julio de 1989. En la comunicación adjunta al estado "PS", a que se refiere la norma 11 de las de procedimiento (información complementaria) de la Circular 10/1989 del Banco de España sobre cuentas extranjeras en pesetas convertibles, se incluirán, junto a los datos decenales previstos por dicha instrucción, los siguientes: saldo de préstamos y créditos en pesetas convertibles (Orden de 31 de julio de 1989): ... (porcentaje sobre el saldo medio pasivo diario en pesetas convertibles del mes anterior: ... por 100".

Enfilando la última parte del estudio de este tipo de créditos liberalizados, tengo que patentizar que el pago de todos los intereses que los mismos devenguen y su amortización deberán consumarse mediante la correspondiente aportación dineraria exterior o bien mediante la utilización solutoria *ad hoc* de los pertinentes fondos de origen interno que acrediten el carácter de internacionalmente transferibles, debiendo proce-

der las consiguientes amortizaciones (si fuesen varias las programadas) o la única (si así se hubiere concebido la operación) de las correspondientes cuentas extranjeras en divisas o en pesetas convertibles u ordinarias cuya titularidad acreditase el prestatario (si bien cabe también un ingreso directo de tales componentes financieros en la misma cuenta a través de la cual se hubiere instrumentado la operación en cuestión en determinados supuestos, tal como veremos en el último epígrafe de este mismo capítulo), posibilidades que tratándose de la materializada en el eventual uso amortizatorio de los correspondientes saldos de las indicadas cuentas extranjeras de pesetas ordinarias debe acompasarse al hecho de que no siempre los mismos acreditan el carácter de convertibles, dato que imposibilita su uso indiscriminado a tales efectos.

En cualquier caso, lo que no resulta factible es intentar amortizar los susodichos créditos con pesetas comunes, bien provenga el pago del propio prestatario no residente o de un tercero residente, debiendo entenderse limitado en tal sentido el criterio ampliamente permisivo que resulta del artículo 1.158 del Código Civil, precepto oportunamente viabilizador de los pagos por cuenta ajena, posibilidad solutoria totalmente desvirtuada en el ámbito que nos ocupa por mor de todas las precisiones que han antecedido, reflexiones que tendremos ocasión de ampliar en la última porción de este mismo capítulo.

Concluyo poniendo de relieve que en la instrumentación pública de los créditos que nos ocupan (bien por vía notarial, bien por la consular o bien, en última instancia, por la impulsada por los Corredores de Comercio colegiados) el fedatario interviniente queda totalmente hurtado de la práctica de un eventual control de legalidad orientado a comprobar si la cantidad prestada excede o no del montanto global antes aludido (cuestión no obstante decisiva para la plena regularidad de la operación planteada), siendo del propio modo reseñable que la liberalización programada por la Orden que ha merecido nuestra presente atención no queda en modo alguno condicionada por ningún tipo de verificación o aquilatamiento requisital, no requiriendo la misma la atribución del NOF, asignación que en otras modalidades de los créditos que estamos estudiando asume una importancia extraordinaria, tal como hemos explicado ya.

No liberalizados.—Todos aquellos créditos en pesetas convertibles que no reúnan en su arquitectura instrumental las cuadernas de liberalización que acabamos de enumerar y que sean concedidos por residentes a no residentes, bien sean los mismos a corto plazo (con plazo de reembolso igual o inferior a un año) o a largo plazo (con el susodicho plazo superior a un año) requieren la previa autorización de la DGTE, credencial habilitante cuya tenencia constituye un *prius* de inexcusable control fedatario

a fin de que se llegue con regularidad a la formalización documental de la operación en cuestión.

bb') Especial referencia a los créditos y préstamos en pesetas convertibles con garantía hipotecaria

Teniendo en cuenta el carácter globalizador y no excluyente de la Orden objeto de nuestra paráfrasis en las líneas precedentes, es evidente que halla cobijo en su seno todo tipo de préstamos y créditos, tanto los que no acrediten coberturas garantistas como aquellos que sí dispongan de ella, infiriéndose lógicamente de esta visión polivalente del tema que los que acreditan garantía hipotecaria resultan también perfectamente incluibles en su *factum* normativo (aspecto sobre el que volveremos ulteriormente al vertebrar el juicio de valor que nos merezca el art. 14 de la Orden de 4 de febrero de 1990), suscitándose únicamente respecto de ellos el tema de la posible liberalización o no de la constitución hipotecaria pertinente (aspecto que también retomamos postreramente).

De todos modos, el legislador reglamentario, con la laudable finalidad de disipar cualquier tipo de duda al respecto, dedicó a los créditos que estamos considerando una específica norma liberalizadora —la Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989, ya mencionada—, texto preceptual que tras justificar su sentido normativo en el Preámbulo ["La Orden de 31 de julio de 1989 autoriza a las entidades delegadas para conceder libremente a no residentes préstamos y créditos en pesetas convertibles hasta un importe global máximo del 50 por 100 (en la versión original figuraba el 25 por 100, habiendo sido aumentado tal dato porcentual en el sentido expuesto por la Orden de 12 de marzo de 1990) del saldo medio pasivo diario de cada entidad delegada durante el mes anterior. Al amparo del artículo 12.3 del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España, conviene extender dicha autorización a los préstamos hipotecarios que las entidades delegadas otorguen a los no residentes para la adquisición de inmuebles en España. La Orden de 31 de julio (de 1989) establece igualmente que el Banco de España y la Dirección General de Transacciones Exteriores dictaran conjuntamente las instrucciones relativas a la comunicación y control de los mencionados préstamos y créditos"] sentó en su artículo 1 que: "En virtud del artículo 12.3 del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España, aprobado por el Real Decreto 2077/1986, se autoriza a las entidades delegadas para otorgar a no residentes préstamos hipotecarios para la adquisición de inmuebles en España de acuerdo con el capítulo IV del Reglamento citado, con las mismas limitaciones estable-

cidas por la Orden de 31 de julio de 1989. Las normas de esta Resolución serán aplicables a estos préstamos (*).

Con ulterioridad a la adopción de esta disposición, que por lo demás se encargó de aportar las líneas básicas de procesalidad a tener en cuenta en todo lo que afecta a las comunicaciones y notificaciones relacionadas con los créditos objeto de debate (tal como con anterioridad dejamos apuntado) y de derogar los puntos 5.1 y 5.2 de la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975, se dictó la Orden de 4 de febrero de 1990, disposición que retomando con fuerza los criterios permisivos aportados por las reglas anteriormente explicitadas, es decir, por la Orden de 31 de julio de 1989 y la Resolución de la DGTE de 23 de octubre del mismo año, reafirmó la liberalización entronizada ya en este sector diciendo literalmente en su artículo 14 que: "Inversiones en inmuebles. Créditos hipotecarios. 1. Las entidades delegadas podrán conceder a no residentes préstamos hipotecarios para la adquisición de inmuebles en España, y podrán aceptar la subrogación de no residentes en los créditos hipotecarios que gravaran los inmuebles adquiridos de acuerdo con el capítulo IV del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España. Estos créditos se ajustarán a las normas y limitaciones establecidas en la Resolución de 23 de octubre de 1989 de la Dirección General de Transacciones Exteriores. 2. Al amparo del artículo 12.3 del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España, se autoriza con carácter general a las Sociedades de Crédito Hipotecario para otorgar créditos hipotecarios a no residentes para la adquisición de inmuebles en España, así como la subrogación de aquéllos en los créditos hipotecarios concedidos por estas sociedades que gravaran los inmuebles adquiridos, de acuerdo con el capítulo IV del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España. Estas operaciones no requerirán verificación administrativa previa".

Como quiera que de tal Orden me ocupé con suficiente detalle hermenéutico en el opúsculo que con finalidades actualizadoras del tomo anterior a esta obra publiqué recientemente, me remito, en términos generales, a lo ya explicado. De todos modos, y teniendo en cuenta que algún lector del presente volumen no habrá tenido acceso a tal opúsculo, voy a insertar lo que de más granjeado interés sobre el particular dejé escrito en él, así como otras reflexiones que no tuvieron cabida en el mismo, inserción que va a consistir en la transcripción parcial y adicionada de lo que en el referido Apéndice actualizador dejé escrito bajo el epígrafe "Comentarios al artículo 14" (de la Orden antes citada de 4 de febrero de 1990).

(*) Debe tenerse preferentemente en cuenta en el día de hoy que la Orden de 16 de abril de 1991 suprime el referenciado tope del 50 por 100. Véase nota anterior.

Referencia parcial (y engrosada) al Apéndice actualizador de esta obra por lo tocante a los préstamos hipotecarios que nos ocupan. En el aludido opúsculo y bajo el meritado epígrafe "Comentarios al artículo 14" dejé escrito, entre otras cosas que ahora no interesan, que:

Comentarios al artículo 14. Aproximación general al tema.—Con motivo de la adopción del nuevo RIE aprobado por el Real Decreto 2077/1986, de 25 de septiembre, que se limitó a decir en su artículo 12.3 que "los titulares de las inversiones reguladas por las disposiciones de este capítulo podrán, con previa autorización de la Dirección General de Transacciones Exteriores, recibir préstamos hipotecarios de las entidades de crédito españolas para la adquisición de inmuebles", se suscitó el tema, ciertamente crucial en el concreto devenir operativo de toda esta temática, de si ante la ausencia de normas de cobertura ejecutiva de tal disposición —dictadas con ulterioridad a la adopción de la misma— debía propugnarse la vigencia de la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975, conjunto normativo que fue dictado con la finalidad de proporcionar la correspondiente plataforma de detalle al artículo 20.2 del RIE anterior (precepto cuya concepción era prácticamente idéntica a la del citado artículo 12 del vigente RIE), tema que fue resuelto, práctica y doctrinalmente, en sentido afirmativo, entendiéndose que todo el bloque de normatividad de apoyo adoptado con referencia a los textos ahora derogados podía mantener actualizada su virtualidad en tanto en cuanto sus apremios no resultaren contradictorios ni incongruentes con los nuevos debidamente aportados por la LIE y RIE de reciente progenie.

Siendo ello así, debía legítimamente mantenerse la presencia en estas áreas de la liberalización resultante de la citada disposición, teniendo en cuenta la dicción literal de su instrucción 5.ª, apartado 1, según el cual:

"1. Se autoriza con carácter general a las personas físicas no residentes para que puedan obtener de las instituciones de Crédito Oficial, Banca Delegada y Cajas de Ahorro Confederadas créditos hipotecarios en pesetas con destino a la adquisición de inmuebles al amparo de lo dispuesto en el capítulo VI del Reglamento de Inversiones Extranjeras o en los números anteriores a esta Resolución, siempre que estos créditos reúnan las siguientes condiciones:

a) Sólo podrán utilizarse para la adquisición de un inmueble de nueva construcción o en primera transmisión a una persona de nacionalidad española residente en España.

b) No podrán ser otorgados en condiciones más favorables que aquellas que se apliquen con carácter general a los créditos similares otorgados en favor de residentes.

c) Deberán amortizarse con alguno de los medios de aportación dineraria exterior que señala el artículo 2.1.1 del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España.

d) Deberán destinarse al pago del inmueble que se hipoteca".

De tal precepto, cuya resonancia liberalizadora fue considerable, me ocupé en mi antes dicho libro *Estudios sobre inversiones extranjeras en España,* urdiendo en el mismo un conjunto de reflexiones sobre su alcance, que alojé en su epígrafe "Aproximación conceptual a la hipótesis prevista en la intrucción 5.ª de la Resolución de 30 de julio de 1975", observaciones que deben ser tenidas en cuenta en los actuales momentos expositivos en cuanto aporte normativo de indiscutible valor referencial.

Análisis del sistema vigente.—El sistema liberalizador que erige la Orden que nos ocupa (que se constituye en heredera directa del aporte criterial promovido sobre el particular por la Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989, concretamente de su artículo 1 ("En virtud del artículo 12.3 del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España, aprobado por Real Decreto 2077/1986, se autoriza a las entidades delegadas para otorgar a no residentes préstamos hipotecarios para la adquisición de inmuebles en España de acuerdo con el capítulo IV del Reglamento citado, con las mismas limitaciones establecidas por la Orden de 31 de julio de 1989. Las normas de esta Resolución serán aplicables a estos préstamos"), partiendo de la beligerancia actual de la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975 se encargó de derogar alguno de sus puntos de apoyo, abrogación que también se extendió a las instrucciones que con carácter provisional fueron remitidas por el Banco de España a las entidades delegadas el 11 de septiembre de 1989, caracterizándose la misma precisamente por las amplias cotas de libertad que se consiguen con su impulso, y ello tanto desde el punto de vista subjetivo como del objetivo y funcional. Así, desde el punto de vista subjetivo, el artículo 14 de la Orden que estamos glosando amplía considerablemente el espectro de prestamistas y prestatarios "liberalizados", agregando a la ya clásica categoría de entidades delegadas (operadores jurídicos que eran los únicos atenidos por la normativa anterior) a las denominadas Sociedades de Crédito Hipotecario, agentes económicos no contemplados en absoluto hasta ahora en estas áreas. Por otra parte, y desde el punto de vista del prestatario, el artículo 14 en cuestión, constituyéndose en albacea de lo que al efecto fue ya auspiciado (o por lo menos columbrado) por el escrito que procedente de la DGTE dio respuesta a la consulta formulada a dicho organismo por la Confederación Española de Cajas de Ahorro, sustituye la exigencia contenida en la supremencionada regla 5.1 de la Resolución de 30 de julio de 1975 en

el sentido de que tal prestatario fuere forzosamente una persona física no residente (único beneficiario del sistema liberalizador propuesto por tal disposición) por la mucho más omnicomprensiva consistente en la imposición de que el mismo sea un "no residente", fórmula que permite englobar dentro de su sentido circundativo —dada su genericidad indicativa— a las personas jurídicas.

Desde el punto de vista objetivo, el *plus* de liberalización que la disposición que estamos viendo introduce en este ámbito viene de la mano de que la misma, frente al criterio de restricción cuantitativa previsto en el escrito referenciado *ut supra,* no establece ningún *quantum* fijo más allá del cual el esquema liberalizador no funcione, sistema, por otra parte, que enlaza directamente con el ya seguido por la pluricitada instrucción 5.ª.1 de la Resolución de 30 de julio de 1975.

De todos modos, y siempre desde el enfoque objetivador del aludido *quantum,* tengo que poner en evidencia que se ha introducido un techo al mismo de tipología especial, límite que resulta mediatamente aportado por el artículo 1 de la Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989, disposición de intermediación ejecutiva en este orden de cosas a la que alude el artículo 14 objeto de nuestro análisis, precepto que impone que los créditos que estamos contemplando se ajusten a sus normas y limitaciones (las de las Resoluciones antes dichas), siendo éstas, en definitiva, las contenidas en la Orden de 31 de julio de 1989 (parcialmente modificado por la de 12 de marzo de 1990 que elevó el tope prestable) en obsequio a la remisión que a tal conjunto preceptual efectúa el supraindicado artículo 1 ("En virtud del artículo 12.3 del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España, aprobado por Real Decreto 2077/1986, se autoriza a las entidades delegadas para otorgar a no residentes préstamos hipotecarios para la adquisición de inmuebles en España de acuerdo con el capítulo IV del Reglamento citado, con las mismas limitaciones establecidas por la Orden de 31 de julio de 1989. Las normas de esta Resolución serán aplicables a estos préstamos").

En virtud de este complejo y alambicado sistema remisorio, el aludido techo no es individual, sino global, apareciendo reseñado el mismo en el único artículo de la calendada Orden de 31 de julio de 1989, según el cual:

"Las entidades delegadas podrán conceder libremente a no residentes préstamos y créditos en pesetas convertibles hasta que alcancen un monto global máximo que no exceda del 50 por 100 del saldo medio del importe pasivo diario en pesetas convertibles de cada entidad delegada, correspondiente al mes anterior (*).

(*) Debe tenerse en cuenta en el día de hoy que la Orden de 16 de abril de 1991 suprime el referido techo del 50 por 100.

No se considerarán incluidos dentro de dicho porcentaje del 50 por 100 los créditos a la exportación concedidos en pesetas por las entidades delegadas a los clientes no residentes de exportadores españoles (*).

En virtud de esta panorámica normativa, es evidente que los topes cuantitativos máximos de los créditos concedibles a los distintos prestatarios no residentes, de conformidad con el artículo 14 de la Orden de 4 de febrero de 1990, si bien no acreditan un techo infranqueable individual, sí se hallan, por el contrario, cuánticamente encorsetados por el nivel de concreta disponibilidad que acredite la entidad delegada de que se trate, hecho que determina el que los eventuales ulteriores prestatarios vean mermadas sus posibilidades al efecto en la misma medida en que el antes dicho porcentaje vaya decrementándose en función de los préstamos de idéntica tipología anteriormente concedidos, incluso hasta llegar a convertirse los mismos en un imposible absoluto, circunstancia que se producirá cuando tal disponibilidad haya sido totalmente consumida, hecho con el que mantiene una estrecha relación la regla contenida en el artículo 5 de la Orden dicha *ut supra,* según la cual, "si como consecuencia de un descenso en los pasivos en pesetas convertibles de la entidad delegada los créditos vivos superasen dicho límite del 50 por 100, estos créditos continuarán autorizados hasta su cancelación".

Siguiendo con el presente tratamiento y composición especulativa de la cuestión, tengo que poner de relieve que la antes indicada huella liberalizadora ha dejado su impronta en la Orden objeto de nuestra presente prospectiva con un ímpetu inusitado cuando de los presupuestos funcionales de la liberalización se trate, siendo así que ninguno de los condicionamientos de la misma contenidos en la pluricitada instrucción 5.1 de la antes dicha Resolución de 30 de julio de 1975 (ni en el escrito al que con anterioridad hicimos alusión) han sido recogidos por la Orden de moderna progenie que estamos viendo. Así, en los préstamos hipotecarios sometidos a debate, para resultar liberalizados, si bien deben destinarse forzosamente a la adquisición de inmuebles (exigencia cuyo contraste resulta de imposible realización por parte del fedatario) no requieren que tales inmuebles sean de nueva construcción o en primera transmisión, resultando asimismo indiferente la calidad nacional y residencial del transmitente. Del propio modo, la liberalización a la que nos venimos refiriendo entra en juego aunque las condiciones en que se desenvuelvan los créditos afectados por ella sean más favorables que las otorgadas a residentes respecto a créditos

---

(*) El tope inicialmente establecido era del 25 por 100, resultando elevado posteriormente hasta el 50 por 100 por la Orden antes mencionada de 12 de marzo de 1990, tope actualmente desaparecido en virtud de la Orden de 16 de abril de 1991. Véanse notas anteriores

similares, siendo asimismo reseñable que, a diferencia de lo que sucedía bajo el régimen proveído por la antes dicha Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975, cuya instrucción 5.ª, apartado *d),* exigía que la hipoteca que se instrumentase al efecto gravase precisamente el inmueble que se adquiriese con el montante dinerario del préstamo concedido, en el día de hoy tal exigente objetivación no se da, con lo que cabe perfectamente que la meritada hipoteca recaiga sobre cualquier otro inmueble ubicado en el territorio español, sea éste del propio prestatario no residente o de un tercero (residente o no).

Continuando en esta misma línea de análisis, tengo que aludir especialmente a otra clave de la liberalización ínsita en la normatividad que estamos observando, y es la consistente en que en la Orden que nos ocupa no se habla para nada de que tales préstamos deban ser amortizados con su aportación dineraria exterior, tal como exigía por su parte la instrucción 5.ª de la Resolución de 30 de julio de 1975, requerimiento que, por lo demás, fue ya atenuado en el escrito al que antes hicimos alusión al permitirse en el mismo que el prestatario utilizara a tales efectos un determinado porcentaje de las rentas obtenidas por el arrendamiento del inmueble adquirido, régimen que ahora se ha generalizado, posibilitándose que tal amortización se consume con cualquier tipo de activos dinerarios, sea cual fuere su concreta fuente generadora, si bien, en cualquier caso, tales activos deberán acreditar la condición de transferibles al exterior y, por lo tanto, de eventualmente ingresables en una cuenta extranjera de pesetas convertibles o de pesetas ordinarias, condición de transferibilidad que deberá adverarse de la forma adecuada a la concreta naturaleza del activo económico en cuestión.

Siempre partiendo de la base de que las primeras cuentas aludidas —la en pesetas convertibles— resultan abonables, y ello de forma libre, con los importes en pesetas procedentes de aquellos pagos efectuados por residentes a no residentes por cualquier concepto de balanza de pagos que a tenor de las normas vigentes o en virtud de autorización específica sean transferibles al exterior, *ex* artículo 2.2*.f)* de la Orden de 27 de junio de 1987 y norma 2.ª de la Circular 10/1989 del Banco de España de 30 de mayo, sobre tales cuentas, abonabilidad de factura incluso más liberalizada en su potencial proyección sobre las otras cuentas referidas —las extranjeras de pesetas ordinarias—, habida cuenta de lo que al respecto establece el artículo 3 de la Resolución de 20 de diciembre de 1985 y la instrucción 3.ª de la Circular 33/1986, de 18 de marzo, de la DGTE, siempre teniendo en cuenta que los importes así abonados sólo son transferibles (y consecuentemente convertibles) al extranjero bajo ciertos condicionamientos (matiz que no rige en absoluto para los fondos integrantes de los saldos de las otras cuentas dichas), fondos que una vez ingresados en las mismas quedan

automáticamente arropados del paradigma de la convertibilidad y transferibilidad.

En cualquier caso, la liberalización solutoria programada por la Orden sometida a debate no puede, en modo alguno, asolar la filosofía cardinal que impregna el conjunto de la normativa sobre el control de cambios, y siendo ello así la misma debe ser entendida en méritos a una interpretación contextual de todo el acervo preceptivo oportunamente albergado en tal parcela jurídica, interpretación que en lo que nos concierne ahora determina que aquellas hipotecas constituidas de conformidad con los patrones conformativos que estamos analizando no pueden ser canceladas sin que se acredite de forma plena —en los sendos ámbitos notariales y registrales— que los fondos utilizados en la amortización del préstamo de que se trate acreditan, bien una neta procedencia exterior (caso del sistema anterior) o bien una interior que incorpore el carácter de transferible, transferibilidad cuya constatación por el Fedatario y el Registrador competencialmente intervinientes demandara la puesta de manifiesto a los mismos de la oportuna certificación bancaria o bien de la pertinente credencial administrativa procedente de la DGTE justificativa de la aludida condición, determinando todo ello, en suma, la improcedencia de cualquier pago amortizatorio del crédito hipotecario de que se trate eventualmente ingresable en la categoría de pago de mano a mano, exigiéndose, en cualquier caso, que el mismo discurra por los cauces de procesalidad bancaria que enseñorean todas las parcelas solvenciales relacionadas con el control de cambios, cauces a los que deberá hacerse alusión suficiente en la escritura de carta de pago que la entidad concedente del préstamo otorgue en su día, otorgamiento condicionado a tales efectos y cuya peculiaridad deberá ser advertida en la escritura constitutiva del préstamo en cuestión y en la inscripción determinante del nacimiento de la hipoteca de que se trate, así como en la nota de despacho de la misma, cautelas impedientes de que un potencial desconocimiento por parte de los interesados de las singularidades satisfactivas dichas impidan la cancelación en su día de tal hipoteca, imposibilidad también extensiva a aquellos supuestos en los que la pertinente deuda asumida por el no residente como consecuencia del crédito previamente articulado pretenda ser satisfecha por un residente, bien en virtud del consiguiente acuerdo subrogatorio o bien *motu proprio* (pago por cuenta ajena), acuerdos y pagos que sólo previa autorización expresa de la DGTE resultan viables, tal como tendremos ocasión de exponer con más detalle al final de este capítulo.

Por otra parte, y partiendo de que la cantidad prestada debe destinarse —y ello de modo forzoso— a la adquisición de un inmueble radicado en España por parte del prestatario, la utilización solvencial de la misma materializa el consiguiente correspectivo de aportación dineraria exterior

(carácter que deriva del hecho de que su importe deberá ser amortizado como tal tipo de merced dineraria), debiendo discurrir su efectividad por los rigurosos cauces bancarios (eliminadores de un eventual pago de mano a mano) que diseña al efecto la normativa sobre control de cambios de inversiones extranjeras, ocupándose específicamente de tal detalle —en lo que concierne a la concreta disposición de los préstamos que nos ocupan— la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990, en la que, recogiéndose parcialmente la *praxis* resultante de la anterior de 23 de octubre de 1989, se dan normas para la comunicación de los créditos hipotecarios destinados a la adquisición de inmuebles, diciendo al efecto su artículo 1, en lo que nos interesa, que: "1. Los créditos hipotecarios denominados en pesetas, concedidos por las entidades delegadas o por sociedades de crédito hipotecario a personas no residentes, destinados a la adquisición de bienes inmuebles sitos en territorio español, autorizados por la Resolución de 23 de octubre de 1989 de esta Dirección General *(BOE* de 1 de noviembre) y por la Orden de 4 de febrero de 1990, o autorizados con carácter particular por la Dirección General de Transacciones Exteriores, de acuerdo con el artículo 12.3 del Reglamento de Inversiones Extranjeras, darán lugar a las siguientes comunicaciones en los estados VH-1 de "Cuentas extranjeras de pesetas convertibles":

a) Disposición del crédito (pagos directos al vendedor): Comunicación de pago model A(4) aplicada al Código estadístico 17.01.01 ("Créditos hipotecarios").

Si se trata de adquisiciones de inmuebles propiedad de un residente (vendedor), esta comunicación irá compensada con comunicación de un cobro modelo R(2) al código estadístico 14.50.01 ("Inversiones en bienes inmuebles para uso propio") ó 14.51.01 ("Inversiones en bienes inmuebles para actividad empresarial"), según proceda.

b) Amortización e intereses: Comunicaciones de cobro modelo R(2) aplicadas a los códigos estadísticos 17.01.02 y 17.01.03.

En las comunicaciones aplicadas al código 17.01.01/02/03 aparecerá como titular la entidad delegada que otorga el crédito hipotecario. En las comunicaciones aplicadas a los códigos 14.50.01/02/03 ó 14.51.01/02/03 aparecerá como titular el residente vendedor del inmueble, precepto, en suma, que viene a ser un complemento de la normativa básica resultante de la Resolución de la DGTE de 28 de abril de 1982 y, en definitiva, una consecuencia muy sectorial de la reserva de jurisdicencia consagrada por el artículo 18 del RIE antes transcrito.

Concluyo, pues, este punto poniendo de relieve que la liberalización auspiciada por la Orden que estamos viendo, aun siendo importante, no quebranta en modo alguno las cuadernas fundamentales de la normativa

regente del control de cambios impeditivas de una hipotética utilización solutoria de fondos monetarios cuya legítima procedencia foránea o internizada (aunque con visos —estos últimos— de foraneidad dadas sus peculiares condiciones de transferibilidad al exterior) no se acredite de la forma antes referida; acreditamiento que debe patentizar que tales fondos proceden, en suma, de una cuenta en divisas o de una extranjera en pesetas convertibles u ordinarias, requiriéndose además cuando tal procedencia conecte con la última de las cuentas dichas que los fondos efectivamente utilizados incorporen la condición de transferibles al exterior, circunstancia en cuya homologación deberá tenerse especialmente en cuenta las reglas que disciplinan las supradichas cuentas y la aludida transferibilidad, es decir, por un lado, la Resolución de 20 de diciembre de 1985 de la DGTE y la Circular 33 procedente del mismo Centro Directivo de 18 de marzo de 1986 (normas que se ocupan en aportar la pertinente cobertura funcional a la categoría de dichas cuentas, todo ello en relación con el fundamental Real Decreto 1723/1985, de 28 de agosto, que es su instaurador), y por el otro, la Circular número 38/1985 de la DGTE, de 8 de marzo, por la que se regulan las normas adjetivas aplicables a las operaciones invisibles corrientes liberalizadas por la Orden de 14 de septiembre de 1979.

Por lo tocante a la subrogación que el artículo que estamos viendo permite en unos términos de absoluta liberalización ejecutiva, únicamente hemos de poner de relieve que tal posibilidad funcional debe pasarse por el filtro de lo que acabamos de decir en relación con la forma de amortizar la deuda asumida como consecuencia de la subrogación efectuada, pago en cuya procesalidad deberá tenerse presente para todo el conjunto de consideraciones que han antecedido.

Por lo que se refiere a la valoración que nos merece el calendado artículo 14 de la Orden de 4 de febrero de 1990, tengo que poner de relieve que el mismo materializa un sistema de permisividad en este orden de cosas que en puridad podría calificarse de obvio y contradictorio; obvio, por cuanto que tras la adopción de la Orden de 31 de julio de 1989 todos los créditos concedidos por las entidades delegadas en pesetas convertibles en favor de no residentes dentro de los límites porcentuales explicados resultan absolutamente autorizados, y ello con independencia de que los mismos fueren garantizados o no con hipoteca. Por otra parte, tal obviedad también resulta predicable enfocando los préstamos y créditos que nos ocupan, no desde su propia mismidad, sino desde la constitutividad de la garantía (en este caso hipotecaria) que eventualmente lo refuercen, garantía que en la eventualidad debatida resultaba prestada por un no residente (el hipotecante-deudor) en favor de un residente (la entidad delegada concedente del préstamo o crédito reforzado) que aparecía como

acreedor de un también no residente (el mismo hipotecante-deudor), supuesto plenamente liberalizado a partir de la adopción del Real Decreto 2402/1980, disposición que al pormenorizar en su artículo 3.º, regla 8.ª, el espectro de garantías sometidas a control pretería por completo la que acabamos de describir, liberalización que se mantuvo bajo el imperio normativo de las Ordenes de 23 de enero de 1981 y 16 de febrero de 1989, que tampoco aludieron en modo alguno al evento considerado y cuya vigencia en la actualidad no ofrece la más mínima duda teniendo en cuenta el contenido absolutamente globalizador de la Orden de 19 de junio de 1990, que previa derogación expresa de las disposiciones indicadas *ut supra* ha venido a liberalizar todo tipo de garantías conectadas con el control de cambios.

Por lo que atañe al calificativo de contradictorio, el mismo resulta plenamente merecido, siendo así que frente al criterio absolutamente desobjetivado y generalizador de las meritadas disposiciones liberalizadoras de los susodichos préstamos y créditos (y de sus eventuales garantías), el artículo 4 que nos ocupa exige que tales operaciones (para resultar liberalizadas) se destinen monográficamente a la adquisición de inmuebles sitos en territorio español, exigencia que por lo tocante al préstamo y crédito en sí resulta tajantemente antinómica con el texto de la Orden de 31 de julio de 1989, que no introduce ningún condicionamiento objetivo en el sistema liberalizador que positiva y en lo que concierne a la garantía hipotecaria, si bien podía mantenerse su legitimidad con anterioridad a la adopción de la calendada Orden de 19 de junio de 1990, en los momentos presentes su persistencia es insostenible, teniendo en cuenta que tal disposición no condiciona la liberalización garantista que patrocina a ningún planteamiento de orden teleológico.

Pese a lo dicho, el sistema promovido por el pluricitado artículo 14 de la Orden de 4 de febrero resulta globalmente útil, no sólo por suponer el mismo una consagración normativa —a un nivel jerárquico ya aceptable— de una liberalización sectorial hasta entonces progamada desde un dispositivo nomotésico resolutorio (Resoluciones de 30 de julio de 1975 y 23 de octubre de 1989, ambas de la DGTE), sino también porque en un punto concreto, y por lo que atañe al negocio crediticio en sí, el esquema normativo que propicia excede en liberalizacion al previamente auspiciado por la Orden de 31 de julio de 1989, refiriéndome así a que para tal artículo 14 son de idéntica condición, a los efectos que estamos viendo, tanto los créditos que otorguen las entidades delegadas en pesetas convertibles, como aquellos que sean concedidos por Sociedades de Crédito Hipotecario, entidades no mencionadas como eventuales prestamistas en la pluricitada Orden de 31 de julio de 1989.

De todos modos, la ampliación del círculo de posibilidades que viene

de la mano de la introducción en el espectro de prestamistas privilegiados de las aludidas Sociedades de Crédito Hipotecario plantea el problema de precisar cuál sea la potencial objetivación de las operaciones crediticias convenidas por esta categoría especial de prestamistas (objetivación de la que va a depender su régimen), tema que a fin de no vaciar de contenido el subepígrafe siguiente (relativo al análisis de los eventuales créditos y préstamos en pesetas comunes concedidos por residentes a no residentes) trataremos al redactar tal subepígrafe.

Por lo tocante a la instrumentación documental de este tipo de préstamo y créditos, y teniendo en cuenta su carácter de hipotecarios, es evidente que la misma corre a cargo de los Notarios (y en su caso de los Cónsules, actuando con funciones notariales), quienes teniendo en cuenta la naturaleza de los condicionantes de la liberalización proveída por las disposiciones que han antecedido únicamente deberán someter a su control de legalidad aquellos extremos que hacen referencia a la concreta tipología del prestamista residente (que tendrá que ser una entidad delegada o una Sociedad de Crédito Hipotecario), a la del prestatario (que deberá revestir la condición de no residente, valorada en virtud de los criterios administrativos al uso) y a que lo efectivamente prestado son pesetas convertibles, quedando sustraídas a su evaluación las cuestiones relacionadas con el eventual encaje del préstamo en cuestión en el capítulo de potencialidades monetarias de la entidad concedente, posibilidades más o menos engrosadas según cual sea el concreto montante del saldo medio del importe pasivo diario en pesetas convertibles oportunamente acreditado por tal entidad (tema antes debatido) y las que exigen que el préstamo se destine a la adquisición de un inmueble sito en España (requisito de legítima constitutividad al que también nos hemos referido y que en cualquier caso queda al margen del supradicho control de legalidad a desplegar por el fedatario autorizante de la escritura en cuestión), escritura que una vez autorizada deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente previa la oportuna calificación positiva por parte de su titular del bloque de condicionantes a los que acabamos de aludir.

A fin de evitar reiteraciones me remito a lo que diré al final de este capítulo en relación con las singularidades que presentan las hipotecas que estamos viendo en su parangón con las comunes, aspecto que abordaré conjuntamente con las particularidades de las mismas a los efectos de los pactos subrogatorios que puedan mediar en sus sendos negocios jurídicos constitutivos.

Concluyo esta breve aproximación considerativa al sistema promovido por el artículo 14 de la Orden de 4 de febrero de 1990 poniendo de relieve que a través de la inserción en su esquema de liberalización del correspondiente ingrediente teleológico al que nos hemos referido (invertir el importe

del préstamo obtenido en la financiación de una adquisición inmobiliaria en España por parte del prestatario), lo que se ha conseguido de inmediato es que las cantidades prestadas, a pesar de ser convertibles, no sean susceptibles de exportación (ni como dinero escriturario ni a través de su conversión en divisas), debiendo forzosamente destinarse a la ejecución de la financiación dicha, que cuando llegue el momento deberá tener lugar a través de los rigurosos canales solutorios que nuestra normativa sobre el control de cambios e inversiones extranjeras erige, todo ello de conformidad con lo previsto por el artículo 18 del RIE (cuya transcripción tuvo lugar anteriormente al ocuparme de los créditos hipotecarios objetivados en divisas) y de su cortejo de disposiciones complementarias (también mencionadas en ése y otros lugares de este mismo volumen), rigurosidad solvencial que alcanza del propio modo al procedimiento que debe seguirse con el reembolso de los intereses del crédito de que se trate, reintegro que en cualquier caso deberá acontecer a través de pagos que deberán ser consumados de forma estrictamente bancaria y a los que aludiré, en la última de sus variantes, en la porción postrera de este mismo capítulo.

ac) En pesetas ordinarias

No cabe, por razones institucionales, admitir la posibilidad de que tales activos financieros constituyan el pertinente objeto de un préstamo de los que estamos viendo sin que sea legítimo respecto de los mismos extrapolar el criterio autorizativo resultante de la disposición aludida en el subepígrafe anterior, que únicamente atina —de forma explícita— a las pesetas convertibles.

ad) En pesetas comunes

aa) Introducción

Las supradichas pesetas constituyen las únicas de libre movilización por parte de los residentes y siendo ello así las mismas integran lo que podríamos etiquetar como de normal patrimonio utilizable por tales residentes a los fines crediticios que estamos debatiendo, utilización que, en principio, queda sujeta a todas las medidas de restricción proveídas por las normas generales sobre control de cambios antes aducidas, requirentes, como sabemos, de una autorización previa e individualizada para que los préstamos en tales componentes crematísticos de residentes a no residentes se conformen lícitamente.

No obstante —y al igual que hicimos con las hipótesis ya escrutadas— es necesario contrastar tal criterio restrictivo general con la ulterior normativa especializada de aplicación en la materia objeto del presente análisis, homologación que conduce a entender que existen, en realidad, dos categorías de préstamos de tal calibre: los normativa y genéricamente liberalizados y los que no gozan de tal cualidad, requiriendo estos últimos —de conformidad con las normas básicas antes aludidas del control de cambios— una actuación controladora y positiva —singularizada y previa— de la Administración.

En cualquier caso, conviene tener presente que ciertas modalidades de créditos de tal carácter serán debatidos —dada su evidente especialidad— de modo singular con posterioridad, acaeciendo ello concretamente con los descuentos de efectos cifrados en pesetas comunes librados por un residente con cargo a un no residente y aquellos que medien entre un inversor español y su establecimiento o sucursal en el extranjero, hipótesis —repito— a las que nos referiremos más tarde.

Dentro de este subepígrafe, y a base de una concepción amplia del mismo, podríamos incluir alguna variante financiera que presenta un cierto allegamiento (más o menos próximo o lejano, según la óptica con que se la mire) con la modalidad crediticia que estamos considerando, alternativas en las que pueden incluirse concretamente las transferencias de fondos (entre las cuales se incluye, obviamente, las meritadas pesetas comunes que nos ocupan) efectuadas por las entidades o personas físicas residentes a sus sucursales o establecimientos en el extranjero, dotaciones patrimoniales de cuyo régimen se ocupa el artículo 9 de la Orden de 19 de diciembre de 1988, disposición que nosotros veremos ulteriormente al analizar la modalidad crediticia que estamos evidenciando cuando la misma quede objetivada en divisas, estudio que acaecerá un poco más tarde.

Asimismo, es indiscutible que presenta una marcada propincuidad —si bien predominantemente económica— con la figura de los créditos y préstamos que estamos analizando los eventuales aplazamientos del pago del precio que pudieren convenirse en el delimitado marco de las compraventas inmobiliarias inversoras entre el deudor-comprador no residente, es decir, entre el inversor extranjero y el vendedor-acreedor residente, aplazamientos solvenciales que teniendo en cuenta lo que percibe como correspectivo dinerario el aludido vendedor y su indicada condición territorial —la de residente— sólo pueden objetivarse en pesetas comunes, si bien abonables, en méritos de la concreta operación negocial de donde emerja la obligación, con fondos integrantes de la categoría genérica de la denominada "aportación dineraria exterior" a la que alude como condicionante de la liberalización del supuesto, en su vertiente operativa más distendida y omnicomprensiva, el artículo 2.1 del RIE, precepto que liga

la virtualidad de tal liberalización (que en realidad pueda predicarse para la instrumentación de todo tipo de inversiones extranjeras en España), aparte de la inesquivable presencia en ellas de determinados presupuestos subjetivos, objetivos y funcionales a que las mismas se paguen con la susodicha aportación dineraria exterior, principio de general vigencia, repito, y que afecta también, por supuesto, a las inversiones extranjeras inmobiliarias presididas por los artículos 12 y siguientes del calendado RIE.

Siendo ello así, parece claro que el estudio de esta "especial" modalidad crediticia, articulada en pesetas comunes entre un residente y un no residente, podría acreditar su sede en estos precisos momentos expositivos, si bien tengo que decir al respecto que, por una parte, el análisis de lo que da de sí tal aplazamiento solvencial ha tenido ya lugar en el capítulo XX del volumen II de esta obra y que, por otra, al abordar el tema de los créditos hipotecarios en pesetas comunes entre los indicados operadores jurídicos, alguna de las cuestiones que serían debatibles ahora volverían a hacer acto de presencia, por lo que prefiero reservar su análisis para cuando acaezca el desentrañamiento de tales créditos hipotecarios, cosa que va a suceder de inmediato.

Tras este previo descartamiento especulativo, paso a ocuparme de una cuestión que, a mi juicio, arropa una importancia extraordinaria en el diseño crediticio delineado por la nueva normativa sobre el control de cambios, y es aquella que se polariza en torno a si en los momentos presentes se hallan liberalizados o no los créditos y préstamos que estamos viendo —los positivados en pesetas comunes entre residentes y no residentes, sean éstos hipotecarios o no— cuando en su conformación aparezca como prestamista una entidad delegada y como prestatario un inversor extranjero inmobiliario no residente, cuestión que planteada de otro modo nos lleva a interrogarnos sobre la eventual vigencia del criterio liberalizador resultante de la instrucción 5.ª de la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975, texto que despejando las dudas suscitadas al efecto bajo el régimen normativo del anterior RIE (el de 31 de octubre de 1974) posibilitó la instrumentación de los precitados créditos, siempre que fueren hipotecarios y se concitase en ellos todo el rosario de condicionantes dibujados por el mismo (véase la literalidad del texto en cuestión de este mismo capítulo).

Planteado así el asunto crucial a debatir, tengo que poner de manifiesto que su *quid* sustancial acredita un caudal de conflictividad ciertamente notable. Así, y dejando de lado los créditos de las características dichas en su versión no hipotecaria (cuya falta de liberalización es evidente al no hallarse posibilitados los mismos por la Resolución que acabamos de citar ni por ninguna otra disposición), la eventual liberalización de los hipote-

carios cuando los prestamistas son las indicadas entidades delegadas se enfrenta al hecho normativo de que presentemente existe una saga de disposiciones que disciplinan los potenciales préstamos en pesetas a conceder por tales agentes en favor de los no residentes que entraña sus funciones, pese a no derogar de forma total la Resolución que acabamos de citar, en una filosofía globalizadora de la cuestión cuyo ensamblaje con la misma no resulta fácil, acaeciendo ello concretamente con todas aquellas normas que acabamos de estudiar cuando nos referimos a los préstamos conformados entre residentes y no residentes objetivados en pesetas convertibles (Orden de 31 de julio de 1989, Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989, Orden de 4 de febrero de 1990 y Resolución del mismo Centro Directivo de 14 de mayo de 1990).

De todo este abarrotado panorama normativo se desprende un sistema liberalizador de los préstamos en pesetas convertibles que dentro de ciertos límites otorguen las entidades delegadas a los no residentes (en general) y a los inversores extranjeros inmobiliarios en particular (debiendo ser en este último caso hipotecarios), sistema que en teoría podía haber coexistido con absoluta normalidad con el diseñado por la resolución pluricitada de la DGTE de 30 de julio de 1975, siempre que se entendiese que la objetivación de las operaciones crediticias instrumentales a su amparo lo era en pesetas comunes (no convertibles), coexistencia que en vez de ser pacífica se ha convertido en sumamente polémica simplemente por mor de la referencia que a la meritada Resolución efectuó la de 23 de octubre de 1989, alusión cristalizada en la derogación de determinados puntos de la instrucción 5.ª de la primera, hecho que ha venido a tender un puente entre las respectivas preceptividades (la proveniente del bloque de disposiciones recientes que acabamos de circunstanciar y la que se aloja en la policitada Resolución de 30 de julio de 1975), que a la postre repercute en la falta de claridad que achacamos al sistema, toda vez que, una de dos: o bien tal comportamiento de legisfehaciencia derogatorio supone un acto normativo autónomo que únicamente mantiene con la disposición que la materializa un nexo estrictamente formal, o bien hay que atribuirle algún significado en relación con el *factum* atendido por la sustantividad ordinamental contenida en el grueso de la disposición derogante. De prevalecer la primera de las interpretaciones aducidas, legítimamente podría predicarse la pervivencia actual de los préstamos en pesetas comunes otorgables en su caso por las entidades delegadas al amparo de la Resolución de 30 de julio de 1975, pervivencia que resultaría incluso todavía más libre que con anterioridad en obsequio a la eliminación de determinados corsés operatorios por la vía de la derogación que nos ocupa. De entenderse como más viable la segunda, es evidente que tal posibilidad quedaría rigurosamente en entredicho, teniendo en cuenta que en base a tal acto

abrogario se establecería un nexo material entre una posibilidad normativa y otra, determinante, por supuesto, de la prevalencia de la última y, con ella, de la eliminación de la alternativa albergada en la Resolución de 30 de julio de 1975.

Teniendo en cuenta que en cualquier caso todos los créditos y préstamos potencialmente articulables en base a todo el conglomerado normativo mencionado han de ser reembolsados forzosamente con alguna de las categorías financieras integrantes de la denominada aportación dineraria exterior (o sea, divisas, ECUs o pesetas convertibles), es evidente que el mantenimiento de los dos tipos de posibilidades que estamos viendo (el de las objetivadas en pesetas comunes en méritos de lo eventualmente propugnado por la Resolución de 30 de julio de 1975, y el de las que permiten lo propio con las convertibles a las que aluden todas las restantes disposiciones) se relativiza desde el punto de vista operativo, pero sin llegar a provocar una precarización total de su respectiva virtualidad, siendo así que de admitir la beligerancia actual de la primera de las Resoluciones dichas, las entidades delegadas prestamistas no quedarían afectadas por los techos porcentuales que resultan de la Orden de 31 de julio de 1989, aunque, y como contrapartida, tampoco podrían concertar libremente los préstamos que nos ocupan con las personas jurídicas no residentes (cortapisa implícitamente resultante de la Resolución de 30 de julio de 1975 y no recogida por las restantes disposiciones dichas).

Por lo que a mí afecta, y salvo opinión mejor fundada, entiendo que pese a lo defectuoso de la técnica de legisfehaciencia que estamos estudiando, la modalidad crediticia cuyas cuadernas de liberalización provienen del texto meritado *ut supra* continúa viva (incluso con operatividad potenciada al haberse despojado —como ya hemos apuntado— de algunos corsés antes vigentes, en méritos a la abrogación parcial experimentada por la misma de conformidad con lo que antes adujimos), abonándome sin titubeos a tal solución en base a que ninguna interpretación puede conducir al absurdo ni a la incongruencia, y también porque en estas áreas, especialmente después de la incorporación de España a la CEE, deben apurarse al máximo todas aquellas posibilidades epistemológicas y de constructividad jurídica tendentes a multiplicar la eficacia del filón ya existente de potencialidades negociales liberalizadas.

ab') Préstamos liberalizados de modo general

Dentro de esta categoría genérica, aparte de resultar incluible en su caso la modalidad crediticia que nos ha ocupado precedentemente, así como algunas variantes de los aplazamientos solutorios eventualmente convenibles en las compraventas inmobiliarias materializadoras de las

correspondientes inversiones extranjeras (dilaciones solvenciales que serán analizadas con posterioridad en este mismo capítulo), nos encontramos con aquellas posibilidades crediticias atendidas por la Orden de 4 de febrero de 1990 a través de su artículo 14.2 ("Al amparo del artículo 12.3 del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España se autoriza con carácter general a las Sociedades de Crédito Hipotecario para otorgar créditos hipotecarios a no residentes para la adquisición de inmuebles en España, así como la subrogación de aquéllos en los créditos hipotecarios concedidos por estas sociedades que gravaran los inmuebles adquiridos de acuerdo con el capítulo IV del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España. Estas operaciones no requerirán verificación administrativa previa"), disposición que estribando su última *ratio* en el meritado artículo 12.3 ("Los titulares de las inversiones reguladas por las disposiciones de este capítulo podrán, con previa autorización de la Dirección General de Transacciones Exteriores, recibir préstamos hipotecarios de las entidades de crédito españolas para la adquisición de inmuebles") del vigente RIE vino a liberalizar por vez primera en nuestro ordenamiento de control de cambios la alternativa crediticia que estamos estudiando, cuyas concretas coordenadas de funcionalidad constitutiva son las siguientes:

a) *Subjetivas.*—Es imprescindible que el prestamista residente sea una Sociedad de Crédito Hipotecario y el prestatario un inversor extranjero comprador de un inmueble en España, siendo indiferente la condición ontológica que en concreto acredite éste, resultando liberalizados tanto los créditos otorgados a las personas físicas como a las jurídicas en la medida en que unas y otras parabolicen la aludida condición de inversor extranjero (*).

b) *Objetivas.*—El inmueble a hipotecar debe hallarse forzosamente ubicado en España, pero no es requisito *sine qua non* (aunque su presencia sea normal) que el mismo sea precisamente aquel cuya compra se financie con el importe del préstamo otorgado por la sociedad prestamista-acreedora hipotecaria, siendo perfectamente admisible que el débito a

(*) Las Sociedades de Crédito Hipotecario a que se refiere el precepto supratranscrito, en su consideración de operadores jurídicos dotados de potencialidades incentivadas en este orden de cosas, son aquellas entidades facultadas para actuar en el mercado hipotecario, cuyo régimen constitutivo y funcional se halla gobernado al alimón, aparte de por algunas otras disposiciones sectoriales de menor interés (y por las generales societarias que les sean aplicables) que no viene a cuenta reseñar, por los artículos 1 al 7 del Real Decreto 1144/1988, de 30 de septiembre, sobre creación de Bancos privados e instalación en España de entidades de crédito extranjeras y por el también Real Decreto 771/1989, de 23 de junio, sobre creación de Entidades de Crédito de ámbito operativo limitado, texto este último que para ilustración y comodidad del lector insertaremos en el Apéndice de este volumen.

garantizar resulte reforzado con una hipoteca constituida sobre otro bien, ya sea éste propiedad del hipotecante, perceptor del préstamo en cuestión, o de un tercero (persona física o jurídica, residente o no) que asumiría entonces el papel de fiador real o hipotecante por deuda ajena, posibilidad perfectamente viable en atención al silencio especificativo que sobre el particular mantiene el precepto que acabamos de transcribir (el art. 14.2 de la Orden de 4 de febrero de 1990), posición silente únicamente interpretable en el sentido expuesto en atención a la clásica paremia de *ubi lex ne distinguere nec distinguere debemus,* siendo éste el único argumento esgrimible sobre el particular, sin que sea legítimo aducir aquí el sistema liberalizador que para la constitución de todo tipo de garantías emerge de la pluricitada Orden de 19 de junio de 1990, siendo así que tal disposición (que en definitiva viene a maximizar en este orden de cosas el valor de la accesoriedad de toda vinculación garantista) permite la prestación de las mismas en la medida que el débito a robustecer se halle debidamente constituido (atendiendo a la normativa sobre el control de cambios), situación completamente diferente a la que estamos viendo en la que, invirtiéndose los papeles (o por lo menos posicionándose convergentemente en base a la potenciación institucional del significado de la entidad jurídica compleja denominada "crédito hipotecario"), el establecimiento de la relación crediticia subyacente queda liberalizado en la medida que se instrumentase *ab initio* con garantía hipotecaria, por lo que perfectamente podía acontecer que la norma liberalizadora enrocase parcialmente su significado previa la exigencia de que tal hipoteca recayese precisamente sobre el bien cuya financiación se destinase el importe del préstamo o crédito que nos ocupa, cosa que, como sabemos, no ha tenido lugar.

c) *Funcionales.*—Lo prestable son estrictamente pesetas comunes, sin que respecto a la posibilidad crediticia que nos entretiene pueda suscitarse en lo más mínimo el problema al que con anterioridad nos referiremos y que era el relativo a saber si en la actualidad las entidades delegadas sólo pueden prestar libremente a no residentes en pesetas convertibles o pueden también hacerlo en las comunes, cuestión que no es de recibo en el ámbito de las operaciones sometidas a nuestra actual óptica inquisitiva en obsequio a que las entidades concedentes no acreditan la disponibilidad legítima "normal" de otro tipo de fondos (dejando de lado su eventual titularidad —como cualquier otro residente— de alguna de las cuentas en divisas a las que alude la Resolución de la DGTE de 10 de mayo de 1988 o de las en ECUs, de conformidad con lo previsto por la Resolución de la DGTE de 22 de junio de 1990, componentes financieros cuyo estudio, en cuanto potenciales objetivadores de alguna variante de los préstamos y créditos que estamos viendo, es materia de especulación en otros pasajes de este mismo capítulo), a diferencia de las indicadas entidades delegadas

que en méritos a la posición privilegiada que asumen en el panorama normativo español del control de cambios puede legítimamente disponer —y ello de forma normal e indistinta— de pesetas convertibles y comunes, posibilidad de la que carecen las Sociedades de Crédito Hipotecario, cuya normal tenencia de fondos monetarios —en cuanto residentes no optimizados— se reduce a las comunes.

Partiendo de esta evidencia, lo que también aparece claro es que el reintegro por parte del prestatario no residente del capital prestado (y del pago de los correspondientes intereses) deberá efectuarse con la consiguiente aportación dineraria exterior (atribuyendo a esta expresión el alcance antes puesto de manifiesto), resultando tal exigencia (no recogida, por cierto, de forma explícita en el artículo 14.2 de la Orden de 4 de febrero de 1990) de una interpretación sinfónica de la normativa general sobre el control de cambios y también del hecho de que la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990 que regula el procedimiento a seguir para la pertinente comunicación al Banco de España de los movimientos relacionados con esta categoría de préstamos y créditos siempre parte en el delineamiento de sus consiguientes labores instructorias del dato de que los susodichos pagos retributivos y amortizatorios se han de efectuar con alguno de los ingredientes financieros integrantes de la antes dicha aportación dineraria exterior, o sea, divisas, ECUs o pesetas convertibles, labores que se materializan en el seguimiento de una abigarrada procesalidad (contenida en el art. 1 de la Resolución últimamente citada y cuyo texto quedó transcrito cuando realizamos la exégesis de los créditos cifrados en pesetas convertibles concedidos por las entidades delegadas a no residentes), siendo del propio modo colacionable lo que también dijimos allí acerca de la barrera que se levanta para la eventual exportación de los fondos prestados cuando los mismos resultan estrictamente destinados a la adquisición de un inmueble en España, aunque en el caso que estamos viendo tal inexportabilidad resulta más "natural" teniendo en cuenta la naturaleza de los elementos objetivadores de los préstamos que nos ocupan (que son pesetas comunes, y no convertibles como en la hipótesis antes dicha).

Intimamente ligado con lo que acabamos de decir se halla el hecho de que la operación crediticia materia de este análisis constituye un *prius* para otra de inversión extranjera, proviniendo tal compleja secuencialidad del componente teleológico que acompaña a la liberalización programada por el antes literalizado artículo 14.2 de la Orden de 4 de febrero de 1990, precepto que exige, como deriva fundamental de su propia razón de ser, el que el crédito obtenido se destine de forma efectiva a la adquisición de un inmueble en España, instrumentándose la aplicación del importe obtenido en tal concepto de la forma que estipula el antes aludido artículo 1

de la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990, adquisición corporeizadora de una inversión extranjera normal y de la que se deriva todo el bloque de potencialidades que son de rigor, entre ellas las relativas al ejercicio del correspondiente derecho de transferencia al exterior.

Por lo que se refiere a la labor de control a desplegar por el fedatario autorizante de la escritura de hipoteca en cuestión y el Registrador de la Propiedad llamado a prestar su congruente débito competencial al efecto, tengo que recalcar que la misma, en cuanto referida al paquete de condicionantes demandado por la normativa sobre el control de cambios, es simple en extremo, debiendo limitarse a comprobar la condición de Sociedad de Crédito Hipotecario del prestamista residente y la no residencial del prestatario, así como que lo efectivamente prestado son pesetas comunes, quedando al margen de sus cometidos de contraste la comprobación de si el préstamo en cuestión se destina de modo efectivo a la adquisición de un inmueble en España, aunque si esta adquisición llega a materializarse tales profesionales deberán comprobar que el pago de la misma (efectuado con las indicadas pesetas comunes) se realiza bancariamente, de conformidad con lo previsto en la Resolución de 28 de abril de 1982 y en la de 14 de mayo de 1990 (ambas de la DGTE), y siempre teniendo en cuenta el pedimento básico consignado en el artículo 18 del RIE (precepto cuya transcripción fue efectuada anteriormente cuando investigamos este mismo tema en relación con los préstamos hipotecarios cifrados en divisas o ECUs), conjunto de preceptos que bloquean en este caso, y en todos los que se instrumentan inversiones extranjeras, el pago confesado o de mano a mano, *praxis* solutoria cuya legitimidad queda también proscrita llegado el momento del reembolso del capital prestado y del logro de la cancelación de la hipoteca constituida, temas que veremos en la última parte de este mismo capítulo.

ac') Préstamos no liberalizados de modo general

Cualquier otra posibilidad crediticia instrumentada —en cuanto préstamo financiero— con pesetas comunes entre residentes y no residentes requiere la previa habilitación dimanante de la DGTE, debiendo incluirse en esta relación aquellos otorgados por las indicadas Sociedades de Crédito Hipotecario sin la pertinente cobertura hipotecaria, así como los vehiculizados en los aplazamientos solvenciales a los que hemos hecho alusión anteriormente cuando el "prestatario" (o sea, el comprador con precio aplazado) sea una persona jurídica no residente, valiendo esta apreciación hermenéutica tanto si prevalece la tesis de que para la lícita conformación del supuesto se requiere la propia autorización administrativa

como si sólo resulta demandable la verificación positiva, ya que en ambos casos —diferencias de matiz aparte— la constitutividad del supuesto queda totalmente sustraída a la libre disponibilidad de las partes, pudiendo incluirse en esta relación de potenciales supuestos sólo instrumentables previa la pertinente autorización todo el resto de posibilidades que pudieren plantearse, entre las cuales cabría incluir aquellas materializadas en los préstamos en pesetas comunes (hipotecarios o no) concedidos por las entidades delegadas a los no residentes para la adquisición de inmuebles ubicados en España, siempre que en definitiva prosperare la opinión adversa a la mía en el sentido de entender que la nueva normativa sobre los préstamos y créditos en pesetas convertibles (a conceder en su caso por tales entidades) ha "devorado" el sentido posibilista resultante de la Resolución de la DGTE (instrucción 5.ª) de 30 de julio de 1975, tema tratado con suficiente amplitud en las páginas precedentes.

Por lo tocante a las tareas de control que deben desempeñar los fedatarios (y eventualmente los Registradores de la Propiedad), entiendo que las mismas serán muy simples cuando el supuesto contemplado requiera la previa obtención de la autorización administrativa antes reseñada, ya que en este caso las calendadas labores de control deberán contraerse a la comprobación de su existencia (y a que el supuesto a calificar encaja perfectamente en el marco de lo autorizado). Por el contrario, y tratándose de supuestos sometidos a verificación, entiendo que tales profesionales deben comprobar la justeza de la misma, es decir, la congruencia de lo verificado a la luz de la normatividad aplicable al caso, asentándose la *ratio* de este matiz diferencial en la profunda distinción que media entre un alto autorizativo (básicamente discrecional, y por ello no controlable por los meritados profesionales excepto de lo estrictamente competencial y formal) y uno verificador (esencialmente reglado y controlable en su integridad por los mismos).

C) Especiales

a) *Introducción*

El etiquetar de "especiales" determinadas modalidades de los créditos que estamos viendo constituye —como ya hemos apuntado— una tarea sumamente arriesgada, dado que los que hemos catalogado de "comunes" —y que sirven de imprescindible fiel comparativo— tampoco acreditan, como entidad a categorizar, unas líneas basamentales y de confinamiento perfectamente definidas.

Así las cosas, y asumiendo los inconvenientes de un reduccionismo a

la unidad erizado de dificultades, vamos a ocuparnos, a seguidas, de determinados supuestos que presentan en su régimen nomotésico notas de acusada excepcionalidad y en los que se hallan presentes, en cuanto señas de identidad categorizadoras, bien rasgos de metaforicidad (residencial o no residencial), bien agudas dosis de singularidad en cuanto a su congruente subjetivación, o bien, en última instancia, un estimable gramaje de funcionalidad financiera fuera de lo común.

Sobre la base de tal introito, vamos a entretenernos en trazar de inmediato un cuadro expositivo acerca de tales variantes especiales, diversificándolas, al igual que hicimos con las calificadas de comunes, según cuáles sean sus distintos componentes objetivadores (divisas, pesetas convertibles, ordinarias y comunes), distinguiendo según se trate de préstamos concedidos por residentes a no residentes o viceversa, cuadro que vamos a hacer extensivo a determinadas hipótesis crediticias convenidas exclusivamente entre residentes o no residentes (pese a que las mismas se hallan sustraídas, en principio, de la normativa sobre el control de cambios), concluyendo su diseño con una breve alusión enriquecedora a determinadas modalidades de técnica financiera conectada con la negociabilidad sometida a debate, que alojan en su seno una especificidad instrumental que conviene desentrañar desde la perspectiva del aludido control de cambios.

b) *En divisas*

aa) Concedidos por no residentes a residentes

aa') Idea general

Dentro del capítulo de préstamos especiales en el ámbito de los objetivados con divisas, vamos a ocuparnos de dos alternativas concretas: la referente a aquella en la que el prestamista no residente, titular de las divisas objeto del negocio financiero de préstamo en cuestión, asuma la posición jurídico-administrativa de no residente metafórico, y la consistente en los préstamos de la tipología genérica que estamos considerando cuando los mismos se articulan, instrumentan o median entre una entidad o persona física no residente y su establecimiento o sucursal en España.

ab') De un residente real-no residente metafórico a un residente

Uno de los temas más espinosos —y de más agudos y filamentados quiebros— es el relativo al tratamiento que merezcan, desde el circunscrito punto de vista del control de cambios, los trueques residenciales de los

implicados en su vigor, cuestión de polivalentes perfiles de la que ya nos ocupamos con singular intensidad en el tomo I, volumen I, de esta obra, especialmente en los capítulos VII, VIII, IX y XII.

Sobre la base de lo allí explicado, tengo que recalcar ahora que la supradicha problemática presenta un tronco de conflictividad de considerable grosor y polivalencia, cuyas capas concéntricas de recubrimiento aparecen materializadas por diversos tegumentos conflictivizados, tales como el de la posible utilización por residentes (españoles y extranjeros), como medios solutorios de inversiones extranjeras en nuestro país, de componentes patrimoniales (capital y rentas) generados en el exterior durante su tiempo de permanencia en el mismo. Del propio modo, y desde vertientes especulativas de suficiente latitud, también nos ocupamos en desbrozar la cuestión relativa a la precisión del carácter —desde la óptica toscamente simplificadora del control de cambios y de su subparcela de la inversión extranjera— de las adquisiciones de activos españoles por parte de ciudadanos no residentes advenidos a la condición de residentes, distinguiendo los distintos medios de pago (de procedencia interior o exterior) utilizados al efecto, cuestión directamente entrañada con la precisión ontológica de cuál sea la situación en la que quedan las inversiones extranjeras efectuadas por los supradichos ciudadanos (o los españoles, en su caso) no residentes cuando de tal ubicación jurídico-territorial transiten a la de residentes, temas todos ellos suficientemente entrelazados que presuponen mutaciones y trueques de la pristina situación territorial (de residentes o su antinomia) detentada por el operador jurídico (nacional o foráneo) considerado.

Siendo ello así, es evidente que la especialidad negocial de los préstamos que vamos a evidenciar aparece directamente imbricada con todo el conjunto de reflexiones que quedaron ya debidamente explayadas en los correspondientes pasajes expositivos del tomo I anteriormente referenciados, observaciones de porte explicativo que acreditaban como punto fundamental de irrupción metodológico un bloque intelectivo bastante denso acerca de las concretas alternativas genéticas de la metaforicidad residencial, es decir, de aquellas situaciones en las que residentes o no residentes "reales" ostentaban potencialidades de *agere licere* en el entorno del control de cambios (y consecuentemente de la inversión extranjera) cuya viabilidad sólo era legítimamente planteable desde posicionamientos jurídico-territoriales antagónicos, suponiendo ello, en definitiva, la titularización de la condición administrativizada de residente o de no residente (alternativa crucial para los vectores jurídicos que estamos debatiendo) de talante putativo o espiritualizado, ubicación que podría asimilarse salvando, obviamente, las diferencias, con lo que desde planos gnoseológicos de teoría general jurídica se califica de posesión civilísima, entidad científica

cuya dimensión conceptual, en su aproximación al caso que nos preocupa, tendría que engrosar con su vertiente antónima, que sería la de la desposesión civilísima, supuestos que yo califiqué con la, a mi juicio, gráfica expresión de "residencia o no residencia metafórica", situaciones que afectan a aquellos residentes o no residentes "reales" que en determinadas hipótesis pueden actuar —a efectos del control de cambios— como residentes, y viceversa (caso en el que un residente real puede comportarse como no residente).

Siguiendo con este liviano acarreo de observaciones recordatorias de lo que con más extensión aduje en las porciones expositivas de mi obra antes reseñadas, sólo resta para concluir con las mismas que me refiera brevemente a los concretos veneros ordinamentales de metaforicidad residencial que nos es dable vislumbrar en nuestro ordenamiento jurídico de control de cambios (y de la inversión extranjera), fuentes que podemos diversificar en una doble categoría, según que las mismas enfoquen el problema en obsequio a planteamientos de máxima globalidad o bien lo hagan, por el contrario, desde centros de gravedad normativos más sectorializados. En relación con el primero de los campos dichos, constituyen principios angulares sobre el particular (en cuanto legitimadores al máximo nivel de todo el resto de posibilidades de jurisdicencia particularizada al respecto) los contenidos en los artículos 4 de la Ley de Régimen Jurídico del Control de Cambios (LRJCC), de 10 de diciembre de 1979, y 10 de su texto reglamentario general que es el Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre de 1980, diciendo el primero de ellos sobre el particular (en texto de denotación legal que corrobora, *pari pasu,* el segundo de los preceptos indicados) en su apartado 1, que: "Las personas físicas de nacionalidad española que residan en el extranjero tendrán la consideración de residentes respecto al patrimonio constituido en España con anterioridad a su toma de residencia en el extranjero y a las rentas procedentes del mismo", precepto que acuña la posición de metaforicidad residencial antes aludida en su sentido positivo (un no residente real que es considerado como residente en España) y cuyo alcance debe completarse con la norma contenida en el apartado 2 del propio artículo, regla que viene a plasmar la situación opuesta a la descrita (la del residente real que normativamente es tenido como no residente) y cuyo tenor literal es el siguiente:

"Las personas físicas de nacionalidad extranjera que residan en España tendrán la consideración de no residentes respecto al patrimonio constituido fuera de España con anterioridad a la toma de residencia y a las rentas procedentes del mismo.

Las personas físicas de nacionalidad española que residan en España tendrán la consideración de no residentes respecto al patrimonio constituido fuera de España durante su residencia en el extranjero".

Ciertamente, los preceptos transcritos *ut supra* no constituyen un modelo de claridad y las dudas provocadas por su elíptica redacción fueron consistentes, dudas motivadas especialmente por la ambigua expresión de "patrimonio constituido fuera de España" y a la diferencia de trato que era detectable en su seno por lo concerniente a que los españoles no residentes metafóricos sólo podían hacer valer tal calidad en cuanto al supradicho patrimonio y no respecto a sus rentas (a diferencia de lo que acontecía con sus congéneres extranjeros).

En cualquier caso, y pese a las alegadas incertidumbres (que la normación ulterior a la apuntada contribuyo en gran medida a paliar, destacando en tal sentido la luz que aportó al tema el ahora derogado Real Decreto 622/1981, de 27 de marzo, cuyo artículo 2.1 sentó sobre el particular que "las inversiones efectuadas por extranjeros residentes mediante capital exterior tendrán la consideración de inversiones extranjeras, con los derechos y obligaciones propios de dicho régimen", precepto que no sólo reafirmó en el área de las inversiones extranjeras las posibilidades previstas *in genere* por la normativa sobre el control de cambios vista, sino que prescindió por completo de la exigencia contenida en la misma de que lo utilizable a tales efectos fuere exclusivamente el patrimonio constituido "fuera de España", demandando únicamente que tales inversiones resultaren instrumentadas solvencialmente mediante "capital exterior", noción de amplios perfiles de cuya interpretación se ocupó con su destreza habitual NÚÑEZ LAGOS en su obra dicha, pág. 387), la operatividad permitida por el bloque ordinamental que acabamos de reseñar resultaba perfectamente diáfana, contribuyendo, por lo demás, a la concreción de sus confines (por lo que atañe a la preceptividad vigente), y esta vez con evidente rigurosidad legisfehaciente, tanto la normativa ulterior sobre inversiones extranjeras como la proyectada de forma directa sobre la funcionalidad que estamos escudriñando en el ámbito de las cuentas conectadas con el control de cambios.

Desde la primera de las vertientes ordinamentales que acabamos de mencionar, resulta absolutamente noticiable el sentido normativo que se desprende del conjunto preceptual contenido en el artículo 1 del RIE ("1.1. Las inversiones realizadas en España por españoles no residentes perderán la condición de extranjeras cuando su titular recupere la residencia en territorio español; y no adquirirán tal condición las que realice a partir de este momento cualquiera que sea el origen del capital invertido. 1.2. Las inversiones realizadas en España por extranjeros no residentes no perderán la condición de extranjeras cuando su titular adquiera residencia en territorio español; las que realice a partir de este momento serán extranjeras si se efectúan con capital exterior, y unas y otras mantendrán su naturaleza de extranjeras cuando el titular pierda la residencia española.

1.3. Las inversiones realizadas en España con pesetas ordinarias por extranjeros residentes no se considerarán extranjeras. En caso de cambio de residencia del inversor se aplicará a estas inversiones la normativa sobre transferencias privadas de emigrantes. 1.4. La condición de no residente se acreditará, cuando sea necesario, en la forma que establezca el Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre. 1.5. Se presume, salvo prueba en contrario, que las inversiones en España hechas sin precisar el origen del capital invertido por españoles no residentes y por extranjeros residentes no son inversiones extranjeras"), precepto de consistente impacto en todo el bloque de problematicidad al que antes hicimos alusión y de cuya exégesis me ocupé con suficiente detenimiento en el antes indicado volumen del tomo I de esta obra a donde me remito, recordatorio no obstante que no impedirá el que la meritada problemática vuelva a hacer acto de presencia en estas páginas en todo aquello que juzgue necesario para una mejor comprensión de la materia que estamos investigando.

Por otra parte, y ya desde parcelas directamente conectadas con la procesalidad a la que debe atenerse el manejo solutorio de los medios de pago crematísticos regulados por la normativa sobre el control de cambios, es de tener en cuenta que los pedimentos basilares relativos a las situaciones de mataforicidad residencial antes vistos han recibido la pertinente respuesta normativa por lo tocante a la concreta instrumentación de las cuentas bancarias que los recojan, quedando diafanizado el tema relativo a la peculiar forma de entender la residencia de los titulares de tales cuentas por concretas disposiciones que se encargan de la tutoría operativa de las mismas.

Así, y desde premisas ordinamentales de talante generalizador, es de notar que el Real Decreto 1723/1985, de 28 de agosto, simplificador y unificador del sistema de cuentas extranjeras en pesetas, dispuso en su artículo 6, en absoluta sintonía normativa con los apremios preceptuales básicos antes relacionados, "que las personas físicas de nacionalidad extranjera o españoles residentes en España, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 40/1979 y en el artículo 4 *(sic)* (debió decir el 10) del Real Decreto 2402/1980, sobre régimen jurídico de control de cambios, tengan la consideración de no residentes respecto al patrimonio constituido en el exterior hasta su toma de residencia, podrán ser titulares de cuentas extranjeras en divisas o en pesetas convertibles, en las condiciones y con los requisitos que establezcan el Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España".

Tal precepto, oportunamente sancionador en el área bancaria del excepcional régimen de no residencialidad metafórica objeto de nuestras consideraciones, se constituyó en el repunte normativo básico al respecto, punto de irrupción preceptual que, a su vez, fue desarrollado por otras

disposiciones de rasgos más adjetivos y sectoriales, disposiciones debidamente orientadas, de una parte, a poner de manifiesto los presupuestos de la concreta funcionalidad general a la que debe atenerse la persistencia, *in genere,* de la titularidad del patrimonio foraneizado del nacional y extranjero no residente metafórico, condicionantes a los que alude la Resolución de la DGTE de 9 de octubre de 1985, y de otra, a articular de forma específica el régimen de las cuentas extranjeras en las que, en su caso, quedasen abonados los componentes dinerarios generados fuera de España (o dentro, cuando su genética se atempere a determinados presupuestos constitutivos), instrumentación cuyas coordenadas fueron explicitadas, por lo tocante a las cuentas en divisas en favor de no residentes, por la Circular 5/1987, de 13 de marzo, sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera procedente del Banco de España; y en lo que atañe a las cuentas extranjeras de pesetas convertibles, por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 26 de junio de 1987 (*).

En lo que se refiere a la cuentas en divisas, la posibilidad de que el no residente metafórico abra o mantenga una cuenta de tal carácter suscitó en principio considerables dudas entre los autores que se ocuparon de la materia, especialmente porque la ya mencionada Circular 9-DE, que rigió hasta el mismo momento de la adopción por el Banco de España de la 5/1987, no ofertó, en modo alguno, cobertura operativa requisital a las reglas fundamentales provenientes de la LRJCC y de su Reglamento (tema del que me ocupé, contando con la inestimable ayuda al respecto de LUCAS FERNÁNDEZ, en el capítulo XII del volumen I del tomo I antes dicho), dudas en la actualidad afortunadamente superadas no sólo por el expresivo *dictum* contenido en el artículo 6 del Real Decreto 1725/1985, que indistintamente alude, en cuanto congruentes destinatarias de su impulso —tal como hemos visto—, a las cuentas en divisas y a las en pesetas convertibles, sino también por el correspondiente *prescriptum* dimanante del artículo 5 de la Resolución de 9 de octubre de 1985, también citada con anterioridad, según el cual: "Los españoles y extranjeros podrán abonar sus cuentas en divisas o pesetas convertibles con cantidades procedentes del patrimonio reflejado en la declaración...", precepto que es suficientemente explícito en cuanto confirmador de la posibilidad dual de que tanto los españoles como los extranjeros residentes "reales" puedan mantener [o abrir, en su caso, *ex* art. 4 de la supradicha Resolución ("Las entidades delegadas exigirán la presentación de la copia de la declaración sellada

(*) La Circular referenciada ha sido modificada por la 3/1989, de 10 de febrero y la Orden dicha, por las ulteriores de 10 de abril de 1989 y 12 de marzo de 1990, debiendo también tenerse muy presente en la concreta operatividad de las cuentas extranjeras en pesetas convertibles lo establecido por la Circular 10/1989 del Banco de España, de 30 de mayo.

por la Dirección General de Transacciones Exteriores, tanto para el mantenimiento de las cuentas en divisas o en pesetas convertibles abiertas antes del traslado de residencia como para la apertura de nuevas cuentas...")] las supradichas cuentas en divisas, completándose así, en línea con los pronunciamientos permisivos sobre el particular, resultantes tanto de la normativa básica sobre el control de cambios como del fundamental Real Decreto unificador del régimen jurídico de las cuentas extranjeras, la inexpresividad que al respecto transe la Circular antes dicha 5/1987, cuya norma 3.ª (que alude al tema de la no residencia del titular de las cuentas que tal disposición regula) no menciona *ad litteris* la potencialidad de tales no residentes metafóricos para ser titulares (persistentes o *ex novo)* de las meritadas cuentas en divisas, inexpresión que también reluce en la Resolución de la DGTE de 10 de mayo de 1988 sobre cuentas en divisas de residentes abiertas en las oficinas operantes en España de las entidades delegadas a nombre de personas físicas o jurídicas residentes, texto que en modo alguno se refiere a la posibilidad contable que estamos viendo, determinando todo ello un considerable vacío legal respecto al régimen de apertura (que debe entenderse autorizada de modo genérico) y movilización de las mismas, vacío normativo oportunamente colmable mediante la pertinente labor de integración jurídica, tarea reconstructiva en la que asumen un relevante papel (especialmente por lo que se refiere a la concreción de los eventuales abonos y adeudos a realizar en tales cuentas) las disposiciones anteriormente barajadas, es decir, la Circular 5/1987 del Banco de España y la Resolución de la DGTE que acabamos de citar.

A pesar de la certeza generalizada de todo lo aducido *ut supra,* la posibilidad de que residentes reales-no residentes metafóricos abran cuentas en divisas de forma liberalizada acredita una fuente normativa concreta —aparte de la general resultante del art. 4 de la LRJCC y 10 de su Reglamento—, si bien bastante imprecisa y de porte muy especializado, positivándose la misma en la Carta-Circular 1/1989 de la DGTE, de 16 de marzo, sobre acreditación de la no residencia de determinados trabajadores españoles en el extranjero y sobre tenencia y disponibilidad de divisas autorizada por el artículo 7.4 del Real Decreto 2402/1980, texto producto del insondable filón de posibilidades de normofehaciencia reglamentaria titularizado por el Gobierno en este orden de cosas que en su apartado 2 se encarga de puntualizar que el meritado precepto "autoriza la tenencia y disponibilidad de divisas para los españoles que habiéndose trasladado al extranjero con ánimo de residir allí y no estando todavía inscritos como residentes en el Registro del Consulado español correspondiente estén tramitando el cambio de residencia a través de los organismos oficiales correspondientes".

Tras este pasaje, que podríamos calificar de preambular, el precepto

que nos ocupa impacta directamente en lo que nos interesa, diciendo literalmente que "esa autorización abarca la tenencia en divisas tanto en España como en el extranjero, puesto que el Real Decreto no distingue. En consecuencia, las personas a que se refiere el artículo citado podrán abrir cuenta en divisas en entidades delegadas. Tales cuentas se considerarán como de no residentes".

Vemos, pues, que el precepto que acabamos de transcribir erige una variante de las cuentas en divisas en favor de no residentes de tipología verdaderamente especial y que en puridad, y a pesar de su matiz singularizado, podría considerarse titularizada por un residente real-no residente metafórico, singularidad que viene de la mano de que así como en las hipótesis normales tal situación de residencia metafórica proviene del hecho de que tratándose de españoles la misma requiere el retorno (permanente) a España de alguien que en su día se trasladó domiciliarmente al extranjero en la eventualidad que estamos viendo, la misma afecta a quien va a dejarla (aunque no lo haya hecho todavía), circunstancia que introduce una variante de especialidad en la aludida calidad de no residencia metafórica eventualmente ostentada por los españoles.

Siguiendo con este desmenuzamiento analítico de la cuestión, que estimo imprescindible para el logro de una acabada cognición epistemológica sobre esta temática, tengo que poner de relieve que la aludida inexpresividad denotativa al efecto, y a la que acabamos de hacer alusión (colmada a base de una aplicación asonante de las normas que vamos barajando), no se da en la vertiente de las cuentas extranjeras en pesetas convertibles, toda vez que la disposición básica que las disciplina, es decir, la antes referida Orden de 26 de junio de 1987, atiende, taxativa y directamente, a la potencialidad que estamos considerando, al decir de su artículo 3.2, que: "En el caso de personas físicas, españolas o extranjeras, que pasen a residir a España y que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 40/1989 y en el artículo 4 *(sic,* debió decir el 10) del Real Decreto 2402/1980, sobre Régimen Jurídico del Control de Cambios, conserven la condición de no residentes respecto a su patrimonio en el exterior, podrán continuar como titulares de cuentas extranjeras de pesetas convertibles siempre que acrediten ante la entidad delegada que han declarado a la Dirección General de Transacciones Exteriores su patrimonio constituido en el extranjero. Dicha acreditación se efectuará mediante copia de la notificación que dicho Centro Directivo les hubiera dirigido acusando recibo de la presentación de la citada declaración".

Prosiguiendo con el estudio de este orden de cuestiones, tengo que puntualizar que el precepto que acabamos de transcribir no permite el menor resquicio de duda sobre su significado. De todos modos, y apurando el análisis de su alcance, no puedo menos de poner de relieve que el

mismo no deviene globalizador de toda la suerte de posibilidades que emergen de la hipotética actuación del no residente metafórico en su conexión con el problema de la titularidad de las cuentas que estamos viendo, ya que el calendado precepto sólo alude concretamente al eventual mantenimiento de éstas por parte del operador jurídico —nacional o extranjero— que resulte adornado por tal excepcional condición sin hacer la más mínima alusión a la potencialidad de que el meritado operador aperture *ex novo* una cuenta de tal tipo, alternativa cuya viabilidad —a pesar del silencio que sobre la misma mantiene el artículo pretranscrito— queda fuera de toda duda al acreditar el soporte de todo el conjunto de prescripciones que sobre el particular provienen de la normativa antes referenciada y cuya muestra más sobresaliente resulta ser el antes transcrito —parcialmente— artículo 4 de la Resolución de 9 de abril de 1985, precepto que alude indistintamente tanto al mantenimiento de las cuentas ya existentes en el momento del cambio residencial tomado en consideración como a la ulterior apertura de alguna de ellas (una vez acaecido tal cambio).

Partiendo de estos elementales planteamientos introductorios —ineludibles para un adecuado entendimiento de esta rica y umbrosa temática—, pasamos a la exposición de las dos posibles alternativas de préstamos protagonizados en divisas por residentes "reales"-no residentes metafóricos, alternativas que exigen (dada la imposibilidad de que en calidad de residentes efectivos en el territorio español dispongan de haberes en divisas más allá de los quince días hábiles a los que alude el artículo 3.2 del Real Decreto 2402/1980, plazo durante el cual tampoco acreditan ningún tipo de facultad fructuaria o dispositiva, sino sólo el derecho a una pura tenencia depositaria forzosamente desembocable en una venta forzosa en el mercado oficial de divisas) la existencia de una cuenta en divisas en su favor (mantenida o abierta al efecto de conformidad con lo que acabamos de decir) de donde provengan las sumas a prestar a los residentes.

ac') De un no residente metafórico extranjero a un residente

Tal posibilidad no plantea ningún tipo de problema, resultando la misma sujeta, en cuanto inversión extranjera, a su régimen peculiar, que es, en suma, el diseñado por la Circular del Banco de España 6/1987, de 13 de marzo, sobre contratación de préstamos financieros exteriores; y siendo ello así, la misma quedará normativamente autorizada si concurren en el supuesto a considerar los condicionantes que tal disposición prevé y que nosotros hemos expuesto en las páginas anteriores al analizar el su-

puesto de préstamo normal en divisas de no residentes a residentes, lugar a donde nos remitimos.

ad') De un no residente metafórico español a un residente

La posibilidad de que el español que recupere su residencia en España, en su eventual calidad de no residente metafórico, acredite la titularidad de una cuenta en divisas resulta fuera de toda duda razonable de conformidad con lo que hemos aducido hasta aquí. Lo que sí resulta más problemático es que en tal condición pueda instrumentar una inversión atípica extranjera del tipo de las sujetas a especulación, es decir, materializada en la modalidad de préstamo que estamos viendo, duda difícil de conjurar y que se asienta en el estricto *dictum* que se contiene en el antes transcrito artículo 1 del RIE, apartado 1.1 ("Las inversiones realizadas en España por españoles no residentes perderán la condición de extranjeras cuando su titular recupere la residencia en el territorio español; y no adquirirán tal condición las que realice a partir de este momento, cualquiera que sea el origen del capital invertido"), tesis normativa que parece bloquear todo intento de conformación de una inversión con el marchamo de extranjera por parte del español no residente metafórico y de la que me ocupé en el indicado volumen I del tomo I de esta obra en su capítulo VII, bajo el epígrafe "Hipótesis de españoles residentes en cuanto inversores extranjeros".

De ser admisible la instrumentación de tal tipo de inversión —cuestión que a mi juicio queda abierta—, la misma conllevaría la atribución al español residente "real" no residente metafórico que preste desde una cuenta de divisas cuya titularidad ostente del correspondiente derecho de transferencia al exterior de los rendimientos obtenidos a través de la consumación del préstamo referenciado, préstamos cuyo marco normativo general sería el procedente de la Circular del Banco de España antes dicha, o sea, la 6/1987, de 13 de marzo.

ba') De sucursales y establecimientos "residentes" de no residentes

1.a) Idea general

La problemática relativa a las inversiones empresariales a las que alude la normativa vigente sobre la materia ha quedado suficientemente descrita en el volumen II del tomo I de esta obra, concretamente en su capítulo

XVI, en donde efectué un estudio suficientemente denso y versatilizado sobre la forma de articular tales inversiones, así como acerca de la capacidad —siempre relativa y mercurial— de los entes creados. Siendo ello así, y a fin de evitar insulsas e innecesarias reiteraciones, me remito a lo que allí dije, limitándome ahora a poner de relieve ciertas reflexiones, no sobre la capacidad de tales entes para obtener préstamos en el mercado financiero interior (o para concederlos en su caso), sino para recibirlos directamente del exterior, bien de la entidad (persona física o jurídica) fundadora matriz o bien de un tercero no residente, díptico de posibilidades que paso a considerar desde coordenadas erísticas de máxima concisión.

1.b) Provenientes de la sociedad o persona jurídica o física constituyente (o titular) de la sucursal

Respecto a esta posibilidad se discute incluso su simple existencia, toda vez que pese a la impremeditada y optimista declaración del vigente RIE, formulada en el apartado 1.*c)* de su artículo 1 ("Pueden ser titulares de inversiones extranjeras en España... *c)* Los establecimientos y sucursales en territorio español de personas jurídicas privadas extranjeras o de personas físicas no residentes en España"), oportunamente conferitiva de una ilusoria capacidad operacional a los entes a los que venimos haciendo alusión (criterio corroborado, desde su peculiar punto de vista, por el art. 8 del Real Decreto 2402/1980, atributivo de la calidad de residentes en España a "los establecimientos y sucursales en territorio español de personas jurídicas extranjeras o de personas físicas residentes en el extranjero"), lo cierto es que la legislación de control de cambios no puede imponer la plena subjetivación de los referidos entes, que continúan siendo, pese a las bienintencionadas formulaciones personificadoras dichas, más el congruente resultado de una inversión (directa) que depurados actores de relaciones jurídicas autónomas.

Siendo ello así, la remisión de fondos en divisas provenientes del exterior con destino a una sucursal o establecimiento ubicado en nuestro país y procedentes de su titular (persona física o jurídica), más que un préstamo constituyen una modificación de la previa inversión directa empresarial efectuada, requirente, por ello, de la verificación administrativa a la que alude el artículo 6.2 del RIE, modificación materializada en una ampliación de la dotación patrimonial inicialmente homologada y a la que se refiere la Resolución de la DGTE de 20 de enero de 1975 (vigente todavía dada su inclusión en el Anexo A del Real Decreto 2402/1980) al mencionar en su apartado 1.2.*c),* como datos a verificar respecto de la inversión

empresarial proyectada, la "cifra parcial de capital asignado". Incidiendo en esta línea discursiva, tengo que poner de relieve que en virtud de la verificación impuesta en el entorno de las inversiones directas empresariales por la normativa vigente —y que ha venido a sustituir en este ámbito a la anteriormente requerida autorización específica—, el elemento objetivo crematístico procedente del exterior —inicialmente relacionado en la solicitud demandante de la aludida verificación— queda regular y primigeniamente cuantificado. De todos modos, tal cifra puede experimentar —en virtud de exigencias ulteriormente sobrevenidas en relación con el sostenimiento y explotación del ente creado— la posterior necesidad de su modificación, bien a la baja o bien al alza, supuesto este último que la persona física o jurídica no residente titular de la referida sucursal "residente" deberá afrontar en virtud de su singular responsabilidad al efecto, todo ello de conformidad con sus concretas disponibilidades financieras, disponibilidades que en el caso de que se materialicen en transferencias dinerarias (de divisas) del exterior provocarán un incremento de los fondos de maniobra de la referida sucursal "residente" de procedencia foránea, incremento cuantitativo determinante de una nueva inversión complementaria de la fundacional, requirente por ello de la misma verificación que se exigió pristinamente para la articulación de la concreta cifra inicial, refiriéndose a tal hipotético incremento —una vez el mismo haya sido legítimamente conformado— el apartado 4 de la Resolución citada *ut supra,* cuando al relacionar los componentes requisitales de la denominada "cuenta de enlace" de la sucursal con la casa matriz (cuenta que debe ser remitida el mes de enero de cada año a la DGTE, con referencia al 31 de diciembre del ejercicio anterior) alude concretamente a determinados datos monetarios que implican una alteración cuantitativa de la primitiva cifra del capital asignado constitutivamente a la precitada sucursal, trueque ulterior vehiculizado a través de los sendos conceptos de índole económica a los que se refiere el indicado apartado y que son los consignados bajo sus letras *b)* ("Dotaciones recibidas de la casa matriz sin derecho de devolución") y *d)* ("Préstamos recibidos de la casa matriz, a devolver").

El planteamiento problematizado de este dilema, traducido en la articulación de sendas opciones que se materializan ambas en un aumento de las posibilidades financieras de la sucursal "españolizada" destinataria de los fondos recibidos del exterior, se resuelve en base a la clave teleológica objetivada en la precisión de si el aludido capital debe o no ser devuelto a su procedencia, siendo la disyuntiva operatoria referenciada demandante, en cualquiera de sus supradichas posibilidades, de la pertinente verificación administrativa, pero divergiendo en cuanto al alcance de sus alternativas de composición en el sentido de que las asignaciones de fondos foráneos cristalizados en "dotaciones" no precisan ser reintegradas a la

casa matriz, reintegro que es imprescindible y cuya cadencia temporaria debe asimismo ser correspondientemente verificado en la hipótesis de los "préstamos" a los que atina el supraaludido apartado *c)*.

Esta es la solución —entiendo— más acorde con la naturaleza de la correspondiente sucursal, destinataria, en definitiva, de las sumas objeto del pertinente desplazamiento transfronterizo. Considerar que la hipótesis de asignación crematística —y de maniobra— que estamos evidenciando pueda encajar en un marco crediticio de subjetivación normal, entendiendo que la misma encarna una operación financiera en divisas de arquetípica corporeización entre un no residente y un residente (con pleno sometimiento al régimen proveído por la Circular antes explicitada del Banco de España 6/1987, de 13 de marzo) supondría quebrantar gravemente principios cardinales de nuestra filosofía normativa más elemental, fractura que vendría de la mano de una inclemente —e incoherente— subjetivación, a tales efectos, de la supradicha figura de sucursal.

1.c) Provenientes de otro no residente

En este caso, ya no es la persona jurídica o física no residente titular de tales sucursales la que efectúa una determinada transferencia monetaria en favor de las mismas, sino un tercero. En la meritada hipótesis, la operatoria a seguir quedaría estribada en bases de perfecta normalidad subjetiva si el negocio financiero proyectado se consumase entre dos no residentes, la parte prestamista y la prestataria (que sería la persona física o jurídica titular de la sucursal materialmente destinataria de los fondos), siendo esta última —o mejor su responsable— la que se preocupase en obtener la verificación antes aludida como presupuesto indispensable para tal transferencia —y colocación de fondos en nuestro país— y se acomodase, de conformidad con lo aducido en el subepígrafe anterior, a pautas de perfecta regularidad instrumental.

Este sería el camino correcto, pero, indudablemente, el más complicado. Por ello la Administración española atiende —metafóricamente— a la tesis de la subjetivación —a los limitados efectos del control de cambios— de las supradichas sucursales, presuponiendo que las mismas asumen la condición de prestatarias normales "residentes" de un no residente, préstamo que, dadas sus condiciones, no podría ser sino de tipología financiera y por ello sometido en toda su integridad constitutiva y funcional al régimen de liberalización o autorización individual que ha quedado expuesto cuando nos referimos a los supradichos préstamos financieros en general a lo largo de estas páginas (el patrocinado por la pluricitada Circular 6/1987 del Banco de España antes aludida), calificativo —éste de

préstamo— que en realidad sólo puede ser coherentemente entendido de forma traslaticia sobre la base de las reflexiones antes aducidas, reflexiones cuyo punto de asentamiento primordial pivota sobre la falta de personalidad de la sucursal destinataria efectiva de los fondos "a devolver", opinión asimismo sustentada por los precitados autores, que en su plurimencionada obra, edición 1990, página 1215, manifiestan al respecto que "la terminología adoptada por la Resolución (efectuando la supradicha calificación de préstamo de las asignaciones ulteriores de fondos monetarios a devolver) no respondía a un criterio deliberado de la DGTE de calificarlos como préstamos, sino simplemente a un deseo de hacer comprensible la operación regulada para el administrativo aceptando para ello un término que la práctica habitual ha consagrado, a pesar de su incorrección desde el punto de vista jurídico", criterio asimismo sustentado sin titubeos por NÚÑEZ LAGOS, que en su dicha obra, página 568, se atiene a la misma reflexión, aduciendo literalmente, al aludir a la conceptualización en cuanto préstamo de la operación financiera que constituye nuestro objeto de análisis, que: "En realidad lo que hay es una remesa de fondos de maniobra y como tal debe registrarse en España al entrar, convertidos en pesetas ordinarias, con derecho a transferir su importe otra vez al extranjero una vez terminado el plazo de utilización de tales fondos".

ab) Concedidos por residentes a no residentes

aa') Idea general

De tal modalidad, en su eventual objetivación de pesetas comunes, nos hemos ocupado ya con anterioridad. Siendo ello así, la especialidad que cabe detectar en la misma viene de la mano de la variante materializada en un préstamo de tales características cuando el mismo resulta concedido por un no residente real-residente metafórico, eventual titular, en tal concepto, de una cuenta en divisas de la modalidad genérica liderada por la Resolución de la DGTE de 10 de mayo de 1988, es decir, de aquellas abiertas en las oficinas operantess en España de las entidades delegadas a nombre de personas físicas o jurídicas residentes (constituyendo una alternativa singularizada de las mismas las aperturadas en favor de las empresas de comercio exterior inscritas en el Registro creado *ad hoc* por el Real Decreto 380/1988), cuentas oportunamente tuteladas por la Resolución de la DGTE de 20 de marzo de 1989, así como las cuentas en ECUs, también a nombre de residentes, gobernadas por la Resolución, también de la DGTE, de 22 de junio de 1990.

Siguiendo con el trazado especulativo de esta temática, tengo que

poner de relieve que la posibilidad crediticia sujeta a escrutamiento queda rigurosamente proscrita para los extranjeros que en concepto de residentes hubieren titularizado una cuenta de las que estamos considerando, dado que en virtud de los apremios básicos sobre el control de cambios la posibilidad ofertada por el artículo 4 de la LRJCC y 10 del Real Decreto 2402/1980, a los españoles que se ubiquen foráneamente, en el sentido de permitirles mantener su condición (metafórica) de residentes "respecto al patrimonio constituido en España con anterioridad a su toma de residencia en el extranjero y a las rentas procedentes del mismo" no es en modo alguno extrapolable para tales extranjeros, quienes de ninguna manera, y dado el preciso —y excluyente— *dictum* subjetivador transcrito pueden asumir la condición de residentes metafóricos.

Siendo ello así, es evidente que la hipótesis objeto de nuestras reflexiones sólo sería predicable para los españoles que acreditando la titularidad de una cuenta en divisas de conformidad con lo proveído por la Resolución últimamente dicha (o una en ECUs, tal como advertimos anteriormente) pasasen con ulterioridad a residir en el extranjero, hecho que en virtud de los pedimentos consignados en los supradichos preceptos antes indicados (arts. 4 de la LRJCC y 10 del Real Decreto 2402/1980) no provocaría una mutación automática en la ontología de la cuenta titularizada por los mismos, que continuaría siendo "en divisas en favor de residentes"; cuenta, pues, que no perdería su sustantividad por la aludida circunstancia de que con posterioridad a su apertura su titular, de residente, adviniese a la condición de no residente.

Tal es el planteamiento general sobre la cuestión que estamos viendo y, en definitiva, sobre la modalidad especial de préstamos sometidos a debate, préstamos que sólo serían viables si el cambio en la condición residencial del titular de las aludidas cuentas no las trocase irresistiblemente en otras pertenecientes a la misma modalidad, pero ahora en su variante en favor de no residentes.

En cualquier caso, la cuestión teorética suscitada no resulta, ni mucho menos, baladí en el contexto operatorio en el que nos movemos, ya que si la cuenta en cuestión, pese a que su titular asuma ulteriormente la condición de no residente, continúa siendo regida por la Resolución de 10 de mayo de 1988 (o por la antes indicada Resolución de 22 de junio de 1990 si se tratase de ECUs), entonces los préstamos concedidos por su titular (no residente real en el momento) lo serían en calidad de residentes metafóricos y por ello sometidos a la necesidad de la obtención de la pertinente autorización individual previa, otorgable, en su caso, por la DGTE (véase lo que dijimos con anterioridad al estudiar la modalidad que estamos viendo en su vertiente común). Por el contrario, si el trueque en la condición residencial del titular implica, por sí mismo, una mutación sustancial

de la cuenta en divisas que estamos viendo, que haría tránsito a la categoría de las abiertas en favor de no residentes (tuteladas éstas por la Circular del Banco de España 5/1987, de 13 de marzo), entonces es evidente que la posibilidad excepcional que estamos tratando devendría imposible, precisamente porque la situación de residencialidad metafórica base de la misma en modo alguno podría entrar en liza.

Respecto a cuál sea la mejor solución a aportar a esta oscura temática, tengo que poner de relieve la falta de argumentos sólidos en favor de una u otra alternativa (la del mantenimiento de la cuenta en divisas en favor de residentes en su condición de tal, pese al cambio experimentado en la situación territorial de su titular o la de su refundición automática por este solo hecho, como sucede cuando su titular es un extranjero, en la categoría genérica de cuentas en divisas en favor de no residentes), pudiendo aducirse en favor de la primera de las supradichas posibilidades (permitiente de la variante crediticia objeto de nuestro análisis) el concreto *dictum* permisivo de los pluricitados artículos 4 de la LRJCC y 10 del Real Decreto 2402/1980, que no cualifican, en ningún sentido, el patrimonio constituido en España respecto del cual pueda operarse en la condición ulteriomente asumida de residente metafórico y esgrimirse en favor de la segunda el dato de la profunda comunión operativa que media entre un tipo de cuentas en divisas u otro, que continuarían siendo tales a pesar del aludido trueque residencial de su eventual titular, comunión reconocida por la Resolución de 10 de mayo de 1988 al decir en su norma 1.ª.2 que: "Las cuentas en divisas de residentes se regirán por lo dispuesto en la presente Resolución y en lo no previsto en ella por la Circular 5/1987, de 13 de marzo, del Banco de España", invocación de derecho supletorio que en el ámbito de conjeturas en el que nos estamos moviendo podría interpretarse como indicativo de que en la hipótesis sometida a discusión el cambio en la situación residencial del calendado titular de la cuenta no afectaría al mantenimiento de la misma, aunque ésta quedaría reconducida, por lo tocante al régimen de su funcionalidad, a la modalidad regida monográficamente por la supradicha Circular, subsunción que impediría la entrada en juego de la variante especial de préstamos en divisas que acabamos de observar y el consecuente traslado de su eventual operatividad al régimen de préstamos y créditos en divisas regulado por la Circular, también procedente del Banco de España, 6/1987, de 13 de marzo, sobre contratación de préstamos financieros exteriores, texto que entra en juego tanto cuando las descritas operaciones financieras queden objetivadas con divisas procedentes del exterior en su integridad como cuando las mismas se hallen depositadas en una cuenta disciplinada por la antes indicada Circular 5/1987, es decir, en una en divisas abierta en una entidad delegada en favor de no residentes.

ab') De residentes (personas físicas o jurídicas) a las sucursales, establecimientos o explotaciones "no residentes"

En esta hipótesis, de evidente carácter antinómico a la anteriormente descrita —y que parte de la previa existencia de una cuenta en divisas en favor del otorgante del "préstamo" en cuestión—, son reproducibles aquí todo el amasijo de consideraciones ya vertido acerca de la dificultad conceptual en que queda confinada la *quaestio* de las transferencias de fondos de maniobra efectuadas por el titular de la sucursal destinataria de los mismos (o de un tercero residente), tema que tampoco nos compete dilucidar en demasía dada la situación de alejamiento que las inversiones españolas en el exterior presentan en relación con la problemática primordial desenvuelta en este libro.

Siendo ello así, sólo voy a recordar que "los préstamos" que realicen a sus sucursales en el exterior los inversores (directos) residentes en España han sido especialmente tomados en consideración por el artículo 9 de la Orden de 19 de diciembre de 1988 procedente del Ministerio de Economía y Hacienda, disposición de rasgos muy circunscritos que, previa derogación de la anterior Orden del mismo Ministerio de 25 de mayo de 1987, acomete la tarea de insuflar la suficiente dosis de ejecutividad reglamentaria a los mencionados apremios preceptuales básicos contenidos sobre las explicitadas inversiones españolas en el exterior en el fundamental Real Decreto 2374/1986, de 7 de noviembre, precisando en su apartado 3 sobre los aludidos desplazamientos internacionales monetarios que "las transferencias periódicas de fondos que fueran necesarias para atender los gastos de mantenimiento de las sucursales o establecimientos en el extranjero no tendrán la consideración de inversión directa, quedando sometidas a la verificación previa de la Dirección General de Transacciones Exteriores, que se solicitará en el impreso modelo que se publicará mediante Resolución de dicha Dirección General".

En virtud de lo aducido por tal precepto, es evidente que la opinión que antes sostuvimos en el sentido de que las aludidas transferencias crematísticas procedentes del exterior podrían suponer nuevas inversiones extranjeras directas empresariales en España de tipología modificativa de las anteriormente moduladas, resulta improcedente cuando se trate de la hipótesis analógica de las inversiones españolas en el exterior, ya que el preciso *dictum* referenciado las sustrae de tal delimitado círculo conceptual. De todos modos, la diferencia de criterio metodológico puesto en evidencia no implica un tratamiento operativo distanciado, toda vez que la exigencia de la verificación previa a la que alude el apartado que acabamos de transcribir como presupuesto condicionante de la regularidad

de los "préstamos" dichos viene a paraigualizar el régimen seguido en uno y otro supuesto.

Por lo tocante a la restante modalidad encuadrable en el marco normativo general de préstamos en divisas de residentes a sucursales y establecimientos no residentes, pertinentemente otorgados por operadores jurídicos que no sean los constituyentes de la sucursal o establecimiento destinatario de los fondos integrantes de la pertinente dotación transferida, entendemos que la misma requiere, como en las hipótesis normales, la previa y explícita autorización de la DGTE, remitiéndome a lo que antes dije al abordar el estudio de la variante ordinaria de tales préstamos en divisas procedentes de los saldos de las cuentas cifradas con las mismas y reguladas por la supradicha Resolución de la DGTE de 10 de mayo de 1988.

c) *En pesetas convertibles*

aa) Concedidos por no residentes a residentes

aa') Idea general

Las especialidades que pueden detectarse en el ámbito de los préstamos financieros materializados con estos componentes crematísticos son idénticas a las que resultan vislumbrables en la hipótesis de que los mismos devengan objetivados con las anteriormente indicadas divisas, siempre partiendo del dato de que el prestamista sea un residente real-no residente metafórico y de que tal posición negocial sea asumida por una entidad o persona física no residente con respecto a una sucursal o establecimiento residente "prestatario", pudiendo traerse a colación, a tales efectos, todo el conjunto de alegaciones que con anterioridad quedó explicitado cuando nos ocupamos de tales hipótesis en relación con los aludidos préstamos cifrados en divisas, especialmente aquellas que aducimos en el capítulo introductorio de la situación de metaforía no residencial, bloque de reflexiones propedéuticas en el que pusimos en evidencia la especificidad de respuesta normativa al respecto cuando de cuentas extranjeras en pesetas convertibles se trate (a diferencia de lo que sucedía con la situación homóloga referente a las cuentas de divisas), especificidad derivada de la existencia de un *dictum* tan expresivo y concretizador como el contenido en el artículo 3.2 de la Orden de 26 de junio de 1987 reguladora de las mismas *(dictum* que quedó antes transcrito, pero cuya literalización reproducimos de nuevo para mayor comodidad del lector), según el cual: "En el caso de personas físicas, españolas o extranjeras, que pasen a residir en España y que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 40/1979 y en el

artículo 4 *(sic,* debió decir 10) del Real Decreto 2402/1980, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, conserven la condición de no residentes respecto a su patrimonio en el exterior, podrán continuar como titulares de cuentas extranjeras de pesetas convertibles siempre que acrediten ante la entidad delegada que han declarado a la Dirección General de Transacciones Exteriores su patrimonio constituido en el extranjero. Dicha acreditación se efectuará mediante copia de la notificación que dicho Centro Directivo les hubiera dirigido acusando recibo de la presentación de la citada declaración".

Así pues, en base a este precepto es factible el mantenimiento (o apertura en su caso, *ex* art. 4 de la Resolución de 9 de octubre de 1985 de la DGTE) de las cuentas que estamos viendo por parte de residentes reales en España, siempre y cuando se den en el caso de que se trate los presupuestos previstos por el referido precepto, condicionantes teñidos de absoluta esencialidad, toda vez que en su ausencia entraría en juego lo previsto en el párrafo 3 del mismo artículo de la Orden calendada, según el cual: "Si el titular de la cuenta adquiriera la condición de residente o, en el caso de personas físicas, no confirmara su continuidad como no residente (confirmación bianual según expresa imposición del párrafo 1, *in fine,* del meritado art. 3), la entidad delegada le comunicara que en el plazo de tres meses traspasará de oficio el saldo de la cuenta a otra de pesetas ordinarias. Transcurrido dicho plazo sin que el titular hubiere dispuesto del saldo de la cuenta, ejercitando o alegando la intención de ejercitar dentro del plazo aplicable la facultad prevista en el punto anterior o confirmando su continuidad como no residente, la entidad delegada efectuará el traspaso citado, con aplicación del concepto estadístico de 'transferencias diversas de capital' a que se refiere la Circular 32/1985 de la DGTE, de 8 de marzo, por la que se regulan las normas operativas aplicables a las operaciones invisibles corrientes liberalizadas por la Orden de 14 de septiembre de 1979".

Prosiguiendo con la elucidación de esta temática, tengo que poner de relieve que el criterio normativo expuesto fue reiterado por la Circular del Banco de España 10/1989, de 30 de mayo, texto de intermediación ejecutiva en la regulación de las cuentas extranjeras en pesetas convertibles cuya norma 5.ª reproduce, *ad litteris,* en sus apartados 2 y 3, el contenido de los correlativos del artículo 3 de la Orden de 26 de junio de 1987, reiteración que asimismo se detecta por lo tocante a la exigencia de la confirmación temporal de la condición de no residente que debe impulsar el titular de la cuenta en cuestión, acreditación también demandada para las restantes cuentas extranjeras, según sus respectivas reglas orgánicas [concretamente por la norma 3.ª, apartado 1, de la Circular 5/1987 del Banco de España, por lo que a las cuentas en divisas se refiere, y por la

instrucción 1.ª, apartado 3, de la Circular 33/1986 de la DGTE de 18 de marzo (modificado por la ulterior 34/1989, también de la DGTE) cuando de cuentas extranjeras en pesetas ordinarias se trate], acreditación cuya procesalidad debe atenerse a lo previsto en la normativa básica sobre el control de cambios (art. 8.º del Real Decreto 2402/1980), objeto de estudio en el volumen I del tomo I de esta obra, materia que no voy a reiterar, aunque sí creo que debo poner de manifiesto la existencia de una disposición de ámbito normativo muy circunscrito y que atina de modo directo a la forma de acreditar la existencia y persistencia en la condición de no residente, a los efectos que estamos viendo, disposición que es la carta-circular de la DGTE de 16 de marzo de 1989 sobre acreditación de la no residencia de determinados trabajadores españoles en el extranjero y sobre tenencia y disponibilidad de divisas autorizadas por el artículo 7.4 del Real Decreto 2402/1980, conjunto ordinamental del cual nos interesa, a fin de actualizar lo que ya aduje en el pasaje de mi libro indicado *ut supra,* en su apartado 1, texto que no resulta de general vigencia para todo tipo de cuentas extranjeras operativas en nuestro ordenamiento, sino sólo para las en pesetas convertibles y que señala literalmente al respecto que: "1. El Real Decreto 723/1985, de 28 de agosto, simplificó y unificó el sistema de cuentas extranjeras en pesetas estableciendo que las cuentas de ahorro del emigrante se traspasarán a cuentas extranjeras de pesetas convertibles. Las normas reguladoras de dichas cuentas exigen la acreditación de la no residencia de acuerdo con el Real Decreto 2402/1980. Sin embargo, la cumplimentación de este requisito ocasiona graves problemas a los potenciales titulares de estas cuentas cuando se trate de trabajadores temporales o marinos mercantes y pescadores españoles que prestan servicios en buques extranjeros. Estos supuestos especiales se hallaban recogidos en las normas que regulaban las antes dichas cuentas de ahorro del emigrante, hoy derogadas, por lo que resulta conveniente especificar que, de manera excepcional, se entenderán cumplidas las exigencias del artículo 3.1 de la Orden de 26 de junio de 1987 *(BOE* de 24 de julio) con la presentación ante la entidad delegada de su elección de: —Contrato de trabajo en vigor concertado con una empresa no residente o certificado de dicha empresa, expedido con antelación máxima de dos meses, que acredite la prestación de servicios en la misma. —Contrato o contratos de embarque que acrediten la permanencia del titular de la cuenta en buque extranjero".

En función de esta específica, clara y delimitada tutoría normativa, absolutamente incidiente en el posible juego de la situación de metaforía residencial en este entorno, la modalidad crediticia objeto de nuestra actual disquisición queda sujeta al régimen normativo general pertinente alojado en la multicitada Circular 6/1987 del Banco de España sobre contratación de préstamos financieros exteriores, disposición que parifica, a efectos de

su ulterior subsunción en el esquema ordinamental de amplio espectro que la misma promueve, toda suerte de préstamos financieros de no residentes a residentes cuya objetivación monetaria se haga, bien en divisas (incluyendo en tal categoría los ECUs) o bien en pesetas convertibles (cual es el caso), *praxis* ordinamental que nosotros expusimos con anterioridad al hablar de los préstamos financieros positivados en las aludidas divisas.

Por lo tocante a otro de los posibles quiebros de especialidad en estas áreas y que hacía referencia —como dijimos— a aquellos préstamos financieros materializados en asignaciones de fondos a sucursales o establecimientos en España por parte de sus titulares (entidades o personas físicas no residentes) o de terceros (asimismo no residentes) en pesetas convertibles, entiendo que todo lo que anteriormente adujimos respecto a las hipótesis similares cuando las mismas resulten cuantificadas en divisas, es perfectamente reproducible para aquellas hipótesis en que tales asignaciones se corporeicen en transferencias de fondos materializados en las referidas pesetas convertibles.

ab) Concedidos por residentes a no residentes

aa') Idea general

Con la finalidad de apurar expositivamente esta cuestión, tengo que poner de relieve que la posibilidad de la que antes nos ocupamos, consistente en préstamos financieros en divisas de no residentes reales-residentes metafóricos en favor de no residentes (posibilidad de la que pusimos de manifiesto su esencial incertidumbre dado lo ambagioso de sus perfiles operativos), resulta totalmente improcedente en lo tocante a los fondos cuya utilización a tales efectos estamos estudiando, fondos —las pesetas convertibles— que por expreso imperativo de la normativa que disciplina su uso bancario bajo ningún concepto pueden acreditar una titularidad asentada en una situación personal distinta de la netamente no residencial (aspecto que diferencia las cuentas en pesetas convertibles de las en divisas, cuentas estas últimas que pueden ser aperturadas indistintamente por residentes y por no residentes), por lo que resulta obstaculizada *a radice* la eventual instrumentación de la modalidad crediticia objeto de estas observaciones, siendo suficientemente explícito al efecto, en cuanto imposibilitador de la apertura de cuentas que estamos viendo por residentes a secas (o sea, por parte de quienes no acrediten al propio tiempo la condición de no residentes metafóricos), el artículo 1 de la antes dicha Orden de 26 de junio de 1987 que condiciona la aperturabilidad libre de las mismas al dato de presencia inexcusable en el supuesto considerado de la no

residencialidad de su eventual titular, criterio plenamente confirmado en sus propios términos por el artículo 1 de la Circular 10/1989.

d) *En pesetas ordinarias*

aa) Idea general

Respecto de tales componentes financieros, sólo nos es dable detectar la presencia de la modalidad crediticia especial cristalizada en eventuales asignaciones de fondos a establecimientos y sucursales residentes por parte de sus entidades matrices o personas físicas erectoras no residentes (o de terceros también no residentes), modalidad cuyo régimen es el mismo que el anteriormente descrito para los supuestos de préstamos financieros en divisas articulados de la misma guisa, no siendo predicable para tales ingredientes monetarios la hipotética instrumentación de supuestos de préstamos objetivados con los mismos en los que el prestamista acreditase la condición de no residente metafórico, posibilidad yugulada por la normativa especial atinente al tipo de cuenta de donde proceden los fondos sujetos a observación, sucediendo ello concretamente con el artículo 2, *in fine,* de la Resolución de 20 de diciembre de 1985 de la DGTE, disciplinante de las mismas, que sienta literalmente al respecto que: "Cuando los titulares (de las supradichas cuentas) sean personas físicas y adquieran residencia en España, las cuentas perderán la condición de extranjeras y se regularán por el régimen general establecido por las cuentas de pesetas ordinarias de residente", apremio que debe armonizarse con el criterio operativo cautelar prescrito por el apartado 3 de la instrucción 1.ª de la Circular 33/1986, de 18 de marzo, de la DGTE sobre las cuentas que estamos sometiendo a reflexión parcial, apartado que tras la modificación que el mismo experimentó como consecuencia de la adopción de la Circular 34/1989 de la DGTE dice literalmente que "la condición de no residente de los titulares de las cuentas (extranjeras en pesetas ordinarias) deberá acreditarse bianualmente en la forma establecida en el artículo 9.2 del Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, sobre régimen jurídico de control de cambios".

En virtud de tal apremio, que viene a reciclar criterios absolutamente consolidados en el área de las antiguas cuentas extranjeras en pesetas interiores —antecedentes inmediatos de las ahora sujetas a observación— (y que resulta asimismo reiterado por la preceptividad emergente de la Resolución de la DGTE de 9 de octubre de 1985 sobre el régimen aplicable al patrimonio exterior de las personas físicas que adquieran residencia en España, disposición que alude de forma exclusiva, en su artículo 4 antes

transcrito, a las cuentas en divisas o en pesetas convertibles y pretermite por completo las que estamos viendo), es obvio que la modalidad de préstamo financiero en pesetas ordinarias de cuentas extranjeras en modo alguno puede acompasarse a las pautas operativas asentadas en la idea de la no residencialidad metafórica del residente real titular de la cuenta que las contenga, posibilidad absolutamente obstaculizada por la normativa que acabamos de recoger.

Concluyo este breve apunte analítico sobre el tema poniendo de relieve que la modalidad vislumbrable en otras vertientes crediticias (las objetivadas con divisas) relativa a la posible presencia de una situación de residencia (real o metafórica) en la persona del prestamista ni siquiera es planteable como hipótesis de trabajo en la que estamos viendo en méritos a la que las cuentas extranjeras en pesetas ordinarias (al igual que las convertibles) son únicamente aperturables de modo legítimo por operadores jurídicos que ostentan la condición de no residentes, resultando tal exigencia del preciso *dictum* contenido en el antes indicado artículo 2 de la meritada Resolución de la DGTE de 20 de diciembre de 1985, según el cual "pueden ser titulares de las cuentas las personas físicas o jurídicas no residentes".

e) *En pesetas comunes*

aa) Idea general

La única alternativa crediticia que en este campo podría justamente ameritar el calificativo de especial es aquella en la que se da cita una eventual residencialidad metafórica del titular de la misma, calidad que de conformidad con lo que relatamos en las consideraciones introductorias antes plasmadas en estas páginas devenía únicamente predicable para las personas físicas de nacionalidad española, no residentes reales, respecto al patrimonio que con anterioridad a su desposesión efectiva del territorio nacional acreditasen en el mismo, patrimonio respecto del cual el español foráneamente desplazado puede adoptar un doble —y legítimo— comportamiento: trasladarlo con él fuera de España o mantenerlo en ella.

En el caso de que opte por la segunda de las alternativas alegadas, su titularidad (fructuaria, dispositiva y defensiva) sobre los elementos integrantes del supradicho patrimonio internizado no presenta ningún tipo de especificidad, pudiendo el interesado gozar, disponer y defender (judicial y extrajudicialmente) del haz de facultades integrantes de la misma en idénticas condiciones —materiales y jurisdiccionales— que lo hacen los restantes miembros residentes del conjunto nacional sobre sus respectivos acervos patrimoniales, sin que ni siquiera se le imponga la preconstitución

de ningún tipo de prueba acerca de la condición interiorizada de tales elementos patrimoniales [tema del que me ocupé con cierto detenimiento —contando con una importante apoyatura doctrinal ajena— en el antes indicado volumen I del tomo I de esta obra, en su capítulo VII, especialmente bajo el epígrafe titulado "Subhipótesis de inversiones (de españoles no residentes) con capitales interiores"], dada la presencia en estas áreas de la importantísima presunción legal establecida por el artículo 1.5 del vigente REI, según el cual "se presume, salvo prueba en contrario, que las inversiones en España hechas sin precisar el origen del capital invertido por españoles no residentes... no son inversiones extranjeras".

En base a tal precepto, de polivalente y lato significado, los préstamos en pesetas comunes concertados por los españoles no residentes (en su calidad de residentes metafóricos, *ex* art. 4 de la LRJCC y 10 del Real Decreto 2402/1980) no son inversiones extranjeras, quedando, por lo tanto, al margen de la normativa aportada por la legislación de control de cambios, consistiendo en esto precisamente la especialidad percibida en este sector, es decir, en el hecho de que a pesar de tratarse en realidad de un negocio jurídico crediticio entablado *de facto* entre un operador no residente (el español prestamista) y un prestatario residente, el mismo queda totalmente al margen de las derivas ordinamentales de control resultantes de la referenciada normatividad especial, hurtamiento que, por el contrario, no es predicable para aquellos supuestos en los que quien pretendiese prestar en la forma aludida —es decir, con pesetas comunes— fuese un extranjero actualmente no residente (aunque anteriormente residente), eventualidad no admisible dado que el artículo 4 antes dicho de la LRJCC (y el 10 del también citado Real Decreto 2402/1980) únicamente permiten la asunción del posicionamiento, ciertamente excepcional, de residentes metafóricos a los no residentes reales españoles, no a los extranjeros, exclusión que resulta inconcusa en méritos de la inequívoca denotación al respecto de los supradichos preceptos, que en sus labores de normofehaciencia especializada sobre el particular imponen expresamente la ciudadanía española como requisito especial que debe converger en los protagonistas de su impulso normativo liberalizador.

VIII. PRESTAMOS ENTRE RESIDENTES QUE PRESENTAN CONEXIONES CON EL REGIMEN NORMATIVO DEL CONTROL DE CAMBIOS

A) INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta los planteamientos generales sobre el particular, es evidente que las tesituras de préstamos entre residentes quedan ciertamente desprogramadas del esquema ordinamental trazado por la normativa disciplinante del control de cambios, preceptividad que únicamente resulta operativa en cuanto encuadradora de aquella fenomenología negocial en la que impere una situación de divergencia en cuanto al simultáneo o advenido posicionamiento territorial de los intervinientes en la misma.

Siendo ello irrebatiblemente así, obvio es que, en principio, el análisis de los créditos y préstamos entre residentes no acredita el más mínimo interés para el aludido esquema, aseveración, no obstante, que permite el matiz consistente en evidenciar la existencia de un bloque de empirias crediticias que, a pesar de articularse exclusivamente entre tales operadores, presentan, sin embargo, determinados componentes en su congruente inervación provocadores de su natural ingreso en dicho marco, cuestión a la que vamos a destinar las líneas siguientes por las que desfilarán de forma apretada —y con rápido paso— aquellas modalidades de préstamos entre residentes en las que resulten vislumbrables con más nitidez los supradichos componentes, pudiendo incluirse en tal paquete de posibilidades, teñidas de singularidad, no sólo las cristalizadas en los avatares negociales que vimos con anterioridad en la que participaban residentes reales no residentes metafóricos (o a la inversa), sino también aquellas en las que su excepcionalidad no radicaba precisamente en esta especial subjetivación, si no en otros detalles de más consistente envergadura, incluyéndose, en suma, dentro de esta categoría los préstamos en divisas entre residentes, los obtenidos (en pesetas comunes o divisas) por las sociedades españolas "residentes" participadas foráneamente de la forma estipulada por el artículo 8 del RIE de otros residentes, los igualmente conseguidos en tales componentes crematísticos por las sucursales y establecimientos en España (y, por ende, residentes) de personas jurídicas extranjeras o de personas físicas no residentes de otros residentes y los que un residente conceda —en las aludidas pesetas comunes o en las divisas dichas— a otro residente por cuenta de un no residente.

Tal es el rosario de peculiaridades que cabe resaltar al efecto y cuyo examen vamos a constreñir a aquellos supuestos dichos en los que se presten por residentes divisas a otros residentes y en los que un residente,

actuando por cuenta de un no residente, preste a otro residente, bien en pesetas comunes o bien en divisas, descartando el análisis singularizado de las restantes hipótesis enumeradas, toda vez que su examen pormenorizado ya aconteció en otros pasajes de esta obra, concretamente en el volumen II del tomo I, en el que en su capítulo XXV me ocupé de la potencialidad acreditada por las sociedades supradichas (las concernidas por el art. 8 del RIE) para acceder al crédito anterior, y en el XXVI hice otro tanto respecto a las aptitudes en tal sentido de las meritadas sucursales y establecimientos.

Por último, y como colofón de este breve conjunto de reflexiones introductorias sobre el particular, tango que poner de manifiesto que también merecerán ulteriormente mi atención expositiva dos modalidades crediticias de ambivalente factura: la del descuento de créditos y las corporeizadas en aplazamientos solutorios, dípticos de eventualidades negociales con cuya reseña pondremos punto final a este epígrafe.

B) PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS EN DIVISAS ENTRE RESIDENTES

a) *Idea general*

Teniendo en cuenta todo lo aducido con anterioridad (sometimiento excepcional de esta categoría de préstamos y créditos a la normativa doméstica del control de cambios, consideración de la divisa como dinero singular, pero dinero a la postre, papel asignado al art. 1.170 CC, equiparación al respecto de los ECUs a las divisas), vamos a ocuparnos de la modalidad crediticia que da título a este epígrafe poniendo de relieve, en primer término, que su naturaleza, siempre partiendo de los posicionamientos normativos conectados con el meritado control de cambios, no deja de ser bastante especial, habiendo autores, tales como D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, que los asimila a los propiamente exteriores, diciendo al efecto en su pluricitada obra —edición de 1990, pág. 1212— que "en realidad, y desde un punto de vista estrictamente jurídico, se trata de un supuesto de préstamo de residente a residente, puesto que las entidades delegadas tienen el carácter legal de residentes. Ahora bien, estos préstamos concedidos al amparo de la Circular 5/1987 se otorgan por las entidades delegadas con cargo a recursos en moneda extranjera obtenidos de no residentes (mediante depósitos u otra formas de captación de fondos), de forma que, en alguna medida, tales entidades delegadas actúan en estos supuestos en el papel de 'prestamistas no residentes', ficción que a efectos de control de cambios consagra la Circular citada", allegamiento, sin embargo, siempre relativo por sus propias circunstancias ontológicas

y que del propio modo puede predicarse para la hipótesis de que el prestamista no sea una entidad delegada, infiriéndose del mismo la consecuencia de que en su practicidad, y eso lo puntualizan muy bien los autores supracitados en la misma página de su obra antes dicha, debe tener lugar la constitución del depósito previo a la que alude la Circular 1/1989, de 31 de enero (requisito al que nos hemos referido con anterioridad al tratar de la problemática suscitada por los créditos y préstamos financieros exteriores).

Concluyo este breve intento de aproximación conceptual a la figura que estamos investigando poniendo de relieve que el susodicho emparejamiento de la misma con los auténticos créditos y préstamos exteriores no puede llevarnos al absoluto descentramiento de su auténtica *hybris* y por ello no debe perderse de vista que el pago de los intereses que los mismos devenguen y del capital necesario para su amortización se efectuaran normalmente con pesetas comunes que son las únicas de libre disposición por parte del prestatario, si bien la nominación del préstamo en divisas operará como una cláusula de estabilización de lo que en definitiva vaya a ser devuelto, pago, sin embargo, que puede trocarse por otro directo en ECUs o en divisas cuando el receptor del crédito, al efectuar el abono de tales conceptos, sea titular en España de alguna cuenta en tales componentes o acredite tal titularidad con respecto a otras eventualmente abiertas en el extranjero, pagos (estos últimos) que plantean el problema de si su impulso puede ser libre o si, por el contrario, su pertinente ejecutividad requiere la previa autorización administrativa, tema de evidente oscuridad, ya que, por un lado, las disposiciones que regulan las cuentas en divisas o en ECUs eventualmente aperturadas por residentes (cuentas sendamente disciplinadas por las Resoluciones de 10 de mayo de 1988 y 22 de junio de 1990, tal como sabemos), si bien no aluden explícitamente a esta posibilidad sí que liberalizan plenamente los eventuales apuntes de disposición de las mismas cuando se trate de "realización de pagos en divisas, siempre que se efectúe de acuerdo con las normas de control de cambios aplicables a la transacción de que se trate", enunciación contenida en la norma 2.ª, punto 3.*a)*, de la primera de las Resoluciones, aplicable al régimen normativo de las cuentas en ECUs, por la vía del artículo 2.2 ["Las disposiciones de saldos de cuentas en EUCs de residentes podrán efectuarse por los conceptos previstos en los apartados *a), b), c)* y *d)* del punto 3 de la norma 2.ª de la Resolución de 10 de mayo de 1988"] de la segunda de ellas, textos, pues, que reconducen el tema al criterio cardinal de ecuménica vigencia en este orden de cosas consistente en entender el pago exterior (en este caso con externalización metafórica por lo que llevamos explicado) autorizando si lo está la relación obligatoria subyacente a solventar, principio cuya encarnadura tiene su punta de lanza en el artículo 3.1.9.ª ("Requieren

previa autorización las siguientes operaciones... 9.ª Los pagos y cobros entre residentes y no residentes o entre residentes por cuenta de no residentes efectuados directamente o por compensación. Cuando tales pagos o cobros tengan por causa un acto o transacción cuya realización no precise autorización o la misma haya sido otorgada, dichos pagos o cobros se entenderán autorizados, salvo que la regulación específica del acto o transacción o la autorización otorgada para su realización disponga otra cosa") del Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre de 1980, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios.

Así pues, y en méritos a la pluricitada equiparación de los préstamos y créditos en divisas que estamos analizando con los propiamente exteriores, cuando el prestatario sea una persona física o jurídica eventual titular de una cuenta interior en divisas o en ECUs podrá efectuar el pago de los intereses convenidos (y de los moratorios o de indemnización en su caso) y del propio capital del préstamo, bien en las pesetas comunes de que dispone normalmente en su calidad de residente o bien en los aludidos componentes financieros cuyo manejo solvencial a los efectos que estamos viendo resulta liberalizado en obsequio a una aplicación analógica de las meritadas normas orgánicas reguladoras de las cuentas de su cifraje (que acabamos de relacionar) y de la disposición alojada en el Real Decreto últimamente referenciado, si bien tal régimen de permisividad al respecto podría quedar yugulado cuando en la senda autorización para aperturar la cuenta en divisas en cuestión se prohibiese taxativamente tal potencial uso solutorio, matiz, sin embargo, no predicable para las nominadas en ECUs, siendo así que para estas últimas se postula normativamente en la Resolución de la DGTE de 22 de junio de 1990 antes indicada un régimen de aperturización libre, dato que impide que la Administración condicione en cualquier medida el régimen normativo ordinario al que acabamos de referirnos.

En el caso de que el prestatario fuese titular de una cuenta en divisas o en ECUs abierta en el extranjero, la entrada en liza del criterio posibilista que acabamos de explicitar resulta aún más aleatorio, toda vez que el régimen de tales cuentas resulta bastante más mediatizado administrativamente, y ello tanto en lo relativo a su potencial apertura (demandante de expresa autorización) como en lo que afecta a la movilidad de sus saldos (encorsetada por el contenido de la antes dicha autorización). De todos modos, en la hipótesis de que en la misma no se prohíba expresamente la posible utilización a los efectos que nos ocupan de los fondos integrantes de tales cuentas, su titular, prestatario residente de alguno de los créditos que estamos viendo, podrá utilizarlos con las finalidades satisfactivas objeto de análisis, todo ello en virtud de una interpretación coherente y sistemática de aquellas reglas que desde logísticas de polivalencia se encar-

gan de la tutoría de este orden de cuestiones, interpretación que, en cualquier caso, debe orientarse a la maximización de las posibilidades operatorias al uso.

b) *Supuestos liberalizados*

aa) Idea general

Dos alternativas crediticias cabe reseñar aquí, acreditando las mismas como común denominador el hecho de que el prestamista es siempre una entidad delegada. Arrancando de esta premisa, y siempre teniendo presente el conjunto de observaciones que acabamos de verter, los préstamos y créditos en divisas entre residentes resultan liberalizados en un doble supuesto: *a)* Cuando el prestatario es asimismo otra entidad delegada, y *b)* Cuando el préstamo o crédito (concedido a personas físicas o jurídicas residentes) sea hipotecario y se destine a la adquisición de inmuebles sitos en el extranjero. Veamos individualizadamente ambas posibilidades.

ab) Casos de préstamos y créditos entre dos entidades delegadas

Esta variante plenamente liberalizada (cuya *ratio* se asienta en la idea de que los operadores jurídicos involucrados en la misma por sus propios rasgos fisonomizadores y por su relevante y optimizado papel en el panorama operativo general del control de cambios doméstico, disponen de un filón de potencialidades en este ámbito cuyo eventual ejercicio sin trabas no puede resultar nunca lesivo para los intereses nacionales) resulta de promoción libre en virtud de lo prescrito al respecto por la Circular del Banco de España 5/1987, de 13 de marzo, sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera, texto cuya norma 4.ª, en su parágrafo *a),* equipara a sus propios efectos (de donde emerge la liberalización dicha) a las meritadas entidades delegadas (cuando actúan como prestatarios) con las personas jurídicas o físicas no residentes, paraigualización que supone en este entorno una evidente incentivación de las facultades de *agere licere* de tales entidades convertidas así en no residentes metafóricos, calidad que les es atribuida *ex lege* por la calendada disposición.

ac) Casos de préstamos y créditos garantizados hipotecariamente y destinados a la adquisición de inmuebles sitos en el extranjero

Siempre partiendo de la presencia de esta modalidad crediticia de los únicos prestamistas autorizados *ministerio legis* —y de forma global—

que cabe reseñar, y que son las pluricitadas entidades delegadas, la variante que nos ocupa presentemente hace alusión a aquellos supuestos de préstamos y créditos concertados entre una de tales entidades y la correspondiente persona física o jurídica residente que vaya a adquirir un inmueble (o varios) en el extranjero, adquisición que va a ser financiada en todo o en parte con el importe del crédito o préstamo en cuestión, posibilidad crediticia tenida en cuenta, en cuanto modalidad liberalizada, por la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990, cuyo artículo 3 dispuso al efecto que "se autoriza con carácter general a las entidades delegadas para otorgar a residentes créditos hipotecarios denominados en divisas convertibles admitidas a cotización en el mercado español con la finalidad de adquisición de bienes inmuebles sitos en el extranjero. En el momento de su utilización se formulará comunicación de cobro modelo R(2), aplicada al código estadístico 17.01.01, compensada con comunicación de pago modelo A(4) aplicada al código estadístico 14.50.01, según proceda, efectuada de acuerdo con la Orden de 19 de diciembre de 1988. Las amortizaciones e intereses darán lugar a comunicaciones de pago modelo A(4), aplicadas a los códigos 17.01.02 y 17.01.03. En todas estas comunicaciones aparecerá como titular el residente comprador del inmueble. En las comunicaciones aplicadas a los códigos estadísticos 17.01.01/02/03, a que se refiere este artículo, figurará como país España, con su clave de codificación 011".

Teniendo en cuenta el profundo allegamiento de método y concepto que media esta modalidad crediticia y la posibilitada por el artículo 21 de la Orden de 19 de diciembre de 1988 (y 2 de la calendada Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990) que liberalizó (previa verificación administrativa) las inversiones en inmuebles en el exterior (variante crediticia analizada ya precedentemente), parece lógico que, teniendo ambas alternativas financieras el mismo objetivo (el financiar la adquisición de los aludidos bienes por parte de residentes en España), deba seguirse en los dos supuestos la misma procesalidad, siendo por ello aplicable al caso que nos ocupa la exigencia de que el préstamo o crédito proyectado quede debidamente circunstanciado en el modelo TE-19 de verificación que proceda, circunstanciación que deberá referirse a todo el conjunto de datos subjetivos, objetivos y funcionales que deban converger en el supuesto planteado, constituyendo un serio apoyo de tal instrumentación común el hecho de que la propia Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990 (disposición que se constituye en la fuente normativa directa de la regulación de tales créditos y que materializa, dicho sea en un inciso, una notable excepción a las normas comunes de competencialidad vigentes en estas áreas al provenir de la DGTE, siendo así que según el Decreto 1791/1973, de 22 de julio, y el Real Decreto 222/1987, de 20 de febrero, las habilidades

interventoras en materia de créditos y préstamos en divisas aparecen titularizadas por el Banco de España) mencione, como asidero de su propia racionalidad normativa, al meritado artículo 21 (de la Orden referenciada de 19 de diciembre de 1988).

Por lo que se refiere al control de legalidad que deban desempeñar en este campo los fedatarios llamados a prestar su correspondiente cometido competencial, y en su caso el Registrador interviniente, el mismo dispone de una encarnadura más o menos densificada según cual sea la concreta modalidad tomada en consideración, siendo ésta de perfiles sobrios cuando se proyecta sobre la primera de las mencionadas, ya que en este caso el fedatario (y eventualmente el Registrador de la Propiedad si se constituye una hipoteca en garantía de los mismos, cosa que no es imprescindible a diferencia de la otra variante liberalizada) únicamente deberá comprobar, siempre ciñéndonos al análisis de la cuestión desde vertientes rigurosamente conectadas con el control de cambios, que tanto el prestamista como el prestatario son entidades delegadas y que lo efectivamente prestado son divisas cotizables o ECUs.

Más complejidad reviste el supradicho control cuando éste se oriente al enjuiciamiento notarial (o consular, en su caso) y registral de la otra modalidad indicada, ya que la escritura de hipoteca que se otorgue al efecto únicamente resultará inscribible tras la comprobación, en primer término, de que los datos de subjetividad que se requieren de modo ineluctable para la liberalización de la figura se dan cita en el supuesto, es decir, que el prestamista es una entidad delegada y que el prestatario es un residente (persona física o jurídica); en segundo lugar, que lo efectivamente prestado son divisas cotizables o ECUs, y en el tercero, que no sólo se ha obtenido la previa verificación positiva que cubra la adquisición inmobiliaria que se pretenda financiar con el préstamo o crédito en cuestión, sino también que los datos relativos al mismo y recogidos por el proyecto de la pertinente escritura a autorizar coinciden en un todo con los verificados (verificación proveniente, tal como hemos apuntado, de la DGTE), sin que, por el contrario, tengan que indagar los calendados fedatarios y el Registrador de la Propiedad interviniente si el préstamo se ha utilizado en lo que era su tasado objetivo (financiar la adquisición inmobiliaria extranjera verificada), siendo del propio modo reseñable que la alternativa crediticia que nos ocupa —a diferencia de otros supuestos ya analizados— no requiere la obtención de ningún tipo de NOF como presupuesto de su propia efectividad.

c) *Supuestos no liberalizados*

La eventual tenencia (legítima) de divisas por parte de residentes acredita institucionalmente un carácter efímero y condicionado; efímero, porque salvo autorización no podrá exceder de los quince días contados desde el de su adquisición; condicionado, porque también salvo autorización su disponibilidad (siempre dentro del indicado plazo) únicamente puede orientarse al logro de su venta en el mercado nacional de las mismas, *ex* artículo 3.2 del Real Decreto 2402/1980, efimeridad y condicionalidad operativas que determinan en su fatal convergencia que el uso solutorio de tales componentes dinerarios requiera siempre autorización específica, siendo al efecto reseñable que en este campo no se detecta ninguna habilitación especial que permita la utilización de tales ingredientes crematísticos en cuanto elementos objetivadores de los correspondientes préstamos y créditos entre residentes, aunque en puridad tal habilitación sólo sería demandable para la eventualidad de que lo sometido a consideración fuere un préstamo y no un crédito (siempre partiendo de la "realidad" del indicado préstamo), cuestión debatida con anterioridad en este mismo capítulo cuando en su epígrafe 3 nos hemos ocupado de las relaciones obligatorias entre residentes objetivadas en divisas (tema visto concretamente en el subepígrafe "E" del calendado epígrafe 3).

Partiendo de esta reflexión, y entendiendo liberalizados los créditos y no los préstamos (del tipo que nos ocupan), tengo que puntualizar que para estos últimos rige con todo su rigor el criterio de que su pago (que comporta del propio modo su perfección) requiere la previa habilitación administrativa a la que alude el precepto indicado *ut supra,* y ello aun en la hipótesis de que el potencial prestamista disponga de la titularidad de alguna de las cuentas en divisas o en ECUs operativas en estas áreas (sendamente gobernadas por las normas a las que aludimos anteriormente).

Por lo que afecta al control de legalidad a ejercer en estas áreas por los fedatarios intervinientes en la formalización pública de los préstamos que estamos viendo (y eventualmente del Registrador de la Propiedad llamado a inscribir la correspondiente escritura de hipoteca si tal garantía hubiese sido prestada), tengo que decir que el mismo se circunscribe a la comprobación (aparte de la condición residencial de los implicados y de que la objetivación del préstamo en cuestión se efectúa en divisas cotizables o en ECUs) de que el supuesto de que se trate dispone de la pertinente autorización administrativa, discernible, de acuerdo con las reglas de distribución competenciales ordinarias en este orden de cosas (delineadas, tal como hemos apuntado anteriormente, por el Decreto 1791/1973 y el Real Decreto 222/1987, de 20 de febrero) por el Banco de España, debiendo

homologarse asimismo por parte de los indicados profesionales la plena correlación entre lo efectivamente autorizado y lo incorporable, como resultado de la predeterminación volitiva negocial de las partes, al instrumento a autorizar (e inscribir si fuere hipotecario el préstamo en cuestión), pudiendo traerse ahora a colación todo lo que apuntamos con anterioridad en el subepígrafe introductorio a la clase de préstamos y créditos cifrados en divisas y concertados entre residentes, por lo tocante a la *praxis* solutoria a seguir para la satisfacción de los intereses debidos y al reembolso del propio capital (en divisas) prestado.

C) Créditos por personas interpuestas

a) *Idea general*

Son aquellos en los que la operación de préstamo que se conforme al efecto atina de modo expreso a dos residentes —el prestamista y el prestatario—, difiriendo esta modalidad del resto de los comunes en la circunstancia de que en la misma es presumible la presencia de una relación subyacente, determinante de que en realidad el residente concedente no sea sino o un representante declarado (modalidad carente de especialidad) o un testaferro o representante oculto de un no residente, circunstancia esta última que viene a teñir de especialidad la categoría crediticia que estamos considerando, entidad cuyo entrañamiento en la teoría de los negocios indirectos o simulados puede predicarse de forma conjunta o alternativa, según los casos, y que desde netas perspectivas del control de cambios provoca considerables dosis de perplejidad, toda vez que, *prima facie,* y prescindiendo de una ulterior prueba acerca de la veracidad de la situación descrita, el préstamo en cuestión es uno más entre residentes, no mereciendo por ello ser tratado en estas páginas.

Siendo ello así, es evidente que tal disyuntiva negocial no presenta ningún tipo de particularidad desde la óptica "normal" (no patológica) del aludido control de cambios; de todos modos, en un intento controlador, a mi modo de ver bastante desorbitado, ya el Decreto de 24 de noviembre de 1939 (por el que se aprobaron los Estatutos del ahora extinto IEME), en su artículo 5.1, aludía a los préstamos que estamos viendo cuando los mismos quedaban objetivados en pesetas (que por aquel entonces sólo podían ser comunes), forma de entender la cuestión que el hacedor del fundamental Real Decreto 2402/1980 mantuvo, algo impremeditadamente, en su apartado 1.6, imponiendo la necesidad de la tenencia de una autorización previa para la "obtención por residentes de préstamos o créditos concedidos directamente o a través de un residente por no resi-

dentes", fórmula que no es sino una reelaboración algo más aquilatada de la primitiva contenida en el añejo Decreto dicho, pero que resulta escasamente útil, ya que las hipótesis debatidas (que son asimismo extensibles a los préstamos en divisas entre residentes cuando el prestamista actúe por cuenta de un no residente) requieren su inexorable reconducción —dado su incuestionable perfil noxológico— al terreno del ilícito civil o penal, toda vez que, una vez adverada suficientemente la actuación no autorizada del residente por cuenta del tercero no residente, la situación creada podría ser constitutiva de una infracción a la legislación del control de cambios y quedar sometida por ello a la consecuente reprochabilidad administrativa o penal.

En base a todo lo dicho hasta ahora, entiendo que de no resultar claramente del caso en entredicho la actuación representativa que constituye el sustrato de la figura considerada —claridad que demandaría la obtención de la correspondiente autorización—, la Administración sólo podrá proceder, frente a vehementes sospechas de su concurrencia —y ante la inexistencia de tal habilitación administrativa—, a la instrucción del correspondiente procedimiento punitivo de orden civil en el que deberá depurarse la presunta existencia de tal actuación representativa (no declarada), decretándose en su caso el traslado —con el significado procesal de denuncia— de las diligencias practicadas al efecto a los órganos correspondientes de la jurisdicción criminal si de las mismas resultaren indicios de delito en la actuación de las partes (residentes o no residentes) involucradas en el tipo negocial considerado.

IX. EL APLAZAMIENTO DE PAGO COMO CREDITO

A) IDEA GENERAL

En todos aquellos contratos onerosos en los que la presencia de un correspectivo dinerario constituye un elemento sustancial de su correcta instrumentación, es lícito pautar su efectiva cadencia cronológica por la vía del correspondiente acuerdo negocial. Cuando tal correspectivo se materializa en la peculiar y estanqueizada categoría jurídico-económica "precio", el pago del mismo puede convenirse de presente, es decir, de forma inmediata y correlativa a la entrega de la cosa o servicio obtenido o bien dilatarse en el tiempo, es decir, desincronizarse, ora en su integridad, ora de forma fraccionada, surgiendo con esta última posibilidad la figura —de tipología jurídica especial— de las ventas a plazos, institución que en el ámbito del control de cambios presenta, al igual que en el orden operativo estrictamente internizado, una importancia capital.

Del propio modo, el plazo es un elemento de cardinal relevancia en la regular vertebración de todo tipo de préstamos (considerados éstos en su más acendrado sentido o en uno de contornos menos acendrados, hecho que sucede cuando los mismos son escudriñados desde la óptica de la teoría general del control de cambios), toda vez que lo que constituye la piedra angular de la funcionalidad emergente de tal categoría crediticia es la imprescindible necesidad de devolver, en un tiempo retrasado previamente convenido, la suma integrante del capital inicialmente puesto a disposición del prestatario.

Siendo ello así, es evidente que el elemento temporal que estamos observando resulta ser una clave negocial de trascendencia considerable en cuanto encuadradora de la *solutio* convenida en el marco de la más perfecta normalidad funcional, fenomenología solvencial cuya practicidad no puede ser demandada normalmente por el acreedor (vendedor, proveedor, arrendador o prestamista) con anterioridad al decurso del tiempo de aplazamiento estipulado ni tampoco impuesta por el deudor antes de su vencimiento *(ex* arts. 1.125 y sigs. CC).

Partiendo de tal esencialidad, que impone que el pago se efectúe y acepte justamente en el *tempus* oportunamente vehiculizado por el parámetro temporal prestablecido en la obligación de que se trate, se plantea la cuestión consistente en precisar qué calificativo es dable atribuir —desde la vertiente del control de cambios— a los aplazamientos aludidos, cuestión que, en puridad, sólo resulta coherentemente planteable —desde la más pulquérrima rigurosidad conceptual— en las hipótesis de aplazamientos de pagos de precios y sólo de forma relativizada y traslaticia respecto a los tiempos de devolución de los préstamos recibidos, ya que en estas modalidades negociales tal devolución temporal constituye una alternativa sustancial e ineluctable (a diferencia de lo que sucede con los pagos de los precios que pueden convenirse de contado).

En obsequio de lo dicho, y circunscrito el centro de gravedad del problema calificatorio a los precios aplazados cuando los mismos se dan cita en los negocios onerosos, entiendo que la concreta instrumentación de la dilación solvencial estipulada entronca —con más o menos chirridos— en una concepción amplia de la figura del crédito, concepción que, como antes apuntamos, es la única admisible en el ámbito del control de cambios y de la que parten, asimismo, la mayor parte de los autores que se ocupan de la problemática relacionada con la misma. Así, NÚÑEZ LAGOS, en su dicha obra, página 279, pone de manifiesto la integrabilidad del meritado aplazamiento en la categoría genérica del préstamo o crédito, "concepto —dice— en el que hay que incluir cualquier negocio jurídico del que resulte una deuda dineraria; por lo tanto, los precios aplazados en las

compraventas, las emisiones de obligaciones o títulos de renta fija, el descuento de letras..."

Del propio modo, D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, en su obra citada *ut supra,* en la página 1225 de su edición de 1990, mantienen una postura doctrinal asimismo indicativa de la refundición de los aplazamientos solutorios que estamos considerando dentro de la categoría genérica de los préstamos y créditos, integración, no obstante, teñida de especialidad y que los supradichos autores subrayan calificando tales aplazamientos como "créditos indirectos desde el punto de vista del control de cambios", etiquetado que sin embargo no impide su estricta sujeción al régimen normal patrocinado por la normativa reguladora de las condiciones operativas del sector exterior que estamos explayando en estas páginas.

Posición discrepante de la relacionada fue la sustentada por LUCAS FERNÁNDEZ, que en la página 161 de su obra precitada sostuvo en solitario la tesis de que el plazo convenido en la compraventa sujeta a debate no alteraba la naturaleza del contrato ni de la obligación asumida por el comprador, ni tampoco trocaba el negocio celebrado en un contrato mixto, deduciéndose de todo ello que el aludido aplazamiento no podía corporeizar, en modo alguno, una concesión de crédito.

Por mi parte, en el capítulo XVIII de esta obra, contenido en el volumen 2 del tomo I, mantuve, en directa atinencia a la compraventa inversora con precio aplazado, una posición de extrema cautela —desde planteamientos jurídico-ideológicos uncidos a la más depurada técnica metodológica y conceptual— acerca del allegamiento de la figura que estamos considerando a la genérica del préstamo, coincidiendo de este modo con las opiniones últimamente vertidas; pero no dejé de puntualizar, asimismo —adoptando posicionamientos templadamente sincréticos— la evidente propincuidad económica de tal instituto a la figura del préstamo, así como el dato incontestable de que para la normativa especializada que estamos evidenciando —representada, en el caso entonces sujeto a consideración, por la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975, referida directamente a los aplazamientos solutorios establecidos en determinados supuestos de compraventas de inmuebles convenientemente engendrantes de titularidades dominicales transidas de inversión extranjera—, que para el parentesco entre los aplazamientos solutorios y la categoría del crédito o préstamo —si bien especial— era obvio.

Ello dicho, y siguiendo con el desmenuzamiento de esta cuestión, tengo que resaltar igualmente que el calificativo aludido es predicable no sólo cuando tal aplazamiento es el producto de una concordada decisión negocial de las partes, materializada en la fase germinal y constitutiva del negocio oneroso de que se trate, sino también cuando tal aplazamiento

proviene de una concordabilidad ulterior a la fase inicial supradicha, es decir, cuando habiéndose establecido un pago puro o simple o cuando el aplazamiento convenido pristinamente establecido ha quedado purificado por el decurso del tiempo prescrito, las partes debidamente involucradas en el pertinente negocio oneroso modifican (novan) el parámetro solutorio temporal inserto en pristino al esquema negocial de que se trate, articulando *a posteriori* el consiguiente aplazamiento, modificación que implica la concesión novatoria de un "nuevo" crédito del vendedor al comprador (calificativo asimismo propugnable para la eventualidad de que el aplazamiento establecido afecte a la devolución de un préstamo típico).

En estos casos, pues, el nuevo plazo titularizado por el comprador para solventar la parte (o el todo) del precio pendiente de satisfacción o para que el prestatario devuelva la parte (o el todo) de la cantidad mutuada acredita asimismo el calificativo de "crédito", quedando sujeto, por lo tanto, a las directrices cardinales que disciplinan tal tipo de negociabilidad genérica, representadas, como ya ha sido dicho con reiteración en estas páginas, por el Real Decreto 2402/1980 sobre control de cambios, cuyo artículo 3.1, 6 y 7, dando respuesta normativa a la reserva reglamentaria contenida en la fundamental Ley 40/1979, exige autorización administrativa para que todo tipo de operación crediticia incluible en las categorías de subjetividad residencial genérica aludidas por el mismo quede debidamente inmersa en la pertinente dinámica de constitutividad y funcionalidad lícitas, exigencia, no obstante, paliable en virtud de una hipotética labor de jurisdicencia reglamentaria ulterior matizante, puntualizante o exonerante de la rigidez dicha, labor acometida, por lo tocante a los aplazamientos de los precios antes aludidos, por la DGTE de 30 de julio de 1975, disposición que es la única liberalizadora en la materia y que ha sido objeto de amplio debate en el volumen II del tomo I de esta obra, a donde me remito.

De todos modos, y con la finalidad de facilitar la labor del lector y también de acompasar el contenido de esta obra a lo más novedoso que dé de sí el consecuente tratamiento de su temática a la luz de los nuevos apremios normativos que sobre la misma vaya surgiendo en nuestro panorama jurídico o de los trabajos de investigación orientados a clarificar sus puntos más dudosos, voy a poner de manifiesto ahora, en consonancia con lo que antes aduje cuando me ocupé de los créditos entre residentes y no residentes cifradas en pesetas convertibles y comunes, que respecto a la especial modalidad solvencial que estamos considerando no puede en modo alguno plantearse el problema de si la misma se halla o no subsistente tras la adopción de la serie de disposiciones de moderna progenie que incidieron en la variante crediticia disciplinada en un principio por la instrucción 5.ª de la Resolución que nos ocupa (disposiciones que son la

Orden de 31 de julio de 1989, la Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989, la Orden de 4 de febrero de 1990 y, cerrando filas, la Resolución del mismo Centro Directivo antes indicado de 14 de mayo de 1990), tema del que me ocupé con anterioridad y del que quedan al margen los aplazamientos solvenciales que nos ocupan, cuya única norma disciplinadora continúa siendo la instrucción 4.ª de la pluricitada Resolución de 30 de julio de 1975, cuya vigencia resulta por ello indiscutida, siendo así que ni siquiera la Orden mencionada de 4 de febrero de 1990 (constituyente de un verdadero apunte compilador de soluciones de este orden de cosas) se ocupó de la misma (pudiendo hacerlo si se tiene en cuenta que en su art. 17 se encargó de concretar el régimen al que deben atenerse los aplazamientos que medien entre residentes y no residentes con motivo de las desinversiones inmobiliarias).

Así pues, no hay nada que empañe la absoluta lozanía de toda la serie de consideraciones que sobre el supuesto que nos ocupa vertí en mi anterior volumen, si bien, y por prurito de autoexigencia personal, tengo que poner de relieve que la distinción cuya beligerancia allí mantuve entre aplazamientos liberalizados de forma plena (los concedidos por vendedores residentes a compradores no residentes personas físicas) y los absolutamente sujetos al requisito de previa autorización eventualmente discernible por la DGTE (los que en el mismo supuesto se otorgan a compradores personas jurídicas no residentes) no es compartida de modo generalizado, habiendo autores —ENRIQUE CUARTERO HERVÁS— que mantienen una postura divergente, preconizando para estos últimos su sometimiento al requisito de verificación administrativa, cuestión que retomaré con ulterioridad al abordar el tema de los eventuales pagos subrogatorios y acuerdos de cesión de créditos y deudas que pudieren intervenir en este tipo de negociabilidad obligacional, cosa que sucederá en las postrimerías de este capítulo.

Ello dicho, tengo que puntualizar que en los momentos presentes, y partiendo siempre de la vigencia del sistema liberalizador que nos ocupa, el mismo ha sido potenciado en el sentido de que ahora los créditos encarnados en tales aplazamientos solutorios pueden ser garantizados con todo tipo de hipotecas (y no sólo recayentes sobre el inmueble transmitido y no pagado de presente como con anterioridad), siendo ello simple consecuencia de la entrada en liza en esta dimensión negocial de la Orden de 19 de junio de 1990, texto que, previa derogación de las anteriormente vigentes de 23 de enero de 1981 y de 16 de febrero de 1989, permite de forma general (y, por supuesto, para el caso objeto de la presente investigación) la constitutividad de todo tipo de hipotecas (siempre que el crédito reforzado se halle liberalizado o legítimamente constituido, cual es el caso), con lo que los supradichos aplazamientos podrán ser garantizados

no sólo con una hipoteca recayente sobre el propio inmueble transmitido, sino sobre cualquier otro ubicado en España, pertenezca éste al comprador hipotecante no residente (persona física o jurídica) o a un tercero (residente o no, también persona física o jurídica).

A fin de concluir adecuadamente con esta sumaria exposición, tengo que referirme ahora a que la duplicidad de posibilidades a la que hemos hecho alusión repercute directamente en el nivel de control a desplegar por los fedatarios intervinientes en la instrumentación de los negocios jurídicos de donde emerjan los aplazamientos evidenciados. Así, si se trata de la variante de constituvidad libre, su ejecución depende del exclusivo arbitrio de las partes involucradas, compitiendo al fedatario (y al Registrador de la Propiedad cuando se trate de aplazamientos garantizados hipotecariamente) sólo la homologación de que la misma acredita las condiciones territoriales antes dichas y de que el aplazamiento en cuestión lo es en relación con el precio de la compraventa de que se trate, no pagado en todo o en parte. Por el contrario, cuando se trate de la modalidad aplazatoria no liberalizada, es decir, aquella articulada entre un vendedor residente y un comprador no residente persona jurídica, entonces tales profesionales del Derecho deberán depurar, además de los requisitos ya explicitados, si en la instrumentación pretendida se dan o no cita toda la suerte de datos subjetivos u objetivos incluidos en la solicitud presentada para la autorización o bien en el modelo TE-13 extendido para obtener la verificación positiva relativa a la compraventa inmobiliaria en sí y al aplazamiento convenido (alternativa que será la que prospere según cuál sea la mejor de las interpretaciones dichas), resaltándose la enorme diferencia que media entre los dos supuestos (el liberalizado y el que no lo es en modo alguno o sólo de forma matizada) a los que acabamos de referirnos.

Por lo que afecta a los aplazamientos que eventualmente puedan darse cita en las operaciones de compraventa de inmuebles ubicados en España concertados entre dos no residentes, los mismos quedan en principio al margen de nuestra normativa doméstica sobre el control de cambios (en obsequio a la situación no residencial homogénea de sus implicados) y por ello liberalizados, criterio no obstante que si bien resultaba claro a base de una interpretación coherente de nuestra preceptiva sobre el particular, carecía de una consagración ordinamental explícita, hecho que ha tenido lugar a través de la disposición adicional de la Orden de 4 de febrero de 1990, si bien en su estricta referencia a los créditos hipotecarios entre tales residentes, tema que retomaremos ulteriormente con motivo de incorporar a estas páginas los comentarios que tal disposición me mereció en el opúsculo de actualización de esta obra.

Siguiendo con el trazado especulativo de esta temática, tendente, en lo

esencial —y bajo el prisma exclusivo del control de cambios— a la reconstrucción jurídica de la figura del aplazamiento de pago considerado, no puedo preterir ahora el dato de que el mismo puede acreditar un origen indirecto, posibilidad materializada en una previa incuria reclamativa por parte del acreedor, aquiescida expresa o tácitamente por el deudor (acaeciendo esto último al no efectuar el mismo la consignación de la cantidad adeudada), eventualidad que debe diferenciarse netamente de aquella en la que media una imposibilidad física o jurídica para reclamar o una situación patológica de incumplimiento, derivas insatisfactivas detectables en estos niveles de negociabilidad cuyas enfiladas —sustantivas y procesales— caminan por cauces rituarios distintos.

B) APLAZAMIENTOS SOLUTORIOS OPERATIVOS EN EL MARCO DE LOS PRÉSTAMOS FINANCIEROS

Dejando aparte el supuesto antes aludido —y que fue tratado *in extenso* en el antes indicado capítulo XVIII del volumen II del tomo I de esta misma obra—, la fenomenología dilatoria, en cuanto constitutiva de la modalidad crediticia atípica objeto de este debate —tiene perfecto acomodo en el ámbito de los créditos financieros—, y ello con absoluta independencia de cuál sea la concreta causa sobrevenida provocadora de la pertinente dilación respecto al *tempus* de devolución inicialmente establecido (convenio explícito al efecto de los involucrados en la peripecia crediticia cuyo *solutio* se retrasa, inexigencia por parte del acreedor del débito ya vencido no seguido de la oportuna —y ya aludida— consignación liberatoria de su *quantum* consumada por el deudor).

En méritos de ello, el concreto aplazamiento sobrevenido, en cuanto constitutivo de una modalidad crediticia de tipología financiera relativamente atípica, resultará o lo liberalizado según que su nuevo repunte cronológico (partiendo de la base que sus restantes parámetros subjetivos y cuánticos queden inmutados) encaje o no en los esquemas de liberalización constitutiva diseñados por la normativa que regula el proceso fundacional de las variantes normales, exigiéndose, en todo caso, el congruente discernimiento del correspondiente NOF, asignación del que se ocupan, en directa referencia a la hipótesis planteada, D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, quienes en la nota 18, al pie de la página 1213 de su libro antes dicho, edición de 1990, explican —en un lúcido empeño interpretativo sobre el particular— que tal asignación requiere la práctica de un doble asiento contable por parte de la entidad delegada a través de la cual se efectúa la operación: un pago al extranjero en cumplimiento de la obligación y un cobro simultáneo en concepto de préstamo financiero del

exterior (o de otro tipo, pienso yo), operatividad que fue ya debidamente instrumentada por la Circular 283, de 8 de marzo de 1972, del ahora extinto Instituto Español de Moneda Extranjera, mecánica que en el supuesto de que se trate de un aplazamiento solutorio de factura inversa a la inmediatamente descrita presupondría la práctica de un doble asiento también: uno de entrada de divisas por el pago de la deuda, y de simultánea salida de las mismas en concepto de préstamo al extranjero.

C) APLAZAMIENTOS SOLUTORIOS OPERATIVOS EN EL MARCO DE LAS INVERSIONES Y DESINVERSIONES SOCIETARIAS

a) *Idea general*

Resulta obvio que el derecho al componente crematístico que en el supuesto instrumentativo de la inversión perciba —como correspectivo— el residente, y en el de la desinversión el no residente, puede consumarse de inmediato o bien aplazarse pertinentemente, hipótesis que cristaliza, a los efectos del control de cambios objeto de nuestro análisis, en una situación de crédito instaurada entre un residente y un no residente en el primer caso, y en una de personalización territorial adversa en el segundo, posicionamientos de divergencia residencial de los operadores jurídicos intervinientes que determina que el avatar negocial concebido al respecto encaje holgadamente en el marco de restricción general oportunamente diseñado por el artículo 3.3.6 del pluricitado Real Decreto 2402/1980, precepto de polivalente factura que demanda la previa obtención de la autorización correspondiente para que la negociabilidad entablada al efecto pueda desarrollarse con éxito jurídico, exigencia, no obstante, de caracteres exponenciales muy amplios y que deviene susceptible de legítima matización por parte de aquellas parcelas de ordinamentalidad especializada que orbitan en derredor del foco preceptivo básico representado por el Real Decreto indicado *ut supra,* cosa que sucede concretamente en el ámbito de las inversiones que dan título a este apartado específicamente tomadas en cuenta por la Orden de 4 de febrero de 1990, disposición de muy reciente progenie que justificando su razón de ser en diversas consideraciones recogidas en su porción introductoria ["La promulgación de la Ley de Inversiones Extranjeras en España (Real Decreto Legislativo 1265/1986, de 27 de junio) y su Reglamento aprobado mediante el Real Decreto 2077/1986, de 25 de septiembre, supuso la adaptación de la normativa española sobre la materia a las Directivas Comunitarias de movimientos de capital y de derecho de establecimiento. La liberalización contenida en dicha legislación introdujo una notable agilidad en la tramitación

ante la Administración Pública de los expedientes de inversión extranjera, si bien quedó pendiente la tarea de dictar normas de rango inferior que viniesen a detallar cuestiones de procedimiento de índole formal. La presente Orden pretende suplir en parte la ausencia de normas de desarrollo y procedimentales, regulando determinadas operaciones conexas a inversiones extranjeras e introduciendo nuevos impresos modelo TE-13 de verificación de inversiones extranjeras, los cuales pretenden conciliar los objetivos de agilización en la tramitación de inversiones y de obtención de un grado de información suficiente sobre los proyectos de inversión extranjera en España por parte de la Administración")] ha venido a convertirse, desmintiendo lo anodino de su rotulación que parece referirse de modo exclusivo a cuestiones "menores" de requisitalidad instrumental, en un importante artilugio normativo de ejecución del RIE, derogando asimismo —y ello de modo formal— textos impositores de una procesalidad en la materia absolutamente obsoleta al haber decaído previamente en su vigencia los textos sustantivos en que aquéllas se basaban, dispositivo de estrategia operacional que en lo que ahora nos concierne viene a liberalizar en las áreas de inversión y desinversión societarias determinadas hipótesis de créditos materializados en aplazamientos de pago concedidos por residentes a no residentes (e inversos), liberalización que, como forzado corolario, se proyecta en la segunda de las hipótesis dichas sobre el traslado al exterior del correspectivo económico que perciba dilatadamente el no residente desinversor concedente del aludido aplazamiento, posibilidad que hace referencia a concretos supuestos de desinversión societaria, tal como vamos a ver.

b) *Casos de aplazamientos concedidos por residentes a no residentes*

aa) Idea general

La disposición aludida distingue una doble hipótesis al respecto, según que el aplazamiento en cuestión resulte operativo en el sector de las inversiones extranjeras societarias oportunamente vehiculizadas por constituciones de sociedades o ampliaciones de capital o, por el contrario, los mismos graviten sobre las pertinentes operaciones de compraventa de acciones o derechos de suscripción, díptico de eventual instrumentación a cuyos sendos componentes aluden respectivamente los apartados 1.1, 1.2 y 1.3 del artículo 13 de la supradicha disposición.

ab) Aplazamientos en los casos de constitución y ampliación no bursátil de capital

Se refiere taxativamente a este supuesto el indicado apartado 1.1 cuando, con referencia a las supradichas operaciones no bursátiles, precisa literalmente que "en el caso de inversiones extranjeras en sociedades en las modalidades de constitución o ampliación de capital, el abono de dividendos pasivos por accionistas extranjeros a las sociedades españolas en las que participan es libre, sin necesidad de verificación administrativa previa", precepto que tomado en cuenta en su rigurosa dicción literal no se refiere en realidad al aplazamiento *sensu strictu,* sino al pago de las cantidades pendientes por la asunción de los correspondientes posicionamientos de socio, quedando en pie la cuestión de cuál sea el régimen que deba guiar el supradicho aplazamiento, problema que entiendo debe resolverse en base a entender que el mismo tendrá que ser el que lidere la inversión en sí, es decir, el de libertad absoluta cuando se atenga a tal régimen o el de verificación o autorización en su caso cuando éste sea el sistema que deba disciplinar tal inversión, debiendo circunstanciarse en estos dos últimos casos el proyecto negocial del aplazamiento pretendido en la documentación que a tales efectos se remita a la DGTE como apoyatura de la pretensión inversora pertinente.

Obviamente, en aquellas hipótesis en las que tal aplazamiento se articule con posterioridad al acto inversor en sí a través del oportuno acuerdo novatorio del esquema negocial pristinamente conformado, deberá seguirse idéntico régimen.

ac) Aplazamientos en el caso de compraventa no bursátil de acciones o derechos de suscripción

aa') Idea general

Del artículo antes dicho, en sus párrafos 1.2 y 1.3, resulta el sistema a seguir en este orden de cosas, siempre con referencia a una actuación inversora no bursátil, sistema que diverge según que la aludida compraventa se halle o no sometida a un previo esquema de control administrativo, disyuntiva que pasamos a explicitar.

ab') Régimen de los aplazamientos cuando la inversión base se halle sujeta a control previo

Alude a este caso el antes mencionado apartado 1.2 al precisar literalmente que: "Cuando en operaciones de compraventa de acciones o dere-

chos de suscripción que requieran autorización o verificación previa se concedan aplazamientos de pago en favor del inversor extranjero, en la solicitud de autorización o verificación se hará constar la existencia de estos aplazamientos y de sus condiciones", verificación que en determinadas hipótesis exige —como asidero de la ulterior actuación controladora de la Administración— la constancia en el expediente administrativo que se instruya al efecto de una circunstanciación especial, refiriéndose a esta hipotética tesitura el último apartado del artículo 3 que estamos desmenuzando cuando dice literalmente que "en aquellos supuestos en los que el precio derivado de una compraventa de acciones o derechos de suscripción no se cierra en el momento de formalizar la operación por ser variable o revisable, en función de auditorías pendientes, resultados de futuros ejercicios o cualquier otra circunstancia, la solicitud de la verificación previa deberá acompañarse de información detallada de las posibles variaciones de precio y de los factores de los que esas variaciones dependan".

ac') Régimen de los aplazamientos cuando la inversión base no se halle sujeta a control previo

ba') Idea general

Cuando los aplazamientos pretendidos emerjan de inversiones societarias no bursátiles consumables de inmediato por el inversor, sin necesidad de que su proyecto pase por el previo tamiz funcionarial materializado en la pertinente verificación o autorización, entonces debemos distinguir un doble supuesto según que el aplazamiento que se pretenda convenir siga la misma suerte ejecutiva (afectante a la inversión subyacente) o requiera verificación administrativa. Veamos.

bb') Aplazamientos liberalizados de ejecutividad inmediata

Alude a tal hipótesis —siempre con referencia a la compraventa no bursátil de acciones o derechos de suscripción— el apartado 1.2 del artículo en cuestión cuando señala literalmente que "los aplazamientos de pago concedidos en operaciones de compraventa de acciones o derechos de suscripción no sujetas a verificación previa serán libres y no requerirán verificación previa cuando la compraventa se realice a precio cerrado y las condiciones de ese aplazamiento sean recogidas en la escritura intervenida por fedatario público español".

bc') Aplazamientos liberalizados, aunque carentes de ejecutividad inmediata

En aquellos supuestos en los que no se conciten los condicionantes dichos (que el precio no sea cerrado y/o las condiciones de ese aplazamiento no se recojan en la antes aludida escritura) entonces entra en juego el párrafo siguiente del meritado apartado 1.2, que dice que "en los restantes casos será precisa la verificación previa de la Dirección General de Transacciones Exteriores", verificación en cuya procesalidad deberá tenerse en cuenta —cuando se proyecte sobre un aplazamiento de precio no cerrado— el pedimento consignado en el último párrafo del supradicho apartado 1.3, que antes quedó transcrito.

ad') Aplazamientos en el caso de compraventa bursátil de acciones o derechos de suscripción preferente

A esta hipótesis se refiere el apartado 2 del artículo objeto de nuestra glosa, según el cual: "Operaciones bursátiles. Se considera autorizado con carácter general el acceso de los inversores no residentes al sistema de crédito regulado en la Orden de 28 de julio de 1989 sobre sistema de crédito en operaciones bursátiles de contado, así como al crédito vinculado a operaciones bursátiles concedido al margen del sistema citado y otorgado por las entidades facultadas para ello de acuerdo con la Ley 24/1988 del mercado de valores.

En ambos casos el reembolso del crédito y de sus intereses, que deberán ser de mercado, así como los depósitos en efectivo en concepto de garantía de las posiciones de compra o de venta, deberán efectuarse mediante aportación dineraria exterior. Si las garantías citadas se aportasen *in natura,* los activos objetos de prenda deberán haber sido adquiridos mediante aportación dineraria exterior".

c) *Casos de aplazamientos concedidos por no residentes a residentes*

aa) Idea general

En relación con la Orden cuyo contenido estamos desbrozando en lo que nos interesa especialmente, la situación descrita en el epígrafe de este apartado sólo aparece regulada de forma muy confinada, refiriéndose tal disposición únicamente a aquellos créditos que materializados en los correspondientes aplazamientos de pago del precio convenido se instrumen-

ten entre un no residente acreedor que liquida su inversión por la vía de la venta de sus acciones "fuera de Bolsa" y el comprador residente de las mismas que no paga de presente —en todo o en parte— el precio convenido, hipótesis que la pluricitada Orden liberaliza en los términos de concepción de su artículo 16, según el cual: "Desinversiones en sociedades españolas fuera de Bolsa. Aplazamientos de pago y precio variable: Las compraventas de acciones fuera de Bolsa que supongan desinversión (supuesto, pues, antónimo al descrito en el antes literalizado art. 13.1, 2 y 3) podrán conllevar aplazamientos de pago en favor del comprador residente.

Asimismo el precio derivado de dicha compraventa podrá no quedar cerrado en el momento de formalizarse la operación por ser variable o revisable.

En estos casos, a la solicitud de verificación previa de las transferencias al exterior derivadas de la liquidación de la inversión extranjera en España deberá acompañarse copia de la escritura intervenida por fedatario público en la que habrá de constar la existencia de ese aplazamiento o, en su caso, información sobre las variables de las que dependerá el precio definitivo de la operación".

En base al gramaje de denotatividad preceptual del artículo transcrito, cuyo contenido ha de ser interpretado de forma contextual con el resto de apremios debidamente insertos en la pluricitada disposición, especialmente con el antes indicado artículo 13 [del que tiene que extraerse el significado a atribuir a la locución de "precio no cerrado" en el momento de formalizarse la inversión (o desinversión)], los aplazamientos articulables en virtud de la reglatividad que resulta de su seno se escinden en un doble grupo: los absolutamente liberalizados y los sometidos a control. Veamos las alternativas de tal desdoblamiento.

ab) Hipótesis de aplazamientos ejecutivamente liberalizados

Son aquellos que surjan de compraventas de acciones no bursátiles provocadoras de la correspondiente desinversión en las que el precio convenido y no pagado de presente queda absolutamente cuantificado desde el mismo momento de la formalización de negocio jurídico de compraventa de que se trate.

ac) Hipótesis de aplazamientos ejecutivamente no liberalizados

A esta hipótesis se refiere el propio artículo que estamos viendo cuando somete el trámite de previa verificación a aquellos supuestos de aplaza-

mientos de pagos surgidos de compraventas de acciones desinversoras no bursátiles cuando el precio convenido por las mismas y que deba pagar el residente de forma aplazada (en todo o en parte) no queda definitivamente cerrado desde el mismo momento de la concepción del negocio desinversor de que se trate, entendiendo que tal precio (que en todo caso deberá ser determinado siguiendo las exigencias del Código Civil, *ex* art. 1.447 y sigs.) no acredita tal cualidad cuando su cuantificación sea "variable o revisable", sucediendo tal cosa, de conformidad con lo previsto al efecto en el antes transcrito artículo 13.1.3, *in fine* (precepto integrador del que estamos viendo, tal como hemos dicho antes), cuando la objetivación definitiva de la cantidad a entregar dependa de "auditorías pendientes, resultados de futuros ejercicios o cualquier otra circunstancia", supuestos en los que tal aplazamiento deberá ser sometido previamente al filtro adverador que supone el aludido sistema de verificación administrativa, verificación a la que se llegará una vez controladas las condiciones de habilidad funcional de la operación aplazatoria pretendida, cernimiento burocrático de idoneidades que exige que los interesados presenten "información detallada", *ex* artículo 13 (o simplemente "información", *ex* art. 16), sobre las antes dichas variables, de las que dependerá, en suma, la concreta cantidad del correspectivo crematístico convenido (y aplazado en todo o en parte).

D) APLAZAMIENTOS SOLUTORIOS CONVENIDOS EN EL MARCO DE LAS DESINVERSIONES INMOBILIARIAS

A diferencia de lo que sucedía en la hipótesis anterior en la que el tratamiento de esta cuestión debía bifurcarse analíticamente en una doble eventualidad según que se tratase de aplazamientos solvenciales materializadores de créditos de residentes a no residentes (o a la inversa), ahora no es de recibo tal fragmentación porque tales aplazamientos, en su variante de créditos otorgados por residentes a no residentes, han sido ya examinados en el volumen precedente, concretamente en su capítulo XX, y en lo que quedó dicho con anterioridad. Siendo ello así, la exégesis que procede hacer ahora al efecto únicamente puede proyectarse sobre la restante modalidad, es decir, aquella que cristaliza en una concesión de un crédito por un no residente (el inversor titular del inmueble que vende) a un residente (comprador del mismo que no satisface de presente —en todo o en parte— el precio convenido), supuesto que aparece recogido por el artículo 17 de la Orden que nos ocupa, que al enfocar el tema reconviene sobre el particular que:

"Liquidación de inversiones extranjeras en inmuebles:

1. La transferencia al exterior del producto de la liquidación de una inversión extranjera en inmuebles no requerirá verificación previa de la Dirección General de Transacciones Exteriores, aun cuando el inversor extranjero conceda aplazamiento de pago en favor del comprador residente.

En estos supuestos, la entidad delegada a través de la cual se efectúe la transferencia al exterior de los fondos correspondientes vendrá obligada a requerir la presentación del modelo TE-7 de declaración ante el Registro de Inversiones, y el TE-8 correspondiente a la desinversión y la justificación de haberse cumplido las obligaciones fiscales relativas a la transmisión de que se trate.

2. Si se hubiere pactado aplazamiento de pago en favor del comprador residente, deberá presentarse a la entidad delegada, además de la documentación anterior, copia de la escritura pública en la que conste la existencia del aplazamiento".

X. CREDITOS INSTRUMENTADOS POR LA VIA DEL DESCUENTO

A) CASO DE LIBRADOR RESIDENTE Y LIBRADO NO RESIDENTE

Partiendo del dato de que de esta figura jurídica (la del descuento) nos hemos ocupado con anterioridad a través de una serie de reflexiones que damos por reproducidas, únicamente vamos a contemplar ahora tal posibilidad en cuanto que a través de la misma un crédito sujeto a control de cambios materializado en la consiguiente expedición de una cambial cifrada en divisas, pesetas convertibles o pesetas comunes por parte de un acreedor residente (librador-tenedor) resulte aceptada por el librador deudor no residente, siendo la misma objeto del pertinente descuento, percibiendo, en consecuencia, el tenedor de la aludida cambial su importe en pesetas comunes del Banco o entidad delegada descontante, componentes crematísticos —las aludidas pesetas comunes— que son los únicos a los que normalmente tiene acceso el librador descontante en cuanto residente, requiriéndose autorización específica cuando lo que debiere percibir éste fuesen pesetas convertibles o divisas.

En este caso, lo que resulta evidente es que la operación de crédito aparece entablada entre dos residentes —el descontante y el Banco interviniente—, situación que supone lógicamente —dada la absoluta situación de homogeneidad y convergencia territorial que acreditan los implicados

en la relación crediticia dicha— el neto hurtamiento de la misma de los esquemas operativos del control de cambios y, con ella, la consecuente sustracción del descuento ejecutado del arco ordinamental de restricción tendido por el Real Decreto 2402/1980, no requiriéndose por ello la necesidad de la pertinente autorización administrativa para la practicidad del mismo, autorización que únicamente podría demandarse en el supuesto de entender la operación de descuento examinada como un caso de concesión de un crédito por un no residente (el librado) a un residente (el librador-tenedor) utilizando los servicios intermediarios de un residente (el Banco), interpretación que al decir de D. ALVAREZ PASTOR y F. AGUIDAZU en su pluricitada obra, página 1224, edición de 1990, resulta insostenible por trocar indebidamente al deudor de la cambial en prestamista, autorización que tampoco sería requerible por la vía del artículo 3.1.8 del aludido Real Decreto, precepto que se refiere al "otorgamiento de garantías por no residentes respecto de obligaciones de no residentes", toda vez que la eventual acción ejecutiva cuya posibilidad resulta institucional en toda letra de cambio y afectante, en su caso, al librado que impagó, no implica, ni mucho menos, la asunción por éste de ningún compromiso garantista, dado su carácter de específica y forzosa obligación cambiaria a su cargo.

En cualquier caso, la modalidad crediticia que estamos viendo —cuya concreta singladura en el ámbito de las compraventas inversoras inmobiliarias ha sido ya examinada en el ya indicado capítulo XXIII del volumen II del tomo I de esta obra— requiere para su legítima articulación que la relación subyacente de donde proceda la cambial descontada se halle legítimamente instrumentada desde la óptica del control de cambios y que el pago de la letra en cuestión a cargo del librado no residente quede debidamente domiciliado en una cuenta extranjera en divisas o en pesetas convertibles, exigencia que impuesta específicamente en el dintorno normativo dibujado por la Resolución de 30 de julio de 1975 (ampliamente debatida en el supradicho capítulo XXIII) resulta extrapolable, por pura coherencia sistémica, a todo tipo de descuentos en las condiciones dichas.

B) CASO DE LIBRADOR NO RESIDENTE Y LIBRADO RESIDENTE

En tal caso, de factura inversa al anteriormente descrito, se da una situación crediticia en la que el Banco descontante español otorga un crédito al librador no residente, crédito que por exigencias de la normativa del control de cambios, *ex* artículo 3.1.7 del Real Decreto 2402/1980, requiere la previa obtención de la oportuna autorización, discernible, en su caso, por la DGTE, y ello con absoluta independencia del componente monetario en que estuviere cifrada la cambial emitida a cargo del librador residente.

XI. PRESTAMOS ENTRE NO RESIDENTES QUE PRESENTAN CONEXIONES CON EL REGIMEN NORMATIVO DEL CONTROL DE CAMBIOS

A) IDEA GENERAL

A simple vista puede sorprender el etiquetado de este epígrafe en cuanto aquellos créditos que se articulen entre no residentes quedan en principio —y de forma global— al margen de la preceptiva que nos ocupa, preceptiva que acredita como soporte epistemológico fundamental una efectiva situación de asimetría o divergencia territorial de los implicados por la misma.

De todos modos, un análisis más pausado de la cuestión nos permite vislumbrar determinados créditos que por sus características singulares entrañan su *hybris* sustancial en tal normativa, acaeciendo ello concretamente con los convenidos entre no residentes en cuanto que los mismos resultaren garantizados con una hipoteca constituida sobre algún bien ubicado en España, posibilidad que vamos a analizar a través de la incorporación a estas páginas del comentario que me mereció la disposición adicional de la Orden de 4 de febrero de 1990, comentario que publiqué en el opúsculo de actualización de esta obra y que ahora voy a insertar en estas páginas a fin de ofrecer a los lectores que no consiguieron tal Apéndice mi visión intelectiva al respecto, cognición que queda reducida a lo estrictamente conectado con la normativa sobre el control de cambios y no alcanza en modo alguno a determinados problemas que acreditan las hipotecas a las que alude la aludida disposición [sobre si resulta factible la instrumentación negocial de las mismas (y su inscripción) en base a la regla *locus regit actum*, acerca de cuál sea el procedimiento adveratorio del incumplimiento de la obligación garantizada sobre si cabe que su ejecución se acomode en su seguimiento a los procedimientos gobernados por la legislación de los intervinientes en la relación garantizada, etc.), problemas que van a ser obviados en los presentes momentos analíticos, sin perjuicio de que algunos de ellos sean debidamente desbridados en el volumen siguiente de este mismo tomo cuando enfoquemos el estudio de la hipoteca desde vertientes especulativas de máxima versatilidad.

B) TEXTO LITERAL DE MIS COMENTARIOS A LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DE LA ORDEN DE 4 DE FEBRERO DE 1990, PUBLICADOS EN EL OPÚSCULO DE ACTUALIZACIÓN DE ESTA OBRA

"Tal disposición hace concreta referencia a un supuesto que inveteradamente ha provocado abundantes dudas en este sector, y es el relativo a

la posibilidad de que los no residentes hipotequen algún bien de su propiedad ubicado en España en garantía de una deuda propia o ajena cuyo acreedor (el titular asuntor de la garantía hipotecaria de que se trate) es asimismo un no residente.

Tal supuesto ha planteado tradicionalmente considerable inquietud entre los operadores jurídicos obligados a efectuar el pertinente enjuiciamiento extrajurisdiccional de su licitud conformativa, es decir, del Notario autorizante de la escritura de la hipoteca en cuestión (dejamos para otro momento el análisis de la regla *locus regit actum* en este ámbito) y del Registrador de la Propiedad, profesional revestido de funciones de partero —a través de la inscripción consititutiva pertinentemente autorizada por él— del correspondiente derecho de hipoteca, dudas que entrañaban su razón de ser en la evidencia normativa de que tanto las potenciales habilidades dispositivas del hipotecante como las asuntivas del acreedor hipotecario de que se trate, ambos no residentes, resultan teoréticamente sometibles a control (en su consideración individual y desde las perspectivas que estamos contemplando) por el artículo 2.*a)* de la Ley de Régimen Jurídico de Control de Cambios de 10 de diciembre de 1979, precepto que reconviene literalmente que "corresponderá al Gobierno, en defensa de los intereses generales, regular, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, los actos, negocios, transacciones y operaciones a que se refiere el artículo anterior. A estos efectos, y mediante la reglamentación del control de cambios, podrá prohibir, someter a autorización previa, verificación o declaración, y en general a cualquier tipo de control administrativo: *a)* Los actos de adquisición y disposición realizados por un residente sobre bienes o derechos poseídos en el extranjero, y los mismos actos referentes a bienes o derechos poseídos en España cuando el adquirente o *disponente* (el subrayado es mío) sea un no residente".

Siguiendo con el desbrozamiento de estas cuestiones, tengo que reseñar que tal precepto, junto con el resto que contiene el propio artículo 2, y siempre arrancando de la clave fundamental de imputación fáctica resultante del artículo 1 del mismo texto legal ("... quedan sometidos a los preceptos de la presente Ley los actos, negocios, transacciones y operaciones de toda índole entre residentes y no residentes que supongan, o de cuyo cumplimiento se deriven o puedan derivarse cobros o pagos exteriores"), se encarga de explicitar el *quid* máximo de control a desplegar en estas áreas diseñando al efecto el marco del mismo a base de establecer una verdadera pléyade —yo diría multitud— de actos y negocios jurídicos (atribuyendo a tales vocablos la máxima latitud denotativa) eventualmente controlables mediante la reglamentación intermediaria ulterior, marco de concepción sumamente abigarrada y en el que se dan cita tanto verdaderos supuestos contractuales (que deben establecerse entre individuos de diversa

ubicación residencial, o sea, entre residentes y no residentes) como otros de configuración negocial más dudosa (actos de cobro y pago, asimismo, entre residentes y no residentes), como también diversas hipótesis francamente alejadas de cualquier tipo de negociabilidad (introducción o exportación de medios de pago nacionales o foráneos, tenencia de los mismos por parte de residentes o no residentes más allá de cierto plazo, etc.), listado de configuración sumamente cromática en el que asimismo aparecen integrados actos jurídicos convencionales o unilaterales engendradores de disposiciones y/o adquisiciones de bienes sitos en España por parte de no residentes y los inversos, supuestos que acreditan muy amplios perfiles de delineación y que, según la normativa que estamos viendo, constituyente de su soporte preceptual básico al respecto, pueden englobar tanto determinados casos en los que media una efectiva relación disposición-adquisitiva entre residentes y no residentes como aquellas eventualidades en la que tal relación, siempre resultando objetivada en un bien ubicado en España, se instrumente entre dos no residentes.

Ciertamente, en base de tal precepto —que junto con otros integrados en el texto legal dicho era conferitivo de un auténtico cheque en blanco al Gobierno, permitiente de que el mismo vertebrase, por la vía de la pertinente (y ulterior) acción legisferante reglamentaria, el control que estimase necesario sobre los supuestos legalmente tipificados— es evidente que tal hipoteca, en cuanto acto dispositivo otorgado por un no residente, podía ser sometido a restricción, posibilidad, no obstante, que no se materializó debidamente por el texto reglamentario que asumió especial y prolija relevancia ejecutiva en este orden de cosas, texto que era (y es) el Real Decreto 2402/1980, conjunto normativo que en la conformación del repertorio de supuestos sometidos a autorización olvidó por completo el avatar antes descrito, quedando éste, en consecuencia, plenamente liberalizado.

De todos modos, el desvanecimiento de esta duda, si bien importante, no afecta a la que pertinentemente gravita sobre la globalidad del supuesto, en cuanto atinente a la posición del operador jurídico no residente que devenga titular de la hipoteca dicha, posibilidad que, del propio modo, resultaba eventualmente sometible a control en virtud del propio pedimento legal antes referido (el indicado art. 2.2.*a)* de la Ley del RJCC], control que tampoco esta vez mereció la imprescindible respuesta afirmativa por parte del antes dicho Real Decreto, cuyo artículo 3, si bien somete a autorización previa "los actos de adquisición realizados por un no residente sobre bienes o derechos (sitos en nuestro país) materiales o inmateriales de carácter patrimonial", *ex* parágrafo uno, regla quinta, condiciona tal exigencia —según resulta de tal precepto— a que tales bienes sean poseídos en España por un residente, caso en el que no encaja precisamente

el supuesto que estamos viendo, toda vez que en el mismo el titular de los bienes que se hipotecan es asimismo un no residente, situación de absoluta homogeneidad en cuanto a la no residencialidad de los implicados en la tesitura adquisitiva que estamos viendo, que determina la sustracción de la hipótesis vista del *factum* tomado en consideración por la normativa ejecutiva del control de cambios, materializada, en este caso, por el aludido precepto.

Continuando con la clarificación de ésta, ciertamente, inextricable temática, tengo que decir que el crédito hipotecario presupone una entidad compleja (aun revistiendo cierta unidad institucional), hecho que determina el que la noción del crédito y de la garantía no puedan ser obviadas en el tratamiento de la misma, el primero, por la congénita accesoriedad de la hipoteca, y la segunda, por su profundo impacto en el ámbito del control de cambios, parcela de donde acredita una tipificación y tratamiento especial.

Siendo ello así, vamos a analizar la cuestión suscitada desde las perspectivas del crédito (de cuya validez depende la de la hipoteca) y de la garantía que la misma implica para ver si el supuesto objeto de nuestro analisis resulta sometido a restricción desde estas vertientes (no estándolo, como ya hemos visto, desde las sustantivas relacionadas con las sendas capacidades de hipotecar y aceptar el derecho real que la hipoteca implica).

Pues bien, desde el punto de vista del crédito garantizado, y tal como reconoce la disposición adicional que estamos considerando, el mismo se instrumenta entre dos no residentes, por lo que de acuerdo con la filosofía básica que impregna la teoría general normativa sobre el control de cambios en su específica conexión con las relaciones obligatorias, y también en consonancia con lo específico y ejecutivamente aducido por el antes mencionado artículo 3.2.6.ª y 7.ª (que sólo sujeta a previa autorización los créditos concedidos por residentes a no residentes, y viceversa), tales créditos, prescindiendo del control de legalidad que según el derecho material que los sustantivice deban efectuar los Notarios y los Registradores de la Propiedad, en el entorno de sus respectivas atribuciones competenciales, quedan absolutamente extramuros de la normativa sobre el control de cambios y de las reglas de restricción que la misma propicia.

En base de todo ello, sólo queda que me refiera a la concreta composición del dispositivo hipotecario al que estamos aludiendo en función de la garantía que el mismo incorpore, categoría negocial especialmente tipificada —*in genere*—, tal como quedó dicho con anterioridad, por la precitada reglatividad del control de cambios en méritos a que el pluricolacinado artículo 3 del Real Decreto 2402/1980 la contempla especialmente, requiriéndose para su legítima viabilidad conformativa la previa obtención

de la correspondiente credencial administrativa, exigencia, no obstante, que únicamente resulta demandable en los supuestos previstos en la regla 8.ª del apartado 2 del precepto citado *ut supra,* disposición que al circunstanciar las garantías debidamente controlables en base a su propia preceptividad atina al "otorgamiento de garantías por no residentes respecto de obligaciones de residentes, y por residentes respecto de obligaciones entre no residentes o entre residentes y no residentes", pormenorización negocial asentada en la divergencia territorial de los implicados en la misma que no incluye el supuesto contemplado, consistente, en definitiva, en el otorgamiento de una garantía (hipotecaria) otorgada por un no residente (el hipotecante) respecto de obligaciones entre no residentes (bien sea el deudor, el propio hipotecante o un tercero).

En función de todo lo dicho, bienvenido sea el criterio clarificador que auspicia la aludida disposición adicional, criterio que viene a confirmar todas aquellas opiniones doctrinales (entre las que se encontraba la mía) que con anterioridad a su enunciación propugnaban la absoluta libertad conformativa de la eventualidad tomada en cuenta por la supradicha disposición, eventualidad hurtada por completo al régimen normativo "práctico" del control de cambios —pese a su eventual sujeción teorética al mismo en virtud de lo patrocinado por el antes dicho artículo 2.2.*a)* de la LRJCC— por mor del absoluto silencio que sobre la misma mantiene el pluricitado Real Decreto 2402/1980.

XII. ADECUACION DE LA NORMATIVA DOMESTICA CONSIDERADA PRECEDENTEMENTE A LOS APREMIOS COMUNITARIOS

A) IDEA GENERAL

En el delineamiento de este epígrafe, tenemos que partir, forzosamente, de la base de todo el conjunto de observaciones que sobre el Derecho comunitario derivado oportunamente proyectado sobre los movimientos de capital ha quedado debidamente expuesto en las páginas precedentes, punto de arranque especulativo de nuestra ulterior analítica al respecto que requiere asimismo la apoyatura materializada en la constatación de que para la aludida normativa comunitaria las únicas claves a tomar en consideración, en cuanto determinantes del concreto régimen jurídico a aplicar, son las referentes a la situación residencial o no de los intervinientes en la negociabilidad crediticia tomada en cuenta y aquellas que atinan a la singular extensión cronológica de la vigencia de la supradicha negociabilidad, no diversificándose, en modo alguno, tal preceptiva en función

de las distintas clases de componentes financieros utilizables, en su caso, como elementos objetivadores de las distintas variantes de la aludida negociabilidad crediticia, diversificación, por el contrario, que acredita estimable envergadura, como ya hemos visto, a la luz de nuestro ordenamiento sobre el control de cambios.

En méritos a todo lo dicho, vamos a referirnos al punto relativo a la eventual adecuación de nuestra ordinamentalidad sobre la materia a las premisas normativas procedentes del acervo comunitario sobre el particular, adecuación que deberá ser examinada tanto desde las orientaciones aportadas por la Directiva de 11 de mayo de 1960 como de aquellas proveídas por la que ha sustituido a la anterior a partir del 1 de julio de 1990 y que es la de 24 de junio de 1988.

B) Según lo que fue proveído al efecto por la Directiva de 11 de mayo de 1960

A tenor de los pedimentos resultantes de la misma, que acantonaba los préstamos financieros objeto de nuestras pesquisas en sus correspondientes listas B y C de su Anexo I (haciéndolo en la primera de ellas si lo eran a medio o a largo plazo, y en la segunda si a corto), es obvio que nuestra preceptiva de entonces (y de ahora) incumplía las exigencias comunitarias por lo tocante a los préstamos financieros a medio plazo incluidos en su horquilla cronológica de uno hasta tres años, ya que para tales operaciones la antes dicha Circular del Banco de España 6/1987, de 13 de marzo, requería (y requiere) una autorización individualizada otorgable por dicha institución que resultaba rigurosamente incompatible con los criterios medianamente liberalizadores provenientes de la inclusión de tal modalidad (la del préstamo financiero a medio plazo), sin distingos en cuanto a los segmentos cronológicos de su posible vigencia (de uno a cinco años) en la supracitada lista B del Anexo I de la calendada Directiva.

C) Según lo vigentemente proveído al efecto por la Directiva de 24 de junio de 1988

Esta Directiva, que previa derogación de la anterior con referencia al 1 de julio de 1990, ha venido a constituirse a partir de tal fecha en el marco fundamental normativo sobre el particular, diversifica los préstamos financieros que estamos viendo en dos grandes grupos, según que los mismos, por ser a corto plazo, queden eventualmente sometidos al régimen de restricción permitido por el artículo 3 de la misma o que por no acreditar tal vigencia cronológica queden sustraídos a tal régimen.

Siendo ello así, la preceptiva española sobre el particular tendrá que liberalizar estos últimos de forma incondicionada (pudiendo someter, sin embargo, a restricción la liberalización de los primeramente dichos en base a lo evidenciado), debiendo modificarse en tal sentido la normativa que acabamos de exponer, aunque, de todos modos, tal exigencia liberalizadora debe pasar por el filtro del Derecho transitorio que recoge la propia Directiva, tamiz que permite a España someter a cuarentena los préstamos financieros a medio o a largo plazo hasta el 31 de diciembre de 1992.

XIII. TRUEQUE EN LAS POSICIONES PERSONALES DE DEUDOR Y ACREEDOR Y EL CONTROL DE CAMBIOS

A) Idea general

Frente al posicionamiento epistemológico netamente personalista del Derecho romano sobre la concepción de la obligación (vínculo absolutamente individualizado entre dos personas determinadas de imposible deambulación subjetiva excepto en la hipótesis de *succesio in ius mortis causa),* el Derecho moderno ha impulsado decididamente una visión predominantemente patrimonialista de la misma, que en lo que nos ocupa ha encarnado en la posibilidad de que a través de diversas figuras negociales las sendas posiciones de acreedor y deudor puedan ser sustituidas, sin que por ello la obligación quede modificada en su propia mismidad objetiva y funcional, hallándose el filón de tal fungibilidad en todos aquellos preceptos que desde distintas estrategias normativas contemplan, de forma más o menos directa, estos cambios de logística personal, preceptos que se convierten en las piezas maestras del ensamblaje de la nueva arquitectura jurídica sobre el particular, constituyendo claves de bóveda maestras de la misma, por lo tocante a la cesión de créditos, el artículo 1.112 ("Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes si no se hubiere pactado lo contrario") del Código Civil, precepto de amplísimo espectro legitimador cuyo cortejo ordinamental de operatividad hállase representado por los artículos 1.526 y siguientes del propio cuerpo legal.

Siguiendo en esta misma parcela de transmisibilidad activa de las obligaciones, en cuanto bienes jurídicos susceptibles de disposición y asunción, debemos destacar la enorme importancia que acredita el pago (en cuanto fenómeno provocador de tal asunción) cuando el mismo es impulsado por un tercero, o sea, en aquellas hipótesis previstas en los artículos 1.158 y siguientes, 1.209 y siguientes, 1.839, etc., todos ellos del Código

Civil, artículos que arrancando de la habilidad solvencial de obligaciones ajenas que acreditan todas las personas en general o algunas en particular (por ejemplo, el fiador) determinan una adquisición *ex lege* de un crédito ajeno.

Algo más ardua es la posibilidad de admitir la cesión *uti singuli* en las deudas, siendo así que las mismas no constituyen un propio valor económico, sino todo lo contrario, es decir, un contravalor. De todos modos, y a base de optimizar las facultades de autorregulación de intereses propios ofertadas por el artículo 1.255 del Código Civil y de insuflar importantes dosis de imaginación en el consencuente entendimiento de los artículos que regulan el instituto de la novación por cambio de deudor o acreedor (arts. 1.203 y sigs. CC), la figura de la asunción de deuda ha ido abriéndose paso en nuestro ordenamiento, habiendo contribuido poderosamente a ello todos aquellos supuestos más o menos nítidos que han sido consagrados en la legislación hipotecaria, especialmente aquellos alojados en los artículos 118 y 140 de la Ley Hipotecaria, que veremos ulteriormente.

En méritos de todo ello, es evidente que las adquisiciones de crédito (por los distintos procedimientos conformados al efecto), así como las de las deudas (por los suyos) han ido adquiriendo carta de naturaleza en nuestro sistema jurídico, y en base a ello cábenos referirnos a la repercusión que la normativa sobre el control de cambios despliega sobre tal realidad, cuestión que vamos a debatir seguidamente.

B) Relaciones entre este tema y el control de cambios

Este ordenamiento jurídico, sin grandes preocupaciones de metodología conceptual y utilizando una *praxis* verdaderamente ecuménica, alude a las alternativas antes mencionadas permitiendo su potencial control a través de la preceptiva reglamentaria, permisión contenida en la LRJCC al señalar entre los actos eventualmente modulables por tal vía "los actos y negocios por los que un residente resulte o pueda resultar acreedor o deudor de un no residente y los actos de disposición realizados sobre los derechos y obligaciones derivados de aquéllos", fórmula que dados sus polisémicos y versátiles términos de enunciación engloba todos los distintos supuestos de cesibilidad y asuntividad de créditos y deudas a los que nos hemos referido en cuanto que los mismos se objetivan sobre una relación obligatoria (entablada o por entablar) entre residentes o no residentes, omnicomprensividad (subjetiva y objetiva) que se hace todavía más visible cuando la propia LRJCC incluye dentro del círculo fenomenológico hipotéticamente controlable no sólo los indicados actos o negocios jurídicos (directamente orientados al logro de tal trueque subjetivo), sino

también los "de cobro y pago entre residentes y no residentes", solicitación legisfehaciente que en consonancia con lo anteriormente explicado, y dado el prototípico efecto subrogatorio que en determinados supuestos provoca el pago hecho por tercero, viene a clausurar el capítulo de posibilidades al respecto, debiendo patentizarse al hilo de lo alegado que el criterio de admisible rigidez que resulta de los preceptos transcritos [que son, respectivamente, los parágrafos *b)* y *d)* del apartado 2 del artículo 2 de la supradicha LRJCC] acreditan unos parámetros de vigencia que van más allá de las típicas cesiones de créditos y asunción de deudas (negocios jurídicos que implican el mantenimiento de la identidad de la obligación o derecho en trance de deambulación personal), sino que su radio de acción abarca todos los supuestos novatorios por cambio de deudor o acreedor y todos aquellos casos en los que por vía del pago por cuenta ajena el *solvens* no recibe el mismo crédito pagado, sino uno nuevo, supuesto que se da cuando tal *solvens* no encaja en los moldes normativos aportados por los antes dichos artículos 1.158 y siguientes y 1.209 y siguientes (todos ellos del CC) en cuanto determinantes de la adquisición por su parte del mismo crédito satisfecho, sino que su cometido solutorio se traduce en la adquisición *ex lege* de una acción de reembolso contra el deudor por el que se pagó, supuesto correlativamente engendrador de una obligación a cargo de éste, y que aflora en aquellos casos en los que el meritado tercero pagó una duda ajena sin hallarse "interesado" en ella y sin que el deudor en cuestión por el que se pagó tuviese conocimiento de su pretensión satisfactiva (arts. 1.158 y, a *contrario sensu,* el 1.159 y 1.210), alternativa que se troca en una pura posibilidad de demandar a tal deudor aquellos en lo que le "hubiese sido útil el pago" en la eventualidad de que el tercero hubiese satisfecho la deuda de éste en contra de su voluntad *(ex* art. 1.158.2 y 3 CC).

En méritos a todo lo que llevamos dicho, es evidente la aptitud que acredita el hacedor reglamentario para encorsetar dentro de los rígidos moldes de control que estime convenientes las alternativas de transmisibilidad crediticia, subrogatorias, asuntivas y de indemnidad de origen legal a la que acabamos de hacer referencia, posibilidades hacederas, no obstante, que quedaron en gran medida en el tintero, siendo así que la labor de normofehaciencia reglamentaria plasmada en el Real Decreto 2402/1980 sólo se ocupó indirectamente de las últimas mencionadas (las subrogatorias y las de indemnidad en virtud del pago de tercero) y se olvidó por completo —y sorpresivamente— de someter a las horcas caudinas de su estricta regulación las cesiones de crédito y las asunciones de deudas, eventualidades que enumeradas como admisiblemente controlables, tal como hemos hemos visto, en la LRJCC han sido preteridas por completo en el Real Decreto aducido.

Así pues, lo único atenible a autorización previa según el texto reglamentario indicado *ut supra* es el neto acto solutorio, bien se impulse por el obligado pristino o bien por el calendado tercero, proviniendo tan imnicomprensiva sujeción del concreto *dictum* resultante de la regla 9.ª del apartado 1 de su artículo 3, que alude, en cuanto actos requirentes de tal previa homologación administrativa, a "los pagos y cobros entre residentes y no residentes o entre residentes por cuenta de no residentes efectuados directamente o por compensación. Cuando tales pagos o cobros tengan como causa un acto o transacción cuya realización no precise autorización o la misma haya sido otorgada, dichos pagos o cobros de entenderán autorizados, salvo que la propia regulación específica del acto o transacción o la autorización otorgada para su realización disponga otra cosa".

Ciertamente, el precepto transcrito deviene incoloro por lo tocante a la inclusión dentro de su ámbito de los pagos por tercero, sin que pueda aducirse al respecto que la frase que el mismo contiene de "pagos y cobros... entre residentes por cuenta de no residentes" pueda considerarse como determinante de tal inclusión, aunque de todas formas la latitud de su verbalización conduce al resultado de entender comprendido dentro de su arco iris de posibilidades tales pagos.

En méritos de ello y a fin de proporcionar al lector una visión lo más nítida de esta problemática, vamos a diseccionar el alcance del meritado precepto en función de que el mismo atine, bien a los pagos efectuados por el propio obligado, bien a los consumados por alguien adventicio a la relación jurídica obligatoria en obsequio de la cual tal acto solutorio se instrumenta.

C) Pagos efectuados por el propio obligado a la luz del control de cambios

Partiendo de la vigencia indiscutible de todas las premisas que sobre el particular se contienen en el Código Civil (arts. 1.157 y sigs.), así como de lo que con anterioridad explicamos sobre las obligaciones objetivadas en divisas, voy a ocuparme de esta problemática en su estricta referencia a tal normativa, y en este sentido y en base al precepto que acabamos de literalizar *ut supra,* tales pagos (sea cual fuere el componente dinerario de los mismos) requieren la previa habilitación administrativa.

Tal es el principio general, regla que queda excepcionada en aquellas hipótesis en las que el negocio jurídico subyacente, es decir, la relación crediticia estructurada entre residentes y no residentes (o entre residentes por cuenta de no residentes) resulte correctamente vertebrada (siempre en

relación con la pluricitada normativa del control de cambios), supuestos en los que tal pago exterior queda autorizado, excepción, no obstante, relativa, toda vez que según el propio precepto transcrito *ut supra,* cabe que en la propia habilitación previa del negocio jurídico subyacente o en su regulación normativa se disponga lo contrario, en cuyo caso se requeriría una doble autorización: la del acto base y la del pago derivado del mismo.

En función de todo lo dicho y salvo el caso ciertamente excepcional de la alegada duplicidad de habilitaciones para un mismo negocio jurídico, el pago, considerado en su propia mismidad, sigue la misma suerte que la relación crediticia subyacente de donde emerja la obligación de su efectividad, con lo que si tal negocio jurídico base se halla genéricamente autorizado (o particularmente homologado), el pago en cuestión resulta de libremente consumable.

Así pues, la intríngulis analítica de los actos solutorios impulsados por el propio deudor debe referirse a saber si el compromiso compelitivo de donde surge la obligación de tal pago se halla lícitamente establecido a la luz del control de cambios, conformación cuyo contraste de legitimidad deberá abarcar no sólo a los presupuestos objetivos y funcionales de tal negocio, sino también a los subjetivos, circunstancia determinante de que el único protagonista solutorio autorizado en este orden de cosas sea el propio deudor (y no otro), sujeto de derecho que en consonancia con todo lo dicho es el exclusivamente legitimado para efectuar el pago de la obligación de que se trate, ateniéndose a las cuadernas de liberalización instrumentadas por el precepto transcrito.

D) Pagos efectuados por tercero a la luz del control de cambios

a) *Idea general*

Una aproximación simplista y unificadora —burdamente unificadora, podríamos decir— a esta temática nos conduciría a la reflexión de que todo tipo de pago de tercero, en su examen a la meritada luz del control de cambios, requiere la obtención de la previa autorización administrativa a la que alude el precepto transcrito con anterioridad, siendo así que esta peripecia solutoria, sin matices en cuanto a sus eventuales variantes, queda totalmente al margen del repunte de posibilismo asimismo contenido en tal precepto de estricta aplicación, de conformidad con lo que alegamos hace un momento, al pago efectuado por el primigenio obligado.

De todos modos, no hay nada más pernicioso que las ideas globalizadoras poco contrastadas. Por ello vamos a poner en el banco de prueba hermenéutico las distintas modalidades que pueden darse del pago por tercero consideradas en su eventual engastamiento solvencial con las diferentes categorías de relaciones obligatorias operativas en el ámbito del control de cambios, distinguiendo en base a tal método cognoscitivo entre aquellas que se conforman entre no residentes, las que hacen lo propio entre residentes y, en última instancia, las que presentan un componente de heterogeneidad territorial por lo que afecta a sus involucrados, es decir, las que se instrumentan entre residentes y no residentes. Veamos.

b) *Pago de tercero en una relación obligatoria articulada entre dos no residentes*

aa) Idea general

En este caso, y teniendo en cuenta que los pilares sobre los que se basamenta la entrada en liza de la reglatividad especializada sobre el control de cambios se materializan, por lo que atañe al gramaje de subjetividad interviniente en la misma, en una forzosa situación de parología residencial de los operadores jurídicos afectados por ella, *ex* artículo 1 de la LRJCC y su cortejo de disposiciones de intermediación, es indiscutible que sólo el presunto pago solutorio proviniente de un tercero residente (en España) podría interesarnos. De todos modos, también el eventual procedente de un no residente, en principio totalmente al margen de nuestra problemática, puede acreditar algún tipo de preocupación para nosotros, sucediendo ello concretamente cuando la relación obligatoria entre los supraindicados no residentes aparece objetivada en divisas y garantizada por un residente.

Siendo ello así, y a fin de apurar nuestro intento expositivo sobre el particular, vamos a desglosar nuestra hermeneusis al respecto distinguiendo una doble hipótesis en el caso que nos ocupa, según que el pluricitado pago dimane de un residente (en España) o de un no residente, díptico de posibilidades cuya exégesis nos va a ocupar en las líneas siguientes.

ab) Subhipótesis de pago por parte de un tercero residente

Tal pago, bien sea el auténticamente sobrogatorio, bien el propiamente indemnizatorio o bien, en última instancia, el simplemente utilitario (modalidades cuyo significado hemos puesto de relieve *ut supra),* no puede

consumarse sin la previa autorización administrativa consiguiente en base al estricto *dictum* del artículo 3.1, regla 9.ª, del Real Decreto 2402/1980, cuyo texto literalizamos con anterioridad; *dictum* al que pueden emparejarse todos aquellos que limitan, condicionan o prohíben la tenencia y disponibilidad de divisas por parte de residentes.

ac) Subhipótesis de pago por parte de un tercero no residente

En principio, y tal como advertimos anteriormente, tanto la relación primigenia como la derivada del pago del tercero en cuestión queda totalmente al margen de la normativa española sobre el control de cambios, consideración que admite el matiz de que cuando el pago debatido es auténticamente subrogatorio y la deuda solventada se halla reforzada por un garante residente, tal pago subrogatorio implica la deambulación al tercero que pagó de la posición de acreedor garantido (de forma personal o real), *succesio in ius* que tratándose de garantías personales (fianzas o avales) determina el establecimiento de una relación obligatoria que hasta entonces no existía: la materializada entre el tercero subrogado y el fiador o avalista residente, relación cuyo encaje a la luz del control de cambios es el que se debate.

Ciertamente, el pago que nos ocupa, si bien provoca una alteración subjetiva en la estructura de la relación de garantía cuestionada (el acreedor "A" desaparece y surge el "B"), no impide la permanencia de su identidad por lo que atañe a la situación no residencial-residencial de los implicados, dato que debe resultar decisivo a los efectos del control de cambios, por lo que el meritado trueque personal experimentado en la figura del acreedor (el inicial ha sido sustituido por el *solvens)* es irrelevante para lo que nos interesa, posición doctrinal cuya fortaleza ha ganado enteros con la nueva ordinamentalidad doméstica sobre el particular, siendo así que frente al matiz diversificador y puntualizante anteriormente detectable al respecto en la normativa ahora derogada sobre prestación de garantías en el sector exterior (normativa que tenía su punta de lanza en las Ordenes de 23 de enero de 1981, la de 16 de febrero de 1989, y la Resolución de la DGTE de esta última fecha) la actualmente vigente, oportunamente incorporada a la Orden de 19 de junio de 1990 y Resolución de la DGTE también del mismo día (que trasponen al ordenamiento interno el régimen promovido por la Directiva 88/361/CEE), estatuye en este sector una liberalización indiscriminada, por lo que si bien en relación con el ordenamiento ahora decaído en su vigencia resultaba hasta cierto punto legítimo el plantearse la cuestión de si el tipo de pago subrogatorio que estamos considerando implicaba la libre deambulación de la posición

del acreedor-titular de la garantía prestada por un residente al *solvens,* también no residente, que sustituyó solutoriamente al deudor inicial en aquellos supuestos en los que tal relación de garantía entre residentes y no residentes no resultaba de libre constitutividad (cuestión cuya problemática venía de la mano de que, a la postre, lo que acontecía con el indicado pago subrogatorio era el establecimiento de la pertinente relación de garantía entre sujetos que no eran los inicialmente previstos y los consecuentemente autorizados), en la actualidad, y partiendo de la aludida liberalización generalizada en este orden de cosas, la incertidumbre que acabamos de describir, no acredita visos de verosimilitud, por lo que podemos concluir que todo pago efectuado por un tercero no residente de una deuda surgida de una relación obligatoria entre dos partes asimismo no residentes queda totalmente al margen de nuestra preceptiva de control de cambios, y ello con independencia de que tal pago sea subrogatorio o no; y en el caso de que lo sea, medie alguna garantia personal o real prestada por un residente español (de las reales, y en especial de la hipoteca, nos ocuparemos con algo más de detenimiento en este mismo capítulo).

c) *Pago de un tercero en una relación obligatoria articulada entre dos residentes*

aa) Idea general

Al igual que sucede con la hipótesis anteriormente circunstanciada, la relación obligatoria instrumentada entre dos residentes queda extramuros del confín normativo aportado por la legislación sobre el control de cambios, marginación que también resulta predicable, en principio, para el supuesto de que el pago del tercero (en cualquiera de sus modalidades) se efectúe por un *solvens* asimismo residente. De todos modos, y a fin de aquilatar la pureza expositiva de lo que hemos dicho y de agotar las posibilidades que pueden plantearse al respecto, vamos a diversificar el análisis de la presente tesitura en un doble apartado (al igual que en el supuesto anterior), distinguiendo el caso de que en la relación obligatoria descrita (la que media entre dos sujetos residentes) intervenga un no residente o lo haga un residente, caso este último que sólo resulta investigable cuando el vínculo obligatorio en cuestión (solventado por tal pago adventicio) se halla garantizado por un no residente o se instrumente en divisas. Veamos.

ab) Subhipótesis de pago por parte de un tercero residente

Este caso sólo acredita interés para nuestro estudio cuando la relación obligatoria —en pesetas comunes— que eventualmente medie entre los

supradichos residentes (y en la que interviene un tercero también residente en los términos solutorios aludidos) se halle garantizada por un no residente en concepto de fiador personal o avalista o fiador real (caso del que nos ocuparemos con más detenimiento en este mismo capítulo), supuesto para el que resulta predicable el bloque de reflexiones a las que hicimos mérito en el apartado anterior, siendo así que la Orden antes relacionada de 19 de junio de 1990 liberaliza toda la suerte de garantías conectadas con el sector exterior, tanto las prestadas por residentes como las obtenidas por los mismos, liberalización que conduce a entender absolutamente regularizados los pagos que efectúe el tercero residente de una deuda entre residentes aun cuando la misma se halle garantizada por un no residente y el *solvens* que pagó se subrogue en la titularidad de la garantía en cuestión.

En el caso de que la deuda a satisfacer por el *solvens* (tercero) residente al que estamos refiriéndonos apareciere cifrada en divisas (posibilidad atenida por la antes dicha Circular 5/1987), entonces su eventual pago (subrogatorio, de indemnidad o utilidad) sólo sería teoréticamente admisible cuando lo pretendiese una entidad delegada, siendo así que según la calendada disposición únicamente éstas pueden conceder préstamos en divisas a residentes y, en definitiva, asumir la condición de acreedor originario o subrogado por tal concepto.

ac) Subhipótesis de pago por parte de un tercero no residente

En esta eventualidad, el potencial pago por parte del *solvens* no residente deviene imposible sin previa autorización cuando la relación obligatoria subyacente entablada entre dos residentes aparezca objetivada en pesetas comunes, autorización demandable como consecuencia de que en virtud de tal pago la inicial relación internizada (entre dos residentes) se troca en otra de proyección exterior instrumentada entre el deudor por el que se pagó (residente) y el *solvens*-acreedor (no residente), supuesto alcanzado de lleno por el artículo 3.1, regla 9.ª, del Real Decreto 2402/1980.

En el supuesto de que la relación obligatoria entre residentes tomada en consideración se hallase cifrada en divisas ECUs o pesetas convertibles (supuesto previsto por la Circular 5/1987 del Banco de España, y en su vertiente hipotecaria por el art. 3 de la Resolución de 14 de mayo de 1990 de la DGTE en los términos vistos en las páginas precedentes), entonces el eventual pago por parte del *solvens* no residente que nos preocupa no queda obstaculizado en principio (considerado desde vertientes normativas conectadas con el control de cambios) ya que el mismo, en su calidad de tal (y teniendo en cuenta su concreta situación territorial) acredita libre

acceso a la titularidad y manejo de las divisas eventualmente utilizables en el pago de la deuda ajena en cuestión.

De todos modos, es evidente que con la consumación de tal posibilidad el meritado *solvens* devendría titular de un crédito frente al residente, inicial deudor de la obligación pagada, que únicamente resultaría de legítima articulación si el mismo encajase en las coordenadas de funcionalidad previstas por la Circular 6/1987 del Banco de España, disposición que es la que regula los préstamos financieros exteriores. En base a todo ello, el pago por tercero al que nos venimos refiriendo sólo sería factible sin autorización cuando el crédito consecuencial propiamente subrogatorio, o en su caso el de indemnidad o utilidad nacido del mismo, encajase en tales coordenadas, posibilidad, no obstante, cuya practicidad viene rigurosamente entorpecida por el hecho de que la modalidad crediticia autorizada por la Circular indicada *ut supra* es en realidad una variante obligacional sujeta a un sistema de verificación positiva encubierta materializada en la indispensable consecución, con carácter previo a la disponibilidad de la cantidad prestada, del correspondiente NOF, credencial cuya obtención en la hipótesis de pago por tercero que estamos viendo deviene imposible por razones obvias.

d) *Pago de tercero en una relación obligatoria articulada entre un residente y un no residente*

aa) Idea general

A fin de lograr el máximo de claridad expositiva en esta temática, vamos a diversificar este apartado en un doble compartimento especulativo, consignando en el primero al análisis de aquellas peripecias solutorias en las que el tercero que las protagonice sea un no residente y efectuando en el segundo lo propio en relación con un *solvens* tercero residente, desdoblando cada una de estas alternativas en una subhipótesis dual, según que la posición del deudor por el que se pague sea respectivamente la de no residente o la de residente. Veamos este abanico de posibilidades.

ab) Caso del *solvens* tercero residente

aa') Supuesto en el que el deudor es un residente y el acreedor un no residente

En esta eventualidad, el tercero residente, cuando la obligación de que se trate aparece objetivada en pesetas comunes, puede intervenir solutoriamente por su propia autoridad y ello de forma legítima (siempre, por

supuesto, que en la pristina conformación de la deuda satisfecha haya mediado el consiguiente beneplácito administrativo), posibilidad cuya liberalización deviene lógica porque a la postre la relación obligatoria que se instaure entre el indicado *solvens* (tercero) y el deudor (originario) por el que pagó se sustantiviza en otra de tipología subrogatoria, de indemnización o de neta utilidad entablada entre dos residentes y en pesetas comunes.

Del propio modo, cuando la supradicha obligación aparezca cuantificada en divisas, ECUs o pesetas convertibles (caso que se virtualiza en el ámbito de los préstamos financieros exteriores posibilitados por la Circular 6/1987 del Banco de España) el tercero residente puede pagar sin trabas en lugar del deudor, toda vez que, de una parte, la *ratio* de la liberalización programada por la calendada disposición no se resiente en absoluto por el hecho de que tal potencial pagador no sea el deudor inicialmente convenido en el expediente que ha conducido a la obtención del NOF (expediente que, a mi juicio, debe culminar de forma positiva una vez que se concite en el supuesto considerado el resto de condicionantes previsto por tal disposición y de que éstos se respeten en la fase solvencial aun cuando el pago efectivo provenga de un tercero ajeno a la primigenia relación crediticia). En segundo lugar, el *solvens,* en su calidad de residente, paga en pesetas comunes (si bien atemperando el *quantum* de lo efectivamente satisfecho al referencial valorista que resulte de la objetivación de la obligación de que se trate en pesetas convertibles, divisas o ECUs en el momento efectivo del pago), y siendo ello así (es decir, objetivándose el concreto acto de pago en pesetas comunes) tal acto solutorio no viene obstaculizado por todo aquel conjunto preceptual que limita la libre circulabilidad de las meritadas divisas.

Todo ello conduce a entender, salvo mejor criterio, que en el contexto operativo de los préstamos financieros exteriores deviene legítimo el pago efectuado por un tercero residente, acto satisfactivo que en cualquier caso deberá ser reembolsado, si ha lugar a ello, en pesetas comunes, siendo discutibles si su *quantum* debe fijarse en relación con el valor que tuviesen las divisas inicialmene objetivadoras del préstamo el día en que tal reembolso se consume, o si por el contrario —y esto parece lo más lógico— el mismo se concretiza de forma absoluta en el momento de la intervención solvencial descrita, opinión que conduce a entender que la relación crediticia que se instaure entre el tercero que pagó y el primigenio deudor (ambos residentes) es un vínculo obligacional "normal", sustraído a cualquier esquema de estabilización valorista.

ab') Supuesto en el que el deudor es un no residente y el acreedor un residente

Si la obligación que se pretende satisfacer de forma adventicia se halla positivada en pesetas comunes (posibilidad requirente de expresa autorización según la normativa del control de cambios), entonces el acto solutorio que impulse el tercero residente resulta válido, siendo así que la eventual relación subrogatoria que medie entre el deudor que pagó y el mismo es una relación sustraída al rigorismo administrativo del control de cambios (por mediar entre dos residentes) y cuantificarse en pesetas.

Tratándose de una obligación nominada en divisas o ECUs (supuesto que encarna en los préstamos debidamente regulados por la Circular 6/1987, de 13 de marzo, del Banco de España), entonces el pago que pretenda consumar el tercero residente únicamente resultaría factible si se hallare previamente autorizado, y ello no sólo porque tal pago debe consumarse precisamente con tales ingredientes financieros (que no son de libre disponibilidad por parte de residentes), sino también porque tal intervención solutoria se traduciría, en definitiva, en el consecuencial nacimiento de una relación crediticia entre un residente (el *solvens* que pagó) y un no residente (el deudor por el que se pagó), relación cuya legítima conformación requiere la previa autorización administrativa.

Si se tratare de obligaciones reintegrativas resultantes de préstamos y créditos articulados entre un no residente deudor y un residente acreedor en pesetas convertibles (o en las especiales, más parejas a las convertibles que a las comunes, que pueden ser prestadas en el día de hoy por las sociedades de crédito hipotecario; ver nuestro comentario al efecto contenido en las páginas precedentes), de conformidad con la normativa básica contenida en las Ordenes de 31 de julio de 1989 y 4 de febrero de 1990 (y en la complementaria resultante de las Resoluciones de la DGTE de 23 de octubre de 1989 y de 14 de mayo de 1990, rosario de disposiciones cuyo comentario acaeció en las páginas anteriores de este mismo capítulo), entonces la hipotética intervención satisfactiva del *solvens* tercero residente al que venimos aludiendo sólo resultaría teoréticamente admisible cuando la misma quedare personalizada en una entidad delegada (único operador jurídico residente que puede acreditar la legítima tenencia de las supradichas pesetas convertibles con que pagar), siendo imposible cuando quien pretendiese asumir el indicado *rol* de *solvens* adventicio fuere un tercero sin cualificar o una sociedad de crédito hipotecario, toda vez que, como indicamos en el pasaje antes calendado, tales sujetos de derecho residentes carecen de la habilidad requerida para detentar la legítima titularidad de las pluricitadas pesetas convertibles.

ac) Caso del *solvens* tercero no residente

aa') Supuesto en el que el deudor es un residente y el acreedor un no residente

En este caso, cuando la deuda a solventar se halle positivada en pesetas comunes (hipótesis que requiere la previa y específica autorización administrativa española), la eventual intervención solutoria de un no residente discurre al margen de la normativa española por lo que atañe al acto satisfactivo en sí, acto que se desarrolla en su integridad fuera de los confines nacionales, dado que el aludido *solvens* y el acreedor son ambos no residentes (en España). De todos modos, este pago encaja en el ámbito de tal normativa por lo que concierne al posible efecto subrogatorio (de indemnidad o de utilidad) al que nos venimos refiriendo constantemente, ya que como consecuencia del mismo el tercero que pagó deviene titular de un derecho de crédito frente al supraindicado deudor residente, circunstancia que determina la necesidad de precisar si tal subrogación (o afloración en su caso del meritado crédito de indemnidad o utilidad) puede consumarse sin la previa aquiescencia administrativa.

Por mi parte, y salvo mejor criterio, entiendo que el pluricitado pago puede consumarse libremente cuando acredita el típico efecto subrogatorio al que nos estamos refiriendo, toda vez que en tal caso la previa autorización inicialmente concedida para que un residente devenga deudor de un no residente puede valer para legitimar la ambulación del crédito inicialmente habilitado, siendo así que la esencia de la relación obligatoria contemplada permanece idéntica por lo tocante a la posición genérica residencial de los pristinamente involucrados, si bien el acreedor, en vez de ser el primeramente visto, es otro distinto (el tercero que pagó).

Otra cosa distinta es cuando el calendado pago, en vez del arquetípico efecto subrogatorio engendra sólo la virtualidad residual de indemnidad o utilitaria antes mencionada, siendo así que en este caso el crédito primitivamente autorizado ha sido íntegramente sustituido por uno completamente distinto, crédito de recambio cuya cobertura por la previa habilitación obtenida para el primero resulta altamente aleatoria.

En el evento de que el tercero no residente pague una deuda objetivada en divisas o ECUs o pesetas convertibles, posibilidad normativamente atenida por la Circular del Banco de España 5/1987 (y otras disposiciones complementarias), entonces la situación que se plantea es idéntica a la que acabamos de describir, debiendo por tanto distinguirse entre el pago estrictamente subrogatorio y el que no acredita tal beligerancia, siendo reproducible, *quid pro quo,* todo lo que con anterioridad explicamos respecto a la alternativa solutoria anterior.

ab') Supuesto en el que el deudor es un no residente y el acreedor un residente

En este caso, si la deuda parece cifrada en pesetas comunes, hipótesis requirente de una específica autorización administrativa, el pago que pretenda ser materializado al efecto por el *solvens,* también no residente, puede realizarse libremente siendo así que para la normativa doméstica española el que se establezca entre dos no residentes una relación subrogatoria *strictu sensu,* de indemnidad o utilidad por tal pago resulta absolutamente irrelevante. Ahora bien, si el crédito del residente aparecía reforzado por una garantía prestada por otro residente, es evidente que tal pago de tercero —si es subrogatorio— llevará aparejado el traslado al mismo de la titularidad sobre tal garantía, ambulación que plantea el problema de determinar si la autorización inicialmente obtenida en cuanto legitimadora de la vertebración del crédito solventado puede respaldar el crédito del *solvens* no residente que efectivamente pagó, ya que en el caso que estamos debatiendo una relación de garantía netamente interna por lo que atañe al titular de la misma y a su prestador (ambos residentes), por efecto del pago que nos ocupa se ha convertido en otra netamente externalizada cuya legítima erección requiere (como ya sabemos hasta la saciedad) que el crédito base se halle debidamente establecido con arreglo a la legislación de control de cambios, constitución regular que en el caso que nos entretiene se proyecta sobre el crédito inicial, pero no sobre el subrogatorio, siendo por ello dudosa la viabilidad del mismo.

Si la deuda que pretende pagar el *solvens* no residente aparece objetivada en divisas, ECUs o en pesetas convertibles, su intervención aparece en principio como posible por las mismas razones aducidas con anterioridad, siendo asimismo reproducibles todas las reflexiones que acabamos de verter acerca del eventual traslado al meritado *solvens* de la posición jurídica del titular de la garantía primigeniamente conformada para reforzar la deuda satisfecha por el mismo.

E) Repercusiones de lo hasta aquí explicado en el ámbito de la garantía hipotecaria

a) *Idea general*

La hipoteca, figura jurídica de riquísimos matices conceptuales y metodológicos, presenta un claro engaste (en su visión garantista) con el genuino ámbito operativo cubierto por la normativa del control de cambios, conexión promovida, si bien de forma parcial y unilateralizada, por

diversas manifestaciones de la meritada normativa, concretamente por aquellas que en los diversos jalones históricos de su ciertamente azaroso devenir ordenancista se han ocupado en precisar en qué condiciones tal figura podía legítimamente prestarse en el circunscrito entorno de los créditos y deudas exteriores, manifestaciones que unas veces han sido (y son) de textura general, englobando dentro de su ánimo todas las posibles variantes garantistas reconocidas por nuestro Derecho, y otras han atinado de forma muy directa a la pluricitada hipoteca en cuanto concreta alternativa de las mismas, constituyendo un depurado exponente de las primeras la Orden de 19 de junio de 1990 en cuanto liberalizadora de todo tipo de garantías actuantes en el sector exterior y revistiendo nítidamente del paradigma de las segundas, por citar una de acusado protagonismo en estas áreas, la todavía vigente, aunque de forma parcial, Resolución de la DGTE de 31 de julio de 1975.

Ello explicado, tengo que poner de relieve que el estudio en profundidad del ensamblaje de la hipoteca de la calendada normativa del control de cambios será abordado monográficamente en el volumen II de este tomo, lugar en donde pasaré revista a los más importantes problemas que tal ensamblaje provoca, y ello tanto desde el punto de vista de la concreta constitutividad de la figura como desde aquel que hace referencia a su eficacia cuando la misma es contemplada desde las áreas especulativas en que nos movemos, temas de muy acusado interés y que serán debidamente examinados en el indicado pasaje de esta obra.

Siendo ello así, voy a limitarme ahora a poner de relieve el impacto que las cuestiones precedentemente debatidas acreditan en el contexto de los créditos hipotecarios, es decir, a cuál sea en definitiva la repercusión de todo lo alegado cuando la entidad crediticia sujeta a observación aparece garantizada con una hipoteca, cuestión que vamos a diversificar distinguiendo entre las cesiones de créditos y las asunciones de deuda, concluyendo con una alusión individualizada a los problemas que suscita la cancelación formal de las hipotecas cuando las mismas aparezcan constituidas en garantía de créditos sometidos al control de cambios.

b) *Cesión de créditos hipotecarios*

aa) Idea general

La traducción específica en el mundo de los créditos hipotecarios del pedimento posibilista previsto en el artículo 1.112 del Código Civil, antes transcrito, se alberga en el 149 de la Ley Hipotecaria, según el cual "el crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte siempre

que se haga constar en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más de lo que estuviere por el suyo. El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente", precepto que no es sino una sublimación especial de lo aducido con vocación de universalidad por el artículo del Código Civil antes citado que enfoca la cuestión de la cesibilidad de los créditos desde panorámicas posibilistas de máxima latitud (y cuya cohorte de ordinamentalidad de apoyo se haya integrada, entre otros, por los arts. 1.526 y 1.537 del mismo cuerpo legal).

No es del caso indagar en la profunda *episteme* del precepto que acabamos de transcribir (apoyado en sus funciones ordenancistas por otros del Reglamento Hipotecario, tales como el 176, 242-244, etc.) y sí sólo decir que el hecho de que el crédito garantizado sea uno de los que estamos viendo no impide su plena virtualidad, aunque indiscutiblemente la arropa de cierto matiz de singularidad, circunstancia que nos obliga a diversificar su eventual entrada en juego en este orden de cosas, distinguiendo según que se trate de un crédito entre residentes, entre no residentes o entre residentes y no residentes, y ello partiendo siempre de la premisa fundamental de que el bien gravado se halle ubicado en España.

ab) Caso de créditos hipotecarios entre residentes

aa') Cesión a otro residente

De conformidad con lo que antes alegamos, esta alternativa crediticia, garantizada o no con hipoteca, sólo presenta interés en nuestro contexto expositivo cuando su cifraje se objetiva en divisas o ECUs, posibilidad cuyas fuentes normativas de regulación hemos apuntado anteriormente, ya que en las restantes hipótesis de créditos positivados en pesetas comunes la entrada en juego del artículo 149 de la Ley Hipotecaria que contemplamos discurrre por los cauces de la más absoluta normalidad negocial.

En el supuesto que estamos viendo, es decir, tratándose de aquellos créditos que resultan genéricamente autorizados por nuestro ordenamiento o cuya normalidad constitutiva provenga de un acto expreso de habilitación y en los que aparece como eventual acreedor cedente una entidad delegada (único operador jurídico posibilitado para conceder tales créditos y por supuesto para disponer de ellos), parece obvio que sólo ésta podrá impulsar tal cesión cuando el sujeto de derecho que deviniere su cesionario fuese otra entidad delegada (y no un tercero sin cualificar), solución que intuitivamente se aprehende con cierta facilidad, pero cuya compostura epistemológica presenta a mi juicio más dificultad de lo que a primera vista parece.

Así, y teniendo en cuenta lo que antes explicamos acerca de que los convenios de cesión de créditos y asunción de deudas no fueron específicamente tomados en consideración (pese a poder serlo) por el Real Decreto 2402/1980, parece lógico que su liberalización (que resulta del silencio que sobre los mismos mantiene la supracitada disposición) debería extenderse a los créditos hipotecarios, lógica que en el caso que nos ocupa (y en otros supuestos) se precariza de forma *quasi*-absoluta al tener en cuenta que los actos de adquisición de derechos reales sobre bienes sitos en España por parte de no residentes sí que están sujetos a autorización (en general) (siempre que el correlativo acto de disposición sobre los mismos provenga de un residente), *ex* artículo 3.1, regla 5.ª, del calendado Real Decreto, criterio universalizador que decae sólo en los supuestos previstos por la ulterior normativa especializada y que en el campo en que nos movemos actúa cuando se trata de un derecho real materializador de una garantía que opera respecto de un crédito debidamente conformado según las normas del control de cambios *(ex* art. 1.º de la Orden antes dicha de 19 de junio de 1990).

En base de todo ello, la hipoteca recayente sobre bienes españoles en favor de acreedores no residentes sólo es factible sin expresa autorización (cuando el constituyente de la misma es un residente) si el crédito reforzado se halla debidamente constituido según las normas del control de cambios, criterio que en su aplicación al supuesto que nos ocupa tiene que salvar el escollo —ciertamente escarpado— de que en realidad el eventual cesionario del crédito en cuestión es un residente, obstáculo, no obstante, salvable teniendo en cuenta el concreto componente dinerario de la prestación reforzada, objeto cifrado en divisas, que indiscutiblemente aproxima la relación crediticia cuestionada a las oportunamente sujetas a la preceptiva del control de cambios.

Sobre esta premisa analógica, es evidente que la cesión del crédito que nos ocupa no puede llevarse a efecto libremente porque el crédito (garantizado o no) en modo alguno podría articularse, sin expresa autorización entre el eventual adquirente del mismo (el cesionario que no fuese una entidad delegada) y el residente deudor cedido, aserto que en su proyección sobre lo que nos interesa se traduce en la idea de que la hipoteca, en cuanto tal, no podría ser adquirida por el cesionario residente en cuestión teniendo en cuenta su posición pareja a la de no residente, argumento reafirmado por la idea de que la hipoteca, en cuanto derecho accesorio, no puede constituirse ni pervivir sin una obligación válida que reforzar, *ex* artículo 1.857,1 del Código Civil, validez que siendo inicial en la eventualidad considerada se convierte en invalidez como consecuencia del cambio de acreedor experimentado al no resultar el mismo previamente respaldado por el pertinente acto habilitante de la Administración, trueque personal

que deslegitima el negocio jurídico subyacente y, por supuesto, su eventual garantía.

ab') Cesión a un no residente

En este caso debemos distinguir según que la deuda se halle cuantificada en pesetas comunes o en convertibles, ECUs o divisas. En el primer supuesto rige con todo rigor el criterio impeditivo antes aludido en atención a que todas las consideraciones anteriormente explayadas son perfectamente aplicables, sin que ni siquiera se tenga que hacer ningún esfuerzo analógico al respecto, toda vez que el eventual cesionario es un no residente. Por el contrario, si la deuda cedida se halla cifrada en alguno de los restantes componentes dinerarios aludidos, la solución podría ser la de permitir la cesión que estamos viendo, siempre que el crédito objeto de negociación pudiere encajar en las premisas de liberalización diseñadas por las diversas disposiciones que regulan los préstamos en tales componentes de residentes a no residentes, solución, sin embargo, no segura teniendo en cuenta el dato de que la entidad delegada residente que prestó es sustituida en méritos de la cesión operada por un no residente, cambio subjetivo en cuanto a la calidad de acreedor de evidente impacto cualitativo.

ac) Caso de créditos hipotecarios entre no residentes

aa') Cesión a otro no residente

Esta eventualidad, íntegramente sustraída a los estrictos corsés operativos diseñados por la normativa indígena sobre el control de cambios (hurtamiento impuesto por la situación de absoluta homogeneidad territorial de todos los implicados, o sea, del deudor cedido y de los que dispusieron, en calidad de cedentes y adquirentes del mismo) debe poder negociarse libremente, sin que el hecho de que el bien hipotecado radique en España pueda constituir un obstáculo a la potencial cesibilidad —sin trabas ni cortapisas administrativas— que se propugna, siempre teniendo en cuenta que por lo tocante a la adquisición de la titularidad de la garantía hipotecaria por parte del nuevo acreedor (el cesionario) esté, por su aludida calidad de no residente, si bien en un principio resulta alcanzado de lleno por el *dictum* controlador ofertado por el artículo 3.1, regla 5.ª, del Real Decreto 2402/1980 ("Requieran previa autorización las siguientes operaciones: ... 5.º Los actos de constitución o adquisición a título oneroso

realizados por un no residente sobre bienes o derechos materiales o inmateriales de carácter patrimonial poseídos en España por un residente, salvo los derivados de un acto de disposición *mortis causa*"), lo cierto es que tal eventual condicionante resulta totalmente orillado por el contenido posibilista del artículo único de la Orden de 19 de junio de 1990, disposición que liberaliza la prestación y obtención de todo tipo de garantías por parte de residentes y no residentes cuando la obligación reforzada por las mismas se halle perfectamente acompasada, desde el punto de vista de su nacimiento, a los apremios aportados por la legislación doméstica sobre el control de cambios.

ab') Cesión a un residente

En este caso, la relación de garantía urdida en un principio entre dos no residentes se reinstaura *ex post facto,* entre un residente acreedor (titular activo de tal relación en virtud de la cesión operada) y un no residente (deudor cedido propietario del bien hipotecado), si bien, y tratándose de la presencia en este orden de cosas de la figura del fiador real, cabe detectar en esta dimensión una vinculación crediticia dual que teniendo como parte activa un único acreedor residente (el cesionario) acredita un doble legitimado pasivo: el deudor no residente y el dueño del bien hipotecado (residente o no).

Sea cual fuere la estructura (simple o compleja, tal como hemos visto) de la cesión de créditos materializada, la misma es factible, siempre y cuando el crédito de que se trate fuere de libre constitutividad entre los que, a la postre, aparecen directamente involucrados (el acreedor-cesionario residente y el deudor, cedido-no residente), lo que exige contemplar la normativa que disciplina la creación de tales créditos, teniendo en cuenta que la cesión que nos ocupa implica una transformación en profundidad de la relación obligatoria considerada, que de ser entre dos no residentes (y quedar por ello al margen de la preceptiva interna especializada objeto de investigación) pasa a ingresar directamente en el seno de la misma al cristalizar toda la operatoria contemplada en una relación crediticia (hipotecariamente garantizada) entre un residente como acreedor y un no residente como deudor.

Así pues, resultando liberalizado el crédito cedido, la consecuente asunción de su garantía hipotecaria por parte del cesionario residente, bien aparezca prestada la misma por el propio deudor no residente o bien por un tercero ajeno a la relación obligatoria de que se trate (residente o no), resulta asimismo permitida, todo ello en virtud de que tal asunción, por consumarse en favor de un residente y proyectarse sobre un bien ubicado

en España, permanece totalmente al margen de los apremios controladores aportados por el Real Decreto 2402/1980, obviamiente que no queda menoscabado en modo alguno ni aun en la hipótesis de que el constituyente de la garantía sea el propietario no residente del bien hipotecado, todo ello en base a que los eventuales actos de dominio provinientes de tal operador jurídico no resultan contemplados [a pesar de poder serlo según lo previsto por el art. 2.2.*a)* de la LRJCC] por el Real Decreto 2402/1980 (potencial contemplación intervencionista, por otra parte, que a la postre sería irrelevante en el supuesto que nos ocupa al haber entrado en juego para la hipoteca —en cuanto neto acto de dominio garantista— el criterio absolutamente liberalizador promovido por la pluricitada Orden de 19 de junio de 1990).

ad) Caso de créditos hipotecarios entre residentes y no residentes

aa') Supuesto de acreedor hipotecario residente y deudor no residente

ba') Cesión a un residente

Tratándose de créditos o préstamos en pesetas comunes que cuenten, como es preceptivo, con la pertinente autorización administrativa, el acuerdo de su cesión debe poder consumarse libremente, siendo así que una vez obtenida la autorización previa ésta debe cubrir no sólo al acreedor inicial, sino a los que de él traigan causa (siempre que unos y otros mantengan la misma posición residencial, dato que se convierte en realidad en el único relevante a los efectos que nos ocupan). Así, la asunción de la garantía hipotecaria por parte del cesionario resulta absolutamente liberalizada en base a todo lo que hemos dicho bajo el subepígrafe *ab')* anterior.

Tratándose de divisas, ECUs, pesetas convertibles o las "especiales" prestadas por las antes citadas sociedades de crédito hipotecario (entidades especialmente facultadas para prestar a no residentes en tales componentes por la Orden de 4 de febrero de 1990, en su artículo 14, y por la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990), la cesión de crédito hipotecario que estamos viendo no es, a mi juicio, factible por los mismos argumentos que aduje cuando me ocupé de la misma posibilidad negocial en relación con los créditos y préstamos objetivados en divisas entre residentes, excepto, y ello es obvio, cuando el cesionario sea una entidad delegada u otra sociedad de crédito hipotecario, pudiendo asimismo colacionarse como argumento *ad abuntatiam* el consistente en poner de relieve que el trueque del acreedor inicial por otro no autorizado por la Administración provoca, a efectos de la hipoteca, la ulterior deslegalización de la situación jurídica

inicialmente creada, resultado impediente del éxito de la negociabilidad transferida que estamos debatiendo, siempre partiendo del carácter accesorio de la hipoteca.

bb') Cesión a un no residente

En esta eventualidad y por lo que atina directamente a la normativa doméstica sobre el control de cambios, la cesión del crédito hipotecario es factible sin autorización, y ello tanto desde el punto de vista del crédito en sí (que a la postre queda articulado entre dos no residentes, quedando por ello al margen de la supradicha garantía) como por lo que concierne a la consecuente adquisición de la titularidad hipotecaria por parte del cesionario no residente, posibilidad cuya liberación viene de la mano de la serie de consideraciones que explicaremos un poco más tarde.

ab') Supuesto de acreedor hipotecario no residente y deudor residente

ba') Cesión a un residente

Esta eventualidad, que puede plantearse respecto a aquellos créditos típicos cuantificados en divisas (regulados en la Circular 6/1987, de 13 de marzo, del Banco de España sobre contratación de préstamos financieros exteriores y por el art. 21 de la Orden de 21 de diciembre de 1988, sobre inversiones españolas en el exterior) y respecto a los eventuales atípicos, sea cual fuere su concreta objetivación dineraria (pesetas comunes, convertibles, divisas o ECUs), requirente todos ellos del pertinente respaldo administrativo, sólo puede practicarse previa la correspondiente autorización *ad hoc*, sirviendo como cobertura de esta opinión todo el conjunto de alegaciones que propuse respecto a la situación descrita bajo el subepígrafe *ab')* del epígrafe *ab)* anterior ("caso del *solvens* tercero residente").

bb') Cesión a un no residente

Quid pro quo, todo lo que fue aducido en el subepígrafe *bb')* anterior resulta perfectamente colacionable para la explicación del presente.

c) *La asunción de la deuda hipotecaria en el caso de la adquisición y venta de una finca materializadora de una inversión extranjera inmobiliaria*

aa) Idea general

Con anterioridad aludimos al dato de que los pactos de asunción de deuda en este orden de cuestiones quedan al margen, al no haber sido mencionados por el Real Decreto 2402/1980, de la necesidad de que medie en su eventual instrumentación el previo beneplácito administrativo, consideración que ahora debemos matizar en el sentido de que tal liberalización sólo es propugnable para aquellos supuestos en los que tal asunción opere sin el debido consentimiento del acreedor, toda vez que si se presta éste, en realidad, y por lo menos para el control de cambios, lo que existe es la creación de una nueva obligación cuyo régimen variará en méritos a la condición residencial —y en ocasiones ontológica— de los intervinientes en la negociabilidad asuntiva de que se trate, aspecto que reconduce la cuestión a las vertientes de creatividad de los créditos a la luz del control de cambios, tema ya debatido en las páginas precedentes.

Continuando al hilo de estas reflexiones, tengo que puntualizar, pues, que lo verdaderamente liberalizado son las modalidades asuntivas impropias, es decir, aquellas cuya beligerancia no demanda la debida cooperación del acreedor ni provocan la consecuente liberación del primitivo deudor y que por ello se presentan como concretas manifestaciones del pago de tercero en su vertiente solutoria, tercero, no obstante, que no actúa *motu proprio,* sino en virtud de un previo acuerdo con el pristinamente obligado, materializando esta previa relación de subyacencia vinculativa entre el deudor primitivo (y autorizado desde el punto de vista del control de cambios y que continúa siéndolo) y el nuevo la esencia de la figura que estamos viendo, precisión que reconduce en gran medida al tema puesto sobre nuestra palestra expositiva a lo que con anterioridad ha quedado dicho con ocasión de ocuparnos del pago de tercero en sus distintas alternativas.

En base a ello, y ya adentrándome en el terreno de lo concreto, tengo que poner de relieve que el hecho de que la finca que vaya a materializar o que materializa de presente una inversión extranjera aparezca ya hipotecada en garantía del precio aplazado a pagar por su adquisición (o que se hipoteca en el mismo momento adquisitivo en garantía de tal precio) no obstaculiza ni su potencial adquisición por el inversor extranjero ni su ulterior enajenación por parte del mismo, díptico de posibilidades negociales que pasamos a considerar de inmediato, no sin antes decir que lo que ahora voy a explicar debe ponerse en sintonía con lo que ya aduje en

el volumen II del tomo anterior, en su capítulo XVIII, puntualización extensible al hecho que voy a prescindir ahora de aludir a las repercusiones que provocan las hipotecas que no garanticen los indicados precios aplazados en el contexto de los supuestos negociales mencionados, tema que será oportunamente analizado cuando me ocupe de tal hipoteca —en cuanto categoría jurídica general— desde panorámicas especulativas de máxima omnicomprensividad, circunstancia que acaecerá en el volumen siguiente.

Así las cosas, voy a compartimentar esta pieza expositiva distinguiendo al efecto cuatro apartados. En el primero me ocuparé de explicitar la incidencia que provoca la existencia de la pluricitada hipoteca (la que garantiza el pago del precio aplazado del inmueble adquirido) en su eventual titularización dominical por parte de un inversor extranjero. En el segundo haré lo propio respecto a los actos de enajenación que éste impulse. En el tercero precisaré algunos detalles relacionados con la cancelación formal de la inscripción hipotecaria cuando la deuda garantida ha sido ya debidamente pagada, y en el último aludiré a las repercusiones engendradas en este contexto por la posible entrada en liza del artículo 140 de la Ley Hipotecaria.

ab) Adquisición por parte de un inversor extranjero de un inmueble hipotecado o que se hipoteca de presente en garantía del todo (todo o parte) del precio aplazado

aa') Idea general

Bajo este epígrafe resultan albergables dos situaciones cuyos sendos significados y consecuencialidad son totalmente diferentes, haciendo referencia la primera a la posibilidad de que el operador jurídico de que se trate adquiera, en concepto de inversión extranjera fundiaria, un inmueble ya previamente hipotecado por el precio no pagado por su vendedor a su anterior titular o en garantía de un crédito previamente obtenido por tal vendedor de un tercero (financiador) y destinado por el primero de ellos a la solvencia de su título adquisitivo, y aludiendo la segunda a la alternativa materializada en el hecho de que sea el propio comprador inversor extranjero quien hipoteque el inmueble que adquiere en su calidad de tal bien en favor de su vendedor (residente o no) por la parte (o la totalidad) del precio no pagado de presente o bien de un tercero financiador (también residente o no).

ab') Supuesto en que el inmueble que adquiere el inversor extranjero se halla ya hipotecado

ba') Idea general

En esta eventualidad negocial, el inversor extranjero adquirente del inmueble en cuestión "paga" el mismo utilizando alguna de las alternativas pseudosolutorias previstas en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria ("En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito. Si no se hubiese pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta o lo hubiere retenido y al vencimiento de la obligación fuera ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre del total importe retenido o descontado"), precepto que, dejando aparte el supuesto de que el convenio satisfactivo al que alude fuere debidamente bendecido por el asentimiento expreso o tácito del acreedor (asenso que comporta la entrada en juego en este orden de cosas de la asunción propia a la que hemos aludido anteriormente en cuanto requirente de autorización expresa a fin de que su articulación resulte legítima en su eventual consideración a la luz del control de cambios) se refiere a determinadas modalidades asuntivas de cumplimiento de la deuda que el vendedor del comprador asumente tenía contraída con su anterior vendedor y que aparecía garantizada con una hipoteca en favor de este último recayente sobre el inmueble adquirido en última instancia por el inversor extranjero (asuntor de tal deuda), modalidades diversificadas en una triple alternativa: la del pacto de asunción de deuda propiamente dicho, la del descuento del importe de la deuda en cuestión del precio efectivamente pagado por el inversor extranjero de que se trate, y la de retención del mismo, tripleta de posibilidades que de modo real se circunscriben a estas dos últimas (acompañadas o no del aludido pacto).

Así pues, lo que tenemos que evaluar ahora es la admisible virtualidad *per se* de las alternativas solutorias referenciadas, es decir, la de descuento por parte del inversor extranjero del precio anterior no pagado por su vendedor al primitivo transmitente y la de la retención del mismo, fórmulas solvenciales que implican, tal como hemos indicado, una asunción de cumplimiento por su parte (siempre soslayando la otra posibilidad a la que nos referimos anteriormente y que era la del pacto asuntorio que nos ocupa cuando el mismo aparece debidamente aquiescido por el acreedor)

y que pueden proceder, tal como hemos apuntado, de un pacto expreso al respecto no aceptado por el acreedor o bien de su simple aposición al contrato de compraventa de que se trate, sin que mediare al efecto tal convenio de asunción.

Penetrando ya en el terreno especulativamente acotado y remitiendo al lector interesado en la profundización de esta temática a los importantes libros y trabajos que se ocupan de forma monográfica del desmenuzamiento inquisitivo de las posibilidades ofertadas por el artículo 118 de la Ley Hipotecaria, tengo que poner de relieve que, a los efectos del control de cambios, la clarificación de la tesitura exige que distingamos diversas situaciones, concretamente aquellas en las que el inmediato vendedor del bien materializador de una inversión extranjera prediaria sea un residente, o bien, por el contrario, se arrope con una posición territorial anónima.

bb') Caso en el que el vendedor es un residente

Debemos distinguir dos diferentes situaciones. Veámoslas:

ca') Supuesto en el que el pristino vendedor, acreedor hipotecario, sea un residente

En tal supuesto, las fórmulas satisfactivas antes relacionadas, es decir, las de descuento y retención (tesituras de asunción de cumplimiento para cuya conformación negocial no se cuenta con la anuencia del acreedor del crédito garantizado ni se prevé su potencial intervención ulterior), son libremente instrumentales en la escritura materializadora de la inversión extranjera inmobiliaria de que se trate (y consecuentemente inscribibles en el Registro de la Propiedad), en base a todo lo que hemos dicho hasta la saciedad en las páginas anteriores, o sea, que los convenios (del tipo que sean) de asunción de deuda no liberatorios del deudor primitivo conectados con el sector exterior [convenios que en el caso debatido aparecen conformados entre el vendedor y el inversor extranjero de modo exclusivo (sin posibles repercusiones para el acreedor) y bajo el ropaje de una concreta *praxis* solutoria] quedan absolutamente al margen de los esquemas de coerción previstos en el Real Decreto 2402/1980, todo ello con independencia de que en el momento del pago del crédito garantizado con tal hipoteca el inversor extranjero asumente de la misma tenga que satisfacerla con pesetas convertibles, divisas o ECUs, componentes integradores de la denominada aportación dineraria exterior, que son los únicos ingredientes solutorios de potencial utilización al efecto, debiendo acompasarse su

pago a todas las cuadernas de requisitalidad que se exigen desde las estrategias ordenancistas generales del control de cambios, catalizadoras, en suma, de una premisa fundamental: la de que queda rigurosamente prohibido el pago de mano a mano, debiendo articularse el mismo en todo caso de forma bancaria (tema debatido, desde vertientes muy generales, en el epígrafe 5 de este mismo capítulo).

Más conflictividad suscita la hipótesis en la que medie un convenio expreso de asunción de deuda, eventualidad respecto de la cual, y partiéndose de la imposibilidad de su instrumentación sin previa licencia cuando en la misma participen todos los interesados (el vendedor-delegante, el comprador delegado y el acreedor hipotecario delegatorio), lo que se discute es si la misma resulta potencialmente articulable sin intervención administrativa de ningún tipo cuando en ella no comparece el acreedor, siendo así que cuando el descuento o la retención se vertebra de tal guisa, en realidad se está ofertando al acreedor del débito garantizado de la forma que estamos viendo, es decir, al primitivo vendedor, titular del derecho de crédito hipotecario oportunamente cifrado en la parte del precio que no le satisfizo su comprador (a su vez, vendedor del inmueble de que se trate al inversor extranjero) la posibilidad de que aquiesza con ulterioridad a tal pacto asuntivo, con lo que —y consecuencialmente— en vez de hallarnos en presencia de una asunción de cumplimiento —y en cuanto tal liberalizada por impropia— nos hallaríamos ante una auténtica asunción de cumplimiento propia, con el consiguiente desligamiento del primitivo deudor (el vendedor intermediario que transmitió el bien hipotecado) al inversor extranjero comprador asumente de la deuda.

En base a esta posibilidad, es evidente que tal pacto de asunción de deuda presenta muchas más enfiladas de conflictividad que el puro y simple descuento o retención de la misma (sin pacto explícito de asunción por el pluricitado inversor extranjero), siendo legítimo cuestionarse si su eventual negociabilidad es de libre instrumentación fedataria (y de consiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad), punto problematizado que experimenta una severa e intensa agudización partiendo de la base de que el supradicho asentimiento del acreedor hipotecario destinatario de la oferta negocial considerada puede ser incluso tácito.

Por mi parte, y aun reconociendo lo aventurado de sentar conclusiones tajantes al respecto, entiendo que el convenio de asunción que nos ocupa centra lo más medular de su eficacia en el acuerdo de voluntades que media entre el deudor primitivo —comprador que en su momento no pagó íntegramente el precio convenido y que con ulterioridad vendió el inmueble hipotecado al inversor extranjero de que se trate— y el nuevo (inversor extranjero adquirente con pacto explícito de asunción del cual resulte el descuento o la retención a la que nos venimos refiriendo), que-

dando relegada la posición del acreedor a la de un potencial ratificante de un negocio jurídico ajeno, ratificación que por ser tal sólo puede operar cuando el meritado negocio jurídico resulte perfectamente conformado; y el que estamos viendo no lo es al carecer del previo beneplácito administrativo, toda vez que, y ahora reitero ideas fundamentales anteriormente desgranadas, la asunción propia implica en realidad el nacimiento de un nuevo crédito a los efectos del control de cambios, crédito que en el caso que estamos viendo se articularía entre un residente (el primitivo vendedor) y un no residente (el último comprador, es decir, el inversor extranjero en cuestión), situación requirente en su propia mismidad de la oportuna autorización administrativa.

cb') Supuesto en el que el pristino vendedor, acreedor hipotecario, sea un no residente

En este caso, las alternativas de pacción y satisfactivas antes dichas afectarían a un acreedor hipotecario no residente en cuanto delegatario y al comprador inversor extranjero también no residente en cuanto delegado, supuesto en el que, dados los términos de aboluta homogeneidad territorial de sus protagonistas, todo el elenco de alternativas dichas son de legítima sustantivización, incluso la encarnada en el propio pacto de asunción de deuda, es decir, en aquel expresamente consentido —y ello *ab initio,* al instrumentarse la escritura de venta intermediaria— entre todos los personajes que han aparecido en la escena jurídica descrita, es decir, el pristino acreedor hipotecario no residente que inició la saga negocial que nos ocupa, su comprador, residente, inicial deudor hipotecario por la parte del precio que quedó pendiente de pago (y ulterior vendedor intermediario), y el asumente propio, o sea, el comprador inversor extranjero de que se trate.

bc') Caso en el que el vendedor es un no residente

En este supuesto, y partiendo del dato ya resaltado suficientemente de que el Real Decreto 2402/1980 ha desdeñado las posibilidades de control que sobre los actos impositivos impulsados por los no residentes afectantes a los bienes ubicados en España le ofertó la LRJCC, *ex* artículo 2.1.*a),* es evidente que las ventas de los calendados bienes oportunamente efectivizadas por tales operadores jurídicos pueden desarrollarse —consideradas desde las estrategias de intervención operativas en estas áreas— libremente, estén los mismos hipotecados o no y sean cuales fueren las concretas

fórmulas de satisfacción del precio que al efecto se instrumenten, de entre las cuales pueden incluirse, lógicamente, las que estamos debatiendo.

Partiendo de esta posibilidad genérica de articulación negocial, el problema se reconduce al estudio de la legitimidad de tales fórmulas a la luz del control de cambios en cuanto que las mismas se proyecten sobre la relación creada a consecuencia de ellas ante el acreedor hipotecario delegatario (residente o no) y el comprador inversor extranjero —y en concepto de tal no residente— asumente de la deuda; y al respecto tengo que puntualizar que cuando el indicado acreedor (el primigenio vendedor de que se trate) sea un no residente, la virtualidad de las mismas a los efectos que estamos viendo (siempre teniendo en cuenta la situación de absoluta homogeneidad territorial de los implicados) es absoluta, quedando incluso totalmente al margen de la normativa especializada que nos preocupa. Por el contrario, cuando tal acreedor hipotecario sea un residente, la cuestión admite el mismo repertorio de soluciones que propusimos en el epígrafe anterior, es decir, partir de la validez de los compromisos de asunción de deuda impropios, pero no de los impropios, atribuyendo siempre a estas expresiones el significado que resulta de todo lo anteriormente alegado.

ac) Asunción por parte del inversor extranjero de débito hipotecario que grave el inmueble que adquiera cuando el mismo no se objetive en la parte del precio no pagado por el vendedor intermediario de tal inmueble a su transmitente .

aa') Idea general

Con tal extenso etiquetado nos estamos refiriendo a todas aquellas eventualidades en las que el inversor extranjero, comprador no residente del inmueble en cuestión, asume la deuda garantizada con una hipoteca recayente sobre el mismo constituida no en garantía de la porción de precio aplazado que dejó pendiente su inmediato vendedor al anterior transmitente (caso contemplado en las páginas precedentes) ni en la garantía del que tal comprador, inversor extranjero, deje a su vez de satisfacer de presente a su vendedor (supuesto que examinaremos con ulterioridad), sino de aquel que objetiva el crédito que su transmitente solicitó de un tercero (no de su propio vendedor) para pagar el inmueble adquirido e hipotecado.

Tras esta precisión iniciática, que debemos enriquecer poniendo de manifiesto que el concepto de asunción de deuda que estamos manejando responde en un todo a las mismas premisas ontológicas que han quedado

debidamente explayadas en la páginas precedentes, paso a desglosar la tesitura que nos ocupa, en base a su consecuente fragmentación analítica en un doble apartado, distinguiendo los supuestos liberalizados de los que no lo son.

ab') Supuestos liberalizados

Una dual categorización podemos vislumbrar en este caso; la primera abarca los casos de liberalización implícita, y la segunda, aquellos que han merecido una expresa sanción administrativa. Los implícitos son todos los que, *mutatis mutandi,* se adecuan, dadas sus correspondientes premisas de subjetividad territorial, a los casos inmediatamente aludidos en la páginas precedentes, a las que me remito a fin de evitar lo que sólo sería una torpe dialéctica reiterativa.

Los segundos son todos aquellos que de forma más o menos ociosa y por prurito de claridad han sido impactados por una expresa autorización administrativa, casos cuyo rosario de posibilidades se inicia con el contemplado por el que fue (y todavía lo es, aunque parcialmente) el artículo 5 de la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975, precepto que en su apartado 2.º liberalizó un supuesto específico de subrogación (concepto considerado como sinónimo de asunción de deuda en todas sus posibles variantes) tratándose de compras por parte de personas físicas no residentes de bienes inmuebles previamente hipotecados por el vendedor (residente o no) en favor de algún Instituto de Crédito Oficial, Banca Delegada o Caja de Ahorro Confederada siempre que el crédito en cuestión hubiese sido destinado por el prestatario —ulterior vendedor del inmueble hipotecado al inversor extranjero en cuestión— a la financiación de la construcción del bien hipotecado o al propio pago del mismo, condiciones que debían ir acompañadas por otras tal como resulta del aludido precepto (en la actualidad parcialmente derogado por la Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989), cuya transcripción literal puede encontrarse en una de las páginas integrantes de este mismo capítulo.

El testigo autorizativo discernido por esta disposición, de suprema importancia liberalizadora en este orden de cosas, fue oportunamente recibido, tras la adopción del nuevo RIE, por la supradicha Resolución de 23 de octubre de 1989, texto analizado en las páginas precedentes y que apoyando su disciplina normativa de intermediación en el artículo 12.3 del indicado RIE y en la Orden de 31 de julio de 1989 (también ampliamente comentada en este mismo capítulo) supuso un nuevo avance en este ámbito al desrigidificar las posibilidades asuntivas dimanantes de la calendada Resolución de 30 de julio de 1975 (cuya vigencia se reafirmaba) mediante

la derogación de algunas de sus más cortapisantes condiciones (concretamente las resultantes de los puntos 5.1 y 5.2 de la misma).

Siguiendo con este mosaico de disposiciones directamente orientadas a la disciplina de esta materia y adentrándome ya en lo que podríamos calificar de novísima legislación sobre el particular, tengo que poner de relieve que las posibilidades asuntivas que estamos considerando aparecen perfectamente tipificadas en el artículo 14 de la fundamental Orden de 4 de febrero de 1990 (precepto ampliamente comentado en el Apéndice de adaptación de esta obra y en este mismo capítulo), aludiendo a ellas, del propio modo, la Resolución de la DGTE de 14 de mayo, también de 1990, en su artículo 4 ("Los casos autorizados de subrogación por adquisición de inmuebles que estuvieren gravados con hipoteca se atendrán, según corresponda, a las normas contenidas en la presente Resolución").

Vemos, pues, que la liberalización implícita a la que en un principio aludimos ha recibido una expresa consagración en la serie de preceptos relacionados, disposiciones que se refieren indiscriminadamente a todo tipo de convenios asuntivos de deuda, tanto los propios, congruentemente comportadores de la oportuna liberalización del deudor [y requirentes por ello del consiguiente asentimiento al respecto del acreedor (expreso o tácito, *ex* art. 118 LH) como los impropios no demandantes del asentimiento indicado (ni provocadores del también explicitado —y consecuencial— desligamiento del deudor primigenio].

En cualquier caso, y con ello concluyo esta breve referencia analítica sobre el particular, la fórmula asuntiva (subrogatoria) que se instrumente en la escritura de compra en cuestión será inscribible en el Registro de la Propiedad, en concepto de "forma de pago" de la adquisición (tabulación demandada por el art. 10 de la LH), corriendo a cargo del Fedatario y del Registrador de la Propiedad competente el control de legalidad al respecto, que en los supuestos evidenciados se ha aligerado ostensiblemente de contenido, siendo así que han desaparecido —como ya hemos puntualizado— alguno de los condicionantes operativos antes vigentes, debiendo contraerse en definitiva tal control a la comprobación de que el prestamista delegatario es, o una entidad delegada o una sociedad de crédito hipotecario a que lo efectivamente prestado son divisas, ECUs, pesetas convertibles o las especiales, discernibles, en su caso, por las indicadas entidades delegadas o sociedades de crédito hipotecario (en realidad pesetas comunes, que son las únicas de libre titularización por parte de las calendadas sociedades), préstamos —los objetivados en tales pesetas— necesariamente reintegrables en las indicadas divisas, ECUs o pesetas convertibles que son los exclusivos fondos de libre movilidad a los que pueden tener acceso los prestatarios en su calidad de no residentes, quedando al margen del debido control a efectuar por los indicados profesionales el resto de presupuestos

de legítima constitutividad a los que aluden las normas que dispensan la liberalización a la que nos venimos refiriendo, tales como el que las cantidades verdaderamente prestadas no sobrepasen el límite porcentual del 50 por 100 del saldo medio del importe pasivo diario en pesetas convertibles, tal como demanda la Orden de 31 de julio de 1989 (en juego en este orden de cosas por la remisión que hace a la misma la citada Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989) o que las divisas o ECUs efectivamente prestables procedan de los recursos que en tales activos crematísticos y financieros obtengan las entidades prestamistas mediante depósitos u otras formas de captación de fondos, tal como reza, como absoluto condicionante de la liberalización que estamos viendo, la norma 4.ª de la Circular 5/1987 del Banco de España sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera (norma colacionable en la dimensión investigada, en méritos a lo prescrito por el artículo 2.2 de la antes mencionada Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990, precepto que hace oportuno objeto de su vigor normativo a los préstamos hipotecarios en divisas concedidos por tales entidades delegadas a los no residentes), o bien, en última instancia, a que la cantidad prestada haya sido invertida de forma efectiva en la adquisición o financiación del inmueble hipotecado, requisito que puede preocupar en el momento fundacional del crédito de que se trate, pero no cuando se autorice o inscribe la escritura de donde emerja la subrogación que nos ocupa, escritura de cuyo contexto ya resulta evidente que tal condicionamiento ha sido debidamente cumplido.

Concluyo la investigación de esta fértil problemática poniendo de manifiesto que no está de más que el fedataro interviniente haga la oportuna advertencia en la escritura que autorice (y el Registrador en la inscripción que extienda) de que la subrogación consensuada (del tipo que sea) deberá ser satisfecha con aportación dineraria exterior, advertencia que también puede ser útil reproducir en la nota de despacho de la susodicha escritura una vez inscrita ésta y para cuya práctica no es obstáculo, como es lógico, que la misma figure ya en la inscripción anterior y/o en el título previo.

ac') Supuestos no liberalizados

Todos aquellos casos de asunciones de deuda (propios o impropios) que no encajen en las premisas de liberalización explicitadas deberán someterse al régimen regulador de los supuestos a los que con anterioridad nos referimos, régimen que unas veces será el autorizativo y otras todo lo contrario, debiendo comprobarse por el fedatario interviniente (y en su caño reseñarse en el cuerpo de la escritura autorizada) que la habitación individual que se estime necesria ha sido efectivamente discernida, discer-

nimiento también calificable por el Registrador (y asimismo constatable en el cuerpo del asiento registral extendido *ad hoc).*

ad) Casos en los que el comprador, inversor extranjero, hipoteca la finca objeto de la inversión al tiempo de consumar su adquisición

aa') Idea general

A diferencia de los supuestos anteriormente descritos en los que el comprador extranjero asumía una deuda hipotecaria ajena (la de su inmediato vendedor), en los que vamos a contemplar ahora el susodicho comprador, inversor extranjero en el sector inmobiliario, es parte integrante del negocio jurídico de constitución garantista de que se trate en calidad de hipotecante por deuda propia.

Ello sentado, tengo que poner en evidencia que la posibilidad que se aloja en lo meritado acredita dos distintas alternativas de operatividad según que el acreedor hipotecario que intervenga en la tesitura negocial que estamos contemplando sea el propio vendedor que asegura de tal guisa la parte del precio aplazado de la inversión consumado por el comprador-hipotecante o bien lo sea el tercero que financie la compra que efectúa el indicado comprador hipotecante, adquisición en la que el pago de su precio al vendedor se efectúa en su totalidad (y si es en parte, sin garantía hipotecaria; garantía, repito, que se constituye en favor del tercero financiador). Veamos ambas posibilidades.

ab') Supuesto de hipoteca constituida en favor del vendedor

ba') Caso en que éste es un residente

En esta eventualidad la hipoteca que nos ocupa viene a garantizar un crédito de residente a no residente encarnado en el consiguiente aplazamiento solutorio referido a la totalidad o parte del precio convenido como correspectivo de la compra en cuestión, crédito respecto del cual se plantea el problema de determinar si el mismo se halla o no posibilitado sin previa licencia, cuestión fundamental porque de la respuesta que se dé a este interrogante va a depender la congruente liberalización de la hipoteca que en su caso se constituya por el no residente comprador —y deudor— en favor del correspondiente vendedor-acreedor, crédito de tipología singular en cuanto que a pesar de ser concedido en pesetas comunes por parte del

susodicho vendedor debe ser inexcusablemente devuelto en algunos de los ingredientes integrantes de la denominada genéricamente aportación dineraria exterior (divisas, ECUs o pesetas convertibles), siendo así que sin la utilización solvencial de alguno de tales componentes (o de los saldos procedentes de las cuentas extranjeras en pesetas ordinarias, activos que ahora no nos interesan) la adquisición inmobiliaria de que se tratase requeriría la previa autorización administrativa, del propio modo extensible al crédito que estamos viendo.

Centrando el tema, debidamente polarizado en torno a la cuestión de si se hallan liberalizados los créditos eventualmente cifrados en pesetas comunes (aunque reembolsables, tal como hemos apuntado, con alguno de los circunstanciados componentes crematísticos) objetivados en los oportunos aplazamientos de pago concedidos por el vendedor-residente al comprador-no residente en el marco de una compraventa inversora inmobiliaria, hemos de contestar afirmativamente, teniendo en cuenta que la prohibición ecuménica resultante en este orden de cosas del Real Decreto 2402/1980, *ex* artículo 3.1.7.ª, fue parcialmente levantada para el supuesto que nos ocupa por la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975 en su norma 4.ª, tal como hemos dicho en otras porciones de este mismo capítulo y, en extenso, en el capítulo XX del volumen II del tomo I de esta obra.

De todos, tal disposición atina de modo exclusivo a los créditos concedidos a los compradores, inversores extranjeros, que sean personas físicos, olvidando por completo a las jurídicas, omisión que debe interpretarse en el sentido de que los aplazamientos concedidos a estas últimas requieren autorización administrativa, autorización, no obstante, que pese a su pulcritud metodológica podría chocar con el dato de que las compraventas inmobiliarias, en cuanto moduladoras de las correspondientes inversiones extranjeras, se hallan sujeas en el día de hoy, en su potencial activación por parte de personas jurídicas extranjeras, al pertinente sistema de verificación administrativa (lo que supone su gobierno por sus premisas de liberalización bastantes más cautelosas que las que presiden el sistema de permisividad ejecutiva o absoluta), implicando ello la posibilidad de que un mismo evento negocial quede sujeto a un doble régimen de articulación, el atinente a la compraventa en sí y el propiamente afectante al aplazamiento solvencial concedido (tema del que ya nos hemos ocupado en otros pasajes de esta obra, concretamente en el antes mencionado capítulo XX del volumen II de su tomo I).

Esto, por lo que concierne al crédito en sí. Por lo que afecta en concreto a la construcción hipotecaria debatida, ninguna de las partes intervinientes en la misma se halla sujeta a tipo alguno de condicionamiento; así, el acreedor hipotecario —vendedor del inmueble en cuestión— se sitúa totalmente al margen de las barreras erigidas por la preceptiva de Control de

Cambios al presuponer la asunción de la titularidad hipotecaria que materializa un acto adquisitivo sobre inmuebles ubicados en España, dato que unido a su condición residencial le sustrae por completo de cualquier impedimento proveniente de tal normativa. Por su parte, el hipotecante comprador (y deudor en tal concepto del precio que quedó aplazado por la adquisición del inmueble hipotecado) también queda hurtado al rigorismo desplegado en estas áreas por el Real Decreto 2402/1980, por la sencilla razón de que los eventuales actos de disposición que materialice (en favor de residentes o no residentes) no se hallan mencionados como potencialmente controlables en el abigarrado rosario de posibilidades sujetas a intervención diseñado por el artículo 3 del mencionado Real Decreto, todo ello con independencia de que sea cual fuere (o hubiere sido) el criterio normativa proveído al efecto en este orden de cosas por el citado texto, la Orden de 19 de junio de 1990 liberaliza por completo la prestación de garantías en el sector exterior —incluyéndose entre ellas, por supuesto, la hipotecaria—, siempre que el crédito subyacente se halle legítimamente constituido, cuestión que reconduce la solución de esta problemática al control de la legítima fundabilidad de tal crédito por parte del fedatario interviniente y del Registrador de la Propiedad autorizante de la inscripción constitutiva de hipoteca, control que por lo tocante a los aplazamientos de pago del precio, cuando los mismos son concedidos al inversor extranjero persona física, ha de resultar forzosamente positivo y, de adverso, negativo en la hipótesis en la que tal beneficiario sea una persona jurídica no residente, opinión ya sostenida por mí en el antes indicado capítulo XX de esta obra y que reafirmo ahora, aunque enriqueciendo el panorama doctrinal al efecto me complazco en ofrecer en estas páginas una posición antagónica a la expuesta, y es la de ENRIQUE HERVÁS CUARTERO, autor que en unos interesantes comentarios sobre las últimas modificaciones normativas en este ámbito (de circulación restringida entre los Corredores de Comercio Colegiados y que dada su reciente concepción no recogí en el antes indicado capítulo XX) al enfocar esta problemática, y tras referirse al artículo 17.1 de la Orden de 4 de febrero de 1990 ("La transferencia al exterior del producto de la liquidación de una inversión extranjera en inmuebles no requerirá verificación previa de la DGTE, aun cuando al inversor extranjero conceda aplazamientos de pago en favor del comprador residente"), pone de manifiesto el silencio que sobre el tema que nos ocupa mantiene la meritada Orden, silencio sólo colmable de forma insuficiente por las antes indicada Resolución de 30 de julio de 1975 de la DGTE, insuficiencia normativa derivada del dato antes aducido de que tal disposición pretermite por completo el régimen a aplicar a los aplazamientos concedidos por los residentes vendedores del inmueble en cuestión, no a las personas físicas, sino a las jurídicas, omisión que a juicio

del indicado autor debe ser subsanada unificando bajo el común denominador del sistema de verificación tanto la legitimación para invertir en adquisición de inmuebles como para obtener el aplazamiento que nos entretiene, conclusión cuya encarnadura literal es la siguiente: "En este caso (cuando interviene comprando una persona jurídica extranjera) sugerimos que el mencionado aplazamiento se haga constar en el modelo TE-13, en el que se solicite la verificación administrativa para la inversión en inmuebles que vaya a realizar en España una sociedad extranjera, ya que, de acuerdo con los términos del artículo 12 del RIE, todas estas adquisiciones inmobiliarias realizadas por personas jurídicas extranjeras están sujetas al trámite de verificación administrativa previa".

Pues bien, y concluyendo, sea cual fuere el mejor de los criterios expuestos, lo cierto es que se vislumbra con toda claridad una diferencia fundamental por lo tocante a la conformación de los sendos aplazamientos operativos en estas áreas (y de sus garantías hipotecarias), ya que los convenidos por el vendedor y su comprador persona física no residente resultan directamente ejecutables por los mismos, circunstancia que no se da tratándose de la misma tesitura de dilación solvencial cuando su impulsor comprador es una persona jurídica residente, ya que en este caso, bien se mantenga la necesidad para su instrumentación de la previa autorización específica o bien la de la simple verificación, es evidente que mientras no se obtenga una u otra la supraindicada instrumentación no podrá tener lugar.

Con la finalidad de agotar el tema —siempre en la medida de lo posible teniendo en cuenta la superlativa magnitud de esta temática—, tengo que resaltar, al igual que lo hicimos cuando abordamos la cuestión de la eventual asunción por parte del inversor comprador extranjero de las potenciales deudas hipotecarias titularizadas por su vendedor, la suprema utilidad de que se consigne en los sendos cuerpos de la escritura de la hipoteca y de la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad (así como en la nota de despacho registral de tal título) la advertencia de que la amortización de los préstamos hipotecarios en cuestión (y su consiguiente cancelación tabular) sólo podrá realizarse previo el pago de su importe con la pertinente aportación dineraria exterior.

bb') Caso en que éste es un no residente

En tal supuesto, la dudas que podían mantenerse en el enfoque de la cuestión han quedado absolutamente disipadas por el concreto *dictum* de la disposición adicional de la Orden de 4 de febrero de 1990, objeto de comentario en este mismo capítulo y al que remito a los lectores.

ae) Supuesto de hipoteca constituida en favor de un tercero financiador

aa') Idea general

En esta eventualidad, la relación de garantía hipotecaria en la que aparecen como partes interesadas el comprador-inversor extranjero no residente y el acreedor garantizado con un gravamen oportunamente recayente sobre el bien adquirido no se establece como respaldo del precio aplazado resultante de la compraventa materializada por el hipotecante como parte compradora, sino como reforzamiento del préstamo previamente recibido por el indicado hipotecante para la satisfacción de la totalidad o parte del precio de tal compraventa, solvencia que se efectúa en favor del vendedor (residente o no), sujeto que queda totalmente al margen de la relación debidamente instaurada entre el susodicho hipotecante y el acreedor hipotecario.

Ello precisado, vamos a diversificar, al igual que lo hicimos con otra de las modalidades crediticias anteriormente analizadas, el estudio de esta problemática escindiéndola en dos apartados respectivamente destinados a recoger las variantes de la alternativa garantista que estamos viendo que dispongan de la vitola de liberalizadas y aquellas que no acreditan tal condición, siempre sin perder de vista la explicación epistemológica básica de la figura que acabamos de aportar, figura que, partiendo de la condición institucional no residencial del hipotecante en cuanto inversor extranjero, únicamente visibiliza cierta problematicidad en tanto en cuanto el tercero financiador en cuestión sea un residente, toda vez que si éste es un no residente el instituto queda totalmente al margen de la normativa del control de cambios español, debiendo entenderse por ello plenamente liberalizada su conformación, considerada ésta desde el punto de vista interno, conclusión en la perfectamente taxativizada en el día de hoy a través de la indicada disposición adicional de la Orden de 4 de febrero de 1990 (objeto de comentario específico, como ya hemos apuntado, en este mismo capítulo).

ab') Supuestos liberalizados

Al igual que sucedió cuando acometimos el análisis de las distintas eventualidades de subrogación hipotecaria operativas en este orden de cosas, el hablar de créditos hipotecarios específicamente liberalizados en este sector normativo puede resultar una acabada obviedad, siendo así que la hipoteca, como hemos reiterado hasta la saciedad en estas mismas páginas, se halla absolutamente liberalizada en su potencial contemplación

in genere si el crédito que garantiza resulta regularmente constituido a la luz del control de cambios (Orden de 19 de junio de 1990). Por ello, lo que tenemos que ver es si la relación crediticia subyacente entre un tercero financiador y el no residente para la adquisición del inmueble que se hipoteca se halla liberalizada *per se,* con independencia de la serie de garantías que puedan prestarse para reforzar su solvabilidad.

De todos modos, y a fin de desvanecer cualquier tipo de hesitación al respecto, el hacedor gubernativo de la oportuna preceptiva de intermediación en éstas areas normativas se preocupa, deviniendo por ello ciertamente redundante (tal como ya apuntamos precedentemente) en sancionar de forma individualizada la liberalización de algo que ya lo estaba de manera genérica, refiriéndome así al hecho de que, y ya desciendo al terreno de lo concreto, los préstamos en pesetas convertibles (todos, es decir, con o sin garantía) otorgados por las Entidades delegadas a los no residentes (para cualquier finalidad) se hallaban ya liberalizados, dentro de los límites porcentuales anteriormente reseñados, por la Orden de 31 de julio de 1989. Siendo ello así, no hacía falta sancionar normativamente una liberalización específica para los hipotecarios de tal categoría, cosa que, sin embargo, ha tenido lugar a través del artículo 1 de la Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989, engendrando ello una duplicidad de disposiciones sobre el mismo tema que provoca una evidente disfunción, tal como hemos tenido ocasión de resaltar en las páginas precedentes cuando abordamos, desde una panorámica de gran angular, esta peculiar modalidad crediticia.

Si de esta alternativa obligacional pasamos a la homóloga, pero cifrada en divisas, observamos también la meritada insistencia liberalizadora, ya que, de una parte, y comprendiendo a todo tipo de crédito y préstamos otorgados en ECUs o divisas por las entidades delegadas, la misma resulta absolutamente liberalizada (sin sujeción a objetivos concretos y sin exigencias en cuanto a las garantías prestables) por la Circular del Banco de España 5/1987 sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera, y por otra, y ya incidiendo en reiteración, tal liberación resulta de la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990, reguladora de los préstamos y créditos hipotecarios en divisas concedidos por dichas entidades delegadas para la adquisición de inmuebles.

De todos modos, no siempre se incide en este contexto en tal superflua corroboración de criterios normativos ya resultantes de disposiciones anteriores, toda vez que en el mismo detectamos dos alternativas de créditos concedidos por terceros financiadores (residentes o no) para la adquisición de inmuebles ubicados en nuestro país o fuera de él que si no fuese por la garantía que les acompaña no resultarían liberalizados, refiriéndome así, por una parte, a la modalidad consistente en el préstamo o crédito que

eventualmente pueda ser concedido por las denominadas Sociedades de Crédito Hipotecario (operadores jurídicos residentes en España) en pesetas comunes (aunque forzosamente reembolsables mediante alguno de los componentes financieros integrantes de la genéricamente denominada aportación dineraria exterior, o sea, divisas, ECUs o pesetas convertibles) a los no residentes para la adquisición de inmuebles sitos en nuestro país (alternativa liberalizada en primer término por la Orden de 4 de febrero de 1990 art. 14, apdo. 2.º, e inmediatamente después por la Resolución de 14 de mayo de 1990), y por otra, a aquella variante crediticia también instaurada entre residentes y no residentes (pero esta vez invirtiéndose las posiciones en cuanto que el prestamista es el no residente) que sustrayéndose a las coordenadas objetivas y funcionales de liberalización condicional —general— previstas por la Circular del Banco de España 6/1987, de 13 de marzo, sobre contratación de préstamos financieros exteriores, resulta de libre conformación siempre que su finalidad sea la de financiar la adquisición de un inmueble en el exterior por parte de un residente y su garantía sea hipotecaria, posibilidad normativa cubierta, tal como ha quedado debidamente relatado en las páginas precedentes, por el artículo 21 de la Orden de 19 de diciembre de 1988 sobre inversiones españolas en el exterior, precepto que viene, pues, a constituirse en una modalidad excepcional de los calendados préstamos financieros otorgados en divisas o ECUs por no residentes a residentes, modalidad tenida en cuenta a efectos del diseño de su consecuente procesalidad calendada por la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990.

Todavía podríamos vislumbrar en estas áreas otra modalidad liberalizada de préstamos y créditos que lo son en la estricta medida en que cuenten con el oportuno respaldo hipotecario, refiriéndome así a aquellas variantes de los mismos instrumentada entre residentes que por hallarse nominados en divisas entronca directamente con la normativa ordenancista del control de cambios, créditos que posibilitados en términos generales por la Circular del Banco de España 5/1987, de 13 de marzo, sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera, presentan una doble variante según que resulten de libre conformación o requieran el previo beneplácito administrativo, incluyéndose dentro de la primera categoría la generalidad de todos ellos en virtud de lo oportunamente prescrito por la norma 8.ª, apartado 4, de dicha disposición, generalidad que queda excepcionada en aquellos supuestos en los que los mismos sean hipotecarios y se destinen a la adquisición de un inmueble en el exterior, de conformidad con lo previsto por el artículo 3 de la antes citada Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990.

Por lo tocante al control de legalidad que deban practicar el fedatario competencialmente llamado a autorizar la escritura de hipoteca en cuestión

y el Registrador de la Propiedad a quien le incumba su toma de razón registral, tengo que puntualizar que su contenido es diverso en función de cuál sea la concreta modalidad tenida en cuenta. Así, en aquellas eventualidades en las que se pretenda vertebrar un crédito hipotecario otorgado por un residente a un no residente, tal control deberá extenderse a los aspectos subjetivos de la operación, debiendo homologarse especialmente que el prestamista es una entidad delegada o una sociedad de crédito hipotecario, y que el prestatario (persona física o jurídica) se arropa en la supraindicada condición no residencial (arropamiento proveido de la normativa sobre el control de cambios ya analizado en otras porciones de esta obra), homologación que también deberá extenderse a las condiciones de cifra del crédito en cuestión (divisas, ECUs, pesetas convertibles o las comunes reembolsables con aportación dineraria antes referidas), pero no, y con esta advertencia reitero ideas ya expuestas, así se respetan los límites porcentuales establecidos por la Orden de 31 de julio de 1989 (y por su corte de disposiciones de apoyo) o si efectivamente la cantidad prestada se destina a la financiación del inmueble objetivador de la inversión extranjera en cuestión, aspectos que quedan absolutamente al margen del indicado control de legalidad, todo ello sin perjuicio del posible reproche administrativo o penal en que pueda incurrir el prestatario en el caso de que tal financiación o alcance el cénit impuesto por la normativa liberalizadora, cabiendo también la posibilidad de que el concreto dispositivo de la operación tome cuerpo en una inscripción hipotecaria en garantía de un crédito de las características que estamos viendo cuya concreta efectividad acontecerá cuando tal adquisición inmobiliaria se consume, o bien, y tratándose de inversores extranjeros personas jurídicas, cuando las mismas obtengan la previa verificación administrativa oportunamente amparadora de la adquisición inmobiliaria proyectada (verificación cuya obtención en el caso de personas jurídicas adquirentes es de rigor a tenor de lo previsto por el artículo 12 del RIE).

Por el contrario, y tratándose de los créditos hipotecarios atendidos por el antes mencionado artículo 21 de la Orden de 19 de diciembre de 1988 o de los regulados por el artículo 3 de la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990, el control de legalidad al que nos estamos refiriendo debe centrarse, aparte de en los extremos subjetivos y de cifraje antes indicados, en el dato de que el préstamo o crédito proyectado haya recibido el consiguiente beneplácito verificador, siendo ello consecuencia de que tal precepto exige que el crédito liberalizado en tal artículo se detalle, con todas sus características, en el modelo TE-19, impreso normalizado que es el utilizado por el eventual inversor español en el extranjero para demandar de la DGTE la oportuna verificación administrativa de su proyecto inversor inmobiliario, inclusión que en realidad determina el que tal

crédito quede sometido, pese a su pregonada liberalización, al sistema de verificación administrativa, aunque ello no es óbice para que el crédito pueda concederse y la hipoteca inscribirse sujetando su efectividad a la condición suspensiva de que tal verificación se consiga, debiendo controlarse en tal caso que lo inscrito coincide exactamente con lo ulteriormente verificado, ya que en la hipótesis de que así fuese, en realidad la condición no se habría cumplido, control que también deberá practicarse con rigor en todos aquellos supuestos en los que la obtención de la aludida verificación sea anterior al otorgamiento de la escritura correspondiente.

Por último, y tratándose de aquellas operaciones crediticias liberalizadas por el artículo 3 de la antes dicha Resolució de la DGTE de 14 de mayo de 1990 (créditos hipotecarios en divisas concedidos por las entidades delegadas a residentes para la adquisición de inmuebles sitos en el extranjero), a pesar de que el meritado precepto no se reproduce en unos términos tan claros como el pluricitado artículo 21 de la Orden de 19 de diciembre de 1988, una interpretación sistemática del mismo conduce a idéntico resultado, por lo que lo que acabamos de explicar resulta válidamente traíble a colación en su congruente enfoque analítico.

F) PARTICULARIDADES ACERCA DE LA CANCELACIÓN REGISTRAL DE LOS CRÉDITOS Y PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CONECTADOS CON EL CONTROL DE CAMBIOS

La elaboración de una teoría general sobre la materia tendría que construirse a base de tratar materiales normativos de diversa factura a fin de ensamblar una pieza jurídica de alcance semiótico polivalente que nos sirviese para explicar, por ejemplo, en qué forma podía conseguirse tal cancelación en aquellos supuestos en los que a la postre resultasen infringidas las condiciones a las que se anuda la pertinente liberalización de la operación instrumentada o la forma de acreditar que tal operación ha resultado frustrada en definitiva, tema que al trasluz de la normativa que nos ocupa presenta singularidades que en su caso serán debatidas en el volumen siguiente cuando efectuemos la radiografía general de la hipoteca cuando la misma actúe en el ámbito del control de cambios.

Efectuado este breve descarte analítico, voy a ocuparme a seguidas en puntualizar lo relativo a la indicada cancelación cuando ésta devenga impuesta por la satisfacción de la deuda garantizada hipotecariamente, acto solutorio que debidamente reseñado en la pertinente escritura de carta de pago que provoca la defunción registral de la hipoteca establecida.

A tales efectos, tengo que reiterar una premisa cuya virtualidad ha sido resaltada hasta la exageración a lo largo de estas páginas, y es la de que el pago en este entorno obligacional —como todos los relacionados con el control de cambios y las inversiones extranjeras— se halla siempre sometido a verificación por lo tocante a su consecuente funcionalidad, control que en el entorno en que nos movemos —el de las operaciones de crédito y préstamos operativos en el sector exterior— se hace presente en una doble dirección —del concedente al acreditado y a la inversa—, ocupándose de su cobertura concreta toda una serie de disposiciones que no es del caso reseñar.

En méritos a ello, la escritura de carta de pago que deba ser otorgada por el concedente no podrá nunca reflejar un pago de mano a mano o confesado, sino que tendrá que circunstanciar la ritualidad bancaria que se haya utilizado en la solvencia de la operación y de la que resulte que la secuencia de amortizaciones (o la única, en su caso) afectante al crédito concedido ha sido debidamente positivada con la consiguiente aportación dineraria exterior, siendo así que la relación de créditos que estamos viendo de residente a no residente únicamente pueden ser legítimamente reintegrados con alguno de los fondos integrantes de tal categoría pecuniaria.

Así pues, en la escritura de carta de pago autorizada al efecto deberá hacerse expresa evidencia de que las transferencias de dinero en relación con el crédito a cancelar se han efectuado desde el exterior a la cuenta de la disponibilidad de los fondos que al efecto tenga abierta el acreditado en la entidad concedente (o la propia sociedad de crédito hipotecario en su caso) o de aquellas con destino directo a tal cuenta provengan de una en divisas, pesetas ordinarias procedentes de cuentas extranjeras (bajo ciertos condicionamientos), pesetas convertibles en ECUs que al efecto tenga aperturada el *solvens* en alguna de las entidades delegadas operativas en el territo nacional o bien de los talones o cheques que con tales finalidades amortizatorias de los créditos que nos ocupan se libren contra alguna de tales cuentas.

De todos modos, la acreditación de la procedencia exterior de los fondos utilizados en la solvencia del préstamo o crédito en cuestión (capital e intereses) puede excepcionalmente conseguirse de forma relativamente extrabancaria, eventualidad que entra en juego en el supuesto normativamente previsto por la Circular 965 de 18 de mayo de 1987 de la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales sobre movimientos en divisas y pesetas en frontera por viajeros, disposición que basamentado el grueso de su reglatividad intermediadora y de ejecución en la Orden de 13 de marzo de 1987 sobre gastos de viaje y estancia en el extranjero y sobre los explicitados movimientos de divisas y pesetas por frontera, ha establecido

la forma de documentar fehacientemente, a efectos de su ulterior adveración y control, la potencial entrada de fondos monetarios por no residentes en nuestro país, sujetos de derecho que en la hipótesis de que sean prestatarios de alguna de la variantes crediticias antes dichas podrán utilizar tales fondos —legítima y probadamente ingresados— con finalidades diversas, tales como su posterior reexportación, su eventual consumo (extrabancario) en nuestro país bajo determinadas premisas de liberalización o bien, y así me adentro en lo que me interesa específicamente en este preciso *tempus* expositivo, para su ulterior abono en la pertinente cuenta en divisas, ECUs, pesetas ordinarias (de cuentas extranjeras) o pesetas convertibles que tenga abierta a España (a efectos de su pertinente movilización talonaria o de su ulterior remisión a la entidad concedente del crédito en cuestión, todo ello con los objetivos reembolsatorios especificados) o en última instancia para el ingreso directo de tales fondos (los ingresados) en la cuenta de la disponibilidad del crédito (o en la que tenga abierta a su nombre —y a tales efectos— la sociedad de crédito hipotecario), siendo dudoso si debe hacerse referencia en la pertinente escritura de carta de pago que otorgue la entidad concedente de los datos identificativos básicos de la declaración aduanera a la que nos estamos refiriendo (cuya presentación se requiere para la consecuente procedibilidad del ingreso directo dicho).

En aquellos supuestos en los que se trate de préstamos y créditos en divisas concedidos por no residentes a lo residentes-inversores inmobiliarios en el extranjero (eventualidad prevista por el art. 21 de la Orden de 19 de diciembre de 1988 y el art. 2 de la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990), entonces la escritura de carta de pago otorgada por el concedente no residente deberá ajustarse, en lo que concierne a la clase, procedencia y justificación de los fondos utilizados en el reembolso del crédito, a lo que resulte de la verificación de la operación inmobiliaria a la que nos hemos referido con anterioridad, presupuesto habilitante que determinará las circunstancias anteriormente indicadas, siempre teniendo en cuenta que el inversor español en el extranjero requiere autorización específica de la DGTE para movilizar, en el sentido solutorio que nos ocupa, las divisas que en su caso genere el disfrute de la inversión inmobiliaria extranjera en cuestión, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.1 ("Los inversores españoles estarán obligados a ceder en el plazo de quince días, a través del mercado español de divisas, los correspondientes dividendos, intereses o cualesquiera rendimientos explícitos o implícitos que perciban de sus inversiones exteriores, así como el producto de la liquidación o transmisión de las mismas, salvo en los supuestos de reinversión previstos en el siguiente párrafo") de la indicada Orden de 19 de diciembre de 1988, exigencia que se matiza, pero no hasta el punto de

que el inversor pueda utilizar libremente las divisas en cuestión a los fines amortizatorios que nos ocupan, en el apartado 3 del supraindicado artículo ("Si el país en que se hubiere realizado la inversión impone limitaciones a la libre convertibilidad de los dividendos, intereses o rendimientos o, en su caso, al producto de la liquidación, el inversor deberá comunicar a la Dirección General de Transacciones Exteriores, junto con la justificación documental de tales limitaciones, la entidad bancaria no residente y número de cuenta en que quedan depositados los fondos. En cuanto cesaren dichas limitaciones el inversor deberá ceder al mercado español las divisas correspondientes a los conceptos citados").

De todo ello se desprende que en la escritura de carta de pago que otorgue el tercero financiador no residente deberá reflejarse la legitimidad del pago amortizatorio dicho, extremo que deberá ser objeto del pertinente control de legalidad a efectuar por el fedatario interviniente y por el Registrador de la Propiedad que inscriba la misma, siempre teniendo en cuenta que queda rigurosamente excluida la operativa solvencial materializada en el pago de mano a mano (o simplemente confesado), y ello aun cuando el *accipiens* actúe a través de un representante residente en nuestro país, acreditando suprema importancia a tales efectos cuando el susodicho pago se realice en pesetas comunes la documentación a la que alude, en cuanto justificativa de la legitimidad y congruencia del pago exterior que se consume con tales pesetas, la Circular 32/1985, de la DGTE de 8 de marzo por la que se regulan las normas operativas aplicables a las operaciones indivisibles corrientes liberalizadas por la Orden ministerial de 14 de septiembre de 1979, disposición que en sus diversas rúbricas va encajando la concreta procesalidad a seguir con tales pagos, según cual sea su etiología, y que parece atinar a la eventualidad que nos ocupa en los números 133 y 134.

En aquellos supuestos en los que el español inversor en el exterior acredite la titularidad de alguna cuenta en divisas o ECUs fuera de España (cuya apertura requiere la pertinente autorización administrativa española), entonces el pago podrá proceder de la misma utilizando al efecto la técnica bancaria de la transferencia o de la disposición mediante dinero escriturario librado contra dicha cuenta y entregado al *accipiens,* quien al otorgar la correspondiente escritura de pago hará la oportuna referencia a estos extremos.

Cabe también la posibilidad de que se pongan a disposición de tal *accipiens* no residente las divisas necesarias para solventar la deuda garantizada y cancelar la hipoteca que nos ocupa (a través del otorgamiento de la correspondiente escritura por parte del mismo) mediante su ingreso en la oportuna cuenta que éste tenga abierta en nuestro país en divisas, ECUs o pesetas convertibles, materializándose tal ingreso, bien mediante el abo-

no en las mismas del dinero escriturario que proceda librado contra la cuenta en divisas que eventualmente mantenga el deudor en el extranjero o bien efectuando este libramiento contra alguna de las cuentas en tales divisas o en ECUs que la normativa española permite aperturar (unas veces, de forma absolutamente libre, y otras, previa licencia administrativa) a los residentes (ver la Resolución de la DGTE de 10 de mayo de 1988 sobre cuentas en divisas de residentes abiertas en las oficinas operantes en España de las Entidades delegadas a nombre de personas físicas o jurídicas residentes y la Resolución, también de la DGTE, de 22 de junio de 1990 sobre cuentas en ECUs de residentes abiertas en oficinas operantes en España en entidades delegadas), cobijándose la posibilidad de los pagos a los que venimos haciendo alusión (siempre utilizando las técnicas bancarias de rigor en este orden de cosas), por lo tocante a la indicada cuenta en divisas, en la norma 2.ª de la mencionada Resolución de 10 de mayo de 1988, al sentar en su Regla 3.ª.*a)*: "No precisarán autorización administrativa las disposiciones de los saldos de las 'cuentas en divisas de residentes' por los siguientes conceptos: *a)* Realización de pagos en divisas, siempre que se efectúen de acuerdo con las normas del control de cambios aplicables a la transacción de que se trate"; y por lo que apunta a la de en ECUs, en virtud de la remisión que el artículo 2 de la antes dicha disposición orgánica (la ya explicitada Resolución de 22 de junio de 1990) efectúa, al relacionar las eventuales disposiciones a practicar en tales cuentas, al precepto que acabamos de relacionar, contenido en la Resolución primeramente citada, libramiento que puede ser reemplazado por el oportuno ingreso en la cuenta del *accipiens* no residente de lo transferido desde alguna de las que acabamos de enumerar, fórmulas solvenciales cuyas concretas cotas de practicidad deberán relacionarse en la correspondiente escritura de carta de pago que al efecto se otorgue, en la que, del propio modo, resulta conveniente hacer una referencia a la autorización que haya mediado en la apertura de las cuentas dichas en las hipótesis en que ésta sea necesaria (caso que se contrae sólo —como sabemos— a las en divisas y no a las en ECUs).

Continuando con este desgranamiento de posibilidades, y ya penetrando en la recta final de este apartado y del capítulo, tengo que puntualizar que la única de las alternativas crediticias a la que con anterioridad aludimos que se sustrae a las rigurosas cuadernas de control solutorio al que estamos haciendo mérito es aquella articulada entre una entidad delegada y un residente cuando la misma aparece objetivada en divisas y resulta destinada a financiar la adquisición por parte del prestatario de un inmueble en el extranjero, posibilidad que teniendo en cuenta la condición residencial de los directamente implicados puede ser satisfecha en pesetas comunes, supuesto respecto del cual no se plantea problema alguno de control.

Ahora bien, ello no impide que si el inversor español, o sea, el prestatario acredita la titularidad de alguna de las cuentas en divisas o en ECUs abiertas en España o en el extranjero, no puede pagar a la entidad prestamista con tales componentes financieros, posibilidad cuya liturgia deberá discurrir por los cauces solvenciales de control a los que con anterioridad hicimos alusión, resultando de todo ello el que la escritura de la cancelación otorgable al efecto difiera ampliamente del contenido según cual sea en concreto el medio de pago efectivamente utilizado.

Como colofón de todo lo hasta aquí dicho, únicamente resta que me refiera a un principio cardinal en todo este orden de cosas, y es el de que la situación residencial de los implicados en el momento fundacional de la hipoteca que se cancele es el que lidera todo el seguimiento ulterior de la misma, y ello tanto por lo que apunta a su fase biológica como lo que hace lo propio con la extintiva. Así, y descendiendo al terreno de lo concreto, la hipoteca constituida por un residente, aun cuando pierda con ulterioridad su condición de tal, puede cancelarse mediante los procedimientos comunes de pago de mano a mano (o confesado) y con pesetas comunes, presumiéndose que éstas son aquéllas que el cancelante obtuvo legítimamente durante su anterior etapa residencial en España. Correlativamente, la hipoteca constituida por un no residente en garantía de un crédito objetivado en divisas, ECUs, pesetas convertibles o en las comunes —especiales a las que alude la Orden de 4 de febrero de 1990 y la Resolución de la DGTE de 14 de mayo del mismo, procedente de la DGTE, únicamente pueden cancelarse mediante aportación dineraria exterior y no con pesetas comunes de las que eventualmente pueda disponer —y ello de forma legítima— el no residente hipotecante devenido con ulterioridad residente.

De todos modos, este principio no es absoluto, y así, en la eventualidad anteriormente descrita de hipoteca reforzante de un crédito cifrado en pesetas comunes constituida por un extranjero residente, éste, una vez recobrada lo que podríamos calificar de situación no residencial "normal", podrá satisfacer el débito garantizado (con tales pesetas) reembolsando el mismo con divisas, ECUs o pesetas convertibles, siendo así que ningún daño causa con ello a los intereses financieros españoles (sino todo lo contrario). Por otra parte, la hipoteca constituida en garantía de un débito objetivado en divisas, ECUs, pesetas convertibles o en las especiales aludidas, podrá, llegado el caso de que el prestatario no residente devenga residente, ser satisfecho con las pesetas comunes que éste obtenga legalmente en el territorio nacional durante su nueva etapa residencial, siempre que tales pesetas tengan el marchamo de transferibles al exterior según las normas del control de cambios (circunstancia, sin embargo, que no posibilita el que el pago efectivo de las mismas pueda realizarse directamente,

debiendo canalizarse el mismo por alguno de los rigurosos procedimientos de solvabilidad controlada a los que con anterioridad nos referimos, lo cual obliga, en primer término, a efectuar el ingreso de tales pesetas transferibles en una de las cuentas extranjeras operativas en nuestro panorama financiero).

Como colofón de lo hasta aquí alegado, tengo que patentizar también que la cancelación de la hipoteca de que se trate no puede alterar en modo alguno el régimen general de constitución previsto para el crédito garantizado, reflexión que en el entorno de los préstamos financieros exteriores tutelados por la Circular 6/1987 del Banco de España determina el que la misma no pueda acaecer sin expresa autorización antes de que transcurra el plazo de tres años que tal disposición prevé como requisito constitutivo de los mismos, autorización que puede ser obviada por la obtención del pertinente NOF en la hipótesis de que la inicial operación crediticia haya sido previamente novada en el sentido expuesto de abreviamiento del plazo inicialmente convenido.

ADENDA

MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA

RESOLUCION de 6 de mayo de 1991, de la Secretaría de Estado de Economía, sobre préstamos otorgados por las Entidades delegadas a no residentes autorizados por la Orden de 16 de abril de 1991.

La Orden de 16 de abril de 1991 autoriza a las Entidades delegadas para conceder libremente a no residentes préstamos y créditos en pesetas con el mismo alcance que la autoridad monetaria determina para la concesión de estos préstamos y créditos a residentes.

Esta liberalización comprende los préstamos y créditos de carácter financiero en pesetas otorgados por las Entidades delegadas a no residentes, es decir, aquellos préstamos y créditos no relacionados con transacciones comerciales o prestaciones de servicios en las que participe un residente, entre los que se incluyen los préstamos hipotecarios destinados a la realización de inversiones extranjeras en España por no residentes. En este último caso, la Orden de 16 de abril de 1991 también supone la eliminación del límite al que hace referencia el artículo 14.1 de la Orden de 4 de febrero de 1990.

La supresión de la limitación vinculada a los pasivos en pesetas convertibles de las Entidades delegadas vigente hasta el momento conlleva la

necesidad de dictar las normas de procedimiento relativas a la comunicación y control de las operaciones afectadas por la citada Orden de 16 de abril de 1991.

En su virtud, dispongo:

Artículo 1.º 1. Por medio de la presente Resolución se dan las normas de procedimiento aplicables a las comunicaciones a efectuar por las Entidades delegadas y al control de los préstamos y créditos autorizados por la Orden de 16 de abril de 1991, que podrán efectuarse con el mismo alcance que la autoridad monetaria determina para la concesión de estos préstamos y créditos a residentes.

2. Las disposiciones de esta Resolución se aplicarán a los préstamos y créditos financieros en pesetas otorgados por las Entidades delegadas a no residentes y a los préstamos hipotecarios en pesetas otorgados, asimismo, por las Entidades delegadas a no residentes destinados a la realización de inversiones extranjeras en España de acuerdo con el artículo 14.1 de la Orden de 4 de febrero de 1990.

Art. 2.º Los préstamos hipotecarios denominados en pesetas otorgados por las Entidades delegadas a no residentes destinados a la realización de inversiones extranjeras en España, al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Orden de 4 de febrero de 1990, de acuerdo con el artículo 12.3 del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España, serán objeto de comunicación conforme a la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 14 de mayo de 1990, por la que se dan normas para la comunicación de créditos hipotecarios destinados a la adquisición de bienes inmuebles, sin perjuicio de la aplicación a dichos créditos de lo establecido en el artículo 4.º de la presente Resolución.

Art. 3.º 1. Las disposiciones de préstamos y créditos financieros otorgados al amparo de la Orden de 16 de abril de 1991 serán objeto de abono en cuenta extranjera de pesetas convertibles y se comunicarán en los estados VH-1, mediante modelo A(4) aplicado al código estadístico 16.51.01 (a largo plazo) o 16.60.01 (a corto plazo).

2. Los reembolsos por amortización e intereses de dichos préstamos y créditos se adeudarán en cuenta extranjera de pesetas convertibles y se comunicarán en los estados CD-1, mediante modelo R(2) aplicado al código 16.51.02 y 16.51.03 (a largo plazo) o 16.60.02 y 16.60.03 (a corto plazo), según corresponda.

Art. 4.º Las Entidades delegadas mantendrán a disposición del Banco de España información diaria del importe total de activos en pesetas frente a no residentes.

La comunicación decenal adjunta al estado "PS" a que se refiere la norma undécima de las de procedimiento (información complementaria) de la Circular 10/1989, del Banco de España, sobre cuentas extranjeras de

pesetas convertibles, contendrá dicho total de activos con la siguiente disposición de los datos:

1. Saldo de préstamos y créditos en pesetas convertibles (incluidos los hipotecarios) ..... _____
2. Saldo de préstamos y créditos vinculados a transacciones comerciales y de servicio ..... _____
3. Saldo de descubierto en cuentas de pesetas convertibles ..... _____

Total activos en pesetas frente a no residentes (1 + 2 + 3) ..... _____

DISPOSICION DEROGATORIA

Queda derogada la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores, de 23 de octubre de 1989, sobre préstamos en pesetas otorgados por las Entidades delegadas a no residentes autorizados por la Orden de 31 de junio de 1989.

DISPOSICION FINAL

La presente Resolución entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Madrid, 6 de mayo de 1991.—El Secretario de Estado de Economía, Pedro Pérez Fernández.

Como colofón de todo lo expuesto, y en referencia a la disposición que acabo de transcribir, tengo que poner de relieve que la misma conecta la concesión de los créditos a los que alude a la concomitante apertura de una cuenta en pesetas convertibles en favor del prestatario no residente. Dato que corrobora todo lo que en el curso del trabajo que ha antecedido hemos apuntado acerca de la necesidad de que el reembolso de los créditos en pesetas otorgados por Entidades delegadas en favor de no residentes se efectúe con aportación dineraria exterior y que su manejo se haga forzosamente por la vía bancaria, extremos de inexcusable control por parte del Registrador interviniente.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD
Registrador de la Propiedad

Disciplina urbanística y publicidad registral (*)

SUMARIO: I. PARCELACIONES URBANISTICAS: A) RÉGIMEN GENERAL: 1 *La parcela mínima.* 2 *Divisibilidad e indivisibilidad.*—B) RÉGIMEN AUTONÓMICO —II. PARCELACIONES RUSTICAS A) RÉGIMEN GENERAL. B) RÉGIMEN AUTONÓMICO.—III. DECLARACION DE OBRA NUEVA. A) LICENCIA DE OBRAS. 1. *Presupuesto: la condición de solar* 1.1. Suelo urbano 1.2 Suelo rústico 1.2.1. Legislación general. 1.2.2 Legislación autonómica —2. *Forma intrínseca* 3 *Forma extrínseca:* 3.1. Aportación 3.2. Incorporación. 3 3. Testimonio —4 *Titularidad.*—5 *Contenido:* 5 1. Insuficiencia. 5.2 Incongruencia. 5.3 Ilicitud —6. *Plazo:* 6.1 Licencia previa 6 2. Licencia convalidante. 6.3. Licencia tácita. 6.4. Licencia caducada: 6.4.1. Expediente instruido. 6.4 1 1. Anotado en el Registro. 6.4.1.2. Sin anotar en el Registro. 6 4.2. Sin instrucción de expediente.—6 5 Licencia condicionada.—6 6. Suspensión de licencias: 6 6.1. Suspensión del otorgamiento 6 6.2 Suspensión de efectos.—6 7. Prescripción 6 7 1. Usucapión de facultades 6 7.2. Demolición. 6 7 3. Imprescriptibilidad singular.—7 *Inscripción* 7.1. Obras terminadas 7 2. Obras en construcción. 7 3. Terminación de obras: 7.3.1. Dentro del plazo 7.3.2. Fuera del plazo.—7.4 Modificación. 7 4 1 Obra nueva. 7.4 2. Propiedad horizontal 7.4 3. Destino.—B) CERTIFICACIÓN TÉCNICA. 1. *Calificación de la competencia.* 2 *Visado colegial* 3. *Contenido.*—C) IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY: 1. *Declaración nueva de "obra vieja"* 2 *Obras en construcción y obras terminadas.* 3. *Medios de acreditar la antigüedad de la obra:* 3.1. Manifestación en documento público. 3.2. Certificación municipal. 3.3 Certificación catastral. 3 4. Certificación técnica. 3.5 Cédula urbanística. 3.6. Cédula de habitabilidad 3.7 Licencia de primera ocupación. 3 8. Acta de notoriedad —4 *Modificación:* 4 1. Obra nueva. 4.2. Propiedad horizontal. 4.3. Destino

La existencia de una dualidad de legislaciones y de jurisdicciones sobre un mismo hecho jurídico inmobiliario, fundamentadas paralelamente en principios contradictorios (1), no tendría por menos que dar lugar a una

(*) Este estudio forma parte del discurso de ingreso de su autor en la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Las Palmas, que responde al título genérico de "Disciplina urbanística y protección del consumidor" (pendiente de publicación).

(1) Principios de intervención administrativa y supremacía legal frente a los de libertad civil del tráfico inmobiliario y de seguridad jurídica.

publicidad superpuesta, concordante o discordante, según los casos. Sin embargo y a pesar de ello, la relación jurídica es única, trilateral, compleja, de Derecho público y privado a un tiempo, enjuiciada parcialmente (2), pero única.

Trilateral y compleja, en cuanto la relación objetiva, esto es, por razón del objeto, comporta la intervención de tres sujetos jurídicos, uno público y dos privados, con la única excepción de los actos de administración o uso del propio suelo, formalmente declarativos. El sujeto público actúa dotado de "imperio" en una función típica de control y los sujetos privados contratan supeditanto la eficacia del negocio jurídico al cumplimiento de las previsiones legales de naturaleza pública. El régimen de la propiedad constitucional y el carácter marcadamente estatutario de la propiedad urbana, que atribuye usos predeterminados a la propiedad del suelo, incide de tal suerte en la contratación privada que si bien los particulares son libres de pactar lo que buenamente les convenga dentro del marco del Derecho civil, el ejercicio del Derecho constitucionalmente protegido debe encauzarse en el marco de la función social concreta de ese bien, que se traduce, urbanísticamente, en la intervención pública del proceso urbano, planificando los posibles usos del terrreno y controlando eficazmente su cumplimiento. La transgresión de ese cauce administrativo, el incumplimiento, pues, de esa función social, se produce de dos distintas formas, según se desatiendan los deberes positivos —entre los que se incluyen el plazo preclusivo del ejercicio del dominio y la obtención de licencia como control anticipado— de carácter adjetivo o los de naturaleza sustantiva —la disconformidad de lo actuado con el planeamiento urbanístico.

Esa relación trilateral, que siquiera se visualiza en el control municipal del desarrollo urbanístico, se produce con un carácter necesario sobre el suelo urbano no urbanizado y sobre el suelo urbanizable si se tiene presente el sistema de equidistribución de las cargas urbanísticas y de las plusvalías. El Ayuntamiento participa ahora en la relación jurídica como titular de una parte del aprovechamiento urbanístico de la propia parcela. El régimen de cesiones obligatorias y de adquisición forzosa de las unidades de aprovechamiento urbanístico que no pertenecen al propietario y que, sin embargo, debe adquirir para materializar el aprovechamiento real de la parcela, supone la necesaria intervención administrativa (3).

---

(2) La jurisdicción civil se centra en la relación entre particulares, en la resolución de las pretensiones privadas, y la jurisdicción contencioso-administrativa, en la relación pública entre Administración y administrado Una se fundamenta en la voluntad privada, y otra, en la necesidad pública.

(3) Artículo 55 *c)* de la Ley de Reforma. Sobre este punto es de destacar la intervención de JESÚS GONZÁLEZ SALINAS en las repetidas Primeras Jornadas de Derecho Urbanístico de Maspalomas, "Principios de equidistribución y obtención de suelo dota-

La relación jurídica privada se ve limitada sustantivamente por el régimen urbanístico de su objeto. Régimen que impone una actuación predeterminada en un plazo cierto, provocando la ineficacia del contenido transgresor del mismo o, mejor dicho, la nulidad, total o parcial, del uso privado en contra del planeamiento. El contrato o el negocio unilateral será, pues: ilegal, en cuanto se actúe sin licencia; ilícito, en cuanto suponga, parcial o totalmente —exceso de aprovechamiento—, un contenido contrario al planeamiento; nulo, por razón de ilicitud material de su objeto —uso prohibido—, y válido —teoría de la conversión—, en cuanto determina el grado de responsabilidad y no priva de eficacia a lo ejecutado conforme al planeamiento (4). Así pues, bajo la presunción de validez civil del negocio jurídico actúa la ilicitud administrativa como condicionante del uso del suelo, de la que puede derivar su ineficacia y su anulabilidad en suma. Todo ello, claro está, sin perjuicio del especial régimen de sanciones que en nuestra Comunidad recogen los artículos 20 y siguientes de la Ley de Disciplina Urbanística.

La duplicidad de regímenes, administrativo y civil, de la propiedad se ha puesto de manifiesto, por otro lado, en la importante STS de 20-1-1983 (Sala 1.ª), comentada por CARRASCO PERERA (5), cuya doctrina extracta en los siguientes puntos: 1.º "Las acciones que genera una norma jurídico-administrativa no pueden solventarse en el foro civil". 2.º "Existe una disociación entre *vinculación* de la propiedad por los Planes y *protección* de este contenido de propiedad vinculado". 3.º "No corresponde al Juez civil la interpretación de las restricciones a la propiedad contenidas en leyes o normas administrativas". 4.º "Una conducta *contra legem* amparada en una licencia administrativa impide al Juez civil un pronunciamiento sobre el fondo". 5.º "El *interés público* establece la línea divisoria entre lo público y lo privado en las fuentes del Derecho". La jurisdicción civil, pues, sólo juzga las pretensiones jurídico-privadas, y la administrativa, por su parte, aplica directamente el Derecho administrativo en base a lo que puede denominarse superposición ordinamental (6). La preponderan-

---

cional, donde, analizando el sistema actualmente vigente, señaló el carácter de hipoteca legal tácita de máximo del artículo 100 de la Ley del Suelo, en cuanto las parcelas responden del coste de urbanización, frente al Ayuntamiento. De lo que puede deducirse que éste interviene en la relación jurídica a través de un interés económico legalmente protegido.

Asimismo, manifestación del posible carácter impositivo de las transferencias municipales de unidades de aprovechamiento indeterminadas incluso antes de que se produzcan.

(4) Demolición parcial.

(5) *Op. cit.*, págs. 412 y sigs.

(6) Incluso existe un fraude de Ley administrativo al margen del Código Civil, como resaltó MATEO DÍAZ en el discurso reseñado.

cia de la legislación pública ignora la legislación civil. Y si la Administración *per se*, a través de una resolución administrativa, no puede destruir *erga omnes* la validez civil del acto, debiendo acudir a los Tribunales ordinarios para ello, como señala LASO (7), no es menos cierto que la ineficacia jurídico-material del ilícito administrativo, mediante la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, obvia cualquier pronunciamiento de validez o nulidad civil (8).

No obstante, como hemos advertido, la relación jurídica trilateral es una relación única, pero por simple congruencia competencial y procesal de los distintos Tribunales sólo resuelven las pretensiones de la demanda. El problema no es éste, sino el de la imposibilidad de argumentar una pretensión contra un particular en una norma administrativa ante la jurisdicción civil. En el caso de la STS de 20-1-1983, la acción debería haberse ejercitado ante la Administración; y ante el silencio de ésta, ante la jurisdicción contenciosa, ya que el Juez civil se inhibe del pedimento de demolición (obligación municipal), o por la Administración ante la jurisdicción civil, como indica LASO, si está especialmente interesada en la demolición.

Sin embargo, esa duplicidad legislativa originadora de una doble publicidad distorsionante frente a tercero —consumidor— obedece a la propia naturaleza jurídica de esos "deberes y límites" que el planeamiento impone, en la terminología de la STC 37/1987, a través de la planificación de los usos del suelo y de la cuantificación del aprovechamiento sobre la propiedad urbana. Deberes y límites que han seguido el curso civil de las servidumbres legales, tratamiento que en modo alguno supone identidad. Situación legal que hizo olvidar a la Administración con excesiva facilidad, por dócil acomodo de su directa eficacia urbanística, las ventajas que el propio ordenamiento jurídico total ofrece a través de la publicidad registral (9).

Históricamente, el planteamiento dogmático de la naturaleza de esas cargas, deberes, límites y limitaciones que definen el "contenido normal de la propiedad" (art. 87.1 LS), se ha impuesto sobre la virtualidad práctica

(7) *Op. cit.*, págs 1207-1208.

(8) En realidad, el problema de la Administración no es de medios, sino de lentitud y de trascendencia social de la actuación retardada Cuando la parcelación ilegal está plenamente consolidada, simplemente no actúa. De lo que se deduce que la anulabilidad civil del acto tampoco evitará estos efectos.

A la Administración, en principio, la titularidad civil le es indiferente. Si la parcela segregada carece de volumen o es indivisible, frente a ella el acto civil será ineficaz. Si la edificación es ilegal e ilícita, la contratación civil será igualmente ineficaz por ausencia del objeto cuando proceda la demolición.

(9) La Administración no siempre ha entendido bien que en modo alguno el acceso al Registro de la Propiedad de los actos civiles condiciona su especial acción de disciplina urbanística y que las pretensiones privadas a sus intereses inmobiliarios a través de esta institución revela frente a tercero un régimen de responsabilidad concreto

de la coordinación legislativa que, de hecho, el Registro ofrece. Decía ROCA SASTRE que "cualquiera que sea la configuración adoptada para calificar las limitaciones urbanísticas, la de delimitaciones del dominio, las limitaciones legales del dominio o la de cargas o servidumbres legales, las mismas *no deben tener acceso al Registro de la Propiedad,* pues en todo caso se derivan de la Ley directamente o mediante ella, es decir, por medio o en virtud de su mandato, por los planes de ordenación que les inviste de una publicidad superior a las que el Registro puede proporcionarles. A ellas les será aplicable el artículo 5.º.3.º del Reglamento Hipotecario", "así como el artículo 26 de la Ley Hipotecaria" (10). Sin embargo, apunta este autor, la abstracción y el tecnicismo excesivo de los Planes aconseja la constancia registral de esos límites y deberes urbanísticos como medio de unificar la publicidad inmobiliaria y de asegurar los intereses de los terceros, que en otro caso deberían consultar directamente los ininteligibles Planes dada la voluntariedad general de la célula urbanística (11). Su posición, pues, podría resumirse en una frase: la publicidad registral no es necesaria desde la perspectiva legal, pero sí desde la práctica.

CHICO Y ORTIZ, por su parte, ya de antiguo impugnó la falta de coordinación (12) con argumentos dogmáticos y prácticos, entre los que podemos destacar ahora el de la validez de los actos sujetos a licencia —parcelaciones, reparcelaciones y obras nuevas— por la naturaleza penalizadora de la sanción administrativa, que no incluye la nulidad *ipso iure* de los mismos, y el de la inseguridad jurídica frente a la publicidad limitada y abstracta de los Planes, que no dotan al sistema de medios suficientes para su conocimiento. "El mal enfoque que desde su iniciación se dio al problema impidió ver la evidente necesidad de que el Derecho urbanístico utilizase hasta sus últimas posibilidades la institución registral para lograr plenamente los fines que se trataban de conseguir". "De lo que se trata —según dice PAREJO AFONSO— no es más que el establecer el punto de equilibrio entre las exigencias esencialmente dinámicas y evolutivas del interés público urbanístico y las de la seguridad jurídica inmobiliaria que postulan la estabilidad de la regulación del derecho de propiedad" (13).

---

(10) ROCA SASTRE: *Op. cit.*, págs. 417-419.

(11) La Administración también está obligada, por razones obvias y por la propia Ley de Defensa de los Consumidores, a suministrar la concreta información inmobiliaria solicitada. A ello atiende hoy día el artículo 29 de la Ley de Reforma (otro de sus mejores aciertos).

(12) J. M. CHICO Y ORTIZ. "El derecho de propiedad ante la nueva legislación urbanística", *RDU,* núm. 33, págs. 112 y 114 (referencia tomada de ROCA); *Complemento al Derecho hipotecario y su legislación.* Ed. Montecorvo, Madrid, 1974, y *Estudios de Derecho hipotecario,* t. I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1989, págs. 946 y sigs.

(13) Estudios citados, págs. 947-948. Necesidad de coordinación que entrevió el Texto Refundido de 1976 y que desarrolla la Ley de Reforma, habiendo sido necesario

Revelada, pues, la insuficiencia publicitaria del ordenamiento urbanístico, que no llegó a crear la mencionada cédula con carácter general y necesario ni la llevó a cabo la reforma del Reglamento Hipotecario, la acentuación del concepto deber y carga que potencia la nueva Ley de Reforma ha impuesto la necesidad de esa coordinación. Son deberes y cargas concretos los que delimitan el contenido de cada propiedad determinada, atribuyéndole un uso y un aprovechamiento planificado. La seguridad jurídica y la protección del consumidor requieren una actuación positiva de la Administración municipal. Y el nuevo artículo 29 atiende impositivamente a ese reto. Por un lado, el deber insoslayable de información (art. 29.1); por otro, la constancia registral del cumplimiento de los deberes urbanísticos que recoge el artículo 15 (art. 29.2).

Esta nueva visión de la publicidad urbanística, complementada con el contenido pleno de la Disposición Adicional 10 de la Ley de Reforma (14), presupuesto de la forzada correlación Derecho urbanístico-Derecho civil, incluso a nivel contencioso-administrativo y civil, a través de los pronunciamientos del Registro de la Propiedad (15); esta nueva visión —decimos— replantea una cuestión que se nos presenta como básica. La elección de un sistema positivo o negativo de publicidad registral.

Hasta ahora la legislación urbanística estatal había optado por el sistema negativo. Se recurriría a esta institución jurídica para hacer efectiva una prohibición, es decir, se utilizaba el Registro como medio sancionador, como una restricción de la protección jurídica de las titularidades inmobiliarias. Se penalizaba una actuación estrictamente formal, consecuencia o causa de una actuación material rechazada por el ordenamiento o simplemente irregular. El sistema del artículo 96 de la Ley del Suelo era el de la no publicidad del acto presuntamente ilegal e ilícito: el de la clandestinidad de la acción privada. Sistema que reproduce el artículo 25.2 de la Ley de Reforma con una importante matización, seguramente pensada para salvar la eficacia del artículo 15.2 de nuestra Ley de Disciplina Urbanística. La norma tiene, conscientemente para el legislador, carácter básico.

La utilización de este sistema negativo de publicidad no deja de ser contradictorio e inoperante. Contradictorio, porque deroga —ignora— de hecho disposiciones civiles e hipotecarias tácitamente (arts. 350, 359, 360, 361 y 400 CC, 208 y 110 LH, y 16 y 308 RH), distorsiona la aplicación de la Disposición Adicional 10, descoordina la realidad física —lícita o ilícita— con la jurídica (arts. 20 y 208 LH, y 308 RH), ya que podrá reflejarse

---

el constante desarrollo de la doctrina hipotecarista en esta materia para su idónea articulación.

(14) Que incluye el reflejo registral de las situaciones patológicas.

(15) Ambas jurisdicciones, civil y contencioso-administrativa, tendrán presente el contenido que el Registro publica al resolver las pretensiones.

registralmente la demolición de una obra no inscrita, y opera al margen de los principios hipotecarios (arts. 32, 34, 38 y 41 LH) y de la integración legislativa, empleando el sistema de publicidad inmobiliaria sesgada, parcial e insuficientemente (16). Inoperante, porque posibilita de hecho la desviación legislativa, la urbanización privada a través de la legislación agraria y de las normas civiles, mientras remite a la jurisdicción civil sustantiva y a la contencioso-administrativa la solución de la alteración física, sin fase preventiva previa (17).

Por otro lado, la publicidad registral positiva, o sistema de la nota marginal, posibilita la adecuada incardinación del Derecho urbanístico en el seno del Derecho civil inmobiliario, ya que aunque sus efectos sean meramente publicitarios, como dice el artículo 17 de la LDU, su trascendencia jurídica frente al tercero y frente al consumidor son inestimables. El Registro no protege a un acto civil directamente válido y mediatamente anulable (18), irregular, ilícito o ilegal conforme a la legislación urbanística, sino publica a un tiempo su situación administrativa, forzando a su regularización (19), y ofrece el control formal de la alteración material producida o en ciernes a la propia Administración urbanística, sustrayendo el acto de la clandestinidad —consolidable por prescripción— a que le fuerzan las normas impeditivas. El tercero de buena fe desaparece.

Esta necesidad de amparo de los intereses de los contratantes se ve hoy especialmente forzada por la propia Ley de Reforma, donde los deberes administrativos de información y de constatación registral de la patología urbanística obligan a una información responsable —económicamente— y activa por parte de los municipios, pudiendo dar lugar a que soporte, por falta de la diligencia debida, los efectos materiales de la publicidad registral negativa (lo no inscrito no perjudica a tercero, arts. 606 CC y 32

(16) Sesgada, porque sustrae de la protección jurídica un acto civil válido, intentando de esta forma indirecta negarle el acceso al crédito territorial; parcial, porque más que valerse de la institución impide su desenvolvimiento (se acuerda del Registro para que no se utilice), al tiempo que imposibilita el acceso a la publicidad registral del contenido urbanístico de la propiedad urbana Insuficiente porque no asume la responsabilidad de los efectos de la publicidad material negativa.

(17) Adscripciones y divisiones de uso. A pesar de la Orden de la Consejería de Agricultura de 1987, de dudosa eficacia civil, por no decir ninguna, la división del uso puede tener lugar como pacto estatutario interno (no visible administrativamente). La realidad, una vez más, se escapa.

La superposición legislativa y jurisdicción se lleva a cabo con todos sus efectos, al privar de publicidad inmobiliaria al acto irregular y dotar de eficacia al negocio indirecto, parcelación rústica de finalidad urbanística cuya calificación no es competencia registral.

(18) Por devenir su objeto en ilícito tras el oportuno pronunciamiento judicial o imposible por demolición administrativa.

(19) Ningún tercero —adquirente, acreedor— va a contratar con el titular registral hasta que regularice la situación urbanística de la finca.

LH), si bien no directamente, esgrimiendo el carácter legal de la limitación urbanística, al menos de forma indirecta, a través de los pronunciamientos judiciales y, en especial, por efecto del artículo 28.2 y de la Disposición Adicional 10 de la Ley de Reforma (20).

Por otro lado, el problema de la publicidad de los límites, limitaciones o deberes legales, particularmente del contenido estatutario de la propiedad urbana, ha sido objeto de reiterado estudio por parte de los Congresos Internacionales de Derecho Registral. En el VI Congreso, celebrado en Madrid (1984), se aprobaron las siguientes conclusiones sobre registración de los límites de Derecho público al Derecho de propiedad y de bienes de dominio público o demaniales:

"*Primera.*—El derecho de propiedad ha de tener la *protección* correspondiente a los derechos subjetivos, sin perjuicio de los límites que hagan posible el cumplimiento de su función social, de acuerdo con lo establecido por las leyes.

Segunda.—Cuando el derecho de propiedad recaiga sobre bienes inmuebles, los sistemas registrales contribuyen de manera eficaz al fortalecimiento de la *seguridad jurídica* mediante la aplicación de sus principios.

Tercera.—Si bien las *limitaciones legales generales* por su propia naturaleza producen plenos efectos, ello no obsta a que las Administraciones Públicas, en ejecución de aquéllas, puedan considerar conveniente su acceso al Registro en cuanto sus actos sean compatibles con las respectivas legislaciones.

Cuarta.—Igualmente, pueden concederse los beneficios del sistema registral al ejercicio de *acciones* contra los actos de las Administraciones Públicas en vía judicial o a las prerrogativas de éstas para asegurar frente a terceros sus decisiones, siempre que recaigan sobre bienes inmuebles concretos.

Quinta.—Los *actos entre particulares* sometidos al cumplimiento de determinados requisitos administrativos pueden tener acceso al Registro,

---

(20) El precedente italiano de la coordinación Urbanismo, Catastro y Registro parte de dos presupuestos a los que la legislación española no ha llegado: la coordinación previa Catastro/Urbanismo a través de los Ayuntamientos, y la nulidad de los actos civiles de constitución, modificación y extinción de los derechos reales inmobiliarios, con independencia de su forma pública o privada, en la parte que se excedan de la concesión previa o sanatoria y con la excepción expresa de los derechos de garantía, de servidumbre y de las divisiones *mortis causa* e *inter vivos* por actos a título gratuito (entre cónyuges y parientes en línea recta).

Sistema éste que prueba en su evolución legislativa (1942-1985) sus indisolubles problemas prácticos *(vid supra).* El sistema español de coordinación positiva nos parece más eficaz porque el componente volitivo desfigura el sistema italiano y deja de resolver cuestiones capitales, como la prescripción, el silencio, la incongruencia, la insuficiencia y la caducidad no denunciada de la licencia.

dejándose constancia en la inscripción de la falta de aquéllos siempre que la Ley no exija su cumplimiento como condición de *validez* del acto.

Sexta.—La naturaleza de los bienes de dominio público se halla garantizada en sus leyes reguladoras. No obstante, cuando las Administraciones Públicas consideren que es de interés la inscripción de los bienes de *dominio público* para la protección de su régimen jurídico, podrán tener acceso al Registro los bienes de tal carácter" (21).

LASO MARTÍNEZ, ponente español en el citado Congreso, fundamenta la inscribibilidad de los actos civiles válidos —conclusión 5.ª— en la naturaleza jurídica del requisito impuesto por la legislación administrativa, en cuanto condicione o no la validez sustancial del acto. Y dice: "El legislador ordinario, por razones de coherencia, está vinculado por un superior principio constitucional que forma parte del haz de los derechos del hombre, el cual no puede desconocer, salvo que en el ejercicio de sus potestades soberanas repudie la validez civil del acto —expresamente, entendemos nosotros—, en cuyo caso el Registro será el primero que lo impida. Mientras esto no sea así no puede impedirse la inscripción sin perjuicio de que en el asiento se advierta frente a todos de la amenaza que en ámbitos extraciviles pesa sobre el dominio". Y esas razones de coherencia las encuentra este autor en un hecho cierto, aunque el Registrador

(21) *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, Ed. Colegio de Registradores, t. II, Madrid, 1985, págs. 529-530. Dentro del mismo Congreso (tomo I) pueden consultarse los siguientes estudios: "Registración de las limitaciones de Derecho público al derecho de propiedad y de bienes de dominio público o demaniales", por ETIENNE BADILLO ANAZAGASTY, págs 3 y sigs.; "Acceso del dominio público al Registro", por JOSÉ T. BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, págs. 25 y sigs., "Registraciones de las limitaciones de la propiedad rústica en España", por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, págs. 39 y sigs.; "La expropiación forzosa y la reversión en relación con las inscripciones de dominio público", por JOSÉ M.ª CHICO Y ORTIZ, págs. 75 y sigs ; "La legislación de unidades mínimas de cultivo y las limitaciones legales del dominio", por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, págs. 107 y sigs., "Los montes catalogados de utilidad pública y el Registro de la Propiedad", por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, págs. 143 y sigs., "Registración de las limitaciones de Derecho público al derecho de propiedad y de bienes de dominio público o demaniales", por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, págs. 209 y sigs ; "Publicidad registral de bienes de dominio público", por JESÚS LÓPEZ MEDEL, págs. 231 y sigs., "Comunicación relativa a la publicación de las limitaciones administrativas al derecho de propiedad en Francia", por BERNARD MAZJN, págs. 255 y sigs.; "Limitaciones del Derecho público al derecho de propiedad", por JOSÉ MENÉNDEZ, págs. 269 y sigs.; "La inscripción de las limitaciones a la propiedad en el Registro Público, por el Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal de México", págs. 307 y sigs., y "Registración de las limitaciones de Derecho público al derecho de propiedad", por ALBERTO F. RUIZ DE ERECHUN, págs 345 y sigs.

Asimismo, J. M. GARCÍA GARCÍA: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pág 520.

deniegue la inscripción del acto sujeto a licencia por no aportarse ésta, aplicando directamente la legislación urbanística (v. Res. de 16-11-1981, STS de 13-5-1980 y Auto del Presidente de la Audiencia de Sevilla de 30-6-1979) (22), la sentencia civil declarando la validez del acto sería inscribible. El razonamiento no puede ser más expresivo. Además, estando sujeto a licencia el acto material y no su expresión formal —declaración o contrato—, difícilmente ese impedimento será más operativo dada la complejidad del Derecho civil y los medios aparentemente legales que pueden utilizar los infractores (23), que el sistema positivo de publicidad (24). Unico sistema que acaba con la duplicidad de publicaciones inmobiliarias, protegiendo los intereses del consumidor, e incardina la realidad urbanística en la institución registral, dando paso sus pronunciamientos a la estimación de la legislación administrativa por la jurisdicción civil, al menos en cuanto al contenido que de la misma la publicidad registral patentiza *erga omnes*. El Registro de la Propiedad se erige así en el *punto de intersección* de ambas legislaciones. La impunidad del acto clandestino cede ante el control instrumental: escritura pública e inscripción, en fase preventiva; sentencia, resolución administrativa e inscripción en fase contenciosa.

UTRERA RAVASSA, con carácter general, llega a las siguientes conclusiones en vista de la jurisprudencia: 1.ª La división de terrenos, rústicos y urbanos, en ejercicio de la *actio communi dividundo* se rige por el Código Civil y la decisión judicial al respecto no es impugnable por razones administrativas (STS 13-5-1980). 2.ª Las divisiones y segregaciones en suelo rústico no están sujetas a licencia ni están sujetas a las sanciones establecidas en el artículo 96 de la Ley del Suelo. Si tienden a formar un núcleo de población se producirá un ilícito administrativo, sin que necesariamente por este hecho se produzca la nulidad civil (Auto de 30-6-1979). 3.ª La propiedad rústica está sujeta al Código Civil, con limitaciones establecidas en las Leyes. 4.ª El derecho a edificar en suelo rústico es el regulado en los artículos 350 del Código Civil y 85-86 de la Ley del Suelo,

---

(22) Véase su pormenorizado y profundo análisis en C. UTRERA RAVASSA: *Nuevos retornos al Código Civil. Estudios en homenaje a Tirso Carretero*, cit., págs. 1075 y sigs.

(23) Que la práctica demuestra. Como la mencionada legislación agraria (v. art. 44.4.ª RGU).

(24) Véase C. UTRERA RAVASSA: *Op. cit.*, pág. 1094. La práctica, asimismo, demuestra en esta Comunidad la eficacia de este sistema a casi un año de su implantación (art. 15.2 LDU), que afecta por igual a las parcelaciones rústicas como urbanas. Los Ayuntamientos son testigos de excepción por el exorbitado aumento de las solicitudes de licencias urbanísticas.

y no se requiere licencia para declarar la obra nueva (Res. 16-11-1981) (25).

Conclusiones que, en definitiva, como hemos visto, se mantienen en cuanto la licencia sigue siendo declarativa y que, aun siendo constitutiva, sujetaría el acto a una especie de condición suspensiva, ya que, como veremos más adelante, aconsejan adoptar el sistema de publicidad registral positivo en el mismo sentido que la Comunidad Autónoma de Canarias ha hecho a través de su Ley de Disciplina Urbanística.

El VII Congreso Internacional de Derecho Registral (Brasil, 1987), por su parte, se ocupó, en su Comisión 4.ª, del importante tema del parcelamiento de tierras (rústicas y urbanas) (26) y estableció los siguientes principios informadores:

"1. La subdivisión del suelo, tanto rural como urbano, debe ser objeto de regulación jurídica, a los efectos de optimizar su aprovechamiento con adecuación a las necesidades sociales.

2. La configuración de las parcelas se ha de verter en dos instituciones, una referida al aspecto físico (el catastro) y otra al ámbito jurídico (el Registro), cuya coordinación y vinculaciones han sido expresamente consideradas en la Carta de México (1980).

3. En la ejecución de programas de reforma agraria y colonización o de vivienda social y reparcelamiento urbano debe procurarse la inmediata adquisición del dominio, acortando las modalidades que impliquen adjudicaciones provisorias que demoren la definitiva inscripción de la transmisión del dominio. En los casos excepcionales en que la legislación de cada país lo admita, podrán registrarse las adjudicaciones provisionales surgidas de actos administrativos.

4. En tales supuestos es necesario evitar la existencia de dichas atribuciones de otros entes u oficinas que impliquen sustraerlas del Registro y que constituyan modos alternativos o sustitutivos de la publicidad registral.

5. La regulación de la parcelación corresponde a la autoridad con competencia en el ordenamiento territorial según el régimen de cada país, conforme a los principios que rigen la calificación y clasificación de los usos del suelo.

---

(25) Obviamente, la Resolución de 1981 y la conclusión de UTRERA no tienen presente la nueva disposición que establece el artículo 25.2 de la Ley de Reforma. Para las precedentes conclusiones, véase *op. cit.*, pág. 1099.

(26) *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VII Congreso Internacional de Derecho Internacional,* Ed. Colegio de Registradores (CEH), Madrid, 1988, "Conclusiones", págs. 12-13, y el estudio de RAFAEL ARNÁIZ EGUREN sobre el mismo tema, págs. 303 y sigs. Asimismo, J. M. GARCÍA GARCÍA: *Op. cit.*, pág. 530.

6. En lo referente al suelo urbano, la parcelación constituye una faceta esencial en el proceso de urbanización cuya relación con el Registro ha sido desarrollada en las conclusiones que constituyen la Carta de México".

GARCÍA GARCÍA observa al respecto que lo más interesante de este tema es la remisión a la Carta de México, la inscripción de adjudicaciones provisionales y la exclusión de una publicidad administrativa paralela a la publicidad jurídica inmobiliaria. Y de la Carta de México hemos de destacar los puntos aprobados sobre urbanismo (27):

"1. La planificación urbana constituye una *actividad interdisciplinaria,* en la cual deben intervenir sociólogos, arquitectos, economistas, ingenieros, hombres de empresa y políticos, sin olvidar la necesaria participación de los juristas y la intervención ciudadana a través de organizaciones de colaboración.

2. El planeamiento territorial y del uso del suelo constituye el marco delimitador del *contenido normal de la propiedad* en función de los intereses generales de la comunidad.

3. El planeamiento urbano, en cuanto decisión de los órganos públicos sobre la capacidad de la superficie terrestre respecto a la implantación de usos urbanos, debe contenerse para su obligatoriedad en *actos normativos de carácter general,* cuya vigencia dependerá de su publicación oficial.

4. Para el *conocimiento* por cualquier interesado del contenido de los planes y normas urbanísticas vigentes es recomendable la existencia de oficinas que difundan dicho contenido respecto de las zonas, polígonos o unidades urbanísticas de que se trate y que expidan los *informes* pertinentes.

5. En cuanto la decisión planificadora se refiere directamente y mediante individualización precisa a fincas o parcelas que constituyan unidades registrales, sus previsiones deben relacionarse en el asiento registral como *elemento colaborador* del principio de determinación o especialidad.

6. La ejecución del planeamiento, en cuanto implique modificación física de los predios, alteraciones en la titularidad de los derechos inscritos, limitaciones de carácter real o gravámenes hipotecarios en garantía de obligaciones urbanísticas, debe ser objeto de *inscripción* para dotar de la necesaria eficacia frente a terceros de actos o negocios jurídicos de ejecución derivados de los planes.

---

(27) J. M GARCÍA GARCÍA: *Op. cit* , págs. 510-512 y 530.

7. La utilización de la técnica del folio real, recomendada por la Carta de Buenos Aires (1972) y conclusiones de la Comisión 2.ª del II Congreso Internacional (Madrid, 1974), posibilita una adecuada expresión del principio de determinación o especialidad en cuanto al inmueble y la eventual *coordinación* de sus datos descriptivos con la información utilizada por los órganos urbanísticos.

8. En la ordenación jurídica de la transformación y uso del suelo deben utilizarse no sólo soluciones basadas en instituciones de Derecho público, sino también en *instituciones de Derecho privado* que faciliten la vinculación entre las unidades urbanísticas integrantes del centro de población y sus ocupantes, la *adscripción* de la propiedad a su función social, la eventual consideración del *volumen* edificable como objeto de derecho y la creación de fórmulas jurídicas de comunidad que permitan la colaboración ciudadana en la conservación y mejoramiento del medio urbano.

9. Para el dictado de actos que dispongan la cancelación de la constancia registral de *prohibición de uso* respecto de inmuebles determinados por razones ecológicas, históricas, artísticas o de otra índole, deberán exigir el cumplimiento de los requisitos especiales que señalen los ordenamientos nacionales.

10. Las recomendaciones precedentes admiten extender los principios referidos a la vigencia de los planes e incidencia registral de los mismos al planeamiento territorial en general, referido tanto al *ámbito* urbano como al rural o agrario.

11. Las legislaciones nacionales, en función de los principios inspiradores de su organización urbanística y de sus instituciones registrales, deberán procurar la *colaboración* de estas últimas para la debida atención del fenómeno de la transformación del suelo y la satisfacción de las necesidades sociales".

De esta forma y tomando por base los principios internacionales de Derecho registral, se pone de manifiesto la necesidad de la estrecha coordinación entre la publicidad abstracta, o mejor, genérica del planeamiento y la publicidad registral concreta, dotada de un contenido urbanístico positivo, a través de las disposiciones legales oportunas y del reflejo tabular de la cédula urbanística, medio necesario de información municipal al consumidor de la extensión y límites del uso y aprovechamiento del suelo.

En nuestra legislación autonómica, la publicidad registral urbanística se canaliza a través de dos cauces, uno genérico y otro específico. El cauce genérico contiene una serie de normas preventivas de protección de la legalidad urbanística, recogidas en los artículos 6 de la Ley de Ordenación Urbanística del Suelo Rústico, y 4 y 13-18 de la Ley de Disciplina Urba-

nística, en relación a los artículos 96.3 de la Ley del Suelo y 25.2 de la Ley de Reforma. El cauce específico se contrae a la coordinación registral mediante la constancia por nota marginal de la calificación urbanística del suelo y a la cancelación de la irregularidad publicada a través de la presentación de la licencia, cédula o certificación urbanística.

Los artículos 4, 13 y 14 de la LDU exigen para la realización de los actos de segregación, parcelación o división de terrenos rústicos, de parcelación urbanística, de agrupación y parcelación de terrenos rústicos y urbanos, y de realización de obras la oportuna y previa licencia urbanística. Exigencia que constituye, a su vez, un requisito para el otorgamiento de las escrituras públicas e inscripciones correspondientes. Contenido coincidente con el artículo 96.3 de la Ley del Suelo para las parcelaciones urbanísticas y con el 25.2 de la Ley de Reforma para las declaraciones de obra nueva, si bien éste modaliza el artículo 14 de la LDU, distinguiendo entre obras terminadas y obras en construcción, mientras añade un nuevo requisito cual es la certificación técnica de que la obra se ajusta al proyecto aprobado por el Ayuntamiento, esto es, a la licencia. Y éste desarrolla anticipadamente (28) aquél, en el sentido de excluir de su ámbito las declaraciones de obra nueva incursas en una infracción prescrita, siempre que la prescripción esté declarada administrativa o judicialmente.

Sistema que se complementa con el contenido de la RT 15.2, párrafo 1.º, que siguiendo el sistema positivo de coordinación y publicidad registral de la infracción sanciona la falta de presentación de licencia urbanística y la insuficiencia o incongruencia de la presentada con la publicación por nota marginal —extendida de oficio— de la situación de irregularidad urbanística que afecta al acto inscrito, con los efectos del artículo 17 de la propia Ley (29). La vigencia de la nota, en principio y salvo el supuesto de

---

(28) Entendemos que el carácter básico del artículo 25.2, otorgado expresamente contra la enmienda presentada, permite el desarrollo autonómico de la disposición, evitando el desplazamiento de la legislación autonómica, y que el desarrollo previo de la Ley de Disciplina Urbanística no obliga a la Comunidad Autónoma a volver a legislar en el mismo sentido por razones de economía legislativa y de seguridad jurídica —evita el vacío legal que sus diferencias pueden provocar—, puesto que si constitucionalmente ésta podía dictar normas de desarrollo ante la ausencia de bases estatales extrayendo sus principios rectores de la propia legislación estatal vigente, el artículo 25.2 ha respetado conscientemente la Ley canaria evitando su desplazamiento, como lo demuestra su expresada naturaleza y la no impugnación de sus preceptos por el Estado (v. *Régimen jurídico del suelo en Canarias)*

El artículo 14 de la Ley de Disciplina Urbanística tiene su precedente legislativo en el artículo 12.3 de la Ley de Protección de la Legalidad Urbanística de Murcia que recoge idéntica prevención que el artículo 15.2 de nuestra citada Ley (v. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo,* cit., t. II, pág. 1659).

(29) El urbanismo, y con él la realidad física —irregular o ilícita— se ha incardinado en el sistema hipotecario.

prescripción, es indefinida. La publicidad, actuando como medida de control instrumental de la irregularidad y de delimitación del crédito territorial obligará de hecho, voluntaria o coactivamente, a la regularización del acto.

Y el artículo 14, párrafo 2.º, en relación al artículo 11 de la LDU, completa la coordinación, a efectos de control volumétrico y parcelas míminas, en desarrollo del artículo 95 de la Ley del Suelo (30), haciendo posible la constancia registral del volumen edificable y la circunstancia de su agotamiento, con lo que cualquier división o segregación de la parcela no producirá el aumento de volumen edificable, publicando esta circunstancia frente a tercero (31). Si se declara con posterioridad una obra nueva sobre la parcela segregada, aun contando con licencia —autocontrol municipal—, habría que denegar su inscripción o hacerla con la extensión simultánea de la nota que patentiza frente a todos que la licencia es incongruente por carecer la parcela de volumen, en ágil aplicación de la legislación de defensa de los consumidores (32). En la doctrina, este artículo ha sido elogiado por LASO MARTÍNEZ y recoge la vieja aspiración que en 1963 expresó FUENTES SANCHIZ en su notable estudio *Política del suelo y Registro de la Propiedad* (33). Su posibilidad genérica aparece forzada por la interpretación jurisprudencial del artículo 16 del Reglamento de Servicios (STS 2-2-1990), pues "si tenemos en cuenta —como hace GONZÁLEZ PÉREZ (34)— que el incumplimiento de las condiciones puede determinar la extinción de la licencia, prácticamente tienen trascendencia real todas las condiciones de la licencia de construcción, licencia que legitimará la obra nueva".

El artículo 16, por su parte, desarrollando el artículo 221 de la Ley del Suelo y conforme la Sentencia del Tribunal Supremo de 7-2-1984 sanciona (35), prevé la registración de los actos administrativos de suspensión de la edificación o uso del suelo, de los efectos de la licencia u orden de

(30) Cuya falta de aplicación municipal ha sido notoria.

(31) Que no contratará pensando en edificar

(32) Que rehusaran adquirir una vivienda en esa situación irregular.

Sobre la denegación de la inscripción, véase FUENTES SANCHIZ y CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Op. cit.*, págs. 167-168 (nota 220 que sigue).

(33) J. L. LASO MARTÍNEZ. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 601, Madrid, 1990; "La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990", págs. 520 y sigs., en concreto pág. 535; NARCISO DE FUENTES SANCHIZ: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, págs. 449 y sigs., Madrid, 1963. Su planteamiento se recoge en B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. IV, Ed. Aranzadi, Madrid, 1979, pág. 167.

(34) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de Reforma*, cit., pág. 515, nota 4.

(35) Véase *infra* LASO MARTÍNEZ: *Jornadas sobre Urbanismo y Publicidad Registral.*

ejecución, de la declaración de lesividad de una licencia u orden de ejecución, la anulación de éstas, el acuerdo de demolición, reconstrucción o reposición del suelo —restauración de la realidad física alterada—, la orden de derribo de las obras provisionales, la clasificación como fuera de ordenación de edificios o instalaciones, las resoluciones administrativas que reflejen el incumplimiento de los deberes de gestión y la ejecución de urbanizaciones, la inclusión de terrenos en el Registro Público de Solares y cualesquiera otros que afecten al régimen de propiedad o derechos de aprovechamiento urbanístico de los terrenos o edificaciones.

La segunda vía de coordinación, ese cauce específico al que aludíamos, resulta de la aplicación de los artículos 13.3, 16.1.*j)* y 18 de la LDU, directamente y a *sensu contrario,* en relación a los artículos 51 y 437 del Reglamento Hipotecario (36), que prevé la constatación registral de la calificación urbanística de las fincas resultantes de cualquier parcelación de terrenos (segregación, división y agrupación y división) (37). A nuestro juicio, dada la presunción *iuris tantum* de exactitud registral, en cuanto a los datos físicos se refiere —la clasificación del suelo es un dato jurídico— y en aras de publicar de forma más precisa lo que el Registro ya hace público, convendría, por un lado y siguiendo esa normativa, hacer constar la calificación urbanística del suelo según resulte de la licencia o de la certificación urbanística [arts. 13.3, 16.1.*j)* y 18 LDU], y, por otro y con carácter general, (38), la fuente que determina esa naturaleza. Así, del Registro resultará que la naturaleza rústica o urbana de la finca y su clasificación urbanística como suelo urbano, urbanizable o rústico tiene su origen, bien en la simple "manifestación de los interesados sin que se acredite", bien en la cédula o certificación catastral, bien en la certificación, licencia o cédula urbanística. Ni que decir tiene que estos documentos pueden incorporarse al protocolo notarial y figurar en las copias de las escrituras que se expidan, situación recomendable por razones prácticas y de responsabilidad jurídica, en fase preventiva, evitando las falsificaciones sin sujeto infractor (39).

(36) El artículo 437 se contempla en el sentido genérico de alteración de calles, que incluye el paso de pago a calle.

(37) Como señalamos en otro lugar (régimen jurídico del suelo en Canarias), no estando sujeto el acto material de la agrupación a licencia, la referencia que a ellas hace el artículo 13.1 para el momento de la formalización pública del acto, por simple congruencia normativa, sólo puede referirse a la agrupación previa a la división o actos reparcelatorios rústicos. Los urbanos se rigen por su especial normativa y no están sujetos a licencia, sino a la aprobación del proyecto de reparcelación, ya que ésta es una actividad pública como señala GONZÁLEZ PÉREZ *(Nuevo régimen de las licencias de urbanismo,* cit. *supra,* pág. 62)

(38) Puede incluirse de forma expresa en la reforma del Reglamento Hipotecario.

(39) La pena de falsedad en documento público es un medio de garantía del tráfico jurídico inmobiliario. Si hay una infracción, debe haber un culpable. La función notarial

Todo este sistema tiene como necesario presupuesto, en aras del cumplimiento de la legalidad vigente y de la protección de los consumidores, la intervención notarial a que se refieren los artículos 13 y 14 de la LDU. Y viene a colación, en este punto, destacar la importante colaboración que presta —y puede prestar— esta institución en la adopción de medidas preventivas y expeditivas de disciplina urbanística, debiendo establecerse su intervención necesaria, como requiere la legislación hipotecaria, en todos aquellos actos contractuales en que intervienen la autoridad municipal y los particulares, como recíproca garantía de legalidad y legitimidad, en pro de la seguridad jurídica. Particularmente en los convenios urbanísticos, en las ventas forzosas (arts. 63-65 LR), en la toma de garantía de la ejecución simultánea de la urbanización...; y a efectos de la declaración formal del nuevo artículo 23.2, no habiéndose estatuido procedimiento alguno, su intervención será imprescindible, tanto para la Administración como para el interesado, como vehículo de fehaciente notificación. La preceptiva audiencia de éste, bajo amenaza de nulidad de lo adecuado, así lo impone (40).

Finalmente, para acabar con este apartado, sólo nos resta destacar las Jornadas sobre Urbanismo y Publicidad Registral celebradas en Valladolid del 17 al 21 de octubre de 1988, donde se estudiaron las causas de la descoordinación legislativa y se aportan los medios tendentes a su erradicación, analizando, como después veremos, las trabas normativas y su estado patológico (41).

---

brinda este importante servicio al principio de seguridad, protegiendo los intereses de consumidores y usuarios que actúan de buena fe.

(40) GONZÁLEZ PÉREZ advierte en sus *Comentarios a la Ley de Reforma*, pág. 516, nota 7, la peligrosa tendencia a la exclusión de la necesaria intervención notarial con merma de la seguridad jurídica

(41) "Jornadas sobre Urbanismo y Publicidad Registral", ed Excmo. Ayuntamiento de Valladolid y Centro de Perfeccionamiento de Personal, Valladolid, 1989. Las ponencias fueron las siguientes "Aportaciones hipotecarias al urbanismo", por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, págs. 13 y sigs., "El Registro de la Propiedad como soporte ideal de la publicidad registral", por JORGE REQUEJO LIBERAL, págs. 23 y sigs., "Acceso al Registro de la Propiedad de Urbanismo", por SEGUNDO VELASCO Y FERNÁNDEZ, págs. 31 y sigs.; "Consideraciones sobre las urbanizaciones privadas", por CÉSAR OTERO VILLORIA, págs. 47 y sigs.; "La gestión urbanística y el Registro de la Propiedad", por RAFAEL ARNÁIZ EGUREN, págs. 63 y sigs.; "El sistema de compensación", por RAMÓN SASTRE LEGIDO, págs. 87 y sigs., "El suelo rústico bajo el prisma de la legislación urbanística", por ALBINO LÓPEZ TORRECILLA, págs. 101 y sigs.; "Actuaciones de los principios de subrogación real y tracto sucesivo en las reparcelaciones urbanísticas", por CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, pág. 115; "Urbanizaciones ilegales de segunda residencia", por SANTIAGO CALVO ALONSO-CORTÉS, págs. 137 y sigs., y "Parcelaciones de fincas y el Registro de la Propiedad", por MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ, págs. 149 y sigs

Además se presentaron las siguientes Comunicaciones: "Informe de la Delegación del Colegio de Registradores de la Propiedad en Cataluña sobre 'L'Avantprojecte de

HERNÁNDEZ CRESPO advirtió sobre la necesidad de la aprobación de la reforma del Reglamento Hipotecario (42), cuyo proyecto hoy se debe estar ultimando, conforme a la Disposición Adicional 10.6 de la Ley de Reforma. Necesidad que se fundamenta en tres circunstancias: 1.ª La diversificación de la legislación urbanística "como consecuencia del mandato constitucional y de la publicación de los distintos Estatutos" (43). 2.ª La realidad hipotecaria actual no satisface el mandato de la Ley del Suelo, ni la nueva legislación urbanística, ni la vieja aspiración de los Registradores de coordinar las distintas disposiciones ("la publicidad registral constituye un mecanismo instrumental de garantía perfectamente aplicable a distintas legislaciones civiles, fórmula característica en España y, por tanto, a una legislación urbanística también variable en virtud de las características territoriales y socieconómicas de las distintas Comunidades"). 3.ª Los aspectos más importantes de la reforma son los siguientes: registración de la afección de las fincas del promotor a la promoción del planeamiento, de las determinaciones urbanísticas que el Plan señale y del sistema de gestión de la urbanización y de su conservación; regulación sistemática de las características de la expropiación forzosa; inscripción de los expedientes de compensación y reparcelación; la garantía hipotecaria de la ejecución de la urbanización; inscripción de las transmisiones de volumen edificable; reflejo registral de las licencias de parcelación y de edificación, a fin de facilitar el control de la disciplina urbanística; acceso al Registro de las medidas cautelares, administrativas o jurisdiccionales sobre disciplina urbanística y de las entidades urbanísticas, así como del 'estatuto de propiedad' que afecte a las fincas pendientes de urbanización o urbanizadas como consecuencia de la implantación del equipo urbano; y por último, la regulación civil de las urbanizaciones privadas, las comunidades de construcción y la garantía de los derechos de los consumidores.

Lley de las urbanizaciones de Dret privat'", por PEDRO AVILA NAVARRO, págs. 177 y sigs.; "Urbanismos y Registro de la Propiedad en la Comunidad de Madrid", por JOSÉ ANTONIO NORTES TRIVIÑO, págs. 185 y sigs., y "Comunidad Autónoma de Andalucía: algunos aspectos de su normativa urbanística", por ANTONIO MANZANO SOLANO, págs. 197 y sigs.

El libro va precedido de unas notas sobre urbanismo y publicidad registral de CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, págs. 7 y sigs.

He podido contar con esta obra gracias a la estimada mediación prestada por JOSÉ M.ª RAMÍREZ DE CÁRDENAS Y GIL, Registrador de la Propiedad de Tordesillas.

(42) Desde 1982 existe un texto concreto pendiente de aprobación.

(43) Sobre publicidad registral y disciplina urbanística en el marco de las nuevas competencias, véase J. P. RUANO BORRELLA: *El urbanismo, la Constitución y Autonomías.* Ciclo de Conferencias de los Centros de Estudios Hipotecarios de Galicia y Madrid (1984-1986), Ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1986, págs 169 y sigs.

Las Comunidades Autónomas, como podrá verse en el citado estudio, han abordado directamente la coordinación entre urbanismo y Registro de la Propiedad.

LASO MARTÍNEZ, en su ponencia "Aportaciones hipotecarias al proceso urbanístico", después de reconocer que "la Administración Pública actúa ahora en el núcleo central del dominio, no como una actividad pasajera, sino para definir justamente su cometido —¿contenido?— (44) e, incluso, provocar modificaciones en su titularidad aun reconociendo el dominio privado (SSTS 15-11-74 y 5-5-81). "Estas circunstancias justifican sobradamente que todo cuanto concierne a la ejecución del planeamiento urbanístico está fuertemente ligado a los sistemas de publicidad inmobiliarios adoptados por el Estado para dar seguridad al tráfico jurídico, evitar las situaciones de clandestinidad que afecten a los bienes inmuebles y promover la seguridad jurídica".

"Desde esta concepción los sistemas de publicidad inmobiliaria son neutrales en cuanto al contenido concreto del dominio establecido por las leyes o por sus actos aplicativos; lo que les importa es servir de instrumento eficaz de colaboración para la prosecución de los intereses generales de la sociedad, para lo cual, evidentemente, pueden prestar una eficaz ayuda al proceso urbanístico".

Y la coordinación apunta por la inscripción de los actos que hagan referencia al 'contenido de las facultades del dominio' y por la publicidad registral que, según este autor, se desarrolla a través de la publicidad material —o de situaciones jurídicas— y de la publicidad formal —o publicidad noticia— frente a tercero (45). Medidas que se complementan con la registración de las medidas que afecten concretamente a una finca determinada y que se lleven a cabo con el titular registral a través de la calificación del Registrador, que verifica el cumplimiento de la legalidad vigente como garantía de la firmeza del acto, en orden a la consecución de los importantes efectos de los principios hipotecarios en nuestro ordenamiento jurídico (46).

(44) No sé si se trata de una errata. En ambos casos la frase tiene sentido.

(45) Garantía de la seguridad del consumidor en la adquisición inmobiliaria. A esta finalidad se orienta mi trabajo *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles,* que he intentado dirigir —no sé si con acierto— directamente a éste. Al consumidor no jurista. La información, y particularmente la información registral o publicidad formal, como medio de garantía de la firmeza de las adquisiciones.

En esta misma línea, con mayor sencillez y acierto, se orientan las Guías del Usuario del Registro y del Depósito de Cuentas, editadas por el Colegio de Registradores (Madrid, 1991), y la Guía práctica del Depósito de las Cuentas Anuales, de que es autor nuestro compañero FRANCISCO DE ASÍS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Registrador Mercantil de Las Palmas, editada por el Centro de Estudios Regionales de Canarias (Las Palmas, 1991), en un notable y cumplido intento por acercar la Ley al consumidor, evitándole las molestias derivadas de la ausencia de una pauta clara de actuación en una materia tan novedosa como es la legislación mercantil de adaptación a las Comunidades Europeas.

(46) Labor callada de aplicación de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios y de sus principios informadores, contenidos en el ámbito inmobiliario en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril.

Realidad que aconseja la inscripción del régimen de prefiguración de la urbanización, de los actos de planeamiento y sus determinaciones, de la garantía de ejecución del planeamiento y de las acciones de la Administración en materia de disciplina urbanística. Supuestos que a continuación desarrolla, remitiéndonos desde aquí a la expresada ponencia (47).

REQUEJO LIBERAL, cuando aborda el tema de su ponencia, plantea la diversidad de opiniones acerca de la registración del planeamiento. El Ministerio de Justicia era de la opinión de que "el planeamiento vincula a los propietarios a pesar de no estar inscrito", sin adentrarse, como observa REQUEJO, en la problemática de su deficiente publicidad. ROCA SASTRE (véase *supra)* entiende que, no obstante esa publicidad superior, "razones prácticas de simplificación", "seguridad y rapidez", aconsejan su reflejo registral. GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO apuntan que la solución a la publicidad del planeamiento puede venir dada por la institución registral. Y el propio autor, refiriéndose a la vía de coordinación abierta por los protocolos de urbanismo (48), señala como su primer paso, ya que siempre la cuestión debatida ha estado en la forma de llevar a cabo esa coordinación, la constatación registral de la calificación urbanística de la finca cada vez que se opere con ella y siempre que el interesado —o la Administración, puede añadirse— lo solicite. Solución enmarcada en la línea que recoge el artículo 13.3 de la LDU y que antes expusimos (49).

VELASCO FERNÁNDEZ (50) opta por la necesaria concordancia, puesto que, como dice con agudeza, "la naturaleza normativa de esa actividad, de los planes y programas y la exclusión de toda publicidad añadida a la que conllevan las pronormas jurídicas de naturaleza legal", no basta "para garantizar los principios imperantes en nuestro ordenamiento jurídico de publicidad y seguridad jurídica; y precisamente por la naturaleza compleja y técnica del urbanismo". A continuación se ocupa del paralelismo que el urbanismo muestra con la concentración parcelaria, la necesidad de la implantación de la cédula urbanística, la modificación del artículo 221 de

(47) En su desarrollo aborda el problema de la anotación de los expedientes disciplinarios, a los que se refiere la Ley catalana de Protección de la Legalidad Urbanística y nuestro artículo 16 de la Ley de Disciplina Urbanística, resuelto afirmativamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia de 7-2-1984, que confirma la de la Audiencia Territorial de Barcelona de 3-12-1981.

Sobre este punto puede verse su tratamiento en J. M.ª CHICO Y ORTIZ: *Estudios de Derecho hipotecario,* cit., t. I, págs. 949 y sigs.

(48) Véase RUANO: *Op. cit.*

(49) La Ley de Disciplina Urbanística ha hecho el único intento, a nivel legislativo, en este sentido de que tengo noticia.

(50) Ponencia citada: "Quizá todo se deba a que en nuestra realidad jurídica sólo se tiene en cuenta el Registro cuando se ha sufrido un fraude y no se estima en todo su valor su utilidad en la realidad normal del tráfico y en la publicidad de titulares y actos que las afectan sobre bienes inmuebles y derechos de naturaleza real" (pág. 33).

la Ley del Suelo, estableciendo la obligatoriedad de la anotación o inscripción en el Registro y el estudio de los medios adecuados para eliminar los efectos de esa falta de comunicación ordinamental (51).

OTERO VILLORIA, al tratar de las urbanizaciones privadas, se suma a tan patente como discutida necesidad, destacando la situación de clandestinidad consentida por la Administración en que se encuentran, como realidad física conocida por todos, pasa a estudiar la falta de desarrollo de un instrumento de coordinación tan eficaz como la cédula urbanística (52) y las consecuencias de la falta de licencia en las parcelaciones urbanísticas.

ARNÁIZ EGUREN, en su ponencia "La gestión urbanística y el Registro de la Propiedad", dice que si ésta "consiste, desde el punto de vista jurídico, en la modificación del régimen de propiedad, con reorganización del objeto de la misma, en la atribución de obligaciones de hacer, directamente ligadas a la titularidad de la superficie del suelo y en la garantía de dichas obligaciones, no cabe duda de que el lenguaje que utiliza la Ley del Suelo se conecta directamente con las finalidades perseguidas por la legislación hipotecaria". "Es difícil entender cómo la gestión urbanística podría llevarse a cabo sin contar con el Registro, y es aún más difícil concebir cómo

---

(51) Leyendo su ponencia, surge la pregunta. ¿Cómo puede cuestionarse una necesidad tan elemental y lógica cual es que el Registro refleje la realidad urbanística de las fincas?. ¿cómo puede sustraerse su contenido de un Registro jurídico de derechos y titularidades inmobiliarias si el planeamiento define el contenido normal y cambiante del dominio? Comprendo que el problema sea buscar la forma o el medio, pero nunca cuestionar su necesidad. La legislación autonómica y la Ley de Reforma han quebrado definitivamente ese mar de dudas.

En la misma medida (v *supra)* en que el planeamiento defina *ex novo* el contenido normal del dominio (art. 76 LS) y la licencia, con carácter constitutivo, atribuya las facultades urbanísticas, particularmente el *ius aedificandi* (art 20 LRRU), desapareciendo la analogía, identidad o paralelismo con las servidumbres legales, será más necesario y un imperativo para las Administraciones públicas, por razones de seguridad jurídica y protección de los consumidores, hacer constar en el Registro el contenido concreto de cada propiedad inscrita desde su realidad física y urbanística cambiante. El crédito territorial así lo exige (a menos que se afronte la provocación de una parálisis total de la actividad constructiva como consecuencia de haberse cerrado los canales de financiación a través de crédito hipotecario y la venta sobre plano)

(52) Que como la cédula catastral debería ser un requisito de la instrumentación pública de los actos relativos a los inmuebles, haciendo posible de una forma eficaz y sencilla la coordinación Catastro, Registro, Urbanismo, Ayuntamiento

Con disponer su necesidad y la obligación del interesado de presentarla nuevamente con los datos registrales, la coordinación sería un hecho fácilmente realizable.

Su ausencia podría dar lugar a la advertencia notarial expresa, a la presunción de irregularidad urbanística y a su constancia registral por nota marginal, advirtiendo a tercero de la trascendencia de esa falta, que incide directamente en el interés del consumidor, a efectos de la hipoteca legal tácita que pesa sobre su finca. Con un tratamiento jurídico parecido al de los gastos de comunidad: falsedad en documento público.

La coordinación se produciría paulatina y sucesivamente, y en un breve transcurso de tiempo sería absoluta.

el Registro puede cumplir sus fines de protección de la seguridad jurídica sin integrar en sus folios el contenido inmobiliario de la actuación sobre el suelo" (53).

(53) Conviene tener presente dos consideraciones, como hace RAFAEL ARNÁIZ (utilizando una fórmula parecida a esto: la finca se refleja en el folio, pero el folio no es la finca), para entender la institución registral. El Registro se lleva por el sistema de folio real, esto es, por fincas. Las fincas son la base sobre la que inscriben los derechos. En el Registro no se inscriben fincas en sentido propio, sino derechos sobre fincas. Por eso inmatricular, genéricamente —operación de apertura de un folio a una finca—, es la función previa a la inscripción o registración de derechos, con independencia de que sean fincas rústicas o urbanas. Ahora bien, la finca no es el folio registral. La finca es una realidad materia viva, cuya existencia los Registros públicos revelan. Los Registros administrativos, como el Catastro, se ocupan de su reflejo planimétrico a efectos sustancialmente fiscales (sin desdeñar otros· estadísticos...), ya que es el Catastro la base sobre la que se articula el Impuesto Municipal sobre Bienes Inmuebles e incorpora a la finca un valor De ahí su trascendencia, que repercute en un número trascendente de tributos (entre ellos los de la Renta y Patrimonio). Los Registros jurídicos, como el de la Propiedad, se ocupan de la finca sólo en cuanto es objeto jurídico, dotando a su existencia en la forma que se describe de una presunción jurídica *iuris tantum* de exactitud e integridad (sin perjuicio de otros importantes efectos).

En consecuencia, las fincas materiales tienen un doble reflejo registral: planimétrico y jurídico. Pero tanto uno como otro son reflejos formales de trascendencia sustantiva, que si bien son coordinables, responden al ejercicio de dos funciones distintas. Una levantar planos y valorar los bienes. Otra dar seguridad a las titularidades inmobiliarias. La coordinación, obviamente, también será formal (decimos formal en cuanto es un reflejo documental). Y la presunción de existencia se puede destruir bajo prueba en contrario, es decir, por contraste con la realidad. La diferencia en la formación de esa base física de actuación estriba en su origen. El Catastro se autointegra con sus propios planos y valores —éstos notificables, a efectos fiscales, a sus titulares—. El Registro por las declaraciones de los interesados, esto es, por el control privado de sus propios intereses (el plano lo levantan ellos con especial atención y cuidado: peseta por metro cuadrado o hectárea) En caso de fraude, la garantía es la pena de falsedad en documento público. Tanto el documento privado como la escritura pública se fundamentan en la declaración de los interesados, en cuanto es lo propio de los principios civiles que rigen el tráfico privado de derechos sobre inmuebles. El documento, pues, público o privado y el simple acuerdo de voluntades, obviamente, tampoco son la finca material (aunque se cuente con la entera o tradición del inmueble). De la certeza de su existencia responden mutuamente los contratantes como primeros interesados, y los terceros como interesados en segundo término. Hasta para trabar un embargo hay que personarse en la finca material, y para hipotecar, el acreedor la tasa en función de su valor material. Así pues, esa certeza se contrata personalmente, como parece lógico, no por el Registrador o Notario, sino por los propios interesados, que son los que conocen de hecho el objeto sobre el que contratan. El sistema, con sus imperfecciones, como todo sistema humano, desde luego donde no quiebra es por aquí. La realidad del objeto jurídico es palmaria para los contratantes y las garantías ulteriores —una vez inmatriculada la finca—, titulación pública e inscripción registral es para todos patente. La realidad no se puede contener en un documento, en un plano o en un folio (verdad de Perogrullo).

No obstante, y según expusimos con anterioridad, la coordinación directa es posible entre ese Registro jurídico y el Catastro, con independencia de los más perfectos sistemas legales ya existentes. Se trataría de imponer desde ahora mismo la autocoordinación, con sólo añadir dos párrafos a sendos artículos reglamentarios (RN y RH): "Para el otorgamiento de la escritura pública de cualquier acto o negocio jurídico por el que se

GARCÍA-ARANGO, por lo que se refiere al tratamiento genérico de la publicidad registral (véase *supra),* en la introducción a su ponencia "Actuación de los principios de subrogación real y tracto sucesivo en las

---

declare, constituya, modifique, transmita o extinga un derecho real sobre bienes inmuebles a título oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa,* con excepción de los de garantía, será requisito inexcusable la presentación de la certificación o cédula catastral de la finca o fincas a que se refiere la misma, cuya copia archivará en su protocolo.

En caso de que no se presente, se otorgará la escritura con la advertencia expresa de que falta produce efectos fiscales y jurídicos para el otorgante u otorgantes por razón de la falta de constancia del valor catastral del inmueble y de la exactitud de la declaración realizada con la realidad física reflejada en el plano oficial

En el Registro de la Propiedad se harán constar expresamente los datos relativos a la certificación o cédula catastral presentada.

Cuando se transmita el dominio sobre la finca, a continuación de la cédula presentada, se expresarán los datos de inscripción relativos al documento presentado y se archivará copia.

En el supuesto de que no se acompañe la cédula o certificación catastral, el Registrador hará constar por nota marginal esta circunstancia, con la advertencia expresa de la falta de coordinación catastral en que se encuentra la finca registrada y de su trascendencia jurídica para terceros. Asimismo, esta circunstancia se hará constar al pie del título inscrito y en las certificaciones que expida".

Adoptar esta fórmula u otra parecida sería dar un serio impulso a la coordinación Catastro-Registro, con las ventajas que supone para la efectividad del principio de seguridad jurídica y la protección de los derechos de los consumidores.

A esta prevención normativa, por otro lado, podría añadirse la obligación del adquirente del derecho de presentar la cédula con los datos de inscripción en la Oficina de Gestión Catastral. Aunque no se sancione su incumplimiento, el adquirente, por la trascendencia tributaria del acto, será el primero en cumplirlo. Sobre todo si se dispone que la nota marginal practicada en el Registro sólo se cancela mediante la presentación del recibí de la Gerencia de la cédula coordinada con los datos registrales.

En definitiva, cualquier tratamiento documental, jurídico o planimétrico de una finca parte del presupuesto de su existencia material en el tráfico jurídico privado, siendo el propietario, el titular de un derecho real, el tercero, los obligados a la comprobación física del objeto. Ni la escritura, ni el plano catastral, ni el folio del Registro, ni la sentencia que ventila las pretensiones contradictorias de las partes o declara y reconoce un derecho inmobiliario, ni el planeamiento urbanístico, sustituyen, sino reflejan, la realidad material de la finca, en base a un sólido juego de presunciones y responsabilidades. Por ello la afirmación de DÍEZ PICAZO sobre la base física del folio registral no puede entenderse como una quiebra de nuestro sistema inmobiliario, sino como un resultado lógico de la forma escrita del régimen jurídico, público y privado de los derechos reales, mobiliarios e inmobiliarios, que afecta por igual a todos los ámbitos en que se alude a la preexistencia material de un objeto jurídico, sea el urbanismo y el catastro en el ámbito administrativo, sea una pretensión en el ámbito jurisdiccional, sea la finca registral en el ámbito jurídico-inmobiliario. No se trata del 'talón de Aquiles' de nuestro ordenamiento, o si lo es aparece como difícilmente excusable, sin perjuicio de incentivar legalmente la coordinación absoluta. Mayor quimera aún, si se quiere contener la realidad en un documento —notarial, administrativo o judicial—, la de otros sistemas más imperfectos, donde la formalidad documental tiene trascendencia sustantiva —sistema de la 'carta real'— o donde se priva de efectos protectores a la publicidad registral [sistema francés (v. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial,* t. II, Ed Tecnos, Madrid, 1989, pág. 437)].

En este sistema —el francés—, dada la inseguridad jurídica inmobiliaria, la contra-

reparcelaciones urbanísticas", puso de manifiesto una realidad jurídica necesaria, condicionante de la relación jurídica única a que aludíamos: "El Derecho forma un todo armónico, sin compartimentos estancos. Por eso es inútil toda apriorística contraposición entre Derecho urbanístico (con el acento colocado en la actividad pública administrativa) y Derecho privado (con la mirada preferentemente atenta a la tutela de los derechos de los particulares). Igualdad y seguridad jurídica de los ciudadanos, de un lado, y planeamiento y actuaciones urbanísticas, de otro, son planos diferentes, pero que pueden equilibrarse de modo estable. Y en ello consiste precisamente la labor del jurista". Concepción que prescribe la mutua integración normativa, sin desconocer la existencia del Código Civil y la teoría de los modos de adquirir el dominio (54).

CALVO ALONSO-CORTÉS, al tratar de las "Urbanizaciones ilegales de segunda residencia", se ocupó de los problemas de disciplina urbanística en relación a la instrumentación pública y del efecto control que supondría, aparte de la licencia de parcelación rústica, supeditar la concesión de electricidad a la presentación de la cédula de habitabilidad y la licencia de apertura de la actividad industrial. Supuesto que contempla expresamente de una forma detallada el artículo 6 de la LDU y que se complementa con las disposiciones sobre autoconstrucción contenidas en la Ley 11/1989 de viviendas para Canarias.

MARCOS JIMÉNEZ, "Reparcelaciones de fincas. El Registro de la Propiedad", se introduce en el tema tomando como punto de partida el artículo de la Ley 9/1981, de 18 de noviembre, sobre protección de la legalidad urbanística, que dice textualmente: "1. El Registro de la Propiedad en su función de instrumento de publicidad de las relaciones jurídico-inmobiliarias debe *reforzar* la eficacia de los actos administrativos en materia urbanística y debe ser un medio idóneo de *información y garantía*

---

tación requiere la intervención previa de una persona que en base a la titulación y al contenido del Registro asevere si el transmitente es el propietario, y de una sociedad que asegure los efectos perjudiciales para el adquirente de tal aseveración ("La empresa o el profesional que ofrece su firma en garantía se hace responsable de cualquier defecto que vicie la transmisión y de toda carga o limitación de un derecho no advertidas". "Ejemplo típico, pero ilustrativo, es que el mismo propietario puede vender la finca siete veces, por poner un número, sin que el Registrador pueda hacer reparo alguno a cualquiera de las siete compras. Todas ingresarán en los libros y serán publicadas por el Registro". Se publican "títulos de posible eficacia real". "No aventuran juicio alguno sobre la posible validez o eficacia de los títulos inscritos". "La razón parece clara: la inscripción de un título no impide la de otros títulos contradictorios e incompatibles que no han tenido acceso ni perjudica (cancela) a los que ya habían ingresado en la conservaduría"; véase C. PARDO NÚÑEZ: "La seguridad del tráfico inmobiliario. Análisis comparativo", en *Revista La Ley* (6-11-90), núm 2611, año XI, pág. 1.

(54) Aspecto que desde hace tiempo viene planteando GONZÁLEZ PÉREZ en relación al contenido del dominio, principio de accesión inmobiliaria y *ius aedificandi.*

de la actividad controladora y sancionadora de la Administración, tal como se establece en el capítulo IV de esta Ley. 2. Esto se entiende sin perjuicio de las funciones que el ordenamiento jurídico reconoce a los Notarios y Registradores, y en ningún caso limitará su facultad calificadora" (55).

En este artículo, y concretamente en las palabras subrayadas, se condensan los presupuestos legales de la Ley de Disciplina Urbanística y Territorial de Canarias y de la práctica generalidad de la legislación intercomunitaria si excluimos la Comunidad de Madrid (56). El reforzamiento de la eficacia de los actos administrativos frente al titular registral y frente a tercero —coordinación unitaria; información y garantía del control administrativo a través de la publicidad de la regularidad e irregularidad urbanística; el control instrumental como medio de protección de la legalidad, valorando positivamente la publicidad de la actuación material irregular.

Este sistema integral de publicidad es el único que resuelve el problema de la validez civil y de la ilicitud administrativa, distinción jurisprudencial. En Cataluña, además, la información control se produce de manera sistemática y directa como consecuencia del protocolo de publicidad suscrito entre el Gobierno de la Generalidad, Diputación y Ayuntamiento de Barcelona y el Presidente de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Cataluña (57).

AVILA NAVARRO, "Informe de la Delegación del Colegio de Registradores en Cataluña sobre 'L'avantprojecte de Lley de las urbanitzacions de Dret privat'", en su análisis jurídico del citado texto, alude a una importante novedad, digna de tener en cuenta a efectos de disciplina urbanística (58), en el tratamiento de las urbanizaciones privadas (59), la ausencia de parcelación urbanística y la funcionalidad de la titularidad *ob rem.*

(55) *Op. cit.*, pág. 149. Sobre la Exposición de Motivos de la Ley 12/1986 de la región de Murcia, pág. 152. Luego le dedicaremos la atención que merece tan claro y preciso estudio.

Véase F. CORRAL DUEÑAS. *Normativa autonómica*, t. III, Apéndice 1987-1988, Colegio de Registradores, Madrid, 1989, y *Legislación del suelo*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 659

(56) Véase RUANO BORRELLA: *Op. cit.*

(57) El texto del Protocolo se añade en el Anexo.

(58) Y que entrevió la Orden citada de nuestra Consejería de Agricultura, con todo lo que conlleva de regulación administrativa de inferior rango de materia civil conexa. Su fundamento práctico es claro, intenta salvar la eficacia de la Ley de Ordenación Urbanística del Suelo Rústico (evitando el negocio indirecto). Revela una especial sensibilidad jurídica.

(59) No vamos a referirnos ahora al problema competencial y el posible desarrollo del Derecho civil por las Comunidades Autónomas —del que se ocupó nuestro compañero de Academia JOSÉ MATEO DÍAZ con acierto y agudeza en su discurso de ingreso— o, incluso, del efecto expansivo del Derecho civil foral.

Esto es, la superación de la aplicación analógica de la Ley de Propiedad Horizontal mediante la nueva figura que SAPENA TOMÁS, en su ya clásico estudio, denominó propiedad horizontal tumbada y que recoge la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de abril de 1980 (60).

NORTES TRIVIÑO, "Urbanismo y Registro de la Propiedad en la Comunidad de Madrid" (61), replantea la cuestión de la coordinación como requisito inexcusable de la eficacia de la gestión urbanística, advierte el contraste que supone la ausencia de normas hipotecarias de integración del fenómeno urbanístico y la constante remisión de disposiciones administrativas al Registro de la Propiedad, estableciendo medidas preventivas (licencia), aseguradoras (edificaciones provisionales, agotamiento de volumen...) y represivas (resolución de contratos). Plantea asimismo las dudas sobre la extensión de la protección registral, nacidas precisamente del "carácter mutable y esencialmente modificable de las normas de planeamiento", y a las que atendía el anteproyecto de reforma del Reglamento Hipotecario de 1982. La volumetría, el uso, la tipología de la edificación, señala, ¿deben acceder al Registro? (62).

La Ordenanza de 26 de septiembre de 1986 de la Comunidad de Madrid sobre la cédula urbanística, ante la necesidad de coordinación, optó por establecer la remisión de oficio de la cédula al Registro, no sin prever el carácter provisional y transitorio de la misma (arts. 19 y 20) (63). Sin embargo, lo que sí está claro es que de los momentos de ese proceso urbanizador deben tener acceso al Registro, entre otros actos, la calificación originaria del suelo según el planeamiento, la transformación en suelo urbano y la aptitud edificatoria o uso de la parcela, en especial la condición de solar. Y el medio puede ser multiforme: remisión de oficio por la Administración de la clasificación genérica del suelo en el municipio señalando grandes áreas (archivo), la clasificación pormenorizada de parcelas en áreas de ejecución, la contratación privada (o con ocasión de la declaración de obra nueva o constitución de derechos reales: autocontrol privado del objeto jurídico), la cédula urbanística —en cualquier tiempo—, sistemas de actuación... Todos los actos, administrativos o privados, de

(60) "Algunos aspectos del régimen jurídico de las comunidades en Derecho español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596, Madrid, 1990, págs. 237-338.

(61) La altura de este gran especialista puede contrastarse con la realidad urbanística que es el complejo "Azca" de Madrid, donde la propiedad privada y la pública se superponen formando un todo orgánico.

(62) En esta Comunidad, según hemos expuesto, ello es posible en virtud del artículo 14, párrafo 2.º, de la Ley de Disciplina Urbanística.

(63) Su naturaleza urbanística, a efectos del tráfico privado y sin perjuicio de que el consumidor contrate esa información —dada su variabilidad— será la que revele el Registro hasta que se haga constar la modificación.

especial trascendencia, respecto de lo que el Registro pueda ofrecer un servicio público de protección y de publicidad (64).

MANZANO SOLANO, "Comunidad Autónoma de Andalucía: algunos aspectos de su normativa urbanística", apuntó que "el Derecho urbanístico español ofrece hoy una nota característica: a su consideración como disciplina jurídica en formación —enmarcada entre aquellas otras ramas del saber jurídico que han forzado a la doctrina a hablar de *dispersión científica* del Derecho— une, además, otra nota también de naturaleza disgregadora, nacida de consideraciones jurídico-políticas y constitucionales: la inevitable *dispersión geográfica,* consecuencia del reconocimiento por la Constitución de 1978 del 'derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones' (art. 2.º), es decir, el nacimiento de las llamadas Comunidades Autónomas (arts. 143-158), regidas por sus propios Estatutos o Constituciones internas". Esta situación genera la existencia de dos legislaciones superpuestas y una notable dispersión geográfica de este Derecho.

En Andalucía, el Protocolo de 1981, denominado 'Normas de Actuación Urbanística' (65), parte del presupuesto de la incidencia del derecho inmobiliario en la legislación urbanística y la necesidad de colaboración de Notarios y Registradores en el proceso de desarrollo urbano, y particularmente facilitando el control "por la Administración urbanística del proceso de parcelación del suelo, proporcionándole —la publicidad registral— un *medio de información de las infracciones urbanísticas*". Y estas normas, como señalan PEINADO RUANO y TORTOSA MUÑOZ, no deben entenderse "como un obstáculo al tráfico jurídico inmobiliario, sino como un instrumento de flexibilidad en la aplicación de las normas legales urbanísticas. No son propiamente normas, sino unas pautas de actuación para una eficaz colaboración entre la Administración autonómica y los Notarios y los Registradores". Suponen, en idéntico sentido a la Ley catalana, el "aprovechamiento del Registro" en su función "de publicidad de las relaciones jurídicas inmobiliarias, en apoyo de la eficacia de los actos administrativos, como medio de información y como garantía de la actividad de control, de inspección y sancionadora de la Administración" (66).

(64) Evidentemente, lo que hay que medir es la trascendencia sustantiva de la constatación registral, y en cualquier caso sin dañar la eficacia superior del planeamiento, articular la coordinación, aunque aquélla se limite en el sentido del artículo 17 de la Ley de Disciplina Urbanística.

(65) Suscrito entre la Junta de Andalucía, los Decanos de los Colegios Notariales de Sevilla y Granada y los Presidentes Territoriales de Andalucía del Colegio de Registradores, publicados en el *BOJA* el 30 de noviembre de 1981 (entró en vigor el 1 de enero de 1982).

(66) Recoge la posibilidad de hacer constar la licencia de edificación por nota al margen de la inscripción de la finca, con un plazo de caducidad de dos años y efectos de mera publicidad.

Aunque los efectos sustantivos de la nota, añade MANZANO, no han sido regulados —nota de mera publicidad— y su fundamento es básicamente práctico ("casos en que no se aporte licencia, que las condiciones de la nueva finca no se ajusten a su contenido o que se aporte la certificación administrativa de no ser necesaria), es indudable que "*la nota marginal constata un hecho que puede afectar a un derecho registrado*". Y en este sentido, podemos hablar, como lo hacíamos antes, de que la realidad física urbanística sujeta a normas de protección de la legalidad se incardina en el sistema hipotecario, con importantes efectos sobre las relaciones jurídico-privadas y sobre la solución de los conflictos judiciales, en el ámbito de la jurisdicción civil (67).

CHICO Y ORTIZ, finalmente, establece como "conclusiones a tener en cuenta las siguientes:

— A los libros registrales deben acceder las situaciones de la Administración Pública para publicar los compromisos asumidos por los titulares y advertir a los terceros de su existencia.
— El principio de seguridad jurídica se ve fortalecido en cuanto en los libros registrales consten las determinaciones de Derecho público y sus alteraciones.
— La creación de estatutos jurídicos especiales en el ámbito privado por la acción administrativa debe tener constancia registral, pues eso facilita la actuación del Registrador como órgano de control de la legalidad.
— La actuación administrativa para exigir el cumplimiento de los compromisos o el ejercicio de las facultades sancionadoras o revisoras son susceptibles de acogerse al sistema registral.
— Los actos civiles válidos, aunque en ellos falte el cumplimiento de ciertos requisitos administrativos, deben tener acceso al Registro.
— Partiendo de la base diferenciadora entre titularidad y destino de los bienes, deben desaparecer los obstáculos que a la inscripción de los bienes demaniales hoy se oponen" (68).

En definitiva, la visión general de la coordinación de los medios de publicidad que contienen esa relación jurídica unitaria de naturaleza trilateral, resultado o consecuencia de la paralela diversificación de las legislaciones que establecen el régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria y de

(67) La aplicación judicial de los principios hipotecarios en los contenidos civiles tendrá en cuenta la publicidad registral de la regularidad o irregularidad urbanística.

(68) J. M. CHICO Y ORTIZ: "La propiedad y el Registro de la Propiedad· conexiones y perspectivas". *Ciclos de Conferencias de los Centros de Estudios Hipotecarios de Galicia y Madrid (1984-1986), op cit.*, pág. 160.

su necesaria intersección, donde conviven una relación jurídica-privada y una jurídico-pública (69), esa visión, decimos, está dada. Momento es, pues, de pasar a su más problemática aplicación práctica.

I. PARCELACIONES URBANISTICAS

El concepto de parcelación urbanística, como acto material divisorio, ha perdido su antigua virtualidad e, incluso, la exclusividad romana de su fundamentación teórica. La incesante evolución del Derecho privado se ha encargado de ello, siendo buena prueba de esta situación la aplicación jurisprudencial analógica de la Ley de Propiedad Horizontal ante la ausencia de una norma legal concreta, y en especial tres nuevos institutos: la propiedad horizontal tumbada, la titularidad *ob rem* y la comunidad funcional, y particularmente su secuela: la adscripción de uso. De su estudio civil e hipotecario me he ocupado en otro lugar (70). Ahora intentaré analizar sus aspectos urbanísticos.

La nueva situación jurídica de la parcelación, con precedentes ciertos en nuestra doctrina (71), obedece a la posibilidad de división dominical

---

(69) Una de las partes en la relación privada, el propietario, es siempre un administrado, obligado *propter rem* frente a la Administración, con una responsabilidad civil, penal y administrativa cuantificable por razón del objeto y en función de su necesario y predeterminado uso.

La relación jurídico-pública condiciona el ejercicio del dominio y delimita su contenido económico, por lo que su exacto conocimiento es de interés general: su publicidad concreta se impone por causa y efecto del principio de seguridad jurídica inmobiliaria, donde se incardina hasta la función social propia del dominio a través de la atención del interés ciudadano último. Dotar a los españoles de una vivienda digna.

(70) L. M.ª CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA: *Algunos aspectos del régimen jurídico de las comunidades en Derecho español* (v. *supra).*

Con las adscripciones de uso, la comunidad funcional y la multipropiedad, las viejas instituciones históricas —o al menos sus principios orgánicos— vuelven a renacer. En particular la propiedad por dula o turno, que por lo que se refiere a las aguas en Canarias, a través de los heredamientos, goza de inmejorable salud en esta Comunidad Autónoma al menos en los próximos setenta y cinco años (v. DT 2.ª de la Ley 12/1990, de 26 de julio, de Aguas). Y la división del dominio y los derechos de superficie perpetuos en Extremadura (vuelo, pastos, derecho de labor) o aprovechamientos independientes —como los denomina CORRAL DUEÑAS— que perviven en estado casi letal (v. VI, Anexo 4, Apéndice documental, *infra).*

La concepción municipal de la comunidad germánica o, mejor aún, de la comunidad *pro diviso* como forma de explotación de los bienes comunales, que posibilitó el uso exclusivo de una parte de la cosa común —las suertes—, incluso por un tiempo cierto el uso exclusivo —la dula—, hace bueno el adagio de que no hay nada nuevo bajo el sol.

(71) J. M.ª CHICO Y ORTIZ. "Las urbanizaciones, la Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Madrid, 1971, págs. 481-529: "Aunque lealmente hay que confesar haber utilizado ese cauce —la propiedad horizontal—, pienso que puede existir otro y creo que merecería la pena buscarlo. Si nos hemos

del uso con subsistencia de la integridad de la finca en acepción física, catastral y registral. La fórmula ha sido empleada para explicar o definir determinadas situaciones dentro de la propiedad horizontal, y en especial para los garajes (art. 68 RH). Situaciones que han dado lugar a la existencia de comunidades funcionales de hecho y de derecho (72). La funcionalidad, por su parte, reside en la perpetuidad —salvo pacto unánime en contrario— y en la firme división del uso sobre un espacio físico determinado e inalterable —división 'dominical'—, con dos significativas exclusiones: la de la acción de división y la de los derechos de tanteo y retracto.

La parcelación urbanística, pues, no es sólo la división material de una finca en dos o más parcelas independientes, la que pudiéramos llamar 'división romana", sino también, y con especial fortaleza (73), la división material del uso exclusivo de una porción física de una parcela única: la 'división germánica' o división 'pro diviso' del uso. En realidad, aunque las consecuencias jurídicas sean, en algunos aspectos, distintas, la situación es la misma, con la única particularidad de que esta segunda fórmula explica con nitidez la interdependencia existente entre los distintos propietarios de la urbanización, sin recurrir a otras fórmulas de vinculación —titularidad *ob rem*— y servidumbres recíprocas. Y, a su vez, esta situación es la misma que, a efectos prácticos, se produce en la propiedad horizontal ordinaria, en los complejos inmobiliarios y en la propiedad horizontal tumbada, porque lo mismo es ser propietario exclusivo de un elemento independiente y de una cuota inseparable sobre los elementos o servicios comunes, excluida la acción de división y los derechos de tanteo y retracto, que devenir, por razón de esa funcionalidad, titular dominical del uso de una porción física plenamente determinada con carácter perpetuo e indisolublemente unida a una cuota de participación sobre la finca en su conjunto, esto es, sobre los elementos y servicios comunes de la

---

acogido por criterio de mayor semejanza —utilizando el método analógico— a la propiedad horizontal, ¿por qué no acudimos a las figuras de las comunidades de aguas reguladas por el artículo 71 del Reglamento Hipotecario? Pensad que cada parcela dentro de la urbanización es una finca independiente; pero que el resto de la finca, después de las segregaciones realizadas, es una especie de caudal de agua utilizable por todos los componentes de esa especie de heredad que forma la urbanización" (pág. 527). GONZÁLEZ PÉREZ —de quien he tomado la cita— señala: "La fórmula no deja de ser sugestiva. Pero quizá sea más práctico y sencillo seguir utilizando el cauce de la propiedad horizontal" ("Los planes de ordenación urbana de iniciativa particular". *Curso de conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*, Colegio de Registradores, Madrid, 1973, págs. 213 y sigs., en especial pág. 255)

(72) Véase op. cit.: *Algunos aspectos del régimen jurídico de las comunidades en Derecho español;* "Adscripciones de uso", págs 277 y sigs., y "Comunidad funcional *pro indiviso*", págs. 315 y sigs.

(73) Ya que la nota de la interdependencia entre las parcelas es propia de la urbanización privada, dotada de usos y servicios comunes.

urbanización. Y, a su vez, la situación es la misma que se produce, como decía CHICO Y ORTIZ, en las comunidades de agua con caudal común, salvo las lógicas diferencias existentes entre los dos objetos: uso exclusivo de una parte de la cosa común. La única particularidad la aporta la dula canaria; por eso se parece —es— a la multipropiedad, porque durante un espacio de tiempo el uso exclusivo afecta a la totalidad de la cosa común.

Ahora bien, el grave problema de esta situación de hecho es que carece de cobertura legal y, en consecuencia, una declaración judicial puede dar al traste con ella en su integridad. La forma de adoptar acuerdos no está solucionada, a menos que se acuda a sus Estatutos o al artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, y la desproporción cuota-espacio físico de uso, tampoco. La intensidad del uso, la intensidad de la adscripción no está evaluada de forma legal ni medida jurisprudencialmente.

Lo que ocurre, en ésta y en otras materias, es que no podemos prescindir de conceptos tan vagos y expresivos a un tiempo como la noción de propiedad, posesión y uso. El derecho y su protección jurídica —la acción— surge de abajo arriba, con un distinto grado de concreción y eficacia; pero todo es uno. Es decir, el valor esencial de una cosa consumible o no consumible es su aprovechamiento o uso. El uso por una persona determinada de una cosa publica su posesión. Y la posesión exclusiva, excluyente y en principio perpetua, supone la propiedad. Esto es, todo se reconduce a la naturaleza del uso o aprovechamiento de una cosa y de su intensidad. Por ello decimos que el uso exclusivo, excluyente, perpetuo o continuado de una porción física de una cosa común no es más que, de hecho, la propiedad de ese espacio físico superficial y volumétrico.

En este punto, si volvemos a la legislación urbanística, veremos con claridad cómo el planeamiento no clasifica el suelo: clasifica el uso o aprovechamiento del suelo. La clasificación del suelo es sólo la forma de un uso predeterminado en función de unas condiciones objetivas de urbanización material y de aptitud inicial. El planeamiento no atribuye facultades que potencialmente residen en el dominio y se traducen en un contenido económico (74), sino distribuye el uso del territorio —y en este sentido atribuye *ex novo* una definición negativa del uso— (75), partiendo

(74) La concepción de la propiedad como valor económico es sólo estimable cuando se actúa sobre ella: expropiación, venta forzosa, impuestos...

(75) Por su capacidad de valorar la idoneidad del uso de cada parcela. Capacidad pública que por razón de intereses superiores no es ajena a la arbitrariedad originaria.

Arbitrariedad que, no obstante, también tiene sus límites legales. Fundamentalmente los derivados del concepto legal de suelo urbano y solar. Cuando se planifica, en cuanto a una parte de la superficie urbana, la intensidad de la atribución de usos es menor —suelo urbano— o inexistente —suelo solar—. Aquí no atribuye nada *ex novo,* se limita a reconocer el uso preexistente. La incidencia mayor resultará de la delimitación del área municipal que se ve afectada por el planeamiento. La intensidad mayor surge

de esa situación objetiva y de su idoneidad, en aspecto dinámico, primero, y estático, luego.

En el aspecto dinámico, el uso es provisional y limitado. La clasificación del suelo —o por razón de éste— responde a un concepto negativo que tiende a evitar la consolidación de usos no previsto por el planeamiento.

En el aspecto estático, el uso se cifra en la obligación de edificar, en la necesaria materialización de la finalidad suprema del planeamiento. La idoneidad de la parcela, el solar, consume el uso autorizado en la forma física de la edificación. A partir de este momento, mientras ésta subsiste, el uso del suelo previsto —suelo urbano edificable— permanece sólo como un concepto residual, sujeto a acción de los impuestos municipales —que son los que le siguen considerando suelo.

Así pues, esa atribución positiva de un uso predeterminado supone, para el propietario, una definición o delimitación negativa del contenido normal de su derecho, aunque desde la visión administrativa del suelo, la diversidad de regímenes jurídicos de la propiedad inmobiliaria, por medio de su función social, se estime como un uso estatutario cierto, en que cada situación legal, sea rústico, sea urbano. Esta concepción responde, para nosotros, a la idea equivocada de que la propiedad es un derecho 'inerme' y que el ordenamiento jurídico, a través de normas positivas concretas, va rellenando su contenido. Y decimos que es equivocada esta formulación por su parcialidad, resultado de la valoración jurídica del suelo rústico desde una óptica urbana. Si analizamos, sin embargo, el concepto propiedad inmobiliaria en la dinámica del ordenamiento total, con independencia de la intensidad de la positivación del uso, que hoy abarca por igual a la

---

de la transformación del suelo rústico en urbanizable o en urbano (la famosa 'lotería' de que habla GONZÁLEZ PÉREZ), donde el concepto de plusvalía urbana surge en su concepto estricto de beneficio obtenido de la actuación pública.

La atribución constitutiva o *ex novo* no supone ni mucho menos la concesión de un nuevo derecho o facultad. La atribución sólo es *ex novo* en cuanto, con independencia del uso que de la cosa hace su propietario, define uno determinado para cada finca Y aunque su fundamento interno positivo sea la intrínseca limitación del dominio o función social de la propiedad por razón del objeto desde la perspectiva del sujeto, la adscripción planificadora de un uso predeterminado, bien sea estático, bien sea dinámico, en su aspecto negativo, en cuanto excluye otros usos posibles, supone una limitación concreta y extrínseca. Un derecho de propiedad de uso único

El problema es de perspectivas. Desde la de la Administración atribuye un uso. Desde la del sujeto supone una limitación de los usos legales y potenciales de la cosa. Y si ambas perspectivas se combinan en un ordenamiento total y único del suelo, se puede decir que la parcela —rústica— carecía con anterioridad de aprovechamiento urbano, pero el propietario dirá que no del aprovechamiento subjetivo, rústico y 'pseudourbano' (vivienda).

propiedad rústica y urbana (76) y que se enmarca mejor en la transformación del uso precedente, entenderemos claramente que esa atribución *ex novo* no responde a la inexistencia del aprovechamiento potencial previo, sino a la imposición de un uso predeterminado, especificando en él la función social, intrínsecamente dinámica, que la sociedad, en cada momento, recaba de la titularidad de los propios bienes y señala el cauce legal de ejercicio de los derechos. Sólo la preexistencia de una serie de facultades en el dominio —goce, disposición, vindicación y exclusión— se acomoda a la finalidad superior que el legislador establece o estatuye, ya que la concepción de un derecho 'inerme' casa mal con el deber positivo y subjetivamente real que al propietario vincula. Sólo, pues, el Derecho civil de propiedad, potencial y abstractamente ilimitado en cuanto a los usos sociales posibles (77), justifica la imposición de un uso exclusivo y su alteración ulterior, provocando la redefinición de su contenido intrínseco en un momento dado, limitando de forma negativa la facultad de goce (78). La atribución, entonces, de un uso predeterminado no es consecuencia de una actuación discrecional y graciosa, por carecer de causa jurídica precedente. La atribución de ese uso es el reconocimiento legal de la propiedad privada. De la propiedad como detentación exclusiva del valor económico y social de una cosa (79), que será protegida por el ordenamiento en la misma medida que su utilidad revierta a la sociedad y en la misma medida que su titular asuma la carga real, la responsabilidad de su ejercicio en la forma planificada (80).

---

(76) Sólo hemos de tener en cuenta la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, las Leyes especiales de Protección de la Naturaleza, el Medio Ambiente y de Montes, la Ley de Aguas, la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, con carácter general, o la Ley de Reforma Agraria en Andalucía o las Leyes de la Dehesa y del Regadío en Extremadura —por ejemplo— para comprender el contenido estatutario de la propiedad rústica en cuanto su detentación impone un deber positivo de análoga intensidad a la propiedad urbana, al margen de su valor en cambio. Incluso el concepto 'plusvalía' surge con fortaleza en los supuestos de transformación del suelo de pastos o secano en regadío.

(77) Nada más lejos del dominio quiritario.

(78) Tan *ex novo* es el uso urbano como el rústico. La novedad sólo surge del reconocimiento de la situación precedente o de su alteración —valorando la plusvalía social que el cambio genere— mediante la ordenación del territorio.

(79) En cuanto el propietario, aunque socialmente esté advocado al cumplimiento de una función social positiva, puede realizar su valor en cambio o consumir en ciertos casos la cosa.

(80) En la evolución del concepto de propiedad se ha llegado a implantar, a través de la Ley de Expropiación Forzosa, en el núcleo del dominio la noción de expropiación forzosa sustitutoria, como resultado del incumplimiento de un deber legal. Es la expropiación-amenaza o expropiación-sanción. Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA (v. *supra),* el artículo 71 de la citada Ley valora la necesidad social de un comportamiento determinado por parte del propietario de un bien y sanciona su incumplimiento con la expropiación, al no colaborar éste con la función que el ordenamiento, en la realización de fines superiores, le impone. El resultado, la consecución material de ese fin, va a

En este genérico marco de la clasificación de los usos del suelo por el planeamiento, en concepción estática y limitativa, según la clasificación formal resultante —un régimen jurídico para cada clase de suelo— y en su concepción dinámica y activa, que impone la necesaria transformación ordenada de esos distintos usos mediante la ejecución material del proyecto objetivo que el planeamiento supone (81). Situación que supone, durante la materialización del fin, una serie compleja y variopinta de obligaciones, limitaciones, límites, cargas y deberes de naturaleza subjetiva y real, como apuntó GARCÍA DE ENTERRÍA. En el marco genérico, decimos, de esa concepción legal aparece la parcelación urbanística como una actividad divisoria material de carácter estatutario en cuanto su realización sólo puede atender a los fines concretos que el planeamiento tiene proyectados y necesita de la verificación administrativa previa —licencia de homologación— de que se va a actuar conforme a lo previsto en aquél. Y habida cuenta que esa operación-división presupone la equidistribución de los beneficios y cargas urbanísticas generales y la optimación volumétrica de cada parcela, el planeamiento, en aspecto dinámico de concreción de usos sucesivos en función de la transformación material operada, exige la aprobación del proyecto de ejecución —plan parcial— o la actuación directa sobre un tipo determinado de suelo, el suelo urbano —plan general— (82).

La materialidad de la división, sujeta a la verificación administrativa, repercute en la idoneidad de las nuevas parcelas por razón de su superficie

---

conseguirse de todas formas, bien por el propietario originario, bien por otro nuevo, sea o no la propia Administración. Y en este punto surge la necesidad de contar con la publicidad registral del grado de cumplimiento de ese deber real para que el nuevo titular conozca la carga urbanística que asume.

La función social se produce, en definitiva, en un doble plano subjetivo y objetivo. En el primero de ellos, el ordenamiento constitucional valora el derecho de propiedad, y singularmente su difusión, como un medio de conseguir la justicia en un Estado social y de derecho. En el plano objetivo, ese reconcimiento comporta la asunción por el propietario de la obligación activa que la positivación de su derecho conlleva: el uso según el destino social atribuido.

(81) Se trata de hacer coincidir el proyecto previo con la obra materialmente ejecutada.

(82) El artículo 96.1, en relación al artículo 94 de la Ley del Suelo, habla del Plan General, ya que los Municipios sin Plan, en principio, actuando dentro del suelo urbano delimitado, la operación divisoria podrá afectar a la parcela mínima, pero nunca será una parcelación urbanística al actuarse dentro del núcleo de población o su perímetro urbano

Si el Municipio goza de Normas Subsidiarias aprobadas y suelo urbanizable, será necesario el Plan Parcial oportuno.

La clasificación del suelo, según sus posibles usos, supone la distinción entre dos tipos básicos de suelo. Uno, de carácter transitorio, el suelo urbanizable, y otro, permanente, el suelo urbano. De la transitoriedad del primero resulta su vocación de transformarse en el segundo.

—metros cuadrados— y de su volumen —metros cúbicos—. De este acto puede resultar que la previsión del planeamiento en cuanto al volumen que debe asentarse sobre cada superficie física se vea alterada (nociones de parcela mínima y volumen edificable) (83).

La materialidad de la división, pues, como actividad sujeta a licencia previa, da lugar formal o externamente a la realización de un proyecto técnico —plano— y a su documentación, pública o privada. El acto material de parcelar, desde el punto de vista jurídico, se lleve a efecto simultánea o sucesivamente, requiere la aprobación de la actividad proyectada antes de su ejecución y puede revestir la forma de segregación o división. Distinción que surge fundamentalmente en el orden hipotecario para reflejar la persistencia o extinción de la finca precedente-finca matriz. Responde, pues, a una operación registral documentada en escritura pública. La parcelación como acto divisorio —división material y desaparición de la finca matriz, o segregación y persistencia de ésta— es un acto de administración y, dentro de éstos, de riguroso dominio: sólo puede realizarlo el propietario titular registral.

El acto administrativo reglado de la aprobación de la parcelación material proyectada —la licencia— puede obviarse, según apuntamos al principio de este apartado, si ésta no da lugar al nacimiento de nuevas parcelas independientes. Es decir, si se divide directamente el uso sin alterar la formalidad de la finca. El control administrativo, en esta caso, llegará, pero llegará más tarde. Se postergará a la concesión de la licencia de obras, y el proyecto de edificación vendrá caracterizado por la desconcentración del volumen en distintos lugares de la misma parcela. En este momento, si se respeta la proporción volumen-superficie aprobada por el planeamiento, la licencia será un hecho. Más tarde el propietario del suelo podrá transmitir cuotas indivisas de la finca con la adscripción de uso correlativa, materializando de hecho una parcelación urbanística sin este paso previo. O sea, materializando la parcelación del uso o aprovechamiento urbanístico. El sistema utilizado no es por sí mismo un acto de fraude de Ley. La finalidad del planeamiento se habrá cumplido, sin tener que sopesar los problemas de la concentración de volumen y la segregación de parcelas sobre las que luego se pretende edificar. El uso planificado se habrá cumplido.

El concepto técnico de parcelación urbanística, conforme a su definición legal (art. 94 LS), integraba en su supuesto de hecho dos elementos de difícil valoración documental, es decir, de difícil apreciación por el

(83) Como es lógico, la parcelación también presupone la aptitud del suelo o de una parte del mismo para la edificación.

Notario y Registrador de la Propiedad al autorizar la escritura pública y al calificar jurídicamente el acto inscribible respectivamente (art. 96.3).

Dice el artículo 94 de la Ley del Suelo:

"1. Se considerará parcelación urbanística la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes cuando pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población, en la forma en que éste se defina reglamentariamente.

2. Se considerará ilegal, a los efectos urbanísticos, toda parcelación que sea contraria a lo establecido en el Plan, Programa o Norma urbanística que le sea de aplicación o que infrinja lo dispuesto en el artículo 96 de esta Ley".

Y el artículo 96 añade:

"1. No se podrá efectuar ninguna parcelación urbanística sin que previamente haya sido aprobado un Plan cuando afecte a suelo urbano o sin la previa aprobación del Plan Parcial del sector correspondiente para el suelo urbanizable. En suelo no urbanizable no se podrán realizar parcelaciones urbanísticas.

2. Toda parcelación urbanística quedará sujeta a licencia y toda reparcelación a la aprobación del proyecto correspondiente.

3. Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia, que los primeros deberán testimoniar en el documento.

4. En ningún caso se considerarán solares ni se permitirá edificar en ellos los lotes resultantes de una parcelación o reparcelación efectuadas con infracción de las disposiciones de este artículo o el que antecede" (84).

El artículo 95, que antecede, señala que:

"1. Serán indivisibles:

a) Las parcelas determinadas como mínimas en el correspondiente Plan o Norma, a fin de constituir fincas independientes.

b) Las parcelas cuyas dimensiones sean iguales o menores a las determinadas como mínimas en el Plan, salvo si los lotes resultantes se adquirieran simultáneamente por los propietarios de terrenos colindantes con el fin de agruparlos y formar una nueva parcela.

---

(84) Es indudable que siendo el concepto de solar un concepto legal, según veíamos, esta disposición restringe la posibilidad de crear esas circunstancias objetivas con infracción de Ley. Al menos durante el tiempo de prescripción de acciones

c) Las parcelas cuyas dimensiones sean menores que el doble de la superficie determinada como mínima en el Plan, salvo que el exceso sobre dicho mínimo pueda segregarse con el fin indicado en el apartado anterior.

d) Las parcelas edificables en una proporción de volumen en relación con su área cuando se constituyere el correspondiente a toda la superficie o, en el supuesto de que se edificare en proporción menor, la porción de exceso, con las salvedades indicadas en el apartado anterior.

2. Los Notarios y Registradores harán constar en la descripción de las fincas la cualidad de 'indivisibles' de las que se encontraren en cualquiera de los casos expresados.

3. Al otorgarse licencia de edificación sobre una parcela comprendida en el apartado *d)* del párrafo uno, se comunicará al Registro de la Propiedad para su constancia en la inscripción de la finca" (85).

Del análisis de este articulado surge la dificultad práctica aludida del control instrumental —escritura pública e inscripción—. El supuesto de hecho para su aplicación no siempre se patentiza por la falta de coordinación entre Derecho privado y Derecho público, al no arbitrarse medios de valoración de una situación de hecho al núcleo de población. Cuando se produce el acto divisorio, si no va acompañado de ventas simultáneas y declaraciones de obra nueva correlativas, no se puede sino presumir la existencia de un núcleo de población. No consta la naturaleza urbanística de la finca dividida. La manifestación del que realiza el acto puede ser insuficiente. Bastará que, bajo pena de falsedad en documento público, el interesado diga que es suelo rústico para excluir la aplicación del artículo 96. O aun cuando describa la finca como urbana, sin aludir a la clasificación del suelo, hemos de aplicar una presunción no contemplada legalmente (86). Problema que se agrava, en la práctica, por la falta de aplica-

(85) En mi corta experiencia no he tenido ningún caso de comunicación al Registro en virtud de esa prevención legal. Muchas veces el grado de efectividad de los sistemas normativos no lo da la bondad o perfección de sus leyes, sino su grado de aplicación y cumplimiento. El sistema debe valorar también la sencillez por razón de su eficacia práctica.

(86) Por eso la legislación urbanística catalana contiene un precepto expreso para que el Registrador, en caso de segregaciones sucesivas, aplique esa presunción Norma indudablemente eficaz y práctica, aunque haya sido criticada por algún autor, como PAREJA LOZANO *(Régimen de suelo no urbanizable.* M. Pons, Madrid, 1990).

Sobre la fácil coordinación a estos efectos, véase *supra, Análisis del artículo 13 3 de la Ley de Disciplina Urbanística.*

ción de estas disposiciones a los municipios sin Plan, como entiende GONZÁLEZ PÉREZ (87), y por la segregación sucesiva de parcelas.

Si la Administración urbanística comunicara de oficio el contenido normativo del Plan y de cada Plan o Norma —o su alteración—, la labor se facilitaría en extremo. Y ello aunque cuente con el contenido de los artículos 94.2 y 96.4 (que la hacen responsable del control 'policial' de su propio término municipal, desvirtuando la eficacia del control instrumental insuficientemente previsto) y con la publicidad superior del Plan, que no llega a la definición exacta de las parcelas afectadas en cada momento, dada la sucesiva concreción de clasificaciones de uso o transformación del suelo. Pero volvamos, de momento, al concepto de parcelación (88).

"Son, pues, cuatro los requisitos de la parcelación legal en suelo urbano: 1) La división simultánea o sucesiva de terrenos. 2) La creación de un núcleo urbano de población. 3) La existencia de un Plan General aprobado. 4) Licencia municipal de parcelación. No obstante, se considera ilegal toda parcelación que infrinja el Plan, Programa o Norma urbanística aplicable, o lo dispuesto en el artículo 96 (89).

Según esto, la división de terrenos urbanos que no dé lugar a núcleos de población está excluida de su ámbito de aplicación, bien porque se realice dentro del núcleo urbano, bien porque el destino de las fincas divididas no posibilite su formación. Y ello sin que quepa extraer la consecuencia de que por el mero hecho de actuar sobre suelo urbano vayamos a estar ante una parcelación y el destino tenga que ser el asentamiento de población con fines de edificación de un conjunto de viviendas. Existen otros usos y construcciones en suelo urbano (y viviendas aisladas; véanse arts. 82 y 83 LS).

La concurrencia de los que denomina GONZÁLEZ PÉREZ, en base a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2-11-1985, elemento genérico —división— y específico —núcleo de población— es inexcusable para

---

(87) GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, op. cit., t. I, pág. 959. En otro caso, dice, su aplicación "sería tanto como condenar a una absoluta paralización del tráfico jurídico en todo municipio que carezca de Plan". "De ahí que habría que considerar inaplicable este régimen del artículo 96 cuando faltara Plan General".

A esta consideración respondió, sin duda, la intervención de JOSÉ MANUEL DIE LAMANA en las Primeras Jornadas de Urbanismo de Maspalomas cuando destacaba el efecto paralizante sobre la contratación del aumento indiscriminado de licencias en suelo rústico y urbano.

(88) La Administración estará más interesada en cuanto las urbanizaciones o parcelaciones ilegales se consolidan con el paso del tiempo, aun ante el conocimiento del propio Ayuntamiento de la situación (v. la ponencia citada de CALVO ALONSO-CORTÉS, págs. 137 y sigs., en las Jornadas sobre Urbanismo y Publicidad Registral de Valladolid).

(89) La ilegalidad incluso en contra de la licencia, como hemos visto. Disposición que, por otra parte, destaca el carácter declarativo de la licencia.

estar en presencia de una *parcelación urbanística;* y el cumplimiento de los dos presupuestos contenidos en los artículos 94 y 96 —Plan General y licencia— dota al acto divisorio generador del núcleo urbano de *legalidad.* Ahora bien, de esos cuatro requisitos, uno de ellos escapa de la norma al mundo de los hechos y se convierte en detonante de esa legalidad. ¿Qué es núcleo urbano de población, cuantitativa y cualitativamente? Jurisprudencialmente es una *quaestio facti,* como lo prueban las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 y 13-6-1985, 3 y 13-7-1985, y se tiene en cuenta como dato objetivo la formación de varias parcelas dotadas de una serie de accesos independientes que habiliten su utilización separada (caminos; o servidumbre, podríamos añadir) o su potencial utilización urbanística (si dan, todas o algunas, frente a vía pública o privada, tienen acceso rodado y se patentiza la finalidad edificatoria; STS 10-3-1978).

La Ley de Planeamiento Urbanístico de Cataluña, por su parte, ante la insuficiencia advertida, encomienda a los Planes Generales y Normas Subsidiarias la delimitación en función de las peculiaridades municipales y supramunicipales, al tiempo que en su artículo 20.2 ensaya una definición legal: "Núcleo de población... es el *asentamiento humano* generador de requerimientos o de necesidades asistenciales y de servicios urbanísticos" (90).

Con anterioridad al sistema que la Ley vigente impone, había escrito GONZÁLEZ PÉREZ (91): "Fruto de esta situación es la existencia de una verdadera anarquía. Y entra dentro de lo posible que pueda llegarse en puro derecho a actos tan contrarios al régimen de aquellas comunidades —urbanizaciones privadas— como la venta de la cuota en los elementos comunes con independencia de la parcela y hasta que cualquier copropietario solicite la división material de los bienes comunes, al amparo de los preceptos del Código Civil".

"Hemos de evitar que esto ocurra. Y para ello existe un instrumento de valor inapreciable: el Registro de la Propiedad. En efecto, partiendo de una regulación no muy perfecta, podemos llevar a cabo una adecuada utilización del Registro, de modo que tenga fiel y completo reflejo en sus libros el régimen jurídico de cada urbanización particular como un todo orgánico".

"El procedimiento no puede ser otro que el que imponen los principios siguientes:

---

(90) Véase *Régimen jurídico del suelo en Canarias,* op. cit., págs. 11-12, y GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo,* op. cit., t. I, págs. 943 y sigs.

(91) J. GONZÁLEZ PÉREZ: "Los planes de ordenación urbana de iniciativa particular", *Curso de Conferencias,* cit., págs. 213 y sigs., en especial págs. 253-254.

1.º Negando el acceso registral de toda parcelación urbanística que no presuponga un plan parcial de ordenación debidamente aprobado.

2.º Pero no basta la existencia del plan. Si el plan de ordenación se hubiera aprobado y no hubiese reflejo en los libros del Registro, de nada serviría. Desde que tiene entrada en el Registro una finca nueva, es absolutamente necesario que los mismos libros reflejen con suficiente detalle las características de la ordenación, en cuanto suponen una limitación de la propiedad no sólo en favor de la comunidad, sino para hacer posible la existencia misma de cada parcela.

3.º En cuanto el plan no sea suficiente como ordenación de los elementos de propiedad común, deben tener entrada en el Registro los estatutos que regulan la propiedad y contienen su régimen jurídico".

Para GONZÁLEZ PÉREZ, el problema general se plantea por "el imperfecto reflejo registral de los planes de ordenación" (92). Como consecuencia del plan, el terreno por el mismo ordenado resulta dividido en zonas a las que asigna un determinado destino urbanístico. No en balde se ha considerado la zonificación como esencial de toda planificación. "De este modo, una parte del terreno estará formado por parcelas edificables. Pero al de este suelo edificable existirá otro con los más diversos destinos: viales, zonas deportivas, espacios libres, etc. Es indudable que la ordenación tiene una repercusión directa en el régimen de la propiedad incluso en la titularidad, en cuanto que: *a)* Una parte del terreno está ineludiblemente destinada a ser dominio público mediante la correspondiente cesión a favor del ente público municipal: las calles, plazas, paseos... *b)* De otra parte, el terreno estará constituido por todas aquellas parcelas que constituyen el suelo edificable. *c)* Pero al lado de aquellas dos clases de terrenos, está otra porción de terreno donde se plantean graves dificultades. Pues en todo plan, memoria y planos que ordenan esto que se ha llamado una 'urbanización particular', suelen existir superficies nada despreciables bajo las denominaciones más diversas. Por ejemplo, zona deportiva, club social, zona de juegos, parque infantil, etc. Y lo frecuente es que la titularidad de esas superficies de suelo quede en nebulosa".

Desde 1973 en que se pronunció esta Conferencia, ni la regulación administrativa —parcelación urbanística—, ni la civil —urbanización privada— del problema tuvo debida solución. Sólo y a partir de la Constitución de 1978 se han visto resueltos muchos de los problemas jurídico-prácticos con la legislación autonómica, a la que aporta hoy la Ley de Reforma notables instrumentos. Entre ellos la verificación coordinada de la parcelación urbanística a través de la relación entre los artículos 96.3 y 96.4 de la Ley del Suelo y 25.2 de la nueva Ley. Lo que impone a la Ad-

(92) *Op. cit.*, págs. 250-252.

ministración, por simple congruencia, en su actuación reglada a analizar, cuando otorgue la licencia de obras, la legalidad previa de la parcelación o urbanización, suponiendo la concesión de aquélla la regularidad de ésta.

Así pues, la falta de armonización entre la legislación urbanística y civil, hipotecaria y notarial, remarcadas sus diferencias en la duplicidad paralela y divergente de esa relación trilateral por razón del desarrollo del Derecho, ha hecho —o puede hacer—, salvo el remedio jurídico de la interpretación de Notarios y Registradores, en atención a la finalidad de las normas, insalvable la integración. La evolución del concepto de urbanización privada hacia fórmulas comunitarias, que si bien resuelven la cuestión planteada por GONZÁLEZ PÉREZ de la titularidad de esas superficies de terreno que quedan en nebulosa, deja obsoleto el concepto urbanístico de parcelación, al tiempo que acentúa la necesidad administrativa de aplicar el artículo 96.4 de la Ley del Suelo, surgiendo ese control en un segundo momento.

Esa disociación conceptual aparece destacada en las fórmulas de la propiedad horizontal 'tumbada', donde la división no es propiamente material, sino jurídica —no hay nuevos lotes o parcelas—; de la comunidad funcional con división 'pro diviso' del uso —en aparente contradicción terminológica— de una porción de superficie indivisa de la finca (93), y de la comunidad ordinaria con pacto anticipado de división futura. A menos que interpretemos teleológicamente la disposición del artículo 94 de la Ley del Suelo (94) sobre el principio básico de que el planeamiento clasifica

---

(93) La propia formulación patentiza la excepcionalidad de la figura, que difícilmente se puede expresar con los términos romanísticos: comunidad, función, división del uso con adscripción indisoluble a una cuota ordinaria —*pro indiviso*— y parte indivisa de la finca en la titularidad. Es decir, indivisión 'romana' de la titularidad con división 'germánica' del uso. Doble cuota de uso y de titularidad unidas *ob rem*.

(94) El efecto querido y conseguido no deja de ser el mismo de la división material: goce, disposición y vindicación de un espacio físico determinado.

Incluso en el último caso, en el pacto anticipado de división futura puede encubrirse o albergarse una parcelación de uso. Desde el momento en que por pacto interno —no publicado por el Registro o aunque lo publique— se establezca la división del uso, y particularmente la edificación independiente sobre una parcelación superficial determinada, la consecuencia sería la misma que en la comunidad funcional y en la parcelación urbanística. Toda vez que la Dirección General de los Registros (v. trabajo citado: *Algunos aspectos del régimen jurídico de las comunidades en el Derecho español),* en sendas Resoluciones admite la inscripción de ese pacto anticipado e incluso la división horizontal de un edificio sin extinción de continuidad, adjudicándose cada comunero el piso que autoedificó o edificó a su costa (RR. 1-4-81 y 18-4-88). El Tribunal Supremo, como hemos visto y veremos, entiende que la acción de división es civilmente válida, aunque urbanísticamente suponga una parcelación sin licencia [irregular o ilegal (STS 13-5-80)].

Véase AMORÓS PAU: *Jurisprudencia Registral (1978-1985),* ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 350 y sigs., y A. BARTOLOMÉ MARTÍNEZ: *Prontuario de Jurisprudencia hipotecaria,* ed. Colegio de Registradores, 3ª edición, Madrid, 1990, pág. 141.

usos, atribuyéndoles un régimen jurídico propio, y en cuanto éstos, en un mismo momento —perspectiva estática—, son distintos, podemos hablar de diferentes tipos —o clases— de suelo, traduciendo uso exclusivo por parcela o lote, la licencia de parcelación urbanística habrá desaparecido.

Y estando como estamos en un período de transición en la definitiva consolidación de esas nuevas fórmulas legales, y siendo como es posible la adopción de distintas figuras jurídicas y aplicar diferentes regímenes —expreso y analógico— a las urbanizaciones privadas o parcelaciones urbanísticas, su futura regulación positiva deberá atender la necesidad de la redefinición de ambos conceptos, intentando reducirlos a una única regulación legal, integradora de la visión civil y administrativa de esa relación jurídica sustancialmente unitaria. A la conceptuación estatal básica del término "parcelación urbanística", que apuntó RUANO BORRELLA y sigue MARCOS JIMÉNEZ, debe añadirse, en el supuesto de hecho legalmente contemplado, la noción de división del uso, cifrado éste en núcleo central de la renovada categoría jurídica, donde la tradicional figura de la división física —o material— tan sólo subsiste residualmente (95).

Finalmente, antes de dar paso a un breve estudio de los elementos del concepto de parcelación, nos queda añadir que el borrador del anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, estructurado en cuatro títulos, sobre reglas comunes, complejos urbanísticos, propiedad horizontal y propiedad por períodos recoge la práctica generalizada en este momento de aplicar —analógicamente ahora— la Ley de Propiedad Horizontal a las urbanizaciones privadas, impugnando esta denominación, tal vez, por su carácter impropio, ya que todo proceso de urbanización es una función pública y estas urbanizaciones sólo lo son de iniciativa particular, a pesar de su consolidación en la terminología jurídica habitual. Las urbanizaciones privadas pasarán a llamarse "complejos urbanísticos". La técnica seguida desde su aspecto registral es la que consagró la Resolución de 2-4-1980, esto es, la del triple folio o propiedad horizontal 'tumbada'.

Dice su artículo 1, ámbito objetivo, que: "La presente Ley será de

---

(95) Véase RUANO BORRELLA: *Op. cit.*, págs. 200-202, y M. MARCOS JIMÉNEZ: *Reparcelaciones de fincas. El Registro de la Propiedad*, op. cit , pág. 173.

Con carácter general, se refieren a la comunidad de intento e indivisibilidad dentro del fenómeno urbanístico R. ARNÁIZ EGUREN y J. M.ª CHICO Y ORTIZ, que recoge la opinión de aquél, destacando en concreto la originalidad de su tesis en cuanto, dentro del examen de las facultades dominicales, debe tenerse presente, al analizar una situación concreta, no sólo las normas positivas, sino también "el estatuto constituido en el título que alumbra la necesaria comunidad de intereses y el régimen de cotitularidad que ha de recaer sobre el bien inmueble. Es decir, se da entrada a la posibilidad de la delimitación negocial del contenido del dominio" (J. M.ª CHICO Y ORTIZ: "La propiedad y el Registro de la propiedad: conexiones y perspectivas", en *Curso de Conferencias de los Centros de Estudios Hipotecarios de Galicia y Madrid (1984-1985)*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1986, pág. 159).

aplicación a los conjuntos de fincas edificadas o edificables caracterizados porque la propiedad de cada una tiene inherente un derecho inseparable de comunidad especial sobre los elementos destinados al servicio o utilidad común de todas ellas.

En particular, la Ley será aplicable a los complejos urbanísticos, a la propiedad horizontal y a la propiedad por períodos".

El artículo 2, contenido de la comunidad especial, señala que: "1. La comunidad especial recaerá sobre los elementos e instalaciones que necesariamente hayan de ser comunes por exigencias de la estructuración arquitectónica o urbanística del conjunto, así como sobre aquellos otros elementos, instalaciones e incluso unidades susceptibles de aprovechamiento independiente que hayan sido afectados al servicio o utilidad común.

Las parcelas o porciones de parcela susceptibles de segregación sólo podrán quedar afectadas como elementos comunes si se determina el destino que haya de tener en favor de los comuneros. Si no obstante esta afectación no se diera de hecho durante más de diez años al uso o aprovechamiento previsto, cualquiera de los comuneros puede exigir que la parcela o porción de parcela pase a ser objeto de condominio ordinario."

2. El derecho de comunidad especial inherente a cada propiedad no atribuye la facultad de pedir la división y sólo podrá ser enajenado, gravado o embargado juntamente con la propiedad, de la cual es inseparable.

El artículo 3, imperatividad de las normas, recoge que: "1. Los actos y relaciones jurídicas sobre conjuntos inmobiliarios situados en España quedarán *imperativamente* sometidos a esta Ley y a los Tribunales españoles.

2. Son nulos los pactos que vinculen la titularidad de una propiedad separada o un *derecho de goce* a la cualidad de miembro de una sociedad o asociación; los pactos comunitarios que establezcan prohibiciones o restricciones sobre los terrenos a quienes, a su vez, pueda transmitirse la propiedad o *el goce,* y los de sumisión a arbitraje, salvo si se conciertan una que haya surgido la cuestión disputada".

El Título II, "Complejos urbanísticos", en sus artículos 36 a 42, se ocupa de la especialidad de esta situación respecto de las normas comunes. El artículo 36 contiene su concepto: "1. En los complejos urbanísticos las *propiedades separadas* recaen sobre las distintas parcelas, construidas o no, integrantes de un conjunto.

2. *Salvo que otra cosa se pacte* al convertirse el régimen comunitario, cada una de las parcelas es objeto de una única propiedad separada, aunque sobre ella esté constituido un conjunto inmobiliario independiente.

3. Cada complejo urbanístico puede ser, a su vez, unidad en un complejo urbanístico superior".

El artículo 37 establece por su parte una obligación típicamente urbanística —*ex lege* e imperativa— que debe relacionarse con el principio de subrogación real de la Ley del Suelo: "El promotor de una urbanización privada contrae, frente a los adquirentes de las distintas parcelas, la obligación de ceder viales, terrenos, instalaciones y servicios adecuados a las necesidades del conjunto, los cuales pasarán a elementos comunes de propiedad privada en tanto no resulte otra cosa en aplicación de la legislación urbanística".

En cuanto al otorgamiento de la escritura pública y su inscripción registral, el artículo 38 coordina de una forma directa la legislación urbanística (art. 96.3 LS) con la civil, notarial e hipotecaria. Dice el expresado artículo: "La escritura en la que se convenga (96) el régimen del complejo o se establezcan los estatutos y la correspondiente inscripción habrán de expresar *la licencia de parcelación.*

A la escritura matriz se incorporará un plano de la zona del complejo y de las distintas parcelas objeto de propiedades separadas. Para la inscripción se acompañará copia auténtica del plano, que quedará archivado en el Registro de la Propiedad".

El sistema expuesto, en sus líneas generales, responde, como puede observarse, con notable técnica conceptual, a la noción tradicional de parcelación urbanística desde el punto de vista civil, dejando entrever, no obstante, su carácter imperativo, la jurisprudencia registral en materia de adscripciones de uso y comunidad funcional, que tiene un auténtico reflejo legal en el artículo 68 del Reglamento Hipotecario, fundamentado más en razones prácticas de mecánica operativa que en razones dogmáticas. El Reglamento no valora la relación sustantiva que subyace.

---

(96) O establezca, ya que el régimen puede constituirse antes de la transmisión de los elementos independientes —parcelas— a terceros adquirentes, sobre todo por lo que tiene de proyecto de parcelación en tanto se ejecuta, legalmente previa licencia, la urbanización. Aunque no se diga y el artículo 1 hable sólo de fincas edificables, debe entenderse por simple lógica normativa que incluye la parcelación previa a la formación de los solares edificables o parcelas.

Por otro lado, como ocurre con la propiedad horizontal en la Ley de 1960, nada impide que se constituya anticipadamente, sin perjuicio de su vocación —sin recurrir a la fórmula de suspensión de efectos— traslativa, ya que puede ser un legítimo régimen de explotación por el propietario único.

A la palabra 'convenga' no se le debe dar mayor trascendencia. Al régimen previo o preconcebido, proyectado, parece referirse el inciso siguiente al exigir para otorgar los estatutos la licencia urbanística, puesto que éstos se otorgan después de constituido el régimen, no se comprende su necesidad reiterativa (su existencia constará en el propio Registro).

A) RÉGIMEN GENERAL

De la concurrencia normativa de los artículos 94, 95 y 96 de la Ley del Suelo, resulta el siguiente régimen general: 1.º La parcelación urbanística supone la concurrencia de dos elementos fácticos: división, sucesiva o simultánea, de terrenos en dos o más lotes, y la formación de un núcleo de población. 2.º La parcelación urbanística requiere para su realización licencia previa. 3.º Sólo se puede parcelar suelo urbano en municipios con plan. 4.º La formalización instrumental del acto —escritura pública e inscripción registral— exige la presentación de la mencionada licencia. 5.º Serán ilegales a efectos urbanísticos las parcelaciones de terrenos clasificados como suelo urbanizable, programado (97) y no programado, y no urbanizable o rústico. Y en todo caso, incluso con licencia previa, las que no sean conformes al planeamiento. 6.º En los municipios sin plan, según GONZÁLEZ PÉREZ, no rigen los artículos 94 y 96 de la Ley del Suelo, en cuanto al suelo urbano se refiere (98). Las restantes se regirán por la legislación agraria. 7.º Por simple congruencia normativa, las parcelaciones que contravengan la parcela mínima, aunque cuenten con licencia, serán asimismo ilegales. 8.º Como garantía legal del cumplimiento de estas disposiciones, el artículo 96.4 priva de la condición de solar (99) a las parcelas resultantes y de la posibilidad de obtener la licencia de edificación cuando se infrinja lo prevenido en los artículos 95 y 96. A pesar de ello, si se edifica sin licencia o con licencia ilegal y la Administración no actúa frente al infractor, la situación se consolida por el transcurso del plazo de prescripción (100).

Habida cuenta que, como antes expresamos, todo el sistema legal se articula sobre una serie de cuestiones de hecho (101), los instrumentos de control de la regularidad de esa actuación material, que es la que está realmente sujeta a licencia previa, sólo son apreciables por la Administra-

(97) La necesidad de Plan Parcial y la garantía de la urbanización simultánea supone la previa transformación en suelo urbano.

(98) Por imposibilidad absoluta del cumplimiento de uno de los requisitos básicos: la existencia del Plan General. No obstante, si las Normas Subsidiarias clasifican determinada zona como suelo urbanizable, entendemos subsiste la exigencia al ser necesaria la aprobación del oportuno Plan Parcial.

(99) En este punto debe estimarse así, aunque reúnan las circunstancias legales objetivas

(100) Salvo que se haya procedido a parcelar y a edificar sobre zonas que por sus especiales características —zona verde— no estén sujetas la infracción a plazo de prescripción.

Una vez prescrita la acción, tiene lugar lo que el legislador catalán denomina, creo recordar, "acto tácito de legalización".

(101) Conformidad con el planteamiento, formación de un núcleo de población y división simultánea o sucesiva.

ción ante la inexistencia de presunciones formales que coadyuven al control instrumental de la actividad, apreciable de oficio por Notarios y Registradores (102). La práctica, además, muestra que la mayoría de las parcelaciones ilegales se producen en suelo rústico, quedando, pues, fuera de la previsión legal.

Por otro lado, la falta de coordinación de esta normativa con la legislación civil en general, y con la hipotecaria y notarial en concreto, desvirtúa todo el mecanismo del control formal de la irregularidad urbanística, con su correlativo colorario jurisprudencial (103).

La coordinación debe empezar por la obligación del interesado de acreditar administrativamente el tipo de suelo sobre el que actúa —bajo advertencia documental y publicidad registral, en otro caso, de sus consecuencias legales— y por la remisión de la información urbanística al Registro de la Propiedad (planes, alteración, parcelas mínimas) (104).

Hoy, sin embargo, en la propia legislación estatal sí existen medios de control formal, al menos por la relación del artículo 96.4 con el 25.2 de la Ley de Reforma, si bien excluye de su ámbito las edificaciones y construcciones en suelo no urbanizable, remitiendo el artículo 6 al mundo de los hechos la presunción, que no fórmula, sobre garantía "de la preservación del mismo del proceso de desarrollo urbano".

Y este control ulterior de la actividad (105) se ve reforzado por otra disposición legal. El artículo 29, que brinda en su punto 1.º la oportunidad al adquirente o tercero —consumidor— de conocer el régimen urbanístico aplicable al objeto jurídico, y en el 2.º la autocoordinación mediante la

---

(102) Fácilmente destruibles por el titular mediante la presentación de la certificación municipal de la innecesariedad de la licencia.

La imposibilidad surge de la ausencia de medios. Situación que ha cambiado con la legislación autonómica y en especial en Cataluña, donde sin paralizar el tráfico privado la calificación y la publicidad registrales hacen el resto (existe la posibilidad de valorar los indicios de núcleo de población).

(103) Sentencia del Tribunal Supremo de 13-5-1980. la acción de división de la cosa común se rige por el Código Civil y sus preceptos no están modificados por la legislación administrativa. Resoluciones de 15-11-1981 y 22-4-1985, y Auto de 30-6-1979 (v. *Régimen jurídico del suelo en Canarias,* op. cit , pág. 41; LASO MARTÍNEZ: *Ilicitud administrativa y validez civil,* op. cit.; RUANO BORRELLA: *Op. cit.,* pág. 195; UTRERA RAVASSA: *Op. cit.,* pág. 1099).

La Resolución de 1985 estimó apreciable por el Registrador la presunción de parcelación ilegal en suelo rústico (v. AMORÓS y PAU: *Op. cit.,* págs. 719 y sigs.).

Obsérvese que se habla de coordinación. Se trata de dos ramas del Derecho con la carga interdisciplinaria que ello supone, como destaca GARCÍA GARCÍA (v. RUANO BORRELLA: *Op. cit.,* pág. 180).

(104) Véase *supra* sobre el establecimiento de un sistema práctico y no impeditivo de la libertad del tráfico jurídico.

(105) Se pretende que no se materialice la parcelación —aspecto preventivo—, pero en último caso queda la paralización de las edificaciones (arts. 96.4 LS y 25.2 LR).

remisión de oficio de la copia de certificación acreditativa del cumplimiento de los deberes urbanísticos a que se refiere el artículo 15. Deberes de cesión, equidistribución y urbanización en plazo.

De esta forma, si bien la nueva Ley deja en el aire aspectos sustantivos del contenido del dominio y de la graduación de la sanción, debe reconocerse el importante paso que da a favor de la coordinación legislativa, que desde la optica hipotecaria será plena con la reforma del Reglamento Hipotecario.

El sistema actual en materia de parcelación, por otra parte, según se ha reseñado, se centra en la apreciación previa por la autoridad urbanística de la adecuación del proyecto divisorio a la previsión planimétrica. Es decir, se centra en la idoneidad objetiva de las nuevas parcelas para la edificación en esa relación física de aptitud entre superficie y volumen, en la materialización del uso asignado sobre el presupuesto del respeto de las normas de cesión, equidistribución y urbanización en plazo (106). Relación que se complica con la técnica de la distinción entre el aprovechamiento susceptible de apropiación por el propietario y el aprovechamiento real de la parcela.

En definitiva, el sistema aprecia una doble cualidad en la parcela, superficie objetiva y volumen, con una sola finalidad, materialización del uso o aprovechamiento atribuido como medio de hacer realidad el planeamiento proyectado. La parcela mínima, pues, es la prefiguración de una medida de superficie y otra de volumen, con orden de prioridades claro y preciso en cuanto cumplimiento del planeamiento; la segunda medida, medida de uso de carácter ejecutivo, prevalece sustancialmente sobre la primera, de naturaleza preventiva.

1. *La parcela mínima*

El concepto de 'parcela mínima' se erige en determinante de la viabilidad de la parcelación urbanística, en sentido estricto, y de cualquier división, en sentido lato.

"La indivisibilidad es una consecuencia de la *unidad mínima de aprovechamiento*. Toda ordenación urbana deberá, en función del destino de la zona y su consiguiente utilización, establecer las dimensiones de la

(106) La lógica de la Ley hace que en este punto se hable de suelo urbano, entendiendo que esos deberes se han cumplido. De ahí la gravedad de una actuación ilegal que el ordenamiento debe erradicar por el propio interés de los consumidores (infradotación estructural) y del Ayuntamiento (obligado cuando prescribe su acción a salvar las deficiencias, sin haber hecho propio la parte que en la plusvalía urbanística le corresponde).

parcela mínima. Normalmente, así se hará en las Ordenananzas que reglamenten el uso del terreno. Establecida la parcela mínima, no es concebible la utilización de cualquiera que no alcance aquellas dimensiones. De ahí que no se conciba la división de terrenos que conduzca a parcelas inferiores".

En estas palabras de GONZÁLEZ PÉREZ (107), se condensa todo el sistema urbanístico de uso del territorio. La coordinación, con insistencia y reiteración aludida, aconseja la comunicación de oficio al Registro de la Propiedad de las dimensiones mínimas de las parcelas por razón de la zona y de ulteriores alteraciones. El acto expreso de comunicación, no obstante la publicidad superior del Plan y de la que al Plan Parcial acompañe, responde a un imperativo de seguridad jurídica, ya que si todo el sistema se articula sobre esta noción y por todo el sistema entendemos parcelación, división y edificación, para que el Registro publique el carácter mínimo de la parcela y su indivisibilidad es necesario el traslado expreso de la norma aplicable, con carácter general, primero, y específico, luego. No ya porque el Registrador no pueda conocer por los cauces de publicidad ordinario la dimensión de la parcela mínima, sino para que la calificación se centre en el problema e incluya la congruencia de las licencias con la disposición reglamentaria aplicable, particularmente, en la dinámica del planeamiento urbanístico (suelo transformable en solar), donde la coordinación empieza a ser colaboración (108). Si esa concreta comunicación, la aplicación directa del concepto legal estático de parcela mínima, tomado de la norma, puede distorsionar el tráfico jurídico publicando una presunción equívoca por mutable y que no resta validez al acto civil divisorio. Especialmente, la excepción del artículo 95.3 remite a un momento posterior el control de la viabilidad de la finalidad edificatoria de la parcela (volumen agrupable al de la finca colindante: viabilidad mediata).

La consecuencia del carácter de "parcela mínima" de un terreno es su indivisibilidad. Y los efectos de su transgresión, "las sanciones a la prohibición de dividir", siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ, son :"*a)* La parcela que no reúna las dimensiones mínimas no se considerará solar ni se permitirá edificar en ella (art. 96.4). *b)* El Ayuntamiento denegará la licencia para construir en una parcela que no reúna aquellas condiciones. *c)* Se incurrirá en infracciones que podrán ser sancionadas en la forma y cuantía que establecen los artículos 226, 227 y 228. *d)* Por último, es discutible la nulidad de los actos jurídico-privados de división que contraviene lo dis-

(107) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo,* op cit., págs. 949 y sigs Para esta cita, pág. 949.

(108) Al margen de la validez del acto civil, el Registro publicará la infracción del carácter mínimo de la parcela.

puesto en este artículo". La validez del acto civil divisorio. El articulado de la Ley del Suelo que regula específicamente la indivisibilidad no parece partir de la nulidad de pleno derecho, ya que en este caso sobrarían las sanciones que prevé para el supuesto de incumplimiento, sin duda por entender que, en definitiva, la parcelación ha de ser autorizada por un acto administrativo". Y el artículo 188 de la Ley del Suelo supone un serio argumento, a *sensu contrario,* sobre la validez del acto (109).

El límite de la divisibilidad es, a su vez, un límite negativo de la actuación urbanística, a efectos del otorgamiento de licencia, que aboga por su naturaleza declarativa o recognoscitiva de un derecho preexistente (110). "El Plan puede fijar límites a la parcela mínima, pero no la indivisibilidad al margen de los supuestos que enumera el artículo 95", conforme reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 22-10-1984 (111).

El régimen resultante, pues, de la noción de parcela mínima indivisible afecta por igual a la parcelación urbanística y a la división material en núcleo urbano, con un doble sistema de control que atiende a un objetivo único: la materialización del uso previsto en el planeamiento a través del volumen edificable y del límite de alturas de la proporción de volumen —metros cúbicos— por metro cuadrado —superficie—. Ese doble sistema de control, verificable con el otorgamiento de la licencia de edificación, utiliza dos medios diferentes. La licencia previa, para la parcelación, y la negación del carácter de solar, para la división genérica, reduciendo la intervención del control instrumental negativo —escritura pública e inscripción registral— al primer caso, y la del positivo, al segundo -publicidad del carácter indivisible— (112).

Si como antes expusimos, el núcleo central de la actividad urbanizado-

---

(109) *Op. cit.*, pág. 950.

(110) T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Manual de Derecho urbanístico,* op. cit., pág. 204.

(111) GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo,* op. cit., págs. 951-952.

(112) En el primer caso, la noción de ilegalidad urbanística se extiende también a la negación del carácter de solar a la parcela resultante —sea o no mínima— y de la licencia de edificación.

No desconocemos que los problemas de coordinación se patentizan en relación inversa a su grado de concreción o especificidad. Mientras más genéricas sean las normas o planes, mayor será la dificultad. Dificultad que se tropieza con el principio registral de especialidad o determinación. Por ello postulamos por la integración paulatina finca por finca. Nada cuesta al Ayuntamiento cuando debe hacer uso del artículo 95.3 recabar los datos registrales de la finca al interesado. Pues suponemos que la falta de aplicación o de interés municipal en su aplicación viene motivado a veces por carácter imperativo de sus actuaciones, al margen del contenido del Registro Es la seguridad jurídica la que aconseja la coordinación, aun en contra de los inconvenientes administrativos

ra se contrae al concepto proporcional de volumen (metros cúbicos por metros cuadrados) al uso, en definitiva, se comprenderá fácilmente que la superación del sistema estrictamente superficial de determinación de la idoneidad edificatoria se extiende de la definición de 'parcelación urbanística' al de su presupuesto legal, la 'parcela mínima indivisible'. La validez del acto civil se fundamenta ahora no en la trascendencia extraurbanística u ordinamental de la disposición administrativa, sino en la ineficacia sobrevenida, superando la dicotomía de ambos cuerpos jurídicos. La división de la finca que realiza el propietario, parcelatoria o no, consecuencia del ejercicio de la *actio communi dividundo* o de la partición hereditaria, carecerá de efectos urbanísticos y desproveerá, civilmente a la nueva parcela de su actitud edificativa inicial, de la posibilidad de ejercicio del *ius edificandi* dentro de la legalidad. El uso y, en su caso, el volumen proporcional se impone y desconoce la división operada. Los propietarios afectados se verán obligados a edificar, si es posible, previa agrupación de hecho y de derecho de las parcelas para hacer realidad física la concentración de volumen.

Por ello, al Derecho urbanístico no le afecta el acto divisorio. Le afecta a los propietarios, utilicen, bien la técnica de la parcelación —o división—, bien la de la comunidad funcional con adscripción de uso; para construir tendrán que ponerse de acuerdo. Surgirá, de hecho, una comunidad de intereses parecida a la que se origina con la reparcelación y las Juntas de compensación. La particularidad estriba en que sólo será necesario agrupar si han parcelado o dividido (113), o redistribuir los aprovechamientos si se adscribió el uso de una porción determinada.

La validez civil del acto sólo legitima la actuación privada frente a la Administración, y así debe ser. Se trata de una validez sustantiva que no puede transgredir las normas de planeamiento, de gran utilidad para aquélla en cuanto señala de quién debe partir el comportamiento exigido por el ordenamiento, esa obligación *propter rem* subjetiva, u obligación subjetivamente real o "deber jurídico instrumentado a través de la figura de la carga, esto es, como un comportamiento que el sujeto debe adoptar para alcanzar un beneficio propio", que decía GARCÍA DE ENTERRÍA (114).

En esa relación trilateral unitaria, la relación jurídica administrativa no se ve condicionada por la contratación privada por falta de concurso

(113) La distinción obedece al concepto técnico de parcelación urbanística en relación al de división genérica no parcelatoria. La parcelación es una división cualificada por ese elemento específico que es el núcleo de población. Incorpora, pues, la novedad de un 'asentamiento de población'.

(114) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: "Actuación pública y actuación privada en el Derecho urbanístico", en *Curso de conferencia*, cit., págs. 274 y 275.

de su representante legal (ausencia de voluntad) (115). Pero no resta validez a la otra relación civil. La nulidad no aporta nada nuevo a la situación jurídica de las parcelas. Se excluye por su propia intrascendencia.

Intrascendencia sustantiva —se sobrentiende—, ya que la operatividad práctica del sistema controlar de la división urbana, más allá de su insuficiencia, plenamente se justifica en postulados de mecánica administrativa. El control previo posible frente a las dificultades de la restauración del orden jurídico infringido y la realidad alterada, en términos de la LDU. Postulado que, sin embargo, no puede restar eficacia al principio de seguridad jurídica ni desconocer la existencia de fórmulas privadas —comunidad funcional con adscripción de uso— que priven de virtualidad a la disposición legal cuando se sabe que el contenido del artículo 94.2 de la Ley del Suelo es el imperativo supremo y que las obras ilegales de urbanización pueden producirse al margen de la previa parcelación. El control del uso o aprovechamiento del suelo sigue siendo el único camino, se cuente o no con la publicidad registral. Publicidad que colabora, con igual o distinta eficacia, al cumplimiento de este fin de crecimiento ordenado de la población y reintegro de las plusvalías comunitarias, como advertencia frente a tercero y como vehículo de garantía real (116).

2. *Divisibilidad e indivisibilidad*

En la doctrina patria, el debate se ha centrado, según hemos reiteradamente expuesto, en torno a la validez civil del acto irregular o presuntamente ilegal o ilícito. Cuestión que hace casi inoportuno recordar que la licencia se extiende al uso del suelo, parcelatorio, divisorio o edificativo, y no a su reflejo formal —escritura pública e inscripción.

La fuerza con que irrumpe la legislación urbanística en la esfera del Derecho privado ha cuestionado cualquier planteamiento dominical y superpuesto a esta realidad jurídica la extensión de un dudoso mote de nulidad a la contratación civil cuando hace acto de presencia la ilicitud administrativa, aunque el legislador se guardó mucho de su formulación clara y precisa, como si dudase de la trascendencia práctica y de la oportunidad de sus efectos. Se conformó con prescribir una ilegalidad a efectos

(115) Sin perjuicio del carácter reglado de su intervención.

(116) A nosotros al menos, y sin plantearnos cuestiones segundas de validez e ilicitud, nos parece que la publicidad de la irregularidad urbanística refuerza la protección de la legalidad, mientras que la exclusión del acto aporta la nota de la clandestinidad encubriendo el acto material realizado o realizable.

No se protege al infractor, sino a los intereses públicos superiores. Se eliminan los efectos del principio de fe pública registral (art. 34 LH).

urbanísticos genérica que afecta hasta a las parcelaciones amparadas en licencia (cláusula de salvaguarda de la actuación administrativa: art. 94.2), y otra específica derivada de la distinta tipología del suelo (art. 96.1).

El problema se ha planteado en el ámbito de la legislación administrativa sectorial —urbanística y agraria— y su resultado no ha sido la incuestionable nulidad. Nosotros, modestamente, entendemos que la nulidad de existir no se producirá *ipso iure,* ya que ésta equivale a inexistencia, y la inexistencia no es convalidable ni prescriptible. Será anulabilidad en cuanto la acción administrativa puede privar de efectos materiales al negocio jurídico si se ejerecita en plazo y el acto es intrínsecamente ilegal —no convalidable por licencia ulterior— por devenir ilícito su objeto, la restauración de la realidad física alterada. Y en su caso, si no abarca a todo el objeto jurídico, nulidad parcial o total, en el caso de imprescriptibilidad del artículo 188 de la Ley del Suelo, y anulabilidad parcial o total para la infracción o exceso prescribibles en el uso del suelo, conforme al artículo 9 del Real Decreto-Ley 16/1981.

La actuación ilegal no puede producir los mismos efectos en todos los casos. Será determinante, en terminología de LASO MARTÍNEZ, que el acto ilegal sea ilícito para determinar la nulidad o anulabilidad total o parcial. Pero la relación jurídica en el segundo caso, a pesar de su privación de efectos materiales, produce éstos jurídica y civilmente entre partes, es decir, en aquella parte en que se pueda salvar su eficacia, aunque tan sólo sea en cuanto a la titularidad del bien y sin perjuicio del artículo 62 de la Ley del Suelo del contenido contractual concreto, según se transmita una finca a secas o una parcela edificable (117), y de la aplicabilidad del artículo 1.124 del Código Civil.

La nulidad o anulabilidad, parcial o total, originaria o sobrevenida por ilicitud del objeto, requieren declaración judicial expresa para romper la apariencia de legalidad (118). Cuestión que complica el control instrumental del acto sin un preciso juego de presunciones.

La división material de la finca civilmente subsistirá (119), sean las

---

(117) Incluso cabe plantear la aplicación del artículo 1.483 del Código Civil.

(118) Al menos de momento, y mientras no se establezca la nulidad absoluta de forma directa y clara. Aunque no creo que así ocurra, dado el sistema legal de conformidad con el planeamiento y prescripción que reproduce la Ley de Reforma.

La naturaleza no constitutiva de la licencia lo impone. Naturaleza que se manifiesta en esa conformidad, en el silencio administrativo positivo y en la prescripción.

(119) Con independencia de su origen: acto de administración, acto divisorio voluntario (división de comunidad de mutuo acuerdo), división judicial *(actio communi dividundo),* participación hereditaria.

En el sistema italiano (v. *supra)* la nulidad absoluta del acto de edificación o parcelación sin concesión, en forma pública o privada, no deja de tener excepciones (particiones hereditarias o donaciones entre cónyuges o favor de los parientes en línea recta,

parcelas resultantes inferiores, iguales, el doble de la parcela mínima o superiores a éste, con la importante y definitiva limitación intrínseca de su falta de adecuación individual o aislada para la edificación. Sus usos posibles serán usos marginales. El ejercicio de los derechos dominicales deberá ser conjunto dentro del cauce urbanístico fijado e, incluso, puede imponer la agrupación y la constitución de una comunidad ordinaria.

Desde esta perspectiva sustantiva, lo importante es la restricción legal a la materialización del uso. La acción administrativa para borrar los efectos físicos de la urbanización y de la edificación ilícitas, al margen de la potestad sancionadora, no restan validez al acto civil, salvo que su objeto único sea la realización de la obra o la compra de una vivienda futura, en construcción o ilegal, demolida (ilícita la actuación privada e inexistente el objeto civil).

Si la nulidad o anulabilidad se mide, en suma, por el grado de cumplimiento del uso del suelo asignado en el Plan, mal se compadece ello con la existencia o inexistencia de licencia urbanística, aunque la necesidad y oportunidad de ésta sea incuestionable. Por lo que cuestionar la existencia del acto formal y material no va a ser el problema más importante. Y más aún si se reduce al negocio jurídico-privado en su aspecto documental (manifestación o acuerdo de voluntades).

Tal vez pueda citarse en apoyo de esta tesis el séptimo considerando de la Resolución de la DGRN de 22 de abril de 1985 (120), por el que se confirma el defecto que resulta del propio Registro, consistente en la constancia por nota marginal del pacto privado de adscripción y declaración de indivisibilidad de la finca, aunque su fundamento sea la protección judicial de los asientos registrales. Es decir, la validez civil del pacto sin perjuicio de la ineficacia administrativa. Validez que no cuestiona por razón de su inoperancia, aplicable al caso concreto. Sin embargo, para nosotros esa publicidad, con carácter general, tiene notable trascendencia jurídico-privada, porque cualquier alteración administrativa de lo pactado, también *inter partes,* será inoperante. La prevalencia del Plan o su modificación podrá afectar al uso o aprovechamiento de la finca, incluso imponer su edificación forzosa, pero nunca provocar la división de la finca. La autorización administrativa —licencia— de parcelación chocaría con la titularidad dominical; y si tenemos en cuenta que esa licencia se otorgará a instancias del propietario, el incumplimiento por éste del pacto tendrá indudable trascendencia contractual, determinante de responsabilidad civil e, incluso, de la resolución (art. 1.124 CC) y de la falta de acceso al

---

derechos de garantía y servidumbre), no pasa de ser anulabilidad, en cuanto se prevé la concesión sanatoria, que no supone, ciertamente, inexistencia.

(120) AMORÓS Y PAU: *Op. cit.*, págs. 722-723.

Registro del acto divisorio autorizado, salvo que por sentencia judicial civil se anule el mismo por falta de causa (121) o nuevo pacto en contrario. Podrá afectar la edificabilidad, pero nunca la división, concepto administrativo accesorio.

No obstante, quede claro que lo que precede es sólo aplicable a la accesoriedad de la finca indivisible que tenga origen contractual y se establece por causa legítima en favor de la edificación realizada de otro titular (122). Su origen contractual desaconseja la estimación del concepto de parcela mínima. Se impone el de volumen edificable.

En el supuesto de hecho de la mencionada Resolución, las segregaciones posteriores las realizan quienes atribuyeron el carácter accesorio al resto de la finca no edificada, por lo que la indivisibilidad oponible debe ser la que resulte del concepto de parcela mínima por aplicación del artículo 95 de la Ley del Suelo, ya que en este caso no se valora la indivisibilidad sino como reconocimiento de su idoneidad, conforme al planeamiento, y no su carácter contractual. Esto es, el Registro publica el reconocimiento de los propietarios de la legislación urbanística aplicable contenida en su propia manifestación, extraída del contenido negocial jurídico-privado. El obstáculo surge, pues, del planeamiento, única causa de la aseveración, con la consecuencia de que para ser servidumbre de cosa propia, sujeta a la condición, debería haberse hecho constar expresamente (123). Y dice la DG que la inoperancia de la indivisibilidad puede resultar del planeamiento o de sus alteraciones; pero al entender que la nota está bajo la salvaguarda de los Tribunales, se ha invertido la carga de la prueba: el propietario tiene que presentar la licencia de segregación o cédula urbanística para cancelar el asiento. Luego el Registro ha contribuido eficazmente con esa publicación a la protección de la legalidad urbanística, y a pesar de su potencial inoperancia (124) obliga a la coordinación de la legislación civil con aquella otra patentizando su oportunidad.

Por otro lado, la citada Resolución reconoce la posibilidad de que la calificación del Registrador se extienda a los datos físicos de la finca y a la valoración de la posible formación de un núcleo de población que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, son los que determinan la aplicación de los artículos 94 a 96 de la Ley del Suelo y la exigencia de

---

(121) Si se estableció en servicio de otra finca.

La sentencia contencioso-administrativa sería incongruente con el objeto de la demanda (cancelación de la nota marginal).

(122) Lo que acerca la figura a la servidumbre.

(123) Véase *Informe del Registrador,* op. cit., pág. 721.

(124) A pesar de que la Resolución considere su extensión inútil e innecesaria, desconociendo su positiva valoración.

licencia. Competencia que nace del propio artículo 18 de la Ley Hipotecaria y que sanciona como función propia, por simple congruencia, la posibilidad de exigir al interesado la presentación de la licencia de parcelación cuando del Registro y de la documentación presentada resulta la presunción, revestida de certeza, de la existencia de un nuevo núcleo de población. Es evidente que si la parcelación sucesiva de una finca —múltiples segregaciones— va acompañada de declaraciones de obras nuevas, ajustadas a las características de las zonas urbanas (art. 85.1.3.ª) por razón de su tipología, y al delimitar su superficie sus linderos son calles de nueva creación, el Registrador sólo cumple con su obligación de aplicar e interpretar las leyes al exigir licencia, calificando los actos por su verdadera naturaleza jurídica. Situación que se reproduciría aunque el acto parcelatorio material —nuevas fincas— se obviara, procediéndose directamente a la división del uso. Así pues, la norma contenida en el artículo 56 del Reglamento en desarrollo de la Ley 9/1981 de Protección de la Legalidad Urbanística de Cataluña (Decreto 308/1982, de 26 de agosto) no hace sino positivizar de modo expreso una obligación de Registradores y Notarios, anticipándose a su reconocimiento por la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 22-4-1985. Seguramente, con este enfoque general, PAREJA LOZANO no pondría reparos a las disposiciones catalanas (125). No se trata de un derecho discrecional, sino de una obligación legal, incluso de simple congruencia negocial. Por mucho que se empeñe el interesado en declarar que es una finca rústica el objeto jurídico, si la describe como urbana, con una superficie expresada en metros cuadrados o en hectáreas, pero reducida, de tal suerte que la hace inservible para el uso a que se destina, y declara luego una obra nueva —aprovechamiento típicamente urbano—, la presunción de irregularidad civil y administrativa es notoria y el error obstativo casi —o sin casi— patente (126).

"Existen, no obstante, diferentes interpretaciones doctrinales sobre el apartado (art. 96.3). Para unos, el acto de parcelación sin licencia es nulo de pleno derecho, incluso civilmente (QUINTANA REDONDO, MARTÍN BLANCO). Otros lo considerean anulable (GONZÁLEZ PÉREZ, MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ, JOSÉ LUIS BENAVIDES). Algunos opinan que la parcelación sin licencia es 'ilegal a efectos urbanísticos' (art. 94.2), no a 'efectos civiles' (RAFAEL ARNÁIZ EGUREN, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA).

GONZÁLEZ PÉREZ y CAMY, partiendo de que la falta de licencia no

(125) C. PAREJO LOZANO: *Régimen del suelo no urbanizable,* ed. Marcial Pons, Madrid, 1990, pág. 246.

(126) Y no entramos en el fraude de Ley, que deben valorar los Tribunales.

(127) J. M. GARCÍA GARCÍA: *Código de la legislación hipotecaria,* cit., pág. 446, nota 51.

provoca la nulidad absoluta del acto, se mostraban favorables a la aplicación del suprimido artículo 98.3 del Reglamento Hipotecario (128). ROCA SASTRE, por su parte, interpreta la ilicitud a efectos urbanísticos del artículo 94.2, en relación al 96.1, como nulidad de la "parcelación urbanística propiamente dicha", "lo que no impide que se realicen divisiones de fincas".

LASO MARTÍNEZ, cuya opinión ya hemos recogido anteriormente con carácter general al ocuparse de este problema concreto, la parcelación urbanística, distingue entre parcelación urbanística sin licencia con infracción de la parcela mínima y sin ella, estimando nulidad civil por ilicitud administrativa sólo en el primer caso, aunque advierte que una sentencia que declare la validez de la división de una parcela mínima sería inscribible a pesar de su incongruencia con el sistema legal (de ahí la nulidad que predica para este caso) (129).

El planteamiento de LASO parte de que esa validez o nulidad es la que determina la idoneidad de la inscripción o no del acto formal, y si del artículo 94 resulta la validez, "la lectura catalana" del artículo 96.3 se impone, sin perjuicio de la exigencia de licencia (130). Es decir, pasa del plano perceptivo al de su oportunidad.

LASO, pues, con sólida base jurisprudencial, sin desdeñar una interpretación legislativa integradora de ambas disciplinas sobre el objeto contractual, advierte la insuficiencia del término "ilicitud a efectos urbanísticos" que la Ley del Suelo emplea. Insuficiencia notable para un tema como éste de nulidad civil por ilicitud administrativa. "Los preceptos legales

(128) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, cit., t. I, pág. 964; B CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, cit , t. IV, y ROCA SASTRE: *Op. cit.*, t. III, págs. 423-424.

(129) Sobre nulidad de la división de la parcela mínima indivisible, puede verse la Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 12-6-1976, Sala de lo Contencioso.

(130) J. LASO MARTÍNEZ: *Ilicitud administrativa y validez civil*, op cit., págs. 1180-1181. La 'lectura catalán' se refiere a la inscripción sin licencia pero con nota marginal (v. *infra*).

"Lectura" que permanece tras la Ley 12/1990, de 5 de julio, sobre autorización para refundir los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística que dio lugar al Decreto legislativo 1/1990, de 12 de julio, en que se lleva a cabo, como lo prueban sus artículos 141.2 y 145.2 y la subsistencia del propio Reglamento de 1982.

Según J. M. GARCÍA GARCÍA (*BCEH* de Cataluña, núm 19, noviembre 1990, y "Avance", *BCNR*, núm 14), el sistema será el siguiente: 1.º El Registrador ha de exigir la presentación de la licencia de parcelación y advertir al interesado de que tras el plazo de treinta días sin que se aporte, se extenderá de oficio la nota a que se refieren los artículos 145.2 del Texto Refundido y 56 del Reglamento de 1982, debiendo firmar la notificación al respecto o al margen del asiento de presentación. 2.º Transcurrido el plazo, se practicará la inscripción y la nota marginal de la falta de aportación de licencia. 3.º Si consta en el Registro, el carácter de 'indivisible' de la finca o la adopción de medidas de protección de la legalidad o expedientes disciplinarios, la inscripción —interpreta este autor— no podrá practicarse.

—urbanísticos— han sido introducidos de golpe en el ordenamiento sin tener conciencia de las interferencias creadas en el tema general de los modos de adquisición del dominio, de tal forma que se quiere evitar lo externo de las formalidades de la adquisición o, mejor, de las divisiones previas y, en cambio, queda intacto el régimen de adquisición de dominio, aunque se viera privado del título público y de la inscripción, salvo el caso de una interpretación integradora de las normas civiles y urbanísticas si se estimase su invalidez por falta de objeto cierto, conforme al artículo 1.261.2.º del Código Civil" (131). Camino aún, puede añadirse, en nuestra jurisprudencia, intacto.

La situación, a nuestro juicio, sugiere dar un paso más allá de la idoneidad por razón de la validez y por motivos de seguridad jurídica, dado el pronunciamiento del artículo 94.2. De seguridad en tanto la presunción de validez de la parcelación dotada de licencia no es suficiente, aunque salvaguarde la indemnización. Y no es suficiente para el control de la realidad material desde la óptica de la publicidad de la irregularidad urbanística, evitando las titularidades formales por la clandestinidad de los actos. Aunque el acto fuera nulo, el Registrador publicaría la nulidad de la realidad física. Prevista por la nueva Ley de Reforma, la registración de las infracciones urbanísticas, por la simple lógica del principio de tracto sucesivo, la coordinación realidad jurídica-realidad física extrarregistral globaliza la solución de los problemas interpretativos, dando publicidad al acto en situación regular y patológica, dotado de licencia, con licencia insuficiente o sin ella. Publicada la irregularidad, no se extiende la protección registral al acto, sino, al contrario, insta a su legalización invirtiendo la carga de la prueba. El acto queda formalmente desprotegido, sin apariencia de titularidad y con publicidad de su objeto, advirtiendo al consumidor. Si como es, y se ha dicho por algún autor, los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria no son de aplicación frente a la legalidad urbanística, no es menos cierto que lo inscrito perjudica y favorece a tercero. Regirá, entonces, el principio de oponibilidad de lo inscrito. El artículo 32, a *sensu contrario*.

La Ley de Reforma al dictar el precepto contenido en su artículo 29.2 no ha valorado sustantivamente el incumplimiento de la obligación administrativa. Pero publicada la irregularidad, el interesado puede legítimamente instar al órgano competente para que comunique al Registro la situación urbanística actual, y en todo caso no se la puede privar de los efectos de la información a que tiene derecho en virtud del artículo 29.1 del mismo cuerpo legal, que complementa el artículo 63 de la Ley del

(131) En especial la tan citada Sentencia del Tribunal Supremo de 12-5-1980, págs 1173 y sigs. Sobre la interferencia administrativa, pág. 1177.

Suelo. La información debe ser una certificación, porque al propietario le puede ser de especial interés acreditar frente a tercero y frente al Registro la real situación de su finca. Y más hoy día, cuando la adquisición gradual de facultades y la pérdida del derecho a la edificación está sujeto a la declaración formal de caducidad de la licencia. La reciprocidad en los deberes y responsabilidades es el único cauce para hacer viable el sistema, que parte del alto presupuesto de una finalidad concreta: evitar la especulación y dar cumplimiento al mandato constitucional de facilitar el acceso a la vivienda por los ciudadanos (132).

En definitiva, y volviendo a ese régimen general vigente, podemos resumirlo de la siguiente forma:

1.º Suelo urbano:

A) Municipios con Plan.

a) Regla general: validez e inscribibilidad de las divisiones y segregaciones sin licencia.

b) Regla especial: la parcela mínima es indivisible conforme al artículo 95 de la Ley del Suelo, bien sea resultado de una división en núcleo urbano, bien de una parcelación urbanística. La división de una parcela mínima no impide la inscripción.

c) Excepción: la parcelación urbanística (art. 94.1 LS) requiere para su inscripción la licencia previa (art. 96.3). Su ausencia determina la ilegalidad a efectos urbanísticos (art. 94.2).

B) Municipios sin Plan.

Como quiera que en estos municipios el suelo urbano resulta del Proyecto de Delimitación, no pudiendo concurrir de hecho los presupuestos legales de los artículos 94.1 y 96.1 de la Ley del Suelo, parece procedente seguir la interpretación de GONZÁLEZ PÉREZ que postula su inaplicabilidad. Otra cosa supondría la paralización del tráfico jurídico privado.

Cabe señalar que la delimitación del suelo urbano en estos municipios supone comprender exclusivamente el perímetro del núcleo urbano consolidado, por lo que el presupuesto legal de la formación de un nuevo "asentamiento" nunca podrá concurrir.

En los municipios sin Plan y con normas subsidiarias que hayan delimitado suelo urbanizable (art. 91 del Reglamento de Planeamiento) sí se darán los presupuestos legales de hecho, y en consecuencia la licencia de parcelación procederá en todo caso.

---

(132) A menos que el Estado construya más viviendas, el fomento de la promoción privada es el único medio de acabar con la insuficiencia, especulación y carestía de la vivienda. Y el fomento se logra con financiación barata, y la financiación, con la seguridad jurídica.

Ahora bien, otro de los presupuestos de esa parcelación, es el de la existencia de una parcela mínima. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22-10-1984, que recoge GONZÁLEZ PÉREZ (133), parte de su señalamiento, pero declara la nulidad de las prohibiciones de segregación y división de parcelas que tengan una superficie superior a la parcela mínima. El Plan o norma debe señalarla. En los municipios, las normas subsidiarias deben fijarla (arts. 70 y sigs. LS y 91 y sigs. RP).

Si la parcela mínima no se fijase, la división o parcelación sería inevitable, sin perjuicio de los límites sobre volumen edificable. Se produciría la incongruencia de que el volumen como medida —m^3 por m^2— relativa a una superficie —m^2— no evitaría la división o parcelación, pero sí la edificabilidad, de tal suerte que podrían existir superficies sin volumen o éste reducido a un mínimo inoperante. De esta forma, la parcela mínima como medida de superficie proporcional, como unidad de cálculo, se impondría de hecho, superándose su propia noción y patentizando lo advertido con anterioridad, su naturaleza accesoria. La limitación volumétrica en la edificación rebasa el concepto físico de parcelación. La limitación de uso o aprovechamiento en función de la superficie en todo el área delimitada —suelo urbano, con las excepciones que corresponda— deja en un mero punto de referencia la unidad de cálculo fundamentada en la superficie o parcela como finca independiente, para imponerse sobre la misma por el hecho de su idoneidad. Al margen del acto civil de división del uso, de su propia licitud o validez, parcelatorio o comunitario, el concepto 'volumen edificable' prevalecerá, en ejecución de la finalidad suprema del planeamiento, cobrando indudable autonomía. El acto de división del uso queda sujeto en su materialidad al volumen edificable, desechando los instrumentos tradicionales de control, la parcela mínima y la parcelación urbanística, que no requieren formulación expresa dada su notable accesoriedad.

2.º Suelo urbanizable.

Con salvedad advertida (art. 91 RP), en los municipios con Plan General la parcelación urbanística del suelo urbanizable requiere la previa aprobación del correspondiente Plan Parcial (art. 96.1) (134). Y una vez aprobado, la licencia de parcelación.

La coordinación en este caso, como parece obvio, exige el establecimiento de ese nuevo requisito legal para el otorgamiento del negocio

(133) *Comentarios a la Ley del Suelo,* op cit., t. I, pág. 951.

(134) El Plan Parcial, exclusivamente para el suelo urbanizable programado; el Programa de Actuación Urbanística y el Plan Parcial, para el urbanizable no programado.

jurídico privado, la presentación de la cédula o certificación urbanística (arts. 55.2 y 63 LS y 29.1 LR) o, en su defecto, la advertencia expresa del régimen jurídico sancionador de la aplicabilidad del artículo 62 de la Ley del Suelo y, en su caso, del artículo 1.483 del Código Civil. En otro caso, el Registro publicará su falta de acreditación y la eventual irregularidad urbanística.

Para ello es necesario que la certificación o cédula, según se expresó con anterioridad, sea una obligación inexcusable del Ayuntamiento (135). Carácter que, sin duda, ha querido otorgarle el artículo 29.1, si bien con cierta timidez.

En otro caso, la simple manifestación del interesado de que es suelo urbano en núcleo urbano (136) o rústico será suficiente. No debe olvidarse que de la misma forma y fortaleza que el artículo 96.3 de la Ley del Suelo, en el régimen general, obliga a Notarios y Registradores a no otorgar la escritura y no inscribir el acto, respectivamente, lo hace la legislación notarial e hipotecaria para el caso contrario: cuando no concurre el supuesto legal de hecho.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de abril de 1985 distingue entre suelo urbano y urbanizable, para los que entiende necesaria la licencia de parcelación, y suelo no urbanizable (urbanizable no programado o rústico) donde no se pueden realizar, salvo que se acomoden a la legislación agraria (137). Este planteamiento general, como es patente, no hace sino reproducir el contenido del artículo 96 de la Ley del Suelo; lo realmente importante de su contenido es lo expresado

---

(135) Si bien el artículo 63 de la Ley del Suelo regula el establecimiento de la cédula urbanística con carácter facultativo para el Ayuntamiento (salvo en el caso de "fincas comprendidas en polígonos en los que se aplique cualquiera de los sistemas de actuación señalados en esta Ley"), el artículo 55.2 concede al administrado el *derecho* "a que el Ayuntamiento le *informe por escrito* en el plazo de un mes a contar desde la solicitud del régimen urbanístico aplicable a una finca o sector"

GONZÁLEZ PÉREZ señala al respecto lo siguiente: "El acto de la Administración por el que se contesta a la solicitud ejercitando este derecho, como todo acto de información, carece de contenido decisorio y, por tanto, no es susceptible de impugnación (S. 8 junio 1976)". "Pero es evidente que una información inexacta constituiría un supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos, que daría lugar a responsabilidad patrimonial" (S. 5 noviembre 1984). La Sentencia de 11-12-1984 recoge, por su parte, que "la razón principal de la inimpugnabilidad del acto administrativo que evacua una consulta urbanística se encuentra, en su carácter meramente informativo, por tanto, ajeno al *ius aedificandi* del interesado" *(Comentarios a la Ley del Suelo,* cit., págs. 636-638)

(136) División material y no parcelación urbanística, salvo que de las circunstancias de hecho de la manifestación se deduzca indubitadamente que se trata de un nuevo núcleo de población.

(137) Véase M. MARCOS JIMÉNEZ: *Op. cit.*, pág. 154 La Resolución, en AMORÓS Y PAU: *Op. cit.*, págs. 719 y sigs.

con anterioridad, la obligatoria calificación de la realidad física públicamente documentada al otorgar el negocio jurídico en relación al contenido previo del Registro (138).

B) RÉGIMEN AUTONÓMICO

El desarrollo autómico ha dado un nuevo y definitivo impulso a la coordinación legislación hipotecaria/legislación urbanística, superándose los iniciales recelos del Estado por Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 1984 (139), que delimita los distintos ámbitos competenciales.

Evolución que, de hecho, ha arrastrado al legislador estatal, consciente de la importancia de arbitrar medios de seguridad jurídica en este ámbito (140), a dictar las normas contenidas en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico en la dirección marcada por la Ley de 2-5-1975 en su Disposición Transitoria 13.

La legislación autonómica, casi en su totalidad, ha optado por el sistema positivo de publicidad registral a través de la plena coordinación y colaboración, incluyendo la irregularidad urbanística disuasoria dentro de los pronunciamientos registrales, donde sirve de punta de lanza la legislación catalana a partir de la Ley 9/1981, de 18 de noviembre, y de corolario la de nuestra Comunidad Autónoma, sin dejar de expresar las notables excepciones que suponen para esta concepción la legislación autonómica de la Comunidad de Madrid, que sigue el sistema negativo iniciado por el artículo 96.3 de la Ley del Suelo, y las de Galicia y Baleares, que no introducen ningún nuevo precepto interpretativo o de desarrollo de la Ley del Suelo en esta materia (141).

El sistema negativo mencionado desconoce la virtualidad práctica y jurídica de la publicidad de la irregularidad urbanística como medida preventiva de control de la legalidad y como medio de coordinación entre

---

(138) La realidad física convertida en realidad jurídica, objeto del acto material que se proyecta o que se ha realizado.

(139) Véase Anexo.

(140) De seguridad jurídica y de erradicación del fraude inmobiliario, en línea con la necesidad colectiva sentida por los Registradores y expresada en el Informe sobre el fraude inmobiliario en España.

(141) Me remito a los estudios de JUAN PABLO RUANO BORRELLA, de ANTONIO MANZANO SOLANO y de MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ, citados, al libro de DÍAZ LEMA sobre *Derecho urbanístico de Galicia,* también citado (obra ésta que he podido consultar gracias a la colaboración que me prestó la Registradora de la Propiedad de Santiago de Compostela núm. 2, María Jesús Montero Pardo) y a la propia Ley 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística de Baleares ("Avance", *BCR,* núm. 12).

la realidad jurídica y la realidad física extrarregistral. Se prescribe, pues, la no utilización del Registro, sin tomar en consideración la quiebra de ese mismo sistema por vía judicial y la jurisprudencia civil sobre división de fincas (142).

Dentro, pues, del esquema interpretativo de la validez civil y de la ilicitud administrativa, en terminología de LASO, que antes expusimos, la legislación autonómica de armonización de la realidad material y jurídica entiende que la ilegalidad e ilicitud a 'efectos urbanísticos' no lleva aparejada la nulidad *ipso iure* del acto civil, por no prescribirse así en ningún precepto, siquiera, aunque inadecuado, de naturaleza administrativa.

La legislación canaria, según vimos, por medio de la Ley de Disciplina Urbanística integra las bases de un completo sistema legal de coordinación y colaboración, con tres importantes novedades: 1.ª La homologación de las parcelaciones urbanísticas y de las divisiones rústicas en aplicación de la Ley de Ordenación Urbanística del Suelo Rústico, sujetando ambos supuestos a licencia previa. Incardina el suelo rústico en el proceso de desarrollo urbano. 2.ª La constancia registral de la calificación urbanística de los terrenos resultantes de las operaciones divisorias y parcelatorias y del volumen edificable de los solares (143). 3.ª La publicidad general de la regularidad e irregularidad urbanística, tanto en esta materia —división— como en la declaración de obra nueva. Sistema positivo de publicidad registral, habilitando el otorgamiento de la escritura pública y su inscripción tabular. Es lo que denominamos, quizás con imperfección, *control instrumental del acto.* La exigibilidad de la licencia se ve reforzada. El Registro hace público que el acto inscrito y la realidad material que supone es irregular, es decir, presuntamente ilegal, o ilegal e ilícito siguiendo la terminología de LASO, por ausencia de licencia o por insuficiencia o incongruencia de ésta (144).

Novedad supone asimismo su concepción sustantiva del término división como *división de uso,* que introduce, junto con el artículo 13.3 de la LDU, la *Orden de 9 de junio de 1987* (Consejería de Agricultura, Ganadería y Pesca) por la que se establece con carácter provisional la parcela mínima, a efectos de segregaciones o divisiones de fincas rústicas. Dice el artículo 3: "A los efectos de la presente orden se presumirá la existencia de parcelación o segregación cuando se enajenan partes indivisas de una finca rústica, con incorporación del derecho de utilización exclusiva de

(142) Inscribibilidad de la sentencia civil que declare válido el acto divisorio (v. LASO, *infra).*

(143) El término calificación va más allá del de clasificación, y en este sentido permite expresar su uso específico según el planeamiento. Sustantiviza, pues, la finalidad de la ordenación urbanística al acompañar al tipo de suelo de su uso específico.

(144) Véase *Régimen jurídico del suelo en Canarias,* op. cit., *supra.*

partes concretas de la misma, así como la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad del socio incorpore el derecho de uso exclusivo sobre una parte del predio total" (145).

Esta Orden plantea una importante problemática, que nace de su propia jerarquía normativa y acaba en la provocación de una interesante interferencia legislativa. Por un lado, la presunción de división rústica se restringe a efectos de unidad mínima de cultivo de carácter agrario; pero como la LOUSR otorga una naturaleza urbanística cierta al suelo rústico en su tratamiento jurídico, la interferencia se produce entre normativa agraria, normativa urbanística y normativa civil. Esto es, *intra y extra administrativamente.* Desde el punto de vista interno, impone la coordinación entre los distintos órganos de la propia Comunidad: Agricultura y Urbanismo. ¿Quién debe desarrollar la Ley 5 de 7-4-1987? Cada uno en su ámbito competencial. El tratamiento urbanístico del suelo rústico no puede pasar de su integración por delimitación positiva (146) en los Planes Generales de Ordenación del Territorio y en los Planes Generales Municipales, por lo que el uso del suelo rústico es competencia de Agricultura y la concesión de la licencia del Ayuntamiento, previos informes de las Direcciones Territorial y General de Estructuras y Comercialización Agraria de la Consejería de Agricultura (147). La presunción, en definitiva, obligará como norma administrativa, sin afectar a la naturaleza y validez civil del acto, a Notarios y Registradores, aunque sea cuestionable su propia jerarquía y eficacia, en cuanto restringe un derecho fundamental del ciudadano cual es el acceso a la documentación pública y a la protección registral (148). En otro caso, la aplicación de este artículo sólo podrá extraerse de las normas generales, calificando por la verdadera naturaleza jurídica del acto. Es decir, atendiendo a la división del uso como concepto fundamental, del que la parcelación es accesorio, para concluir con la necesidad de la licencia por razón de la normativa general de la LOUSR, respecto de la que la Orden es informadora. Su aplicabilidad sería entonces sólo mediata.

Ahora bien, la finalidad de la norma es estrictamente agraria. Se dirige a la preservación de la rentabilidad económica de los predios, como señala el Preámbulo, por razón de su cultivo. La Unidad Mínima de Parcelación parte de un criterio de explotación agropecuaria óptima, cuestión que sólo puede referirse al uso; por ello la división funcional del uso, sin romper la

(145) Véase *Régimen jurídico del suelo en Canarias,* Apéndice legislativo, pág. 118.

(146) Y no negativa como hasta ahora.

(147) La burocratización parece excesiva, aunque esta Orden pretende su agilización.

(148) Su aplicación sólo se entiende por la existencia del artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística, que opta por el sistema positivo de publicidad.

unidad de explotación, no tiene por qué ser estimado, en todo caso, para establecer una parcelación. Puede ser una forma de explotación comunitaria que en nada perjudica a la finalidad de la Ley, que establece la licencia no para evitar la parcelación urbanística ilegal, aspecto al que podría aplicarse directamente la presunción. Dependerá de la actuación que conlleve la división del uso para determinar la exigibilidad sustantiva de la licencia que en estado preventivo puede imponerse. Habrá que analizar material y jurídicamente cada comunidad funcional. No creo que esa disposición pueda ser contraria al principio de libertad de empresa cuando la división del uso no suponga la división de la explotación agropecuaria. Por ello la formulación de una presunción *iuris tantum* parece lo más adecuado. Y así debe interpretarse la presunción del artículo 3 de la citada Orden, ya que la excepcionalidad del carácter *iuris et de iure* requiere su establecimiento claro, directo y preciso. La presunción, pues, admitirá prueba en contrario. El artículo no dice que se presumirá en todo caso la existencia de parcelación. Aunque la licencia, a efectos administrativos, es inevitable. El Ayuntamiento puede resolver que no procede la aplicación de la Ley 6/1987 y el interesado acreditarlo por medio de certificación expresa.

Más problemática es la segunda presunción, en cuanto pueda vincular la calificación del Registrador Mercantil, cuando del objeto de la sociedad y de la efectiva aportación de una finca rústica puede haber lugar al supuesto de hecho de ese artículo 3. En este caso, entendemos, la Orden no puede limitar la calificación del Registrador Mercantil por incompetencia autonómica absoluta. Aunque entendamos que el objeto es un ilícito administrativo, la validez de la constitución de la sociedad parece clara, al menos mientras no se apruebe el artículo 3.2 del borrador del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios que declaran de forma directa la nulidad absoluta de los pactos que vinculen el derecho de goce a la cualidad de miembro de una sociedad o asociación (que también produce una interferencia interdisciplinaria al sustraer del objeto social y de los Estatutos esa vinculación).

II. PARCELACIONES RUSTICAS

No vamos a referirnos en este apartado al régimen jurídico del suelo no urbanizable o rústico, del que se ocupan distintos autores, y recientemente, con acierto y profundidad PAREJA LOZANO y GONZÁLEZ COLOMINA, dedicando esta especial atención a la legislación canaria, pio-

nera en su formulación positiva dentro de la planificación global del término municipal (149).

El término 'parcelación rústica' surge en la doctrina con una notable carga de ilegalidad. La parcelación rústica es el acto material previo a la urbanización ilegal del suelo rústico. Y la insuficiencia la legislación agraria, que especialmente está pensada para el uso agropecuario o forestal, ni regula, en general, este tipo de parcelación —uso contrario al destino—, ni contiene normas concretas sobre edificación. Situación que ha llevado a la doctrina a hablar de la Ley del Suelo como derecho común del *ius aedificandi* (150). Es en esta Ley donde se contiene la definición negativa —limitaciones y prohibiciones— del suelo no urbanizable y del derecho a edificar.

Si entendemos, pues, por 'parcelación rústica' la parcelación urbanística del suelo rústico, la propia contradicción terminológica revela la ilegalidad de la situación por contraposición al concepto civil de división, física y jurídica, de un inmueble. Y de hecho lo que ocurre cuando se da tal situación es que el control instrumental sólo aparece en el momento de la declaración de la obra nueva —si existe cauce legal— (151), porque el acto civil, sujeto a la legislación agraria, reviste de licitud a la finalidad encubierta, cuya invalidez —invalidez civil del acto divisorio— derivaría, previa declaración judicial, de la ilicitud del objeto o uso a través de la técnica del negocio indirecto o del fraude de Ley (152).

Ahora bien, desde una perspectiva general, hemos de tratar a un tiempo los actos divisorios del suelo rústico, con independencia de su finalidad y en relación a la noción de uso, se trate o no de una parcelación ilegal. Así, el concepto parcelación y división o segregación serán equivalentes y la ilegalidad vendrá determinada por la legislación agraria de forma positiva y por la legislación urbanística en su aspecto negativo, general y autonómica.

A) Régimen general

En la legislación general, el régimen jurídico del suelo rústico, estrictamente agrario, por lo que a las divisiones se refiere, opera de una manera

(149) C. Pareja i Lozano: *Régimen del suelo no urbanizable*, op. cit., y V. González Colomina: *Régimen jurídico del espacio rural: la utilización edificatoria del suelo no urbanizable*, op. cit.

(150) A. Carrasco Perera. *Op. cit.*, págs. 407 y sigs.

(151) Pues con arreglo a la legislación general no lo hay (v. *infra*).

(152) La jurisdicción civil, haciendo caso de esa superioridad y pretendida superposición de la legislación pública sobre la privada, no aplica directamente el Derecho urbanístico.

similar al del suelo urbano y urbanizable, si bien con menor intensidad y con distinta trascendencia jurídico-formal.

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 21-7-1971 y su Texto Refundido de 12-1-1973, verdadera Ley del Suelo Rústico en esta materia, establece el sistema legal aplicable a las divisiones y segregaciones en base al concepto de *unidad mínima de cultivo.* Las edificaciones, incluso las destinadas a residencia familiar, tienen un carácter accesorio de la explotación agrícola, ganadera o forestal. Responden a las necesidades de ésta (153).

Una vez más, las medidas de control de la superficie son únicamente el medio de optimizar la rentabilidad del suelo por razón del uso. El artículo 43.1 de la Ley dice: "Por Decreto del Gobierno, a propuesta del Ministerio de Agricultura, previo proyecto del Instituto —de Reforma y Desarrollo Agrario—, elaborado a la vista de los informes de la Delegación Provincial de Agricultura y de la Cámara Oficial Sindical Agraria, se señalará y revisará la extensión de la unidad mínima de cultivo para secano y para regadío de las distintas zonas o comarcas de cada provincia. 2. Dicha extensión será la suficiente para que las labores fundamentales, utilizando los medios normales de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características de la agricultura de la comarca".

Y para el cumplimiento de esa finalidad, el artículo 44 señala: "1. La división o segregación de una finca rústica (154) sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. 2. No obstante, se permite la división o segregación —sin autorización previa—: *a)* Si se trata de cualquier clase de disposición en favor de

---

(153) Para la referencia bibliográfica me remito al *Código de la Legislación Hipotecaria,* op. cit., de J. M. GARCÍA GARCÍA, págs. 563 y sigs. Y en particular, sobre unidades mínimas de cultivo, a su "La legislación de unidades mínimas de cultivo y las limitaciones legales del dominio", *VI Congreso Internacional de Derecho Registral,* op. cit., págs. 109 y sigs.

Asimismo la obra citada de BARNÉS VÁZQUEZ: *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario.*

(154) A la distinción fincas rústicas urbanas, que recoge la legislación hipotecaria, se ha referido PAREJA I LOZANO, *op. cit.,* como expresión de la falta de coordinación legislativa. En otro lugar *(Régimen jurídico del suelo en Canarias)* ya advertí de su carácter no impeditivo.

Ahora bien, debe tenerse presente que la tipología de la Ley del Suelo, en cuanto a esta clase de suelo, responde a su definición negativa. Sólo habla de él en la medida que lo excluye del proceso de desarrollo urbano; por eso le denomina suelo no urbanizable. Por ello la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario que regula el uso de este tipo de suelo desde su aspecto positivo le denomina suelo rústico. Contraste que ha llevado al legislador canario a cambiar su denominación urbanística para expresar que su regulación no es ajena al planeamiento integral del término municipal. Y ha optado en consecuencia por la denominación que revela su contenido positivo: suelo rústico.

propietarios de fincas colindantes, siempre que como consecuencia de la división o segregación no resulte un mayor número de predios inferiores a la unidad mínima de cultivo. *b)* Si la porción segregada se destina de modo efectivo, dentro del año siguente, a cualquier género de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no agrario. *c)* Si los predios inferiores a la unidad mínima de cultivo que resulten de la división o segregación se destinan a huertos familiares, de las características que se determinen reglamentariamente".

Las consecuencias jurídicas, pues, de la infracción de estas disposiciones dependen de una cuestión de hecho, difícilmente apreciable documentalmente salvo por manifestación expresa del propietario o adquiriente. El artículo 45 sanciona el incumplimiento con el derecho de retracto a favor de los colindantes, ejercitable durante el plazo de cinco años. Plazo que, según GARCÍA GARCÍA, debe computarse en la forma que prescribe el artículo 1.524 del Código Civil. Los efectos de este artículo, por virtud de lo dispuesto en el 46, se extienden a las divisiones o segregaciones, por título oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa* (155).

La Ley 49/1981, de 24 de diciembre, sobre el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, por su parte, introduce en ese sistema legal una nueva categoría jurídica, la explotación agraria como *unidad empresarial*, reflejo económico de la unidad mínima de cultivo —unidad de superficie—, protegiendo su integridad, continuidad, desarrollo y modernización. Asimismo, se parte de la necesaria coordinación registral, fijando como uno de sus objetivos la inscripción de la explotación [art. 1.*a)* y *c)*].

El artículo 2 contiene su definición legal: "A los efectos de esta Ley, se entiende por explotación familiar el *conjunto de bienes y derechos* organizados empresarialmente por su titular para la producción agraria, primordialmente con fines de mercado, siempres que constituya el medio de vida de la familia, pueda tener capacidad para proporcionarle un nivel socioeconómico análogo al de otros sectores y reúna las siguientes condiciones: *a)* Que el titular desarrolle la actividad empresarial agraria como principal, asumiendo directamente el riesgo inherente a la misma. *b)* Que los trabajos en la explotación sean realizados personalmente por el titular y su familia, sin que la aportación de mano de obra asalariada, fija en su caso, supere en cómputo anual a la familiar en jornadas efectivas".

"Constituyen *elementos* de la explotación los bienes inmuebles de naturaleza rústica y los edificios, incluida la vivienda, construidos sobre los

(155) En el caso de división a título de herencia o donación a favor de herederos forzosos, el retracto de colindantes no se ejercerá sin previa notificación a éstos. Notificación que permite a los herederos anular el acto divisorio.

mismos; las instalaciones agropecuarias, incluso de naturaleza industrial, y los ganados, máquinas y aperos integrados en la explotación y afectos a la misma que pertenezcan al titular, a su cónyuge o a ambos en propiedad" (art. 3.1.). "Constituyen tambien elementos de la explotación los arrendamientos y los derecho de uso y disfrute que, en virtud de cualquier título y sobre tales bienes, puedan pertenecerle, así como a los demás derechos que puedan corresponder a su titular y sirvan a aquélla" (art. 3.2.).

La *protección jurídica* de la integridad e indivisiblidad de la explotación (arts. 10 y sigs.) se articula mediante la inscripción registral de esta especial afección de los bienes, que obliga a la autorización previa de cualquier acto de división o separación de cualesquiera de los elementos (art. 12). Autorización —reglada— que incluye los actos de gravamen y que se entenderá implícitamente concedida cuando algunos de los inmuebles o derechos que lo integran se vean afectados por planes u obras de utilidad pública o interés social (156).

Y dentro de este régimen general, conviene replantearse la cuestión de la nulidad, anulabilidad o validez del acto divisorio. El artículo 44 de la LRYDA dice que "la división o segregación de una finca rústica sólo será *válida* cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo", sancionando el acto con el retracto de colindante, ejercitable en el plazo de cinco años, con la excepción contenida en el número 2 del artículo 46 (división hereditaria o donación divisoria a favor de los herederos forzosos) (157). Situación ésta que revela su verdadera naturaleza jurídica: el acto civil de división, a pesar del texto literal de la disposición, es *válido*. En otro caso, no puede comprenderse la sanción establecidad (nulidad para el infractor, validez para el colindante) y su consolidación por el transcurso del plazo. Si la nulidad es *ipso iure* —inexistencia—, el retracto-sanción, por incumplimiento de la función

(156) Véase GARCÍA GARCÍA: *Op. cit.*, págs. 617 y sigs.

La autorización implícita, una vez que conste en el Registro la indivisibilidad de la explotación, requerirá la acreditación del plan u obra que le afecte al inmueble o derecho que se va a separar o segregar. La simple manifestación escrituraria, aunque con un criterio amplio podría ser suficiente, no bastará, si entendemos que la finalidad de la Ley es la protección de la situación creada; y resultado de este efecto protector de su pervivencia puede ser la necesidad de acreditar que se cumple en el caso concreto el supuesto de hecho por cualquier medio ordinario (certificación municipal, traslado del plan u obra...) y a reserva de que no resulte tal situación del propio Registro o el Registrador puede apreciarlo de oficio.

(157) El artículo 46 recoge expresamente en este caso la posibilidad de anular la división por los propios herederos, como medio de evitar el retracto. Es decir, el acto es válido y sus efectos —retracto, anulación— son distintos según el título causal de la división.

Sobre la validez del acto divisorio puede consultarse la opinión que en sentido favorable expresa ROCA SASTRE en su *Derecho hipotecario*, t. II, ed. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 191.

social de la propiedad, se ejercería sobre la totalidad de la finca —división nula e inexistente: ineficaz— y no sobre las parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo, de las que trae causa —validez— el propio derecho de los colindantes. Así lo entiende la doctrina, aunque no unánimente (a favor, ROCA SASTRE, HERNÁNDEZ CRESPO, LASO MARTÍNEZ, LUNA SERRANO, PAREJA LOZANO; en contra, PEÑA) (158). GARCÍA GARCÍA señala al respecto: "La expresión 'sólo será válida' (del art. 44.1) se ha interpretado en relación con los artículos 46.3. y 45.3 no como acto prohibido y nulo, sino como acto válido que determina la sanción del retracto de colindantes del artículo 45 de este texto". "La consecuencia de la validez es que el acto es inscribible, pero haciéndose constar en la inscripción el posible retracto de colindantes" (159).

Para nosotros, desde un sencillo planeamiento de Derecho objetivo, la sanción de la nulidad absoluta o inexistencia, aunque haga posible eliminar los efectos de la transgresión jurídica —parcela inferior a la unidad mínima de cultivo—, a través del retracto, debe afectar al acto divisorio en su conjunto. Y si afecta sólo a una parte de él, conforme a la jurisprudencia sobre la nulidad del sobreprecio en VPO, el nacimiento del derecho de retracto no puede apoyarse en la parte nula del negocio jurídico, porque se trataría de un retracto-sanción (pérdida de la propiedad por fraccionamiento de la finca) impuesto a favor de un propietario colindante y no de un ente público, fuera de la articulación de su concepto mismo, por analogía con la expropiación-sanción, con olvido de que el concepto sustantativo que califica la idoneidad de la división es el de uso o aprovechamiento, y un simple acto de administración, que puede optimizar la rentabilidad socioeconómica de la finca (160), no puede ser sancionado sin graduar el incumplimiento de la función social de la propiedad sin devaluar el uso. Esto es, sería contradictorio el que se pueda dividir de hecho el uso en la administración de la finca, distribuyéndolo por zonas u hojas de labor —como es habitual en secano: rotación—, con cerramiento incluso, sin efecto sancionador alguno, y no de una forma estable y documentada. Debe, pues, valorarse en el caso concreto si la división implica infrautilización de la finca o la hace más rentable. El efecto sancionador por incumplimiento de esa función social no se prescribe de una manera clara y directa. Se reduce a adoptar medios de evitar el fraccionamiento superficial objetivo. Además, de ser nulo el acto no sería convalidable por el transcurso del tiempo, efecto impropio de la nulidad absoluta. La acción sería, en este caso, imprescriptible.

(158) PAREJA LOZANO: *Op. cit.*, págs. 238-239.

(159) *Op. cit.*, pág. 571, nota 3.

(160) No sin provocar el efecto del nocivo minifundio. No se distingue, por otro lado, entre división, acto de administración y división y disposición sucesiva.

En el sistema de la LRYDA, el propio contenido del artículo 44.2 patentiza la validez formal en función del destino, simultáneo o sucesivo de las nuevas fincas. Presunción de validez que, de encubrir nulidad, desvirtuaría la aplicación de su artículo 45. La nulidad tiene que invertir la carga de la prueba en el supuesto hecho legalmente contemplado.

La falta de referencia a la acción de división de la cosa común y la inimpugnabilidad de la decisión judicial por infracción de normas administrativas, con respaldo en la misma jurisprudencia del TS, ya comentado (S. 13-5-1980), nos muestran, una vez más, la validez civil del acto divisorio.

Por otro lado, partiendo del principio de seguridad jurídica inmobiliaria, los efectos de la indivisibilidad deberían estar expresamente definidos, bien a través del sistema positivo de publicidad registral, bien a través del negativo.El que conste en el Registro el carácter indivisible de la finca y el posible derecho de retracto a favor de los colindantes es una medida necesaria de coordinación, pero insuficiente en cuanto debería contener, como ocurre con la propiedad urbana, la advertencia expresa de la nulidad de lo actuado. Coordinación plena: sistema positivo de publicidad, que abarca tanto las situaciones regulares como irregulares (coordinación física y jurídica: oponiblidad de lo inscrito) (161).

---

(161) La validez civil del acto divisorio, tanto en las parcelaciones rústicas como urbanas, mantenida por la jurisprudencia, ha sido —y es— el fundamento tradicional de la inscripción del mismo. En este sentido, como apuntamos en otro lugar (v. *supra),* LASO MARTÍNEZ y GARCÍA GARCÍA entienden desarrollable el artículo 96.3 de la Ley del Suelo en la forma que lo hace la Ley de Protección de la Legalidad Urbanística de Cataluña. CHICO Y ORTIZ, por su parte, también mantienen que los "actos civiles válidos, aunque en ellos falte el cumplimiento de ciertos requisitos administrativos, deben tener acceso al Registro" ("La propiedad y el Registro de la Propiedad: conexiones y perspectivas", en *Ciclos de conferencias de los centros de estudios hipotecarios de Galicia y Madrid (1984-1986),* op. cit., págs. 141 y sigs.; en especial, para la referencia, pág. 160).

Esa validez, por otro lado, consecuencia de la superposición legislativa de normas administrativas sobre disposiciones civiles sin el grado de claridad y concreción que la nulidad absoluta predica, aconsejaría, en el caso contrario de integración ordinamental, la negación, según LASO, de la protección del Registro y de la documentación pública. Principio informador, con nuestra modesta opinión, debería desarrollarse en sentido inverso. Es decir, partiendo de la necesaria coordinación realidad física-realidad jurídica, la instrumentación del acto presuntamente nulo accedería al Registro para, evitando su clandestinidad perturbadora, publicar frente a tercero la irregularidad administrativa y su trascendencia jurídica en base al presupuesto de oponibilidad de lo inscrito, forzando su regularización y preservando la eficacia civil de la sanción administrativa, ya que en otro caso el Registro revelaría una titularidad estrictamente formal y no coordinable, introduciendo en el sistema un cierto grado de inseguridad jurídica. El consumidor, el tercero, el acreedor que contrata conforme al contenido de los asientos registrales, tendría que presuponer su insuficiencia en un ámbito de tanta importancia económica y social cual es el ámbito urbanístico o en el de la legislación especial agraria, con la sola excepción positiva de las explotaciones familiares expresamente constituidas y afectas por el artículo 11 de la Ley 49/1981.

La Ley 49/1981, sin embargo, al regular el carácter indivisible de la 'explotación familiar agraria', positiviza los efectos de la publicidad registral, ya que, fuera del genérico alcance de las leyes administrativas sobre unidades mínimas de superficie, da un importante paso en pro de la plena integración legislativa (art. 10.2.). La indivisibilidad concreta de la finca funcional y la atribución de un específico régimen jurídico a determinadas fincas o elementos de la más dispar naturaleza (162), obliga al propietario a obtener autorización administrativa para realizar cualquier acto de separación o gravamen de cualquiera de sus elementos durante el plazo señalado en caso de obtención de beneficios económicos o suscripción de convenios de colaboración. Superada la fórmula de la nulidad, se prescribe una afección expresa, que imposibilita al propietario, en el caso del artículo 11, la división de la finca funcional o, mejor aún, la desafectación de sus elementos en tanto gravite sobre ellos la obligación, calificada por GARCÍA GARCÍA de *propter rem*. La indivisibilidad de los artículos 10 y 11 tienen un contenido cierto y positivo en función de una obligación *propter rem* cierta y determinada. La indivisibilidad, pues, accede al Registro a través del principio de especialidad con un régimen jurídico específico e inmutable, en virtud de un título jurídico concreto, con olvido de la inoperancia de su constatación registral a que alude la Resolución de 1985, antes comentada.

En cualquier caso, se siga este criterio o el precedente, lo cierto es que, hoy por hoy, la disociación entre legislación civil/legislación administrativa, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones restrictivas de la contratación pública e inscripción registral en los supuestos legalmente regulados, aboga por la validez civil, no obstante el carácter sancionador de las disposiciones administrativas y dada la prescripción de acciones Aspecto que no condiciona.

La publicidad registral, pues, establece la debida coordinación legislativa e incardina y provoca, a efectos de jurisprudencia civil, la posibilidad de la estimación por ésta de las disposiciones administrativas. La publicidad registral aparece así como norma de solución de conflictos interdisciplinarios.

En definitiva, el tratamiento jurídico de la irregularidad urbanística da lugar a una doble consideración: 1.º Mientras la validez civil no se cuestione, legal o jurisprudencialmente, la publicidad del acto irregular a efectos urbanísticos parece procedente en virtud del propio artículo 18 de la Ley Hipotecaria. 2.º *Ex lege ferenda* si se declara de forma —entendemos— equivocada la nulidad del acto por un precepto incluso civil, la viabilidad de la inscripción se vería alterada, aunque desde una perspectiva general de seguridad jurídica consideramos posible la publicidad del acto nulo en cuanto suponga la efectiva alteración de la realidad física para advertir a los terceros o consumidores de la situación jurídica de la finca ante la falta de acción administrativa y como medio de activar el control urbanístico. Ese cambio legislativo supondría además desterrar del sistema la prescripción, la convalidación y la definitiva disociación entre legalidad formal —licencia— y legalidad sustantiva —conformidad con el planeamiento—. Camino contrario al del artículo 94.2 de la Ley del Suelo y al seguido por la reciente Ley de Reforma (arts. 26-27) Hasta ahora el acto sujeto a licencia es el acto material, sin perjuicio de su control instrumental —escritura e inscripción.

(162) Véase GARCÍA GARCÍA: *Op. cit.*, pág. 619, notas 13-14.

Y si el concepto de unidad mínima de cultivo es el determinante de la viabilidad de la parcelación a través de su regulación positiva, porque, como destaca BARNÉS VÁZQUEZ, "el interés jurídicamente protegido, por el que se otorga el derecho mismo—de propiedad—, no es sino la *facultad de cultivar —'ius colendi'—*, paralelo al *ius aedificandi* de la propiedad urbana" (163), la doctrina se plantea la problemática concreta de las parcelaciones urbanísticas en suelo rústico, amparadas formalmente en el Derecho agrario, para posibilitar el funcionamiento, y en la 'incapacidad' administrativa de reacción para consolidar la edificación. Cuestión sobre la que cabe advertir no tanto la insuficiencia legislativa cuanto la ausencia de control municipal.

A las reacciones interdisciplinarias, dentro del campo del Derecho administrativo, se ha aplicado, como técnica explicativa, la teoría del reenvío, cuando, quizá, sea más adecuada la de *distribución de competencias*. El reenvío en Derecho internacional privado se utiliza para solucionar el problema de la alternativa aplicación de un solo cuerpo legal que regula íntegramente la relación jurídica (164). En este caso, seguramente lo que haya sea una delimitación negativa de competencias. Las razones pueden ser las siguentes: 1.ª La Ley del Suelo, en sus artículos 80, 85, 86 y 96, considera el suelo rústico como suelo no urbanizable. Es decir, alude a él para excluirlo del proceso de desarrollo urbano, estableciendo en garantía de su preservación la aplicación de las limitaciones propias del suelo urbanizable no programado, y entre ellas incluye el reconocimiento de la competencia de la legislación agraria para regular todo lo relativo a los actos de disposición y de división de estos dos tipos de suelo. El suelo rústico por competencia directa y el suelo urbanizable no programado en cuanto a su tratamiento jurídico por reenvío (165). La única determinación positiva del Plan prevista es la de la clasificación de una zona como suelo no urbanizable de especial protección (166). 2.ª La legislación agraria emplea una técnica similar de distribución o reconocimiento de competencias ajenas, al excluir de su ámbito, en el artículo 45, para el caso de división, "la porción segregada —o la división si— se destina de modo efectivo, dentro del año siguiente, a cualquier género de edificación o construcción permamente, a fines industriales o a otros de carácter no

(163) *Op. cit.*, pág 549. Facultad de cultivar o de explotar económicamente la finca según su aptitud agrícola, se entiende. El derecho-deber de usar la finca

(164) Se aplica al Derecho español o el inglés, por ejemplo.

(165) Al tratar del suelo urbanizable no programado sí utiliza la técnica del reenvío, ya que su clasificación responde a una categoría urbanística.

(166) Clasificación que deberá contar con la previa declaración de esa cualidad por el organismo agrario competente, para evitar la duplicidad de calificaciones, de legislaciones y de competencias aplicables a una sola relación o situación jurídica

agrario", con una triple incidencia. Permite la división, con carácter general, para realizar edificaciones de naturaleza agropecuaria —incluida la vivienda rural—, y excluye de su ámbito las edificaciones y construcciones de fines industriales —legislación sectorial— y no agrarios —urbanísticos—, obras y servicios públicos... 3.ª El problema del negocio indirecto surge cuando la clasificación urbanística es de suelo no urbanizable o rústico y la división se hace para destinar las parcelas a edificación permamente no agraria, supuesto en que se excluye el retracto. En este caso, es de aplicación el régimen sancionador del Derecho urbanístico, con la dificultad añadida de delimitar la naturaleza de construcción. A ello atiende el artículo 85.1.3.ª como límite formal en función de la tipología de la edificación y la imposibilidad de la aplicación directa o analógica de la legislación de propiedad horizontal, institución urbana, a la parcelación rústica (167). Restricciones que replantean el tema del control instrumental.

Si Notarios y Registradores deben aplicar, en todo caso, el artículo 96 de la Ley del Suelo —incuestionable presupuesto—, el medio único con que cuentan para entender que el supuesto de hecho legalmente contemplado ha tenido lugar será la manifestación del interesado; de tal suerte que cuando el acto parcelatorio no vaya seguido de declaración de obra nueva alguna, incluso de disposición, se aplicará la legislación agraria al suelo rústico y régimen de las unidades mínimas de cultivo; y si existe, por razón de la propia manifestación o de las circunstancias descriptivas de las fincas, duda acerca de la verdadera naturaleza jurídica del acto o de la legislación competente que corresponda, conforme a la Resolución de 1985 —antes vista—, procederá a solicitar la licencia de parcelación urbanística en el momento que esa situación de hecho se patentice —parcelación simultánea o sucesiva—. Esa duda, documentalmente fundada, propia de la calificación registral, reviste la forma de una presunción fáctica y es la única manera de detectar el negocio indirecto. Porque la evaluación e interpretación de la normativa aplicable es competencia propia de ambas funciones (168).

Sin embargo, para mejorar ese control instrumental sería positivo y conveniente matizar la legislación vigente en la dirección expuesta con

---

(167) GARCIA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO así lo entienden (v. PAREJA I LOZANO *Op. cit.*, pág. 114).

(168) Así lo ha entendido el artículo 32.1 de la Ley de Protección de la Legalidad Urbanística de Cataluña de 18-11-1981 y sobradamente lo fundamenta J. M. GARCÍA GARCIA en su conocido estudio "El Registro de la Propiedad y el Urbanismo en la Ley del Parlamento de Cataluña de 18 de noviembre de 1981", publicado en la *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, julio septiembre 1982, págs 7 y sigs., y en especial págs 35-37 (con cuyo texto cuento gracias a la amabilidad de su autor)

anterioridad. Esto es, la publicidad registral expresa del medio por el que se obtiene la descripción y calificación de la finca y la advertencia de la posible irregularidad cuando de las circunstancias de aquélla se patentice la posibilidad de un negocio indirecto en fraude de Ley, que si bien es competencia judicial exclusiva su declaración, no es contraria su naturaleza al establecimiento de una presunción legal, tan necesaria para la seguridad jurídica y para la protección de los consumidores.

En cualquier caso, los artículos 94.2 y 96.1 de la Ley del Suelo declaran la ilegalidad de la parcelación urbanística del suelo rústico, sancionando la transgresión, aparte de las medidas de restablecimiento de la legalidad que sean aplicables en el punto 4.º del citado artículo 96, con la privación del carácter de solar a las parcelas resultantes y prohibiendo su edificación. En este caso, la transformación del suelo rústico en urbano edificable o solar, aunque éste goce de las características objetivas de su concepto legal [arts. 78.*a)*, 81.2 y 82], será ilegal por ser contrario al planeamiento y a las normas urbanísticas —para los municipios sin Plan— la formación privada de un núcleo de población. Ilegalidad a efectos urbanísticos que si bien no provoca la nulidad civil del acto (169), sí limita intrínsecamente el derecho de propiedad.

Las medidas preventivas que adopta la Ley del Suelo se complementan con el contenido del artículo 85, ya que si la parcelación es realmente una parcelación urbanística, la legislación agraria ya no será de aplicación. Las medidas de protección de la legalidad se canalizarán a través de la normativa urbanística. Pero ello no quiere decir que, una vez restablecido el orden físico y jurídico de la finca, las disposiciones del Derecho agrario no entren en juego para restaurar el aprovechamiento o uso genérica o específicamente infringido, bien a través de las medidas objetivas de control de superficie —unidades mínimas de cultivo—, bien a través de las normas de protección de uso, exista o no retracto de colindantes (170).

En este punto, y a efectos del cómputo del plazo de ejercicio del retracto, vuelve a tener importancia lo expuesto sobre la división de uso, ya que ese derecho, aunque se compute a partir de la parcelación (171) y no desde la aplicación de las medidas de disciplina urbanística, carecería de sentido —dada su configuración superficial objetiva— si la ilegalidad

---

(169) GARCÍA GARCÍA: *El Registro de la Propiedad y el Urbanismo...*, op cit., págs. 44-49, y MARCOS JIMÉNEZ: *Op. cit.*, págs. 170-171

(170) En Extremadura, la Ley 3/1987, de 8 de abril, sobre tierras de regadío (art. 13.2; v. GARCÍA GARCÍA: *Código de Legislación*, cit., pág. 571, nota 3, y F. CORRAL DUEÑAS: *Normativa autonómica*, op. cit.).

(171) Difícilmente podría aplicarse el artículo 1.524 del Código Civil en su primer inciso como forma de cómputo si el acto no pudiera documentarse públicamente e inscribirse.

e ilicitud de la actuación privada mantienen intacta la superficie de la finca que se urbaniza. Sin embargo, sí cabría una interpretación extensiva de los artículos 94 y 96 de la Ley del Suelo a efectos de entender incluido en el supuesto legal aquellas situaciones jurídicas en que se divide el uso del suelo para formar un núcleo de población. Es decir, puede entenderse por 'lotes o parcelas' superficies de uso exclusivo, vinculadas o no entre sí, al margen de la comunidad funcional creada o con mayor intensidad que ésta (172).

GONZÁLEZ PÉREZ, con la claridad sistemática y expositiva que le caracteriza, distingue al comentar el artículo 5 de la Ley de Reforma (173) entre limitaciones a las facultades de disposición y limitaciones a las facultades de aprovechamiento, resultado de la aplicación del artículo 85.1.4 de la Ley del Suelo, de la legislación de unidades mínimas de cultivo, de la prohibición de realizar parcelaciones urbanísticas del artículo 96.1 (174), de la sujeción a licencia previa en la legislación autonómica (arts. 6 y 4 LOUSR y LDU, respectivamente, y 14 LDUM) y la sanción administrativa de los artículos 51 del Reglamento de Disciplina, 54.3 del de Gestión y 227 de la Ley del Suelo, sin olvidar la expropiación-sanción del artículo 78.1.*b)* de la Ley de Reforma, por un lado, y, por otro, de la exclusión de aprovechamiento urbanístico, especialmente el carácter excepcional del *ius aedificandi* (STS 28-10-87). Restricción a que se refiere el artículo 6 de la Ley de Reforma, donde la jurisprudencia vuelve a limitar la posibilidad de formación de núcleos urbanos con ocasión de la construcción de viviendas unifamiliares (175).

En el ámbito del suelo rústico, según la legislación agraria y de la limitación negativa de la legislación urbanística, las construcciones, siguiendo la exposición de GONZÁLEZ PÉREZ, pueden destinarse a la explotación del suelo —explotación agrícola—, al servicio de obras públicas, a finalidades de utilidad pública o interés general, o a vivienda unifamiliar, en el marco de los artículos 85, 86 y 96.4 de la Ley del Suelo y 44-45 del Reglamento de Gestión. Y como "garantía de que los edificios e instalaciones van a cumplir los requisitos de la legislación urbanística, las construcciones a que se refiere el artículo 85.1.2.º, inciso segundo —edificacio-

(172) Con carácter general y con independencia de su clasificación formal, cualquier parcelación o división de uso o superficie que pueda dar lugar a la formación de un nuevo núcleo de población está sujeta a licencia.

(173) *Comentarios a la Ley de Reforma*, cit., págs. 119 y sigs.

(174) Recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 13-3-1990, que señala la distinción entre división material o física de tierras y división jurídica del derecho de propiedad, complemento de aquélla, "de suerte que éste pasa a ser, material y jurídicamente, finca independiente, sigan o no perteneciendo a un mismo propietario".

(175) *Op. cit.*, págs. 126 y sigs. Para la Sentencia del Tribunal Supremo de 30-6-1989, pág. 127.

nes e instalaciones de utilidad pública o interés general y vivienda familiar—, no están sujetas a licencia urbanística ordinaria, sino a una autorización que se otorgará con la intervención de órganos no municipales: la Comisión Provincial —o insular— de Urbanismo" (SSTS 2-12-1987 y 12-5-89).

Consumada la parcelación ilegal en suelo rústico, en base al aparente amparo de la legislación agraria, en un segundo momento surge el control urbanístico. En el de la edificación (art. 96.4 LS). Esta se reduce a las viviendas unifamiliares que no puedan dar lugar a la formación de un núcleo de población, y si procede la solicitud del titular de una parcela ilegal, no se concederá en ningún caso (176).

La autorización procederá de acuerdo con las provisiones que para evitar la formación de nuevos núcleos de población deben contener los planes o las normas subsidiarias. En especial, conforme al artículo 36.*c*).1 del Reglamento de Planeamiento, la determinación de las condiciones de la parcela de terreno que debe quedar afecta a la edificación, en cuanto superficie y forma, y los retranqueos de las edificaciones respecto a los límites de la propiedad. Supuesto que puede dar lugar a cierta discrecionalidad cuando el municipio carezca de normas de planeamiento. GONZÁLEZ PÉREZ apunta la necesidad de adopción de criterios objetivos (177), como pueden serlo el grado de parcelación de la propiedad en la zona (superficie media de las fincas) y la intensidad de los cultivos, por razón de la forma de explotación y rentabilidad.

En el régimen general, no obstante, ese control instrumental del acto edificatorio, medida residual de prevención (art. 96.4 LS), puede devenir inexistente si con posterioridad a la parcelación rústica, conforme a la legislación agraria, se declaran las obras nuevas, incluso utilizando la tipología física o jurídica propia de las zonas urbanas (178) por falta de

---

(176) *Op. cit.*, págs 139 y sigs. A pesar de que del texto del artículo 85.1.4 no resulta el carácter unifamiliar de la vivienda —se habla de vivienda familiar exclusivamente—, parece, dice GONZÁLEZ PÉREZ, que persiste el requisito de la antigua Ley del Suelo.

GONZÁLEZ COLOMINA: *Op cit.*, págs. 191 y sigs., se muestra favorable al carácter discrecional de la autorización extramunicipal (art. 11.1 LOUSR) y subsiguiente licencia municipal reglada por ausencia de planeamiento (págs. 194-195).

(177) *Op. cit*, págs. 143, y *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, op cit., págs. 590 y sigs.

(178) Descripción de la obra y régimen de propiedad horizontal directo o analógico, propio de una 'urbanización privada', por ejemplo.

En general, la declaración de obra nueva, vivienda unifamiliar aislada, tampoco está sujeta, a efectos de escritura e inscripción, a la necesidad de la presentación de la licencia de obra o autorización oportuna.

La distinción entre licencia ordinaria y autorización a que alude GONZÁLEZ PÉREZ (v. *supra)* carece de trascendencia instrumental en cuanto no se ha previsto distinto vehículo documental y las legislaciones autonómicas no reparan en este problema. La

previsión legal. La parcelación sólo podrá detenerse si se ha producido de forma sucesiva y para las futuras parcelas a través del artículo 96.3 de la Ley del Suelo, a menos que se fuerce la interpretación de este artículo y se solicite la licencia por aplicación del punto 4 de su texto, cuestión en la que el Registrador, según la Dirección General (R. 11-11-1981), antes de la nueva Ley de Reforma y salvo previsión autonómica —entendemos conforme a la Instrucción citada de 1984— no puede entrar.

Y esta falta de cobertura de la calificación registral se puede cuestionar ahora a la luz del nuevo artículo 25.2, ya que su naturaleza restrictiva de un derecho fundamental y su carácter sancionador hacen muy problemática la aplicación extensiva o analógica. El artículo 25.2, como sabemos, se incardina en el capítulo III del Título I bajo la rúbrica "Régimen del suelo urbano y urbanizable" y, en consecuencia, no afecta al régimen del suelo rústico o no urbanizable. Sólo interpretando que desde el momento que se parcela ilegalmente una finca queda ésta sujeta a las medidas de disciplina urbanística —como así es— y, en consecuencia, a la protección de la legalidad, cual es la contenida en ese artículo, podremos extender su régimen a la parcelación ilegal. La correlación entre los artículos 96.4 de la Ley del Suelo y 25.2 se impone —o debe al menos imponerse—, y servirá de prueba de la existencia o inexistencia de la presunta parcelación. Otro argumento lo podemos encontrar en el presupuesto legal de la edificación urbana, la existencia de un terreno calificado como solar. Si el propietario por la declaración escrituraria está reconociendo el carácter de solar de la parcela, la presunción de veracidad de su manifestación incluirá el supuesto dentro de ese capítulo III del Título I, y particularmente en el ámbito del artículo 25.2, por simple coherencia interpretativa.

Si, por el contrario, del documento resulta la edificación de una vivienda unifamiliar en suelo rústico, fuera, pues, de ese ámbito urbano, las circunstancias descriptivas de la finca y de la tipología física y jurídica de la obra no deben ser contradictorias con la manifestación para que podamos entender inaplicable el artículo 25.2. Habrá que indagar en las circunstancias objetivas fijadas por el planeamiento y en el propio origen registral de la finca, según proceda de una parcelación o división aislada o múltiple. De esta forma, el criterio fijado podrá aplicarse con carácter general a cualquier vivienda unifamiliar y, por extensión, dentro del marco del suelo urbano y urbanizable, a cualquier construcción, ya que el nuevo artículo 25.2, al referirse a las declaraciones de obra nueva, no restringe su aplicación a las viviendas familiares. Por lo que de la escritura que excluya

---

competencia para conceder la licencia especial o autorización corresponde al Ayuntamiento, y la forma será la ordinaria salvo que de la misma resulte su insuficiencia (v. STS 12-5-89, *op. cit.*, pág. 129).

su aplicación debe resultar el destino de la construcción (art. 85.1.4 Ley del Suelo) (179).

B) RÉGIMEN AUTONÓMICO

Hemos de reconocer, con DÍAZ LEMA (180), que la legislación autonómica, de forma cronológica y por razones prácticas de urgencia, ha iniciado su andadura con medidas de disciplina urbanística, fundamentalmente referidas a su reforzamiento, sobre todo en materia de suelo no urbanizable o rústico; y atiende, con carácter particular, a la regulación de las parcelaciones, siendo destacable la utilización del Registro de la Propiedad como medio de control y de publicidad de la situación urbanística de la finca (sistema positivo de publicidad) (181). Ahora, por nuestra parte, nos

(179) La fijación, pues, de un criterio general, aunque valore el origen de la finca —parcelación— en orden a la aplicación del artículo 25 2 de la nueva Ley e, incluso, del artículo 96.3 de la Ley del Suelo, afectará a cualquier construcción sobre suelo rústico, urbano o urbanizable. Sólo si el suelo es rústico y la edificación adecuada a su uso el acto no entrará dentro del ámbito del artículo 25.2.

T. R. FERNÁNDEZ: *Manual de Derecho urbanístico,* cit., págs. 210 y sigs., señala la necesidad de un mayor rigor en la aplicación del artículo 96.3 de la Ley del Suelo. Esta necesidad, por todos compartida, debe acompañarse, como puede deducirse del presente texto, de medios adecuados que permitan desarrollar la función.

(180) *Op. cit.,* págs. 19 y sigs.

(181) La regla general —sistema positivo— y la excepción —sistema negativo— más destacables son las leyes de las Comunidades de Cataluña y Madrid.

Nuestra Comunidad, como hemos expresado, sigue esa regla general con importantes novedades, derivadas fundamentalmente del tratamiento unitario de todas las clases de suelo, incluido el suelo rústico (arts. 4, 13.3 y 14, párr. 2.º, LDU).

Según A. MANZANO: *Op. cit.,* págs 221, "el Protocolo de Andalucía no encara *el problema del suelo no urbanizable o rústico*". "Esta omisión supone dejar escapar la oportunidad de atacar y, si fuera posible, resolver el problema de las *urbanizaciones clandestinas* que, aunque injustamente —por falta de medios legales, puede añadirse—, han sido causa permanente de ataques a Notarios y Registradores". "El problema, en definitiva, se ha deferido a los respectivos Planes de Ordenación".

En la Comunidad de Madrid, señala NORTES TREVIÑO *(op. cit.,* págs. 195 y sigs.), las parcelaciones rústicas son nulas de pleno de derecho si no cuentan con licencia previa de parcelación, "tanto urbanística como rústica", que supone la autorización directa de parcelaciones urbanísticas en suelo rústico (arts. 14-15 LDU 10-2-84). Para las parcelaciones urbanísticas en suelo urbano, no obstante la falta de previsión legal expresa (el art. 16 se limita a remitirse al art. 178 LS), el artículo 96.3 debe entenderse, dice NORTES, que rige supletoriamente. Este habla de escrituras de división de terrenos, no sé si pronunciándose por una aplicación extensiva del citado artículo a toda división, resultado de su interpretación literal, sin tener presente los párrafos restantes y los artículos 94 y 95, es decir, su ubicación sistemática. Para nosotros, el número 3 del artículo 96 se refiere exclusivamente a la parcelación urbanística. Así lo entienden GONZÁLEZ PÉREZ *(Comentarios a la Ley del Suelo,* cit., t. I, pág. 944), GARCÍA GARCÍA *(El Registro de la Propiedad y el Urbanismo,* op. cit., pág. 31), UTRERA RAVASSA *(op cit.,* págs. 1096-1097), MARCOS JIMÉNEZ y las Sentencias del Tribunal Supremo de 26-10-1983 y 10-2-

ocupamos de algunas particularidades de la legislación autonómica sobre suelo rústico y del asiento registral en función de la naturaleza del suelo desde su aspecto formal —inscripción, nota o anotación.

En Canarias, la parcelación rústica recibe debido tratamiento jurídico en las Leyes de Ordenación Urbanística del Suelo Rústico y de Disciplina Urbanística y Territorial (LOUSR y LDU), que coordina aquella normativa con la legislación hipotecaria. En nuestra Comunidad, como hemos advertido, todos los tipos de suelo, incluido el rústico, a efectos de control de la legalidad, son objeto de una normativa homogénea. El territorio se concibe como un conjunto unitario (182), sin disfunción competencial alguna.

Definición legal: "Constituye el *suelo rústico* aquel que, bien por sus características naturales o culturales o bien por su potencialidad productiva dentro de la ordenación general de la economía, debe ser expresamente excluido del proceso urbanizador" (art. 3.2 LOUSR).

Como puede observarse, este artículo define el suelo rústico de forma subjetiva y con carácter negativo y parece amparar la consideración de

---

1987 (dice ésta: "Si toda división de fincas o segregación de porciones de una finca supone la creación de parcelas, no puede, sin embargo, afirmarse que ello implique una parcelación urbanística que es la operación que exige licencia"; *op. cit.*, pág. 160).

Dice el artículo 14 de la Ley de la Comunidad de Madrid: "2. Las parcelaciones rústicas deberán ser autorizadas por la Comisión de Urbanismo y Medio Ambiente, previo informe favorable de la Consejería de Agricultura y Ganadería del Ayuntamiento correspondiente. 3. Serán nulas de pleno derecho las parcelaciones rústicas que infrinjan lo dispuesto en los apartados anteriores". "Consecuencia de aquella exigencia —comenta GONZÁLEZ PÉREZ— es la prohibición a Notarios y Registradores de la Propiedad de autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos sin que se acredite el otorgamiento de licencia (art. 15.6 LDU Madrid)". "A diferencia del régimen de Cataluña, que se limita a exigir a los Notarios que adviertan a los otorgantes de una escritura de división de las responsabilidades en que incurren y a los Registradores de la Propiedad que hagan constar por nota marginal la falta de licencia (arts. 55-56 RPLUCat)" (v. *Comentarios a la Ley de Reforma,* cit., págs. 124-125).

Si entendemos que la coordinación legislación civil-legislación urbanística, realidad física-realidad jurídica, debe tener lugar a través del instrumento adecuado, la publicidad registral, el sistema de la Comunidad de Madrid revela su insuficiencia en orden a la protección de los consumidores, al cerrar la posibilidad de que el Registro publique la irregularidad urbanística, profundizando en la distanciación de ambas legislaciones, predicada por el Tribunal Supremo la validez civil del acto divisorio. El artículo 14.3 queda reducido al ámbito urbanístico. Nulidad urbanística de pleno derecho.

En Cataluña, la interpretación que del artículo 32 de la Ley de Protección de la Legalidad Urbanística hace GARCÍA GARCÍA (v. *supra)* se ha visto respaldada por los artículos 56 y 57 de su Reglamento (v. GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, t I, pág. 963).

(182) El suelo rústico en Canarias ha sido estudiado con atención por GONZÁLEZ COLOMINA a lo largo de su citada obra, siendo merecedor su tratamiento jurídico de un juicio favorable.

A continuación seguimos básicamente mi estudio *Régimen jurídico del suelo en Canarias,* págs. 15-16.

que la regla general en Canarias sea la de los suelos urbanizables y urbanos, imponiendo a la Administración la exclusión expresa de las áreas rústicas, sin recurrir a la fórmula tradicional de estimar suelo no urbanizable la superficie municipal resto después de la delimitación de las otras categorías de suelo. Serán, quizá, razones prácticas las que impulsaron al legislador, dada la diseminación de la población en algunas zonas y la aptitud turística de casi todo el territorio a determinar el suelo rústico mediante su exclusión expresa, que no se compadece con la declaración que recoge el párrafo 1.º del artículo 4 de la LOUSR ("La totalidad del territorio de los municipios que carezcan de planeamiento municipal tendrán la condición de suelo rústico a efectos de esta Ley").

Así pues, de la existencia de planeamiento y de su previsión concreta y expresa en orden a la autorización en suelo rústico de "construcciones, instalaciones o transformaciones de su naturaleza, uso y destino" (art. 9.1 LOUSR) deriva la aplicación de la regla general, positiva o negativa (arts. 3.2 y 4, párr. 1.º, LOUSR), de clasificación del suelo como rústico y la aplicación del régimen de silencio positivo o negativo [arts. 11.1.*d)* y 11.2.*f)* LOUSR] a la solicitud de licencias urbanísticas para la edificación en este tipo de suelo (art. 9 LOUSR) (183).

Esta concepción explica la deficiencia advertida por GONZÁLEZ COLOMINA en la clasificación canaria del suelo rústico (184). Es el planeamiento integral del territorio de cada municipio el que debe atribuir los usos de los distintos tipos de suelo rústico que la Ley establece. Categorización de carácter estático que, realizada por el Plan General o Insular, requiere para cualquier alteración de la preceptiva autorización (arts. 8 y 9 LOUSR).

Parcelaciones (actos de uso del suelo rústico):

"Artículo 6.º 1. Las parcelaciones, segregaciones o cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en suelo rústico requerirá la *previa licencia municipal* otorgada conforme al ordenamiento jurídico.

2. Se considera *parcelación urbanística* la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes cuando pueda dar lugar a la constitución de un *núcleo de población.*

3. Las segregaciones o divisiones de fincas rústicas deberán ser autorizadas mediante licencia municipal, previo *informe favorable* de la Consejería competente en materia de agricultura.

(183) "Construcciones, instalaciones o transformación de su naturaleza, uso y destino".

(184) *Op. cit.*, pág. 68.

4. Cualquiera de los actos previstos en el número 1 requerirá *para su inscripción* en el Registro de la Propiedad la previa licencia municipal.

Los Notarios y Registradores de la Propiedad *exigirán* para autorizar e inscribir, respectivamente, *escrituras de división de terrenos* que se *acredite* el otorgamiento de la licencia, que los primeros deberán testimoniar en el documento.

En ningún caso se considerarán *solares* ni se permitirá *edificar* en ellos los lotes resultantes de una parcelación o reparcelación efectuadas con infracción de las disposiciones de este artículo o el que antecede —uso y aprovechamiento rústico legalmente establecido (art. 6 LOUSR).

"Se presumirá la existencia de parcelación o segregación cuando se enajenan partes *indivisas* de una *finca rústica,* con incorporación del *derecho de utilización exclusiva* de partes concretas de la misma, así como la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore el derecho de uso exclusivo sobre una parte del predio total" (art. 3 de la Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Pesca de 9 de junio de 1987)

Edificaciones diseminadas [arts. 7 y 9.2.*d)* LOUSR]: Mientras no exista planeamiento municipal o especial, o insular en su caso, las edificaciones deberán reunir los siguientes requisitos:

1.º Tener carácter de *aislada.*

2.º No exceder de una planta en descampado y de dos en núcleos urbanos de población consolidados o asentamientos rurales existentes.

3.º Que las construcciones aisladas, fijas o móviles, destinadas a *vivienda unifamiliar, agrícola y residencial* se ubiquen en los lugares donde no exista posibilidad de formación de un núcleo de población (previa autorización y siempre que no se trate de suelo rústico forestal o de cumbre ni tenga tipología de zona urbana, arts. 10.2 y 12.3 LOUSR).

Las características de las construcciones, instalaciones o alteración de uso se ajustarán a lo dispuesto en el específico planeamiento o, en su defecto, en el artículo 7 de esta Ley y disposiciones concordantes de la Ley del Suelo (art. 9.3 LOUSR).

4.º Que se siga el procedimiento que establece el artículo 11, siendo trámite previo a la concesión de la licencia municipal —de obras— la *inscripción registral* "de la superficie suficiente, *vinculada* a la edificación autorizada" (art. 11.3 LOUSR).

Y aunque exista planeamiento, la licencia de edificación se impone en virtud del citado artículo 11, con la particular vinculación de la superficie a la construcción proyectada en este último caso, que supone una medida

preventiva frente a la parcelación urbanística ilegal y tiende a impedir la formación de un núcleo urbano (art. 12.3 LOUSR). Esta disposición, verdaderamente excepcional en nuestro Derecho y que recuerda a la indivisibilidad de la parcela mínima de cultivo y de la explotación familiar agraria, modifica la legislación civil, a través de su publicidad registral, de su trascendencia real sustantiva, pasando a ser un mero requisito administrativo el supuesto legal de hecho de la concesión de la licencia a una efectiva vinculación real al legitimar la existencia misma de la edificación.

Su eficacia jurídica puede, sin embargo, cuestionarse. ¿Impide la división civil y la inscripción registral del acto divisorio? ¿Es un simple elemento de publicidad o vincula efectivamente ambos elementos? Pues bien, aplicando la doctrina de la Resolución de 1985, que antes comentábamos, a efectos registrales la vinculación sería impeditiva, ya que si la Dirección General postula su inoperancia en virtud de la propia legislación urbanística y de la alterabilidad del planeamiento, cuando la indivisibilidad no es origen contractual, sino administrativo, su operatividad sería incuestionable (interpretando aquella doctrina *sensu contrario).* Pero surge en seguida una dificultad, la que se deriva de la equiparación de esta situación a la de la indivisibilidad propia del concepto de parcela mínima, si bien ésta no contiene vinculación alguna. ¿Por qué su tratamiento es diferenciado? La primera diferencia la encontramos en la forma de constatar la vinculación. En un caso —parcela mínima—, su determinación es genérica, como medida superficial de aprovechamiento urbanístico, y su consecuencia será el señalamiento de cierto volumen edificable; en otro, es un requisito de la concesión de la licencia y supone la efectiva concreción del volumen. La segunda puede hallarse en la naturaleza de la vinculación, limitación administrativa positiva de volumen de una edificación proyectada, frente a la indivisibilidad, limitación negativa de superficie por razón de aptitud edificatoria de la parcela.

De estas diferencias, que no implican una prohibición civil de disponer y, por tanto, no prejuzgan la validez civil del acto divisorio, podemos, no obstante, extraer distintas consecuencias para el tráfico privado. En el caso de la división material de la finca vinculada a la parcela, la vinculación subsistirá sobre las nuevas fincas (determinante de la extensión volumétrica de su aprovechamiento edificatorio: el volumen está agotado), impidiendo, salvo licencia municipal expresa, la construcción sobre la misma. En el supuesto de la indivisibilidad, como el planeamiento complementa, a efectos sustantivos, la noción superficial de parcela con la de aprovechamiento o uso en función del volumen autorizado —que no consta en el Registro—, la división de la finca, sólo provocará extrarregistralmente la inaptitud edificativa de las nuevas parcelas o la necesidad ulterior de agrupar el volumen o uso de las mismas, si se quiere —y es un deber legal

sancionado con expropiación— ejercitar el *ius aedificandi*. Es decir, el acto civil de división no produce la división del aprovechamiento urbanístico, la división del uso, como aspecto sustantivo y público del planeamiento. Para el Derecho urbanístico, utilizando la terminología de la Resolución de 1985, la división civil, incluso la división material o física, es inoperante. Ni aumenta el aprovechamiento ni altera el uso legalmente fijado (definición o delimitación pública del contenido normal del derecho de propiedad) (185).

Así pues, en el primer caso la concreción del volumen se produce por vía de la vinculación, registralmente publicado (186), y en el segundo, esa especificación queda pendiente de la exclusiva actuación municipal a través del control preventivo que las licencias de obra suponen.

Otra singularidad del artículo 11.3 LOUSR puede destacarse. La vinculación de la edificación a la superficie suficiente de suelo supone la posibilidad de que el resto de la finca no quede vinculado, cuando sus proporciones así lo permitan, lo que significa, por razones del principio de especialidad, que esa porción vinculada debe deslindarse y una excepción

---

(185) Que presupone, claro está, la existencia del dominio y del *ius aedificandi*. Se trata de una intervención pública en la propiedad privada. "El marco jurídico —dice GONZÁLEZ COLOMINA— de la propiedad urbana viene señalado por la legislación del suelo, y la facultad o derecho a edificar queda *conformada* por el planeamiento urbanístico" *(op. cit.*, pág. 281).

Y señala en otro lugar: "El *ius aedificandi* contiene, por un lado, la edificabilidad del suelo, y, por otro, la existencia de un volumen mínimo de edificación que deba corresponderle al derecho de propiedad. Pero la Ley del Suelo no establece un mínimo de aprovechamiento que debe corresponderle a la propiedad del suelo en abstracto. *La Ley del Suelo no habla de derechos de propiedad, sino de suelo.* Se determinan las cualidades y características del suelo en cuanto objeto del derecho de propiedad" *(op. cit.*, págs. 156-157). Esto es, podría entenderse —como así lo entendemos— que el derecho de propiedad abarca el suelo, y el vuelo en concepción civil de nuestro Código y el planeamiento al determinar el aprovechamiento susceptible de aprovechamiento por cada titular (art. 11.2 y 16.1 LR) concreta ese derecho abstracto al volumen edificable que corresponde a todo propietario, con lo que el sistema de la Ley del Suelo de 1956 de establecimiento de un mínimo de edificabilidad, no es que suponga la desaparición del *ius aedificandi*, sino que se sustituye por una nueva fórmula de cálculo más perfecta. En ningún caso un propietario se verá privado de su derecho sin indemnización. Podrá calificarse su finca de suelo destinado a zona verde, pero ello trae como consecuencia su necesaria indemnización para evitar la discriminación que tal cualificación lleva consigo y la 'expropiación anómala' —privación a título singular— sin indemnización.

El planeamiento puede reducir el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación por su propietario a través del aprovechamiento tipo y del límite del artículo 16 de la Ley de Reforma —redistribución de plusvalías comunitarias—, pero nunca privar de la titularidad del bien sin indemnización (el propietario tenía derecho a edificar y se ha visto privado de él. Si no, no se comprende la indemnización).

(186) Disposición que se complementa, a su vez, con la genérica necesidad de licencia para otorgar e inscribir las obras nuevas tanto en suelo rústico como urbano, en virtud del artículo 4 de la Ley de Disciplina Urbanística, a diferencia del régimen del artículo 25.2, que sólo se refiere al suelo urbano y urbanizable.

al principio general de que no pueden concurrir derechos reales sobre partes determinadas de una finca sin la consiguiente segregación (excepción a la comunidad romana, tan sólo admitida dentro de la propiedad horizontal). Es decir, no se puede transmitir la edificación ni hipotecarla sin segregar la porción de suelo que ocupa (principio de accesión inmobiliaria), salvo en el caso del derecho de superficie, por ejemplo.

Conviene advertir, por último, cómo el artículo 11.3 citado, a pesar de la valoración negativa de la publicidad registral que contiene el precedente artículo 6.4, incluye la inscripción de la referida vinculación urbanística, precepto que patentiza, por un lado, la necesaria coordinación, y, por otro, la insuficiencia de la publicidad superior de las obligaciones y limitaciones legales *propter rem,* camino que sigue la LDU y la propia Ley de Reforma, dando cumplido desarrollo a la Disposición Transitoria 13 de la Ley del Suelo de 1975 y que responde a la exigencia del principio de seguridad jurídica de que "cualquier persona interesada pueda saber la exacta configuración urbanística de una finca determinada", como señaló REQUEJO (187).

En definitiva, la dicotomía legislación civil-legislación urbanística ha dejado de mostrar su formal paralelismo, para dar paso a una concepción unitaria de la relación jurídica total, definitoria de los límites intrínsecos y extrínsecos del dominio que se encauce de manera directa y positiva a través del Registro de la Propiedad como institución garante en nuestro sistema de la efectividad del principio de seguridad jurídico-inmobiliaria. Y todo ello sin perjuicio de la subsistencia de las características estructurales propias del Derecho privado y del Derecho público, y sin necesidad de recurrir a la forzada superposición legislativa que propugna la superioridad de este Derecho sobre aquel, velada fórmula de inseguridad.

GARCÍA GARCÍA (188), por su parte, propugna la coordinación entre ambos campos del Derecho, partiendo de la base de que "el Derecho hipotecario es Derecho civil y, en cambio, el Derecho urbanístico es Derecho administrativo". Y a "pesar de esa diferenciación esencial, la coordinación es necesaria no ya sólo desde el punto de vista práctico, sino también desde la perspectiva técnica, ya que, aunque sean dos ramas jurídicas completamente diferentes, lo cierto es que una y otra inciden en el derecho de propiedad"; y esta "doble incidencia debe contemplarse no mezclando la naturaleza de ambas instituciones y ramas jurídicas, sino manteniendo su separación y enfocando la coordinación a través del fenómeno tan actual de las relaciones interdisciplinarias".

"La colaboración y coordinación entre Registro y Urbanismo y la

(187) *Op. cit.,* pág. 26.
(188) *El Registro de la Propiedad y el Urbanismo,* op. cit., págs. 10 y 48.

conveniencia de que el Registro de la Propiedad publique los dos aspectos del acto, el civil y el urbanístico, adaptándose a la naturaleza de uno y otro, impone que el aspecto civil tenga acceso al Registro de modo definitivo a través del correspondiente asiento de inscripción y, en cambio, el aspecto urbanístico o administrativo (la falta de licencia) tenga acceso al Registro de modo transitorio y accesorio a través de una nota marginal de duración limitada en concordancia con la naturaleza de la ilegalidad urbanística".

Publicidad registral: La LDU complementa y desarrolla las disposiciones que hemos transcrito. Y de su integración normativa resulta el siguiente sistema sobre parcelaciones rústicas y urbanísticas:

1.º Los artículos 6.1 de la LOUSR, 4.1, inciso 1.º, y 4.1.*a)* de la LDU y 3 de la Orden de 9-6-1987 sujetan al requisito de la licencia previa las parcelaciones urbanísticas en sentido estricto (art. 94 LS), y las parcelaciones, segregaciones o cualesquiera otros actos de división o adscripción de uso de fincas o predios en suelo rústico.

2.º La división de suelo urbano que no dé lugar a la formación de un núcleo de población por realizarse dentro del propio núcleo no está sujeta a licencia (art. 94 LS), ya que, a pesar del término genérico del artículo 13.1 de la LDU, el empleo por el mismo de la palabra 'parcelación' en relación al artículo 4.1, inciso 1.º, de la misma Ley, que se remite a los artículos 178 de la Ley del Suelo y 1 del Reglamento de Disciplina, y no establece el requisito de la licencia para la simple división, excluye otra interpretación. Conclusión que se ve reforzada por la reproducción que hace el artículo 6.2 del tradicional concepto de 'parcelación urbanística' (art. 94 LS).

3.º Conforme a los artículos 6.4 de la LOUSR y 13.1 de la LDU, el Notario y el Registrador de la Propiedad exigirán para otorgar las escrituras de parcelación (urbanística o rústica) y practicar las inscripciones respectivas la presentación de la correspondiente licencia municipal. En otro caso, la inscripción no podrá practicarse sin la extensión simultánea de una nota marginal expresiva "de la situación urbanística de la finca, de los efectos de la falta de licencia y de las sanciones a que haya lugar si la irregularidad urbanística infringe las disposiciones legales aplicables, y en especial esta Ley de Disciplina Urbanística" (art. 15.2).

La práctica de esta nota marginal, que da "publicidad frente a tercero de la trascendencia jurídica de esa carencia en la forma que determina el artículo 17" y que se hará constar en el título inscrito y en las certificaciones que se expidan, requiere, pues, dada su importancia, la advertencia previa al interesado o presentante. Es decir, primero se le pedirá la licencia y

luego se le advertirá de la gravedad de la posible irregularidad, de forma parecida a como GARCÍA GARCÍA interpreta el término 'circunstancias concurrentes' que recogen los artículos 32.2 de la Ley de Protección de la Legalidad Urbanística de Cataluña y 56 de su Reglamento con ocasión de la extensión de la nota marginal (189), pero haciendo especial y expreso hincapié en la trascendencia de la infracción (190).

4.º "En ningún caso se considerarán solares ni se permitirá edificar en ellos los lotes resultantes de una parcelación o reparcelación efectuadas con infracción de este artículo o el que antecede" (art. 6, pfo. final, LOUSR). Y dice el artículo 5: "1. Los actos de uso y aprovechamiento del suelo rústico conforme a su naturaleza, sin transformación del mismo y para su explotación agropecuaria y forestal, están sujetos exclusivamente a las limitaciones establecidas en la legislación civil y administrativa especial aplicable por razón de la materia. 2. Sólo la ordenación territorial y urbanística legitima la realización de cualesquiera otros actos y aprovechamientos distintos de los previstos en el artículo anterior, así como la de las instalaciones, construcciones o edificaciones que requiera el establecimiento o la explotación de estos últimos".

Los artículos 5 y 6, pues, extienden, como medida preventiva, el contenido del artículo 96.4 de la Ley del Suelo a las edificaciones en suelo rústico sobre los lotes resultantes de una división o sobre cualquier finca de esta naturaleza que, según veíamos, también requieren de la licencia previa e, incluso, dentro del marco del artículo 85 de esta última Ley, por virtud del artículo 9. Y parece deducirse del punto 2 del citado artículo 5 que esas instalaciones, construcciones o edificaciones son las de carácter no agrario, ya que dice para "el establecimiento o protección de estos últimos", es decir, de los actos y aprovechamientos distintos de los derivados de la "explotación agropecuaria o forestal".

Lo que sí está claro es que en nuestra Comunidad el refugio formal de las urbanizaciones privadas ilegales en la legislación agraria no puede darse. La disposición que contiene el artículo 44 de la LRYDA queda superada y complementada en el aspecto formal (art. 6.4) y en su ámbito material (art. 3 de la Orden de 9-6-87).

5.º Será rústico el suelo de los asentamientos rurales, y la realización

(189) *El Registro de la Propiedad y el Urbanismo...*, op. cit., págs. 51 y sigs.

(190) De la interpretación de este precepto resultaría el siguiente modelo de nota. "El acto a que se refiere la inscripción adjunta está sujeto a LICENCIA URBANISTICA, y no habiéndose acreditado su obtención se hace constar expresamente que esta finca está o puede estar en situación de IRREGULARIDAD, dando lugar las infracciones, que prevé la Ley 7/1990, a la imposición de las multas e indemnizaciones que establece en sus artículos 8, 45 y 53-65 a la responsabilidad del titular registral, según el artículo 39, y al procedimiento excepcional de urgencia que imponen los artículos 30-36. La LEGALIDAD de la situación urbanística de esta finca NO se acredita".

de construcciones e instalaciones previstas por el planeamiento en este especial núcleo de población está sujeta a autorización previa [art. 9.2.*e)* de la LOUSR], donde se expresará las características de la edificación. Ahora bien, si es cierto que todo tipo de construcciones en esta clase de suelo tiene un cierto carácter excepcional, según resulta del inciso primero del artículo 9, cuando no exista planeamiento en el municipio será imposible autorizar la obra por falta de concurrencia de uno de sus requisitos, que la letra *e)* cifra en la previsión del planeamiento. Restricción que puede carecer de justificación si no se procede con urgencia a la catalogación de esos asentamientos rurales, pues supone 'congelar' cualquier actividad edificatoria en los existentes. A menos que interpretemos que la autorización es reglada en este caso y discrecional, conforme al artículo 11.2, cuando no existe el planeamiento o, incluso, que la autorización sólo es exigible cuando éste se ha aprobado. Seguramente, la finalidad de esta Ley no es la supresión del control administrativo en ningún caso. No parece que su texto abogue por las excepciones.

Asientos registrales: En sentido general, puede decirse que existen dos clases o tipos de suelo de carácter estático: el suelo rústico y el suelo urbano —en especial el edificable—, y otro dinámico, el suelo urbanizable, programado y no programado, suelo en tránsito de convertirse en urbano. El suelo rústico, en principio, sin Plan General o Normas Subsidiarias, no puede transformarse en urbano, y éste, tampoco en rústico. Situación que desde la perspectiva registral aconseja un determinado tipo de asiento para cada caso, según la mutabilidad de su clarificación, a través de la distinción establecida entre asientos definitivos y provisionales.

Así, el tratamiento jurídico de la relación jurídico-urbanística, de la clasificación tipológica del suelo y de la calificación, cualificación y cuantificación de su uso deberá reflejarse según su propia naturaleza permanente o provisoria. En este sentido, GARCÍA GARCÍA y MANZANO SOLANO entienden que la nota marginal en cuanto constata un hecho objetivo y transitorio es el asiento adecuado para la constatación registral de la existencia o inexistencia de la licencia urbanística dada la transitoriedad de la irregularidad. La nota se sujeta, pues, a un plazo de caducidad. Dice MANZANO que "la nota marginal constata un hecho que puede afectar a un derecho registrado" (191).

La nota marginal, por su parte, puede también revelar con carácter permanente —sin plazo de caducidad— hechos jurídicos. De esta forma,

(191) A. MANZANO SOLANO: *Comunidad Autónoma de Andalucía· algunos aspectos de su normativa urbanística,* op cit., págs 197 y sigs., en especial pág. 224.

J. M. GARCÍA GARCÍA: *El Registro de la Propiedad y el Urbanismo...,* cit., págs. 41 y sigs. (art. 32.2 LPLU. Plazo de caducidad, cuatro años, págs. 49 y sigs.).

para una debida colaboración y coordinación institucional, parece el asiento adecuado para contener la clasificación urbanística del suelo y sus determinaciones específicas —volumen, uso...—, aunque alguno de sus tipos sean de naturaleza transitoria —suelo urbanizable—. La necesaria aprobación de un programa de actuación, de un plan parcial, de la modificación del plan general o del proyecto de delimitación del suelo urbano vigente para operar el cambio lo justifica.

Otras actuaciones disciplinarias y sancionadoras, sin embargo, tienen mejor cabida en el asiento de anotación preventiva —suspensión de licencia, declaración de ilegalidad...— o de cancelación —demolición de la obra nueva.

En Canarias, los artículos 13.3, 14.2.º, 15.2 y 16 de la LDU parecen referirse en todo caso a la nota marginal, si bien el punto 2 del último precepto y el artículo 17 hablan de 'anotaciones'. Es indudable que en este punto hubiera sido necesaria una mayor precisión técnica, ya que de la naturaleza del hecho jurídico o acto administrativo deriva la idoneidad del asiento a practicar.

La nota marginal es la adecuada para hacer constar en el Registro los extremos que recogen los artículos 13.3, 14.2.º y 15.2 de la LDU, un hecho jurídico. Pero para los actos administrativos que relaciona el artículo 16, el asiento preciso es la anotación preventiva, resultado de la transitoriedad de su contenido. No obstante, de ello no resulta obstáculo alguno para practicar el asiento que corresponda, puesto que la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1984, al tratar del problema de la competencia urbanística autonómica, reserva a la legislación hipotecaria la determinación de la forma y circunstancias del asiento a practicar.

Se echa en falta, por otro lado, la regulación de la caducidad de los asientos para los supuestos de medidas provisionales. Sólo se habla de caducidad en el artículo 15.2, y no se expresa el plazo. Tal vez cuatro años por analogía con las anotaciones, como entiende GARCÍA GARCÍA (192).

La Ley de Reforma, sin embargo, en su disposición adicional 10 sí profundiza en esta materia, desplazando la legislación autonómica 'contradictoria' (que invadió la competencia o extrajo los principios básicos de la legislación estatal con tal naturaleza o carácter). Establece esta nueva Ley una regla general y una excepción. La regla general es la nota marginal, y la excepción, la anotación preventiva, que se reserva para la constatación registral de la incoación de expedientes de disciplina urbanística y de la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda

(192) *Op. cit.*, págs. 49-51. Alude a la regla general del artículo 86 de la Ley Hipotecaria para las anotaciones y su posible aplicación analógica.

la anulación de instrumentos de planeamiento, de instrumentos de ejecución del mismo o de licencias.

Por otro lado, hemos de advertir, finalmente, que en materia de parcelaciones urbanísticas y rústicas se plantea el mismo problema formal que en el ámbito de la edificación, puesto que la existente libertad en la forma de acreditar la obtención de licencia, que hace gravitar en la responsabilidad de la propia Administración la efectividad del sistema, obliga al contraste entre la licencia obtenida y la operación realizada, presupuesto al que los artículos 96.3 de la Ley del Suelo, 6 de la LOUSR y 13.1 de la LDU no atienden, de tal suerte que sólo el artículo 15.2 de esta última disposición puede resolver la cuestión capital de la congruencia entre licencia y acto divisorio, resultado de la calificación registral. En principio, pues, acreditar el otorgamiento de licencia por certificación de acuerdo municipal de concesión, sin especificar la extensión y ubicación de las parcelas, no supone que la parcelación que la escritura revela sea la misma que la licencia autorizó. Y si se pretende, por simple lógica normativa, esa efectiva adecuación o el otorgamiento de la escritura es anterior a la licencia o el documento acreditativo de su obtención debe ser ulterior y referirse a la misma escritura o de expresar en su contenido la descripción pormenorizada de las parcelas objeto del acto civil.

En nuestra Comunidad, el artículo 15.2 ha desarrollado el efectivo control de la parcelación a través de la solicitud expresa del Registrador de esa adecuación e incluso de su innecesariedad, donde el Ayuntamiento, con referencia a la escritura pública concreta de parcelación, certifica de la conformidad del acto civil con la licencia y con el planeamiento. Lo que demuestra la insuficiencia del sistema negativo de control que el artículo 96.3 de la Ley del Suelo impuso y la necesaria interpretación armonizadora de las legislaciones autonómicas. De nada sierve a estos efectos sujetar el acto material a licencia y prohibir de hecho, por medio del artículo 96.3, el cumplimiento de la obligación privada del artículo 1.280 del Código Civil que establece la escritura pública como forma de los negocios jurídico-inmobiliarios si no se articula un medio de coordinación entre las licencias y éstos y no se impide la vía judicial del artículo 1.279 del mismo Código, sin entrar el problema advertido de la adecuación de la escritura a la licencia como deber administrativo que requiere un contenido determinado en el documento acreditativo de la obtención de aquéllas, que aconseja por su amplitud —incluye la verificación preventiva de su necesidad— y virtualidad adoptar la solución de nuestra legislación autonómica para que el tráfico jurídico no se vea privado de la agilidad que le es propia. Si a la Administración le preocupa el acto civil, el momento de controlarlo es cuando accede al Registro de la Propiedad.

III. DECLARACION DE OBRA NUEVA

En este apartado hemos de partir de dos consideraciones previas, con vieja tradición en nuestras disposiciones legales. El principio de accesión inmobiliaria y la distinción entre ejecución de la obra y declaración privada, en forma pública, de su realización, por un lado, y la imposibilidad de creación por los propietarios del suelo de nuevos núcleos de población, por otro (193).

Por lo que al principio general de accesión, expresado en los dos aforismos romanos de *accesorium sequitur principale* y *superficie solo cedit* (194) se refiere, se establece la presunción *iuris tantum* de que el propietario del suelo es asimismo dueño de la edificación. Presunción que recoge en la actualidad el artículo 359 del Código Civil dentro del régimen jurídico que disponen los artículos 358 y siguientes.

El principio de accesión, en nuestro ordenamiento, tiene encomendada una importante función, cual es el establecimiento de una regla general de seguridad jurídica, en orden a la clarificación de las titularidades, en su aspecto positivo, de atribución dominical dentro de los modos de adquirir el derecho de propiedad (art. 353 CC), y en su aspecto negativo, que se representa en la imputación del régimen de responsabilidad pública y privada. Y ello sin perjuicio del tratamiento legal de las situaciones de comunidad, particularmente de comunidad romana. Por lo que su derogación y su especial trascendencia jurídica no puede resultar de una simple interpretación. Tiene que resultar de un precepto claro y preciso, continente a su vez de todo un nuevo sistema de titularidad y responsabilidad inmobiliaras, justificado en un interés general superior, de difícil fundamentación apriorística y constitucional si pensamos en el tipo de propiedad a que la Constitución se refiere cuando utiliza con precisión jurídica el concepto preexistente de dominio, aunque a esto pueda oponerse la noción de propiedad como valor económico que emplea BARNÉS VÁZQUEZ (195).

En la doctrina, ALONSO PÉREZ (196) destaca cómo la "Dirección Ge-

---

(193) Obviamos cualquier comentario en este punto y nos remitimos al Anexo III, Apéndice documental, sobre nuevos 'poblamientos'.

(194) En caso de edificación, se considera casa principal al suelo y cosa accesoria a aquella 'superficie sólo *cedit*'. Este principio tiene dos excepciones genéricas: el derecho de superficie y la accesión invertida —que contuvo el antiguo art. 1.404 CC—, y una específica relativa a las aguas, propia de la legislación histórica de Canarias, según la cual se considera cosa principal al agua y accesoria el suelo. Excepción que tiende a desaparecer en virtud del plazo de setenta y cinco años que la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 12/1990, de 26 de julio, de aguas otorga a la existencia de las aguas privadas.

(195) Véase *supra*, op. cit., págs. 291 y 323

(196) M. ALONSO PÉREZ: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. V, vol. I, ed. Edersa, Madrid, 1980, págs. 192 y sigs. En especial, para la cita, pág. 232.

neral de los Registros, fiel intérprete de estos preceptos legales (arts. 350, 358 y 359), no duda en señalar que 'preceptos que en el Código Civil regulan la edificación o accesión industrial en bienes inmuebles responden al propósito de conferir a un solo titular el dominio de la finca; y así lo pone de relieve el artículo 358, con el que trata de evitar situaciones anormales de condominio..., coexistencia de una propiedad del suelo y otra distinta sobre el vuelo o derecho de superficie que, como excepciones, deberían... pactarse expresamente y, por tanto, cuando las obras no han sido hechas o costeadas por el propietario del suelo, sólo se produce en general un derecho personal a la indemnización en favor del constructor' (R. 19-5-52). La Dirección General recoge parte de la fundamentación jurídica que la accesión tuvo en Roma: evitar en lo posible situaciones de condominio y la existencia de propiedades distintas del suelo y vuelo, con los problemas que ello implica".

Desde un punto de vista dogmático, ALONSO PÉREZ señala que de la rigidez del principio de accesión podría llegarse a "un anacronismo, pues en nuestros días es frecuente que la tierra, en un plano funcional, sea un accesorio". "Se propugna no sólo la atenuación en muchos aspectos del principio —*superficie solo cedit*—, sino su inversión absoluta *(solum superficie cedit),* ya que el criterio clásico de la accesión responde a una concepción individualista y quiritaria de la propiedad, opuesta a la moderna legislación urbanística y a las técnicas de la agricultura moderna". No "se propugna suprimir el instituto de la accesión, que se fundamenta por sí mismo, sino invertir los términos de la ecuación para detectar 'lo principal' en la creación de riqueza socialmente útil, en la llamada 'propiedad-creación', y no en el estático dominio del suelo o 'propiedad-posesión'. Algo que con muy buen criterio ha consagrado el Código Civil portugués en el artículo 1.340".

"La derogación del principio de accesión en beneficio del suelo o, lo que es igual, las excepciones al principio *superficie solo cedit* consagrado en el artículo 358 del Código Civil, tienen lugar por dos vías: *a)* Por aquellas instituciones o pactos que mantienen separadas las propiedades del suelo y del vuelo *(paralización de la accesión),* y *b)* Por la vía de estimar elemento principal las incorporaciones (construcciones o plantaciones) y accesorio el suelo sobre el que aquéllas descansan *(inversión de la accesión)*" (197). El TS (S. 27-5-50) y la DG (R. 19-5-52), que reconocen la aplicación directa y obligatoria del artículo 358 y su carácter imperativo, lo hacen siempre y cuando, con arreglo a las restantes disposiciones legales, no exista "una estipulación contraria que la paralice", y que requiere de la

(197) El artículo 1.404,2 del Código Civil, accesión invertida en la sociedad de gananciales, ha sido derogado.

aplicación de la teoría del título y del modo (derechos de superficie, propiedad horizontal, derecho de vuelo o sobreelevación...). A este planteamiento responde, sin duda, la presunción *iuris tantum* que recoge el artículo 359 del Código Civil.

Lo que ocurre en realidad es que, desde el punto de vista de la seguridad jurídica inmobiliaria, siempre que no conste en el Registro la inscripción de un derecho superficiario o de una comunidad, ordinario o especial, sobre el suelo, la accesión debe operar directamente, conforme a los artículos 358 y 359 del Código Civil, y sin perjuicio de los artículos 110 y 112 de la Ley Hipotecaria, con la eficacia de los artículos 32 y 34 de ésta. Otra formulación sería distorsionante en aras de esa seguridad, ya que si el titular registral, responsable activa y pasivamente por razón del derecho de propiedad, no lo fuera del edificio en virtud del principio de accesión, como modo de adquirir el dominio y no obstante del derecho personal del constructor o del dueño de los materiales, por el mero hecho de levantar la edificación, las consecuencias negativas jurídico-privadas serían imprevisibles (incluso desde la perspectiva de la imputabilidad urbanística, a efectos de expropiación-sanción). La paralización del principio de accesión debe venir dada en virtud de justo título, oponible al titular registral por su inscripción. Y sin que de ello pueda extraerse la consecuencia de que la condición general de ALONSO PÉREZ no sea cierta, sino por la necesidad que impone el principio de seguridad jurídica inmobiliaria. Si se rompe la relación causal en el modo de adquirir la edificación, la realidad extrarregistral sería para el consumidor inalcanzable (198). Es la estabilidad del suelo, y no su valor económico, la que aconseja su estimación jurídica de cosa principal.

La fortaleza del principio de accesión, en el plano hipotecario, se patentiza en la Resolución de 29-5-1965, que estima que el "artículo 20 de la Ley Hipotecaria no constituye obstáculo para la inscripción de una declaración de obra nueva realizada por titulares anteriores, ya que el derecho del transferente aparece inscrito al estarlo el inmueble sobre el que la obra nueva se asienta, siendo aquél la entidad finca y no las construcciones, que por sí solas, separadas del terreno que les sirve de soporte, carecen de virtualidad para abrir folio registral". Y por esto la "inscripción en el Registro de la Propiedad de una obra nueva no acredita de manera

(198) Téngase en cuenta que ALONSO PÉREZ señala que la inversión de la accesión no supone el establecimiento de un modo originario de adquirir, sino la concurrencia del título y del modo. Por tanto, no deja de ser una excepción a la regla general.

Pero las relaciones entre propietarios del suelo y constructor difícilmente puede dar lugar, en base a una actividad clandestina u oficiosa, a la adquisición de aquél como consecuencia del principio de accesión.

inexcusable que hasta ese momento no hubiera tenido realidad tal obra" (STS 6-6-74) (199).

La distinción entre ejecución de obra nueva y declaración, por su parte, es de especial interés si tenemos en cuenta que esa realización material es el acto que el Derecho público, e históricamente el Derecho privado, por razones de interés público, sujeta a una serie de limitaciones extrínsecas e intrínsecas. Esto es, en su oportunidad, según la clase de suelo donde se realice, forma, volumen y plazo. La declaración, sin embargo, es el acto formal de naturaleza civil por la que el propietario manifiesta esa realidad física, proyectada o existente. La ejecución de la obra, en cuanto transforma esa realidad, siempre ha sido objeto, y sobre todo dentro del núcleo urbano, de una puntual atención, en base a protección de los intereses generales o particulares que pueden verse afectados.

El Título XXXII de la Partida III, "De las labores", contiene una serie de disposiciones sobre las obras nuevas, siendo destacable la subsistencia actual de un término jurídico de tanta raigambre histórica en nuestro Derecho (200).

Las Partidas fundamentan la regulación de esta materia en su primer párrafo, señalando que "se hacen algunas nuevas labores, como casas, torres, castillos y otros edificios, de que se agravian los vecinos como hechas en su perjuicio". Y en la Ley 1 define su concepto: "Labor nueva es toda obra hecha por cimiento nuevo en suelo de tierra; y también la comenzada sobre cimiento, muro u otro edificio antiguo, por la cual se muda su anterior forma, labrando, edificando o sacando de él algunas cosas". A continuación añade la posibilidad de que la denuncie ante el Juez cualquier perjudicado.

Asimismo, podemos recoger, entre otras disposiciones, las siguientes: "La obra nueva hecha en plaza, calle ó exido comun de algun lugar sin otorgamiento de su concejo ó del Rey, puede ser denunciada por qualquiera del pueblo" (Ley 3). "Y si el denunciado vendiere a otro el lugar de la obra nueva sin hacerle saber la denuncia, le obsta al comprador; pero será obligado aquél a reintegrarle los daños y perjuicios originados" (Ley 6). La obra, además, le obliga a su mantenimiento y no existe limitación de altura "con tal que no descubra mucho las casas" de los vecinos (Ley 25).

Como puede observarse, estas antiguas disposiciones encierran algunos

---

(199) B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Indices de la Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 1925-1984, t. I, pág. 967, y t. II, pág. 1.460, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1986.

(200) *Op. cit.*, págs. 388 y sigs. Utilizo el extracto del licenciado DE LA REGUERA (ed. Madrid 1799, imp. Vda. e Hijo de Marín).

conceptos plenamente vigentes. Ahora bien, sobre esa distinción, ejecución y declaración de obra nueva, volvamos a nuestro tema.

Partiendo del presupuesto de la clasificación general del suelo, habría que referirse por separado a las obras nuevas sobre suelo rústico y sobre suelo urbano, ya que la Ley del Suelo sujeta éstas a dos requisitos previos: la condición de solar o suelo urbano edificable de la superficie sobre la que se levanta y la licencia urbanística como control de la efectiva ejecución del planeamiento. Es decir, debe controlarse la idoneidad de la obra proyectada en función del uso del suelo, del cumplimiento de los deberes urbanísticos —principio de equidistribución de cargas y aprovechamientos—, de la tipología y del volumen autorizado.

Respecto de las obras en suelo rústico, vimos con anterioridad las disposiciones estatales (art. 85 LS) y autonómicas (art. 11 LDU), con referencia a la necesaria autorización previa de las mismas (201).

Al lado de la clasificación urbanística del suelo, dentro del estudio de la relación jurídica total, debemos referirnos ahora al aspecto civil e hipotecario y a la coordinación entre ambas disciplinas, ya que, como dice GARCÍA GARCÍA, para evitar la quiebra del sistema —civil y urbanístico— no puede desconocerse la regulación de las situaciones interdisiciplinarias, esto es, las interferencias ordinamentales (202).

La referencia, en definitiva, de ese aspecto civil de la relación supone el análisis de la naturaleza jurídico-privada de la realización de la obra y su reflejo registral. La realización de la obra, con independencia del derecho-deber de edificar sobre un solar o sobre suelo rústico con expresa autorización (aspecto urbanístico de la relación), es el resultado del ejercicio de la facultad de goce que corresponde al propietario del suelo; es la consecuencia, pues, de la materialización del *ius aedificandi* que potencialmente reside en el núcleo dominical mínimo. Y el propietario del suelo hace suya la obra directamente, *ex iure civile,* en virtud del principio de accesión inmobiliaria (arts. 358 y 359 CC). La ejecución material de la obra, fundamentada en un derecho preexistente, físicamente revela una alteración del contenido y estructura de la finca, con independencia de su carácter económico accesorio o principal en relación al suelo por razón del destino. La edificación, pues, es un hecho, y un hecho jurídico, en cuanto determina el grado de cumplimiento de una serie de obligaciones públicas y de responsabilidad patrimonial de su titular. Y como tal hecho

(201) Véanse ops. cits., M. IRIBARREN GOICOECHEANDÍA: *La calificación de solar como requisito de la edificación;* C. PAREJA LOZANO: *Régimen del suelo no urbanizable;* V. GONZÁLEZ COLOMINA: *Régimen jurídico del espacio rural,* y A. CARCELLER FERNÁNDEZ: *Manual de disciplina urbanística* (ed. Tecnos, Madrid, 1983).

(202) J. M. GARCÍA GARCÍA: *El Registro de la Propiedad y el Urbanismo,* cit., pág. 10.

físico de trascendencia jurídico-real, puede acceder al Registro de la Propiedad, lo que presupone su debida documentación. Es decir, esa realidad material debe expresarse formalmente para obtener un determinado reflejo planimétrico (Catastro) o tabular (Registro), bien directamente por su titular (declaración de obra nueva), bien mediatamente a través de una contienda judicial (sentencia) o de una actividad pública (levantamiento del plano catastral).

La ejecución de la obra, como hecho jurídico, producirá efectos, al margen o por consecuencia del ejercicio de una actividad legalmente limitada, al margen de su legitimidad. De ésta depende su subsistencia material, pero no su existencia física. Si se requiere a un Notario para que levante un acta de presencia, la realidad quedará plasmada en un documento público, sin perjuicio de su idoneidad y eficacia en función de la finalidad jurídica que persiga el requirente (203).

La validez civil del acto material de ejecución de la obra y su posible intrascendencia urbanística ha sido destacada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 16 de noviembre de 1981 (204). En cuanto al ámbito de las disposiciones administrativas, porque a pesar de que el artículo 76 de la Ley del Suelo "establece que en el ejercicio de las facultades dominicales el propietario habrá de acomodarse a lo ordenado en esta Ley teniendo en cuenta siempre la clasificación urbanística de los terrenos", distinguiendo entre suelo urbano, suelo urbanizable y suelo no urbanizable, según exista o no Plan General en el respectivo municipio, "ya que las normas de ordenación urbana, tanto si se entiende que constituyen el contenido normal de la propiedad urbana (art. 87 LS) como si se estiman simples limitaciones legales del dominio (arts. 348 CC, 57, 58 y 88 LS), es lo cierto que *en todo caso* se han de aplicar, por definición, solamente a la propiedad urbana, o sea, al suelo calificado de urbano o urbanizable programado, pero no al suelo calificado de urbanizable no programado o de no urbanizable que tiene un uso agrícola, forestal o ganadero". En cuanto al ámbito de la competencia,

(203) No obstante, las sanciones y la actuación —acción de restablecimiento del orden físico infringido: demolición— que correspondan, en principio, a efectos fiscales, la obra realizada tendrá carácter urbano en la fijación de la base liquidable —valor catastral— de los impuestos de bienes inmuebles, de patrimonio y de la renta de las personas físicas.

El artículo 25.2 de la Ley de Reforma prohíbe al Notario el otorgamiento de la escritura pública de declaración de obra nueva sin la simultánea presentación testimonio de la licencia en suelo urbano y urbanizable (v. *infra).* Nada se dice del acta. El Notario, a primera vista, no se podrá negar a su otorgamiento, aunque no trascienda registralmente (art. 25 2). Difícilmente apreciará fraude de Ley o negocio indirecto, habida cuenta de la excepcionalidad de la norma y su carácter penalizador, en cuanto restringe la libertad de las manifestaciones privadas y el acceso a un servicio público.

(204) AMORÓS Y PAU: *Jurisprudencia registral,* op. cit., págs. 419 y sigs.

porque "el artículo 178 de la Ley (del Suelo) indica la necesidad de previa licencia de los actos de edificación y uso del suelo, tales como las obras de nueva planta, mientras que en los artículos 184 y 185 se previene la forma de actuar de la Administración a través de los órganos competentes que la propia Ley —entre los que no figuran, como es natural, Notarios y Registradores— señala para corregir las posibles infracciones urbanísticas, y permite a dichos órganos amplios remedios que pueden llegar hasta la demolición de lo construido en contravención de las normas existentes"; y "al ser, pues, de *competencia exclusiva* de las autoridades municipales y urbanísticas el velar por el cumplimiento de las normas de edificación, no corresponde al Notario el autorizar las escrituras de declaración de obra nueva, ni tampoco al Registrador al ejercitar su función calificadora el entrar en el examen de esta materia, ya que la *posible infracción se produce no por el hecho de otorgarse la declaración de obra nueva, sino porque la construcción no se adaptó a lo ordenado en el planeamiento;* y como además, del contenido de los artículos 57 y 88 de la Ley se infiere que las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en detalle, proyecto, normas y ordenanzas tienen *fuerza de Ley* y obligan a su cumplimiento a todos los adquirentes del inmueble, y de ahí, por tanto, *su naturaleza de limitaciones legales,* lo que origina que la *inscripción* en el Registro de la obra nueva *no perjudique u obstaculice la posible actuación sancionadora de la infracción urbanística*". "Y, por otro lado, hay que tener en cuenta que la constancia registral de haberse expedido la licencia puede originar en el tercero la *creencia de estar sanadas las posibles infracciones* que pudieran existir, lo que no es así dado el contenido del citado artículo 88 de la Ley del Suelo, que permite hacer efectivos en los sucesivos titulares de las fincas todos los deberes o imperativos derivados del planeamiento".

De esta Resolución extraigo la conclusión apuntada, validez civil del acto material de la construcción y posible ineficacia urbanística, por las siguientes razones:

1.ª El carácter sustantivo del planeamiento y su fuerza de Ley se imponen, incluso, aunque exista licencia. Es decir, el ejercicio del derecho de propiedad dentro del cauce de las normas urbanísticas, que presuponen el *ius aedificandi,* supone un uso proyectado en su forma, plazo e intensidad, por encima del contenido de la licencia. Aspecto éste que remarca su carácter declarativo. Declarativo y reglado: conformidad de la edificación con el planeamiento, tanto del proyecto —control previo: licencia— como de la ejecución —control ulterior: licencia de primera utilización de los edificios y cédula de habitabilidad— (205).

(205) Algunos autores defienden el carácter atributivo del planeamiento en orden a la concesión *ex novo* del derecho a edificar, pero ninguno, que yo sepa, puede defender el carácter constitutivo de la licencia, válida o nula en función de su conformidad al

2.ª La actuación administrativa, por razón de la competencia, ignora la situación civil, la realidad civil o física. La Administración evalúa la conformidad de la obra, incluso gradúa el cumplimiento de los deberes urbanísticos, con independencia de su titular (obligación *propter rem).* Este sólo aparece a efectos sancionadores (multa, expropiación-sanción, venta forzosa). La responsabilidad urbanística es fundamentalmente una responsabilidad objetiva.

3.ª Esta situación, la imperatividad *erga omnes* del planeamiento, frente al propietario, frente al tercero y frente a la propia Administración urbanística, genera inseguridad jurídica, ya que ni siquiera la licencia garantiza la permanencia de la obra. Y por ello se establece un plazo de prescripción de las acciones administrativas. La fortaleza de esa intervención está —y tiene que estar— limitada en el tiempo.

4.ª La constatación registral de la existencia o inexistencia de la licencia no confunde ni perjudica a tercero en la misma medida que exprese el alcance de la publicidad. Una cosa es la inscripción sin más, como venía ocurriendo hasta ahora, de la obra nueva, exista o no licencia, y otra bien distinta es que el asiento refleje la extensión de esa constatación.

5.ª La realidad sustantiva no se ve alterada por el artículo 25.2 de la Ley de Reforma. Esa conformidad o disconformidad con el planeamiento de la edificación o idoneidad según la clase del suelo y el uso a que se destina, sea urbano, urbanizable o rústico, es de tal trascendencia jurídica que, no obstante la naturaleza de 'limitación legal' que la Resolución de 1981 le reconoce, al propietario, al tercero y a la Administración no lo es indiferente.

De la existencia de la licencia, en caso de disconformidad con el planeamiento, deriva nada menos que la responsabilidad del Ayuntamiento. La inscripción, al hacer constar la existencia de la licencia, salvaguarda el contenido económico del derecho de propiedad.

De la inexistencia o insuficiencia de la licencia, en caso de conformidad con el planeamiento, deriva, por su parte, la imposición de sanciones urbanísticas —actuación ilegal—, y en caso de disconformidad, la posible demolición de la obra.

Si del Registro, pues, no resulta la existencia de la edificación y la forma en que ésta se ha realizado, su realidad física perturba la situación jurídica y régimen de responsabilidades. La publicidad, frente a la clandestinidad, de la irregularidad urbanística protege no al propietario, sino los intereses de la Administración y del consumidor o tercero, coadyuba

---

planeamiento, condición que está reñida con tal naturaleza, y más aún si la conectamos con la prescripción y el silencio administrativo positivo.

al restablecimiento de la legalidad. Colaboración que, aparte de la coordinación realidad física-realidad jurídica que se logra, no puede ser indiferente para la Administración, aunque cuente con los grandes medios y competencias que la Resolución de 1981 destaca.

Esa colaboración y coordinación, para nosotros, en un Estado moderno donde toda la actuación pública y privada está fuertemente tecnificada, es un imperativo de seguridad jurídica, y más aún cuando el principio de accesión como modo originario de adquisición del dominio sigue vigente. Accesión que si bien en su momento se incluyó en el Código Civil por razón del contenido positivo del derecho de propiedad, hoy debe permanecer por razón de su contenido negativo o de responsabilidad.

Por todo ello, si el acto sujeto a licencia después de la Ley de Reforma sigue siendo la ejecución material de la edificación, cabe entender que no se ha modificado ni a efectos civiles, ni siquiera urbanísticos, la naturaleza jurídica de la actividad; y en consecuencia, si pensamos en Registro como un medio de publicidad inmobiliaria y en el carácter voluntario de norma básica del artículo 25.2 de esa nueva Ley, los requisitos que deben acompañar al acto formal de manifestación o declaración de la obra nueva realizada deben justificarse en las nociones de colaboración expresadas y la posibilidad de la publicación de la irregularidad urbanística del artículo 15.2 de la LDU en las de coordinación de la realidad física con la realidad jurídica, en cuanto la medida protege los intereses superiores de la Administración y del consumidor o tercero. En este punto, pues, mi opinión no coincide con la de LASO MARTÍNEZ, y no lo hace por desestimar su razonamiento —debe privarse de la protección registral a los actos ilícitos o ilegales urbanísticamente—, sino por reafirmar su fundamentación. Dada la especial naturaleza y eficacia de las normas de ordenación de la propiedad urbana, el principio de seguridad jurídica requiere que la duplicidad de legislaciones, administrativa y civil, y corolario, notarial e hipotecaria no provoque la duplicidad de la publicidad inmobiliaria, ya que el conocimiento de la situación urbanística regular e irregular de las fincas es un dato de capital importancia para el consumidor que puede contar con la colaboración de la calificación registral para el conocimiento de la relación jurídica total en la medida que protege la legalidad y publica —o desprotege— la irregularidad, ilicitud e ilegalidad (206).

(206) LASO MARTÍNEZ: "La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 601/1990 (nov.-dic.), págs. 521 y sigs. En particular, págs. 526-527: "Con la exigencia de la licencia y la certificación, tanto para inscribir las obras nuevas en construcción como las ya terminadas, el Registro de la Propiedad asume un papel central en el fortalecimiento de la legalidad urbanística, ya que todo el proceso urbanístico desemboca como punto final de llegada en la construcción". "La razón es bien sencilla: la institución registral es parte de la estructura del

Señala LASO (207) que, a diferencia de lo que ocurre con las parcelaciones urbanísticas, en que "la venta resultante de una parcelación ilegal es un negocio jurídico que no ha sido tachado de civilmente nulo por el legislador" y, por tanto, cabe la inscripción dejando 'afecta' la finca por nota marginal a los efectos de esa actuación ilegal (208), esta interpretación —ilicitud a efectos urbanísticos— no es aplicable a la declaración de obra nueva, porque la obra nueva tiene por finalidad constatar un hecho que para acceder al sistema registral tiene que estar legitimado por la licencia". Indudablemente, la obra nueva es un hecho, y como tal no prejuzga su validez civil ni su eficacia administrativa.

El artículo 25.2, en consecuencia, a nuestro juicio, no altera la naturaleza y la trascendencia jurídicas del acto material de la realización de la obra nueva, y menos aún el de su declaración. La edificación estaba y está igualmente sujeta a licencia en virtud de los artículos 178 de la Ley del Suelo y 20 de la Ley de Reforma, por lo que si antes era inscribible la declaración, sin que fuera obstáculo los artículos 18 ó 33 de la Ley Hipotecaria, que hablan de la validez de los actos inscribibles (209), en la propia doctrina de la Dirección General (R. 1981), ahora la situación es la misma, desde el punto de vista sustantivo, en su aspecto civil y urbanístico, no obstante la oportunidad expresada de la disposición que el referido artículo 25.2 contiene y que se incardina, por su naturaleza básica, en el posible régimen de publicidad de la irregularidad urbanística como medio de coordinación de la realidad física y jurídica, dando especial fortaleza a la actuación administrativa y solucionando los graves problemas prácticos a que la formalidad de la norma puede llevar —licencias nulas, insuficien-

---

Estado de Derecho proclamado por la Constitución, del mismo modo que lo es institución notarial Al formar parte ambas de la institución de un Estado de derecho, no es concebible que alcancen protección ante ellas actos que se aconsejan a su régimen si estos actos carecen de legitimidad en cualquiera de los ámbitos de que procedan, como lo es el urbanístico". Por esta razón, precisamente, entiendo que el Registro si publica la irregularidad extrae del sistema de protección registral el acto no obstante la validez civil y el principio de accesión inmobiliaria, evitando la clandestinidad.

(207) *Op. cit.* nota anterior, págs. 529-530 (nota 4).

(208) No sé si en su pensamiento la viabilidad de la aplicación del sistema de publicidad de la irregularidad urbanística —positivo o de la nota marginal— obedece exclusivamente a la existencia de un negocio jurídico bilateral cual es la compra-venta, y se desaconseja cuando el acto divisorio no va seguido de ese contrato o es un presupuesto de la finalidad de toda parcelación —transmitir las parcelas creando un núcleo ilegal de población— y por eso ignora el acto de administración, que aunque puede ser previo y puede acceder al Registro por separado, no puede desconectarse de esa finalidad cualificadora de la ilegalidad.

(209) Incluso el 18 de la validez de los actos dispositivos y no de los declarativos, como la obra nueva, a diferencia de los artículos 94 y 96.3 de la Ley del Suelo, que sí parece presuponer un acto final (v. *supra)* dispositivo en cuanto la creación de un nuevo núcleo de población encierra una pluralidad de propietario o usuarios.

tes, incongruentes, innecesariedad, declaraciones nuevas de obra vieja, prescripción, silencio positivo—. Sin hablar de las lógicas excepciones que hasta el Derecho italiano formula después de declarar la nulidad de pleno derecho del acto y con independencia de su forma, pública o privada, en favor de los derechos de garantía y servidumbre *(vid. supra).*

Si el deslinde validez civil e ilicitud urbanística puede predicarse respecto del artículo 94 de la Ley del Suelo, con mayor razón cabe en este caso, que ni siquiera se ha cuestionado jurisprudencialmente y revela un hecho jurídico y un modo —la accesión— de adquirir el dominio y la responsabilidad personal y patrimonial que supone, protegido o desprotegido del amparo registral en función de la aportación de licencia, pero siempre susceptible de publicidad.

En este punto cabría aplicar, con carácter general, lo que GONZÁLEZ PÉREZ refiere a licencias urbanísticas. "La irregularidad no determina la ineficacia del acto, sino la producción de otros efectos anormales. El acto irregular producirá todos sus efectos normales, aun cuando se constate el vicio o vicios en que haya incurrido. Los vicios darán lugar únicamente a otros efectos no normales". Entre ellos la restauración del orden físico y jurídico infringido —demolición— (210). Sería, a nuestro entender, inútil desconocer la existencia de una realidad material que, aunque irregular y 'clandestina' (211), puede provocar la producción de efectos anormales. Se publicaría, paradójicamente, los efectos del acto potencialmente ineficaz.

Y si el problema trasciende a las jurisprudencias civil e hipotecaria, que desconocen la ilicitud urbanística en las pretensiones de las partes, como prueban las Sentencias del Tribunal Supremo de 13-5-1980 y 5-4-1978, la Resolución de 16-11-1981 y el Auto del Presidente de la Audiencia de Sevilla de 30-6-1979 (212), la publicidad registral de la irregularidad

---

(210) Obsérvese que GONZÁLEZ PÉREZ al hablar del acto, como hemos destacado, se está refiriendo al acto administrativo de concesión de licencia (v J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo,* ed. Abella, Madrid, 1991, pág. 104).

(211) El término 'clandestina' sólo puede aludir a su situación jurídica, ya que su realidad física, en la mayoría de los casos, es patente para la propia Administración urbanística.

(212) Véase J. L. LASO MARTÍNEZ: *Ilicitud administrativa y validez civil,* op. cit., págs. 1173 y sigs. La doctrina de la Sentencia de 13-5-1980 es la siguiente, según este autor: 1.º 'La indivisibilidad .. de la cosa a dividir es *quaestio facti,* de la exclusiva competencia de la Sala' 2.º La autonomía civil en la división de la cosa común, ya que 'los preceptos del Código Civil relativos a la división de la cosa común no están modificados o limitados por preceptos de carácter administrativo'. 3.º Los documentos o determinaciones administrativas 'en modo alguno pueden considerarse... vinculantes por los Tribunales civiles'. 4.º Irrelevancia de las disposiciones administrativas no planteadas en la litis al decir 'que en la instancia no se ha desatendido la legislación administrativa, sino que no se ha aplicado por referirse a cuestiones no planteadas en la fase alegatoria del pleito'.

urbanística inserta la norma urbanística en los principios hipotecarios y lleva al ámbito civil su campo de actuación.

Así pues, la finalidad, naturaleza básica y fundamento del artículo 25.2 en nada afecta al aspecto privado de ese hecho físico, a la imperatividad del Derecho urbanístico e, incluso, a la validez civil de la declaración unilateral de voluntad. La edificación, antes y ahora, es un acto sujeto a licencia. La declaración de obra nueva, sin embargo, no. Otra cosa bien distinta es que el ordenamiento, por razones de interés público, imponga un *deber* o una *prohibición* (213) dirigida a Notarios y Registradores en un determinado sentido, que restringe de hecho la libertad de contratación privada, limita el derecho de acceder a un servicio público, con independencia de la eficacia sustantiva del acto, y penaliza la falta de presentación de la licencia y la certificación técnica como medio de control de la actuación conforme a las normas urbanísticas. Es decir, la norma que regula, restringe o limita la intervención de Notarios y Registradores en el tráfico jurídico no es una norma sustantiva que presuponga la validez o invalidez del acto o de la licencia, la nulidad o anulabilidad de la actuación ilegal, la conformidad o disconformidad de la obra con el planeamiento; vamos, que una prohibición de este tipo no deroga el Código Civil, ni siquiera el Derecho urbanístico. Es una medida importante, nuestro planteamiento queda expuesto, tal vez, con excesiva reiteración en su favor; pero no una norma, evidentemente, de Derecho material. Es una disposición de coordinación, colaboración y control, regularidad administrativa de la activi-

---

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5-4-1978 señala que 'los preceptos de carácter administrativo, como son los que se mencionan, no son invocables para fundar en ellos la casación civil, pues el recurso debe referirse a la materia propia, que son las normas del Derecho privado, y no a preceptos de carácter administrativo municipal, en aras a la salvaguardia del principio de unidad de doctrina, como tampoco tienen viabilidad para la casación civil los preceptos reglamentarios de aquella índole, y así vienen a propugnarlo, entre otras que pudieran citarse, las Sentencias de 25 de marzo de 1940, 7 de mayo de 1955 y 9 de diciembre de 1939'.

El Auto de 1970 dice, en relación a la exigencia por el Registrador de la licencia a efectos del artículo 96 de la Ley del Suelo, que 'no pueden imponerse *a priori* a los interesados, restringiendo exageradamente la eficacia del título, su validez y la legalidad actual y su inscribibilidad, pues, en todo caso y teniendo en cuenta la no nulidad *ipso iure* del acto —según la Ley del Suelo—, las consecuencias y las sanciones derivadas de la Ley del Suelo se dirigirán únicamente a una edificación *ilegal,* no a la conclusión adoptada en sus aspectos civil y registral, sino tan sólo en cuanto a sus aspectos puramente urbanísticos' (pág. 1181)

La Resolución de 15-11-1981, como vimos, no sólo destaca la inoperancia civil e hipotecaria de la existencia o inexistencia de la licencia, sino también la fundamenta en la naturaleza jurídica de *limitación legal del dominio* que la legislación urbanística tiene, actuando *ope legis.*

(213) Véase *infra,* interpretación del término 'exigirán' del artículo 25.2. En principio el artículo 25.2 contiene un deber positivo y los artículos 14 y 15 1 de la Ley de Disciplina Urbanística una prohibición.

dad edificatoria susceptible de desarrollo dado su carácter básico específico (214) por las Comunidades Autónomas. Y ese carácter y ese desarrollo no puede obedecer y ser otro que el del artículo 15.2 de la LDU. Esto es, la extensión del sistema positivo de publicidad registral a la irregularidad urbanística, como medida de control preventivo, como la califica la LDU. Y la razón no puede ser distinta de la propia naturaleza penalizadora de la prohibición y de la competencia exclusiva del Estado en materia de regulación de la función notarial y registral. Es difícilmente comprensible que el Estado haya 'delegado' de modo indirecto, cuando recaba su competencia, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas añadan nuevos requisitos al ejercicio de esa función. Una cosa es la utilización de un medio, y otra, su negación. Y si estamos de acuerdo en lo primero, no parece adecuado lo segundo, ni por fundamentos competenciales ni prácticos. El propio LASO, en el estudio citado (pág. 530), observa que en "todo caso la diversidad legislativa producida por las Comunidades Autónomas con *dudosas prohibiciones* de inscripción ha provocado una dispersión evidente de conceptos".

Otra interpretación requeriría el establecimiento no de una prohibición formal concreta dirigida a una actuación determinada, cual es el artículo 25.2, sino de la modificación sustantiva del Código Civil en materia de accesión y de la Ley del Suelo en materia de licencias, prescribiendo de manera clara y expresa el carácter constitutivo de la licencia de edificación —concesión administrativa—, la exclusión del instituto de la prescripción, la imposibilidad de aplicación del silencio positivo y la ausencia del *ius aedificandi* en el contenido, civil y urbanístico, del derecho de propiedad. Siendo de advertir, además, que ni siquiera el Derecho italiano, que sujeta el derecho a edificar a 'concesión' y declara la nulidad de los actos por los que se constituyen, transmiten o rescinden derechos reales sin manifestación expresa del transmitente sobre las circunstancias de la concesión edificatoria —edilicia o sanatoria—, ha desaparecido el *ius aedificandi,* ni la posibilidad de hacer —entiendo— la declaración de obra nueva con esa misma manifestación (215).

---

(214) Se rechazó la enmienda que solicitaba su naturaleza plena (v. LASO *Inscripción...*, cit., pág. 527, nota 3).

(215) Artículo 17 de la Ley 47/1985, de 28 de febrero, "Nullità degli atti giuridici relativi ad edifici". "[1] Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o constituzione o scioglimento della comunione di diriti reali, relativi as edifici, o loro partii, la cui construzioni è iniziata dopo l'entrata in vigore della presente legge, sono *nulli e non possono essere stipulati* ove da essi non risultino, per *dechiarazione* dell'alinienante, gli estremi della *consessione ad edificare o della concessione in sanatoria* rilasciata al sensi dell'art. 13. Tali disposizioni *non si apllicano* agli atti costitutivi modificativi o estintivi di diritti reali di *garanzia o di servitù*. . [5] Le nullità di cui al presente articolo non si apllicano agli atti rerivanti da procedure esecutive inmobiliari, individuali o concursuali" *(op. cit supra,* pág. 1388).

Por otra parte, volviendo al tema estricto de la naturaleza de la declaración de obra nueva y su constancia registral, dice CHICO Y ORTIZ, siguiendo a ALBALADEJO, que "una vez indexada la finca en el Registro mediante la inmatriculación, y constando desde entonces en aquel a quien pertenece su propiedad, el papel (a) que dicho Registro está llamado es el de ir recogiendo las 'alteraciones' que puede sufrir la finca, así como las que puedan sufrir los derechos constituidos sobre ella". Y concretándonos a las primeras, señala este autor que discute "la doctrina si esos dos supuestos —obra nueva y exceso de cabida— son casos de inmatriculación o no; ROCA SASTRE mantiene que uno y otro crean un problema de carácter inmatriculador, pues en el fondo no suponen una inscripción de un acto de constitución, de reconocimiento, modificación o transmisión o extinción del dominio sobre bienes muebles o derechos reales impuestos sobre los mismos, sino únicamente tienen por objeto constatar en el Registro un cambio en las circunstancias materiales expresadas en la inscripción bajo la cual figura inmatriculada una finca".

RAMOS FOLQUÉS, "en contra de la opinión de ROCA SASTRE, entiende que la obra nueva afecta siempre a los derechos, se inscribe siempre el derecho de adquisición de la obra; la nueva descripción es como la inmatriculación del edificio u obra nueva, que va acompañada forzosamente de un derecho. En igual sentido se pronuncia MONET, quien estima que la declaración de obra nueva supone una manifestación o declaración de propiedad o dominio que patentiza una relación dominical sobre la obra nueva declarada, cuya propiedad resulta derivada de la legitimación básica que presta la titularidad del solar, con el juego de las presunciones legales y las manifestaciones del otorgante. Por eso tiene esencia y virtualidad constitutiva más que traslativa y la propiedad afirmada surge *ex novo* y en su alcance registral como esencia inmatriculadora. En las escrituras de obra nueva lo fundamental y básico no es dejar constancia de que se 'ha construido', sino declarar que 'ha surgido la propiedad'" (216).

Resultado de una larga evolución jurisprudencial, basada en la práctica notarial y registral, que expone de forma pormenorizada ROCA SASTRE, la legislación hipotecaria dedica dos disposiciones a esta materia: los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 del Reglamento Hipotecario (217).

Al hablar este artículo de 'alienante', sin aludir al acto expreso de declaración de obra nueva, entiendo que ésta se puede hacer manifestando la existencia o inexistencia de la licencia. Ahora bien, tanto en este caso como en el de constitución, transmisión o resolución de un derecho real la nulidad deriva de la falta de declaración, no de su ausencia; al menos así resulta literalmente de su texto.

(216) J. M.ª CHICO Y ORTIZ *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, op. cit., págs. 577-589.

(217) R. M.ª ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, t. II, ed. Bosch, Barcelona, 1979, págs. 534 y ss.

Normas que, al tiempo que regulan los medios de acceso al Registro de la Propiedad de las obras nuevas, revelan la sustancia descriptiva y su esencia inmatriculadora en la concepción jurídica del legislador, y no precisamente como apuntó alguna Resolución de la Dirección General de los Registros (R. 20-5-1895), por simple 'voluntad o capricho' del titular dominical de la finca, sino como instrumento de coordinación de la realidad física con la realidad jurídica y de garantía, ya que si por un lado, se refleja en la inscripción el contenido económico particularizado del dominio a efectos de valoración y de potencialidad jurídica, completando la descripción de la finca más allá del simple deslinde negativo o limitativo del objeto jurídico inmatriculado que los cuatro puntos cardinales suponen a través de la definición positiva de éste, de tal suerte que se erige en nuevo objeto apto para otro tipo de contratación privada, cuantitativa y cualitativamente hablando —derecho de superficie, propiedad horizontal, hipoteca, servidumbre—. Pues si bien es cierto, como mantenía la doctrina jurisprudencial del pasado siglo, que la finca en su unidad o valor no se ve afectada por esta declaración, en cuanto en resultado de la concreta realidad física, que tercero aprecia directamente, no lo es menos que en la construcción jurídica de una moderna visión del Derecho ese unitarismo de la cosa no tiene por qué coincidir con el objeto jurídico en un momento dado, aunque su conexión interna sea permanente e indisoluble. Es decir, la coordinación de la realidad física con la tabular —publicidad y protección registrales— multiplica la potencialidad del objeto jurídico, la diversidad especificativa de un aprovechamiento económico singular, por encima y al margen de su unidad natural o material, donde el suelo se erige en soporte exclusivo de una determinada y compleja situación o relación jurídica (218).

De esta forma, pues, la inscripción de la obra nueva, tanto si se produce por un medio genérico, circunstancia descriptiva en un título que declare, reconozca, modifique o grave el dominio o los demás derechos reales (219),

---

(218) Véase L. M.ª CABELLO DE LOS COBOS y F. MANCHA. *Derecho de superficie· diversidad especificativa y régimen jurídico,* op. cit , págs. 402 y sigs.

(219) ROCA habla de cuatro medios: 1) Declaración de obra nueva inmersa en alguno de esos títulos del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, a excepción de los títulos extintivos o cancelatorios por inadecuación de objeto (ROCA, LA RICA y SANZ), ya que en cualquier caso la declaración tiene que hacerla el titular registral; y si se simultanea en uno de estos últimos títulos la cancelación partirá del acreedor o titular del derecho real limitativo del dominio —excluyéndose las actas cancelatorias de pago de cantidad pendiente—, debería hacerla con carácter expreso aquél y en escritura pública, por lo que el mismo instrumento contendría dos actos jurídicos, sin posibilidad de ingreso de la obra nueva por este medio indirecto, exclusivamente descriptivo. 2) Declaración de una obra nueva aislada constituida por sí sola de escritura pública. 3) Declaración de obra nueva aislada, en la que comparecen titular registral y contratista de la obra, para reconocer el pago del coste de la obra. 4) Declaración de obra nueva aislada, hecha por

como si tiene lugar por un medio específico, escritura de declaración de obra nueva, se acompañe o no de la intervención del contratista de la obra para aseverar el pago de la misma y de la certificación del arquitecto, publica el contenido concreto del dominio sobre una finca. En este aspecto, que es el propio de su tratamiento hipotecario, su naturaleza jurídica, según ROCA SASTRE, "es la propia de la variedad de actos registrables de *carácter inmatriculador,* por referirse directamente a la finca en sí misma considerada y a sus características físicas; de ahí que funcionan en sentido complementador de los pronunciamientos registrales en la materia. Desde luego la declaración de obra nueva no es un título inscribible de los enumerados en el artículo 2.º y complementarios de nuestra Ley Hipotecaria, y su razón de existencia es ser instrumento para lograr la inscripción de la obra nueva", que "en sí misma considerada sólo sirve de medio para llevar al Registro la noticia de la obra nueva a reseñar en él", sin perjuicio de su notable eficacia en cuanto a la potencialidad económica y jurídica de la finca, que hace de ella una, sino no lo más relevante, de las circunstancias definitorias del contenido del derecho de propiedad, y como tal una constatación imprescindible en la práctica, al margen de su estimación dogmática.

En esta interpretación clásica, incluso revestida la declaración de obra nueva del aparejo de derecho, subyace el ámbito estrictamente jurídico del sistema registral español. En el Registro se inscriben derechos y la finca como objeto jurídico sólo sirve de soporte a la inscripción de éstos. Ahora bien, si esto en principio es verdad, ello no supone una minusvaloración del contenido fáctico de los asientos registrales, sino más bien debe ser todo lo contrario. El Registro debe publicar, como hemos advertido reiteradamente, el objeto y el medio por el que la finca adquiere identidad. Antes dijimos que la finca registral, el folio real, el documento público, la sentencia judicial, el plano catastral y el planeamiento urbanístico reflejan, pero no contienen, como es lógico, la realidad física, dato que debe comprobar de manera directa el contratante. La finca, pues, en su tratamiento documental, es una finca formal. Lo que no deja de ser una perogrullada. Sin embargo, conviene tenerlo presente porque en esa misma medida es importante que la finca formal coincida con la finca material, ya que aunque su trascendencia práctica para el tercero, contratante o consumidor sea secundaria en cuanto el objeto físico de su derecho, el objeto jurídico le es plenamente conocido, la eficacia de la relación jurídica viene limitada por esa realidad tangible. Esto es, el valor económico concreto de la finca formal no es una circunstancia accesoria en cuanto de él dependen una

---

el titular registral y acompañada de certificación del Arquitecto director de la obra o del Arquitecto municipal *(op. cit.,* págs. 551 y sigs.).

serie de consecuencias jurídicas, públicas —fiscales, urbanísticas— y privadas —protección judicial, notarial y registral—. Y ese valor es resultado de su identidad con la finca material. El propietario de la finca debe provocar, en caso de discordancia o insuficiencia formal, la rectificación o su complemento, y el Registro es el medio más idóneo de coordinación de esa múltiple proyección formal, como continente de una sencilla, eficaz y única publicidad inmobiliaria. Del Registro pueden resultar los datos catastrales, urbanísticos, jurídicos y físicos de la finca formal, sin que ello suponga contener la realidad viva en un estrecho molde, sino abrir el cauce dinámico de la paulatina coordinación con ocasión de la declaración, reconocimiento, modificación, transmisión y gravamen de los derechos reales. Quiérase o no se quiera, es el momento adecuado y menos oneroso de producirse (220). El interesado podrá, de forma sucesiva, lograr la plena identidad, instrumental y física, con la distinta intensidad y permanencia que el cambio, mejora o destrucción produzca en el contenido del dominio; y la legislación provocará, a través de medidas concretas, esa identidad.

A esta interpretación clásica del tratamiento de la obra nueva, donde la posibilidad de la inscripción de ésta se abrió paso, no obstante su minusvaloración dogmática, debe añadirse la apertura del Registro a las circunstancias físicas, positivas, en cuanto a la extensión del derecho, como negativas, de estricta delimitación o deslinde del objeto jurídico, situación a la que puede llegar por los mismos medios conceptuales.

La "minusvaloración" dogmática advertida nace del carácter físico de la obra nueva, de la extensión *ope legis,* del dominio de ésta por el principio de accesión inmobiliaria, de la inscripción del continente, sin perjuicio del concreto contenido de la finca, de la naturaleza, pues, inmatriculadora de la inscripción registral o coordinadora de la realidad física y jurídica. Ahora bien, esa indiferencia sustantiva no priva al dato físico de una especial protección: la presunción '*iuris tantum* de exactitud e integridad del objeto jurídico sobre el que recae el derecho' (art. 38.1 LH). Como dice la Resolución de 3 de enero de 1928, "la declaración de existir un edificio en la finca inscrita pone en evidencia una de las inmediatas consecuencias del derecho de *accesión* y asegura una posesión jurídica o exterioriza en forma auténtica una manifestación de tal voluntad de efectos inmediatos contra terceros" (221).

---

(220) Si no ventanilla, sí al menos momento único y publicidad única (coordinación de funciones intercompetenciales).

(221) ROCA SASTRE: *Op. cit.*, pág. 553.

En la Resolución de 29-3-1965 se reconoce la posibilidad de inscribir una obra nueva otorgada por el antiguo titular registral, excepción al principio de tracto sucesivo en su aspecto sustantivo o de concatenación de titularidades, ya que si trata de inscribir

En definitiva, el sistema legal, recogido en los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 51 y 308 de su Reglamento, responde a la regulación civil de los modos de adquirir el dominio, donde la accesión como modo originario traduce el dato físico positivo de la realización de una mejora en la finca, consistente, en este caso, en la obra nueva; traduce, decimos, el dato físico en una circunstancia descriptiva de aquélla, complementaria o modificativa del contenido objetivo del asiento de inmatriculación. Es decir, de su expresión no depende la titularidad dominical de la obra nueva, sino la intensidad cuantitativa empleada en la individualización de la finca —descripción positiva y negativa— y la potencialidad cualitativa de la misma como objetivo jurídico, susceptible de división material o de uso. No olvidemos que la declaración de obra nueva, como manifestación unilateral o autoproclamación de la extensión o alteración objetiva de un derecho preexistente —el dominio—, bien se haga constar en una escritura independiente, bien con ocasión de otro otorgamiento, es 'innecesaria' desde un punto de vista sustantivo, ya que "inscrito lo principal se tiene por inscrito lo accesorio" (RR. 22 y 31 agosto 1863 y 20 mayo 1895) (222). La atribución, pues, de la titularidad no se cuestiona. Esta se produce a medida que se realiza la obra directamente. *La inscripción de la declaración de la obra no añade nada nuevo ni al contenido del dominio ni a su titularidad.*

---

cualquier derecho real o anotar un embargo sobre la obra nueva no inscrita, se plantea el problema de tracto sucesivo en sentido material u objetivo, al que se refiere el artículo 20.3.º de la Ley Hipotecaria, y no resuelve satisfactoriamente.

Esta cuestión la he tratado en otro lugar respecto de registración de resoluciones administrativas de derribo sin previa inscripción de la obra nueva y con referencia a la Ley de Disciplina Urbanística de Canarias, que hoy se puede extender a la de Reforma.

Por lo que se refiere a los embargos, aparte de la aplicación analógica del procedimiento del artículo 312 del Reglamento Hipotecario a los supuestos de embargo de fincas que se describen en el mandamiento con la obra nueva existente pero no inscrita y viceversa, mi postura, en base al principio de accesión, es favorable a la extensión del asiento de anotación preventiva, siempre —se sobrentiende— que no haya dudas sobre la identidad de la finca, haciéndose constar en el propio mandamiento, después de la nota al pie del título, la expresa advertencia de la situación descriptiva de la finca, de la que resulta o falta cualquier manifestación acerca de la obra nueva, y la necesaria subsanación de esta carencia en título ejecutivo que produzca, en su caso, la inscripción de la adjudicación, ya que sería absurdo que si de la descripción resulta una obra nueva no inscrita y embargada, al otorgar la escritura o expedir el testimonio del auto se omita ésta —por referencia directa, incluso, al propio asiento registral—; aunque teóricamente también cabría, dado el principio de accesión y el carácter voluntario de la inscripción, el principio de tracto sucesivo, y su reflejo en la anotación preventiva le obligaría a ello. En el caso contrario, cuando la obra consta inscrita, es evidente que el título traslativo debe ajustarse a la descripción registral o rectificar ésta en forma. Si es un solar, hay que hacer constar el derribo de la obra nueva, sea escritura o testimonio, diligencia o manifestación expresa o acta notarial de presencia *(op. cit.*, pág. 552, y *Régimen jurídico del suelo en Canarias,* op. cit., págs 21-22).

(222) ROCA SASTRE: *Op. cit.*, pág. 539.

Cuando se declara la obra la adquisición ya se ha producido. Distinto es que su expresión registral sea de especial *relevancia* para el titular registral, para el tercero y para la Administración, que puede aprovechar esa necesidad práctica, derivada de los principios civiles e hipotecarios (223), para imponer un determinado control de la legalidad urbanística (arts. 25.2 LR y 14 LDU). Sólo si se reforma en profundidad y directamente el Derecho civil, el hipotecario y el urbanístico, privando al Derecho de propiedad del *ius aedificandi,* lo que originaría un daño irreparable al principio de seguridad jurídica inmobiliaria, puede alterarse esta realidad jurídica. Habría que modificar y derogar para ello el principio de accesión, los modos de adquirir el dominio, el derecho de propiedad en su extensión cuantitativa y cualitativa (224), la naturaleza inmatriculadora de los datos físicos de las fincas, la forma de expresión de las circunstancias de la finca en los procedimientos judiciales, la extensión objetiva de la hipoteca, el principio de tracto sucesivo, las normas fiscales de base catastral y las presunciones sobre el carácter urbano de determinadas fincas (225); el carácter declarativo de las licencias urbanísticas, su adquisición por silencio positivo, la prescripción de la acción administrativa y la consolidación de la actividad edificatoria al margen del planeamiento; la licencia convalidante, el sistema de incorporación patrimonial del valor de la edificación de la Ley de Reforma (226), el régimen jurídico de responsabilidad objetiva y patrimonial, el deber urbanístico de edificar (227) y el derecho de superficie, entre otras disposiciones, sin contar el sinfín de normas conexas (228).

---

(223) Principios hipotecarios de legitimación y tracto sucesivo material —objetivo o de carácter inmatriculador— y normas civiles en materia de constitución de derechos reales —desdoblamiento de la finca natural en una pluralidad de objetos jurídicos autónomos.

(224) El *ius aedificandi* como extensión cuantitativa está limitado cualitativamente en cuanto a su contenido y ejercicio por las disposiciones urbanísticas.

Como hemos visto con anterioridad, hoy día el principio de accesión se fundamenta no tanto en el carácter o naturaleza de cosa principal del suelo frente al vuelo, cuanto en la noción de seguridad y de responsabilidad patrimonial y objetiva.

(225) El Catastro y el Impuesto de Bienes Inmuebles no podría tener en cuenta la realidad física que la edificación supone sin que se acredite la licencia constitutiva y la conformidad de ésta con el planeamiento (v. CHICO Y ORTIZ: *Op. cit.*, pág. 582)

(226) Lógicamente, si la licencia es constitutiva deberá contener la expresión responsable de su conformidad con el planeamiento para evitar el perjuicio económico y *social* derivado de su nulidad de pleno derecho (no se trata tanto de que se indemnice en dinero, sino con otra vivienda de idénticas características y situación).

(227) Sin la preexistencia del derecho a edificar, difícilmente se comprende, desde el plano constitucional, la imposición de un deber coercitivo.

(228) La excepción de la imprescriptibilidad de la acción cuando se trate de actos de uso del suelo de edificación contrarios al planeamiento, en zonas verdes o espacios libres (arts. 188 LS y 94.1 RDU), se extendería a todos los supuestos del uso del suelo sin licencia

Y si a todo esto añadimos la actual descoordinación entre legislación y legislación urbanística en su aspecto jurisprudencial, y la trascendencia jurídica de la prohibición formal del artículo 25.2 de la Ley de Reforma y su posible desarrollo autonómico en la manera que lo hace el artículo 15.2 de la LDU, patentiza la validez civil de la declaración, mediata o inmediata, de obra nueva y la doctrina de la Resolución de 16-11-1981, que tiene sólidos precedentes en reiterados pronunciamientos sobre la virtualidad sustantiva del principio de accesión (229). Como decía LASO, para las parcelaciones, aunque parezca contradictorio una sentencia que recoja la obra nueva es directamente inscribible (230), y si el carácter excepcional y restrictivo o penalizador del artículo 25.2 se pondera, la prohibición que contiene sólo sería aplicable al otorgamiento de escrituras públicas que tengan por único objeto la declaración de obra nueva, y no a aquéllas en su materialidad física es un simple dato descriptivo, quedando, en terminología de ROCA, 'inmersa' en cualquier título inscribible, y entre ellos la escritura de constitución de hipoteca, como reconoce expresamente la Dirección General por Resolución de 6-2-1986 (231).

La necesidad y oportunidad de la inscripción de la declaración de obra nueva viene reforzada por dos condicionantes, uno de ellos ya advertido. Son los principios de tracto sucesivo material u objetivo y de fe pública registral (arts. 20.3 y 34 LH). La Disposición Adicional 10.1.º.3 y 4 de la Ley de Reforma y el artículo 16.1, *a), d), e)* y *g)* de la LDU chocarían con el principio de tracto sucesivo en su aspecto inmatriculativo, en cuanto podría hacerse constar en el Registro el derribo de una obra que no está inscrita, con la paradoja que supone el acceso a la publicidad registral de

---

No entramos en las consecuencias nocivas que la inseguridad genera en la financiación de la construcción como actividad empresarial, firmemente destacadas por la doctrina tras la nueva Ley de Reforma.

(229) Dice LA RICA que si bien es cierto que la declaración de obra nueva como declaración unilateral debe constar en escritura pública y no en acta, no lo es menos que "*hay que reconocer que esa declaración de voluntad no produce negocio jurídico de ninguna clase,* sino simplemente *una alteración descriptiva de las circunstancias descriptivas de la finca*" (libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal, t. I, *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario,* ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1976, pág. 467).

(230) *Ilicitud administrativa y validez civil,* op. cit., pág. 1181.

(231) Es válida su mención en la parte expositiva de la escritura, aunque en el otorgamiento no se haga declaración expresa de obra nueva. Luego la inscripción de ese dato descriptivo, al amparo del artículo 208 de la Ley Hipotecaria, supone la inscripción misma de la obra nueva —el hecho impositivo, el acto sujeto se ha producido—, figure o no en el acta de inscripción; no obstante, en este caso, su conveniencia (debe hacerse constar la modificación de la descripción de la finca que supone) y *sensu contrario* el derribo supone su 'cancelación', la rectificación de ese dato físico, aunque ambas declaraciones se contengan en la parte expositiva del documento notarial. No dejan de ser datos descriptivos sustraídos de la protección de la fe pública registral.

la obra nueva carente de licencia por el medio indirecto de reflejar en el asiento respectivo la suspensión de la licencia de la obra comenzada o del derribo de la misma (al derribarla modificamos simultáneamente la descripción de la finca, haciendo constar su previa existencia) (232).

El segundo condicionante de la inscripción de un hecho físico lo constituye la falta de aplicación del principio de fe pública registral, que pone de manifiesto la instrascendencia sustantiva de la obra nueva en cuanto su inscripción no supone el derecho o negocio jurídico alguno, como decía LA RICA. Su existencia no depende ni se ve alterada por la inscripción. Es decir, sin mención expresa el dominio inscrito se extiende a ella. De ahí la importancia de su inscripción como medio de coordinación de la realidad física con la realidad jurídica, de protección registral a través del principio de legitimación —presunción de exactitud e integridad del contenido del asiento y presunción posesoria—, de control de la legalidad urbanística, de multiplicación potencial de su objeto y de garantía (233). La inscripción publica la accesión producida.

Así pues, lo mismo que la delimitación del contenido urbanístico del dominio se determina en el planeamiento *ope legis* gozando de una imperatividad y publicidad superior, con independencia del titular registral o del propietario (art. 88 LS), situación que hizo decir a la Dirección General en la Resolución de 16-11-1981 que son verdaderas limitaciones legales del dominio (234), la incorporación directa de la mejora artificial que la obra nueva supone, al margen de la publicidad registral, requieren del ordenamiento la articulación de los medios jurídicos necesarios para el puntual reflejo de la situación física en su dimensión urbanística —regular e irregular— y en atención a los intereses superiores de los terceros —consumidores—, que tienen derecho a un sistema de publicidad integral y trascedente. De nada servirá comprar una finca con la obra realizada en ella, adquiriendo su titularidad, activa y pasiva (arts. 88 LS y 1.911 CC), cuando del Registro resulte un solar o una finca rústica, sin que el propietario pueda hacer constar la realidad física por una pluralidad de medios no coercitivos, poniendo en manos del consumidor una información que

(232) *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, op. cit., págs. 21-22.

(233) Es el principio de tracto sucesivo objetivo el que impone la previa inscripción de la obra nueva para practicar la división horizontal, por ejemplo.

(234) Al menos así lo son desde la perspectiva del titular, aunque comporten a un tiempo una obligación de hacer que arrastra a este conglomerado de derechos, deberes y límites o limitaciones a la noción de obligación real o *propter rem*.

Desde la óptica del planeamiento o de la Administración, se trata de la definición del contenido normal del dominio. Pero, indudablemente, esa definición, al señalar un uso predeterminado y su intensidad, que puede ser incluso variable en el tiempo, comporta para el propietario una limitación de su capacidad de actuación, condicionando el ejercicio del derecho.

abarque toda la relación jurídica interdisciplinaria, expresada de forma sencilla y directa, desprovista del tecnicismo como ropaje de la inseguridad. En el Registro, pues, deben concurrir tres determinaciones básicas: la situación física, la situación jurídica y la situación fiscal.

La situación física por dos medios directos, la actuación del propietario titular registral y la coordinación paulatina con el Catastro, con ocasión de las operaciones registrales y sin intentar contener una materia viva en un documento formal, estático, sea un plano, sea un folio registral, sea una resolución judicial, sea una escritura pública. En este punto lo realmente importante, en orden a la seguridad inmobiliaria, es que del Registro resulte la vía empleada para hacer constar esas circunstancias objetivas: manifestación del vendedor, cédula catastral (235) y/o certificación urbanística.

La situación jurídica en su globalidad, en su aspecto civil y en su aspecto administrativo, con especial atención a la legislación sectorial (inversiones extranjeras, costas, montes, VPO, zonas militares). La intersección del Derecho público y del Derecho privado, como dos planos distintos de una misma relación, que llegan a confluir de una manera especial en el urbanismo, aconseja la aplicación del sistema de publicidad positiva como medida de garantía y salvaguarda de la seguridad en las adquisiciones inmobiliarias.

La situación fiscal en función de la garantía: hipotecas legales, tácitas y expresas, y afecciones. La situación física del plano catastral no deja de ser la base material de la imposición fiscal.

El legislador, en consecuencia, deberá tener presente, al ocuparse de esta materia, que de la publicidad registral de la regularidad e irregularidad urbanística como limitación legal de la naturaleza y rango superior a las disposiciones civiles, dependerá la seguridad del consumidor en las adquisiciones inmobiliarias. La publicidad, pues, de esos deberes, límites, obligaciones y limitaciones legales que gravan, con carácter oculto y en una cuantía económica indeterminada (236), su derecho.

Finalmente, y antes de dar paso al desarrollo pormenorizado de este apartado, sólo nos queda reseñar el contenido de los artículos 25.2 de la Ley de Reforma y 14 y 15 de la Ley de Disciplina Urbanística de Canarias.

---

(235) Indudablemente, lo escueto de la información catastral es un grave inconveniente La cédula no contiene linderos. La referencia al Catastro se hará bajo aseveración de las partes, a menos que se trate de una finca urbana más fácil de identificar.

Más práctico sería el sistema, que expuse con anterioridad, de coordinación paulatina y que los funcionarios del Catastro identifiquen la finca una vez inscrita si existen dudas sobre la identidad entre la cédula y la escritura, y en todo caso para hacer constar el cambio de contribuyente.

(236) Mucho más allá de la noción jurídica de hipoteca legal tácita.

Dice el mencionado artículo 25: "1. La edificación concluida al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística queda *incorporada* al patrimonio de su titular.

2. Los Notarios y Registradores de la Propiedad *exigirán* para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de *obra nueva terminada,* que se acredite el otorgamiento de la preceptiva *licencia* de edificación y la expedición por técnico competente de la *certificación* de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado" (inciso 1.º).

"Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva *en construcción,* a la *licencia* de edificación se acompañará *certificación* expedida por técnico competente acreditativa de que la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el *propietario* deberá hacer constar la terminación en el plazo de tres meses a partir de ésta, mediante acta notarial que incorporará la *certificación* de finalización de la obra antes mencionada" (inciso 2.º).

"Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán *testimoniarse* en las correspondientes escrituras" (inciso 3.º).

Este artículo contiene dos principios generales, uno sustantivo, a efectos urbanísticos, y otro formal, sobre medidas preventivas en materia de disciplina urbanística o control de la legalidad. El primero de ellos acusa la duplicidad de legislaciones que regulan una misma relación o situación jurídica, a la cual venimos haciendo referencia, y que puede interpretarse como norma general de naturaleza administrativa que atiende a la valoración del suelo en función del cumplimiento de los deberes urbanísticos a efectos de expropiación-sanción o venta forzosa. Norma, pues, que no deroga el principio de accesión inmobiliaria por el que el propietario hace suya paulatinamente —a medida que la realiza— la obra. A ello se refiere el término propietario que emplea este artículo en su número 2, inciso 2.º, y la posibilidad misma de la *inscripción a su nombre de la obra en construcción,* ya que todavía no se ha cumplido el presupuesto del artículo 25.1 (obra terminada con licencia y conforme al planeamiento). Esto es, resulta de la más leve interpretación sistemática del propio precepto (237).

El segundo principio, con carácter previo, plantea un importante problema. El derivado de la interpretación del término "exigirán". El decir, el de la forma de ejercicio de esa función de control, plenamente justificada en la necesaria colaboración y coordinación de ambas legislaciones, civil y administrativa, y, lo que es tan importante al menos, en la protección del

(237) Inscripción de un dato físico 'inmatriculador', que no un derecho adquirido *ex novo,* o al menos, si es nueva la mejora y en este sentido habla RAMOS FOLQUÉS, sólo se da publicidad y protección registral a la accesión previamente operada.

consumidor como desarrollo del principio de seguridad jurídica atiende, en fin, a intereses públicos y privados.

Una interpretación literal del precepto, conforme con su naturaleza de norma restrictiva de la libertad del tráfico jurídico y del derecho ciudadano a la protección de sus intereses privados a través de la función notarial y registral, conforme, pues, con su carácter 'penalizador', nos llevaría a ver en ese término 'exigirán' un deber positivo dirigido exclusivamente a Notarios y Registradores. Deber que no comporta ni una prohibición para éstos ni una obligación para el propietario. El artículo no dice que el propietario estará obligado a presentar ambos documentos con ocasión del otorgamiento de la escritura pública de declaración de obra nueva y de su ulterior inscripción registral ni prohíbe esta actividad, sino su exigencia —deber—, que aconseja, caso de no presentarse, la advertencia expresa en la escritura y en la inscripción de los efectos urbanísticos que la actuación ilegal conlleva. Ilegal e ilícita si no cumple el planeamiento; ilegal y 'válida' si es conforme a sus previsiones —licencia convalidante— (238). Prescindiendo del supuesto de actuación legal, pero nula —licencia ilegal.

Una interpretación teleológica, sin embargo, incluso por su identidad terminológica con el dictado del artículo 96.3 de la Ley del Suelo y la interpretación doctrinal subsiguiente podría hacer posible, no sin cierta incongruencia, la estimación de que el artículo 25.2 contiene una prohibición tajante y expresa o, al menos, una simple prohibición. Y decimos con cierta incongruencia porque o contiene una presunción 'odiosa' o es reiterativo. Esto es, bastaría con prohibir al Notario el otorgamiento de la escritura para que ésta, por no existir, no se inscribiese, ya que el precepto sólo se refiere a las escrituras y, dentro de ésta, a las de declaración de obra nueva. Con lo que su ámbito se restringe, sin incluir en él a las manifestaciones de obra nueva con ocasión del otorgamiento de otro título inscribible, de una resolución judicial —expediente de dominio, acción de rectificación del Registro, juicio declarativo, ejecutivo— o de un documento administrativo —certificación de dominio, procedimiento ejecutivo...

Así pues, para evitar esa reiteración o esa presunción improcedente, sería posible entender que el artículo 25.2 está aludiendo a la interpretación de la doble 'exigencia' como advertencia legal expresa y sucesiva. Interpretación que podría avalar la evolución legislativa producida en esta materia a raíz del propio artículo 96.3 de la Ley del Suelo, puesto que si allí también se contenía esa doble y reiterativa prohibición, ello no ha impedido, al margen de su fundamento dogmático —ilicitud urbanística, vali-

(238) Por seguir utilizando los conceptos que anticipamos con ocasión de las parcelaciones, siguiendo a LASO.

dez civil—, su desarrollo autonómico en el sentido expuesto —advertencia y nota marginal.

No obstante, y sin que obstaculice cualquier interpretación legal ulterior si al término "exigirán" añadimos el verbo "poder", implícito en la frase —para: para poder— la prohibición, con independencia de su extensión objetiva, será inevitable, pero no absoluta (ni por razón de naturaleza formal dentro de la estructura del Estado —norma básica—, ni por su propia literalidad). "Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para *poder* autorizar o inscribir..."

A continuación, el artículo 25.2 establece los requisitos en función de la situación de la ejecución de la obra: *a)* Obra nueva terminada: acreditar la concesión de la licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto elaborado. *b)* Obra nueva en construcción: aportar la licencia de edificación acompañada de una certificación expedida por técnico competente acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. *c)* Inscrita la obra nueva en construcción, el propietario deberá hacer constar en el Registro la terminación de la obra en el plazo de tres meses a partir de ésta, mediante acta notarial que incorpore la certificación de finalización de la obra antes mencionada.

Por último, el inciso 3.º del citado artículo señala la obligación del Notario de incorporar de las expresadas certificaciones a las correspondientes escrituras, planteando el problema del ámbito de la exigencia. Según su tenor literal, el testimonio sólo sería preceptivo para las certificaciones técnicas en las escrituras, pero como el inciso 2.º lo extiende al acta notarial directamente, el problema se restringe a la necesidad o no de testimoniar el documento acreditativo de la obtención de licencia, en el caso de que resulte de una certificación, y a la distinción entre testimonio e incorporación, que incide en la entrega y archivo del documento original o de una copia.

La Ley de Disciplina Urbanística y Territorial de Canarias, por su parte, contando con el precedente del artículo 12 de la Ley 12/1986, de 20 de diciembre, de medidas para la protección de la legalidad urbanística en la región de Murcia (239), prescribe las siguientes disposiciones:

---

(239) Dice el artículo 12: "1. Toda instalación u obra de edificación que se pretenda realizar en cualquier clase de suelo, sea de nueva planta, reforma, ampliación, acondicionamiento de locales para el desarrollo de cualquier actividad comercial o industrial o de cualquier otro título precisará obtener la correspondiente licencia municipal, que también se exigirá para la demolición de las edificaciones salvo o en los casos o supuestos de declaración de ruina inminente. Se entenderá asimismo como edificaciones las casas prefabricadas o instalaciones similares, provisionales o permanentes

Artículo 14: "En el otorgamiento de escrituras de declaración de obra nueva, el Notario autorizante exigirá *documento acreditativo* de la obtención de licencia, que incorporará a la matriz y la testimoniará en las copias que expida. Si no se acredita la obtención de la licencia, el Notario hará las *advertencias* pertinentes acerca de las responsabilidades de toda índole en que pueda incurrir el otorgante por carecer de dicha *autorización administrativa,* así como de la *imposibilidad* de practicar la inscripción en el Registro" (párr. 1.º).

"Si así constare en la *licencia* presentada, el volumen edificable de la finca se reflejará en la inscripción que se practique en el Registro de la Propiedad correspondiente, y especialmente la circunstancia de que la obra nueva declarada *agota,* si éste es el caso, *el volumen* autorizado, dando publicidad frente a tercero de la imposibilidad de realizar cualquier obra sobre el resto de la parcela no edificada y su *afección al uso* a que urbanísticamente se destina" (párr. 2.º).

Artículo 15: "1. Presentadas las escrituras en el Registro de la Propiedad, si no se aportaren los documentos expresados en el artículo anterior el Registrador *denegará* la inscripción, que no podrá efectuarse hasta la aportación de licencia.

2. Los actos sujetos a licencia urbanística cuyo otorgamiento no se acredite antes de la inscripción, sólo podrán acceder al Registro de la Propiedad cuando al practicar el asiento correspondiente se extienda simultáneamente y de oficio una *nota* a su margen expresiva de la situación urbanística de la finca, de los efectos de la falta de licencia y de las sanciones a que haya lugar si la irregularidad urbanística infringe la normativa contenida en las disposiciones legales aplicables, y en especial esta Ley, dando publicidad frente a tercero de la trascendencia jurídica de esa carencia en la forma que determina el artículo 17. La situación urbanística se hará constar expresamente en la nota al pie del *título inscrito* y en las

---

2. En el otorgamiento de escrituras de declaración de obra nueva el Notario autorizante advertirá a los otorgantes sobre la necesidad de obtención de dicha licencia, que incorporará a la matriz y testimoniará en las copias que expida en su caso Si no se acredita la obtención de licencia, el Notario hará las advertencias pertinentes sobre las responsabilidades de todo tipo en que puede incurrir dicho otorgamiento por carecer de dicha licencia.

3 Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, el Registrador, si se aporta la licencia hará la inscripción. Si no se aportare la licencia o no se ajustase a ella las nuevas fincas —o la nueva finca registral si no hay división material u horizontal, debe entenderse—, se pondrá nota al margen de la inscripción haciendo constar una u otra circunstancia. Esta nota será cancelada por aportación de la licencia, y siempre por caducidad, cuando hayan transcurrido cuatro años desde la fecha en que se practicó".

V. *Legislación del Suelo,* cit., ed Tecnos, págs. 1022 y 1023.

certificaciones que de la finca afectada se expidan. Esta nota sólo podrá *cancelarse* por la presentación en el Registro de la Propiedad de la licencia oportuna o por su caducidad.

No obstante, podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad las declaraciones de obra nueva carente de los expresados documentos cuando se haya declarado *prescrita* por la Administración o por los Tribunales la correspondiente infracción urbanística en que la obra hubiere incurrido".

El sistema preventivo de la Ley de Disciplina Urbanística, como expresamos en otro lugar (240), se articula en base a una regla general y dos excepciones. En principio, para el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva y su inscripción sin limitación alguna, deberá presentarse con carácter previo un documento que acredite la obtención de la licencia, y si de éste resulta su particular contenido, podrá reflejarse en el Registro el volumen edificable y el uso urbanístico de la finca. Por ello el artículo 14 habla de documento acreditativo —no de licencia— que se incorporará al protocolo notarial —escritura matriz— y se testimoniará en las copias que se expidan. En el caso de que no se aporte el documento acreditativo de la obtención de la licencia, esto es, conforme al artículo 13.2, la certificación del acuerdo municipal de concesión (241), en sentido estricto, o cualquier otra certificación municipal al respecto o la propia licencia original (242), en general, el Notario advertirá en el propio otorgamiento de la trascendencia jurídica de su carencia lo que aconseja su expresión escrita en el instrumento, particularmente la imposibilidad de inscribir el documento *sin* limitación alguna *(ex* art. 15.2). Imposibilidad que reitera, por un lado, y excepciona, por otro, el mismo artículo 15.

---

(240) Véase *Régimen jurídico del suelo en Canarias.*

(241) La copia del plano parcelario viene referido a las divisiones, segregaciones y agrupaciones.

La analogía resulta de la aplicación genérica del artículo 15.2 a todos los supuestos de este Título, del artículo 18 y de la necesidad de que se trate de una certificación, único medio documental de acreditar con eficacia la existencia de la licencia.

(242) Cuando se trate del documento original de la licencia, hemos de entender que bastará incorporar a la matriz una copia autentificada por el propio Notario autorizante para no privar al propietario de ese documento, que necesitará, en virtud de distintas disposiciones administrativas, presentar en otras instancias (cédulas de habitabilidad, por ejemplo).

Aunque —luego lo veremos— la licencia es un acto administrativo que se produce dentro de la esfera municipal y allí queda reflejado —acuerdo de concesión de licencia—, denominamos original de la licencia a la copia expedida al efecto, que en cierta forma se identifica con el propio acto. Sucede, pues, algo parecido a lo que ocurre con la distinción entre escritura pública —matriz— y copia autorizada, que curiosamente recoge el artículo 14, párrafo 1.º, con notable precisión terminológica, lo que hace pensar en la alta cualificación profesional del redactor del texto.

Reitera en cuanto prohíbe la inscripción (243), y excepciona en cuanto admite la inscripción con nota marginal cuando no se aporte la licencia y, sin ella, cuando se acredite la prescripción de la infracción urbanística (244).

La Ley de Reforma, promulgada con posterioridad a la Ley de Disciplina, obliga a un tratamiento jurídico unitario e integrador de ambas disposiciones, salvando las posibles contradicciones. Y de ello resultará, a nuestro entender, el siguiente régimen jurídico de carácter general:

I. Acto material de edificación o ejecución de la obra:

— Suelo urbano edificable: licencia urbanística de edificación previa (art. 4.1 LDU, en relación y por remisión expresa a los arts. 178 LS y 1 del RDU o precepto que los sustituya en el futuro Texto Refundido).

— Suelo rústico: autorización previa por resolución expresa del Director general de Urbanismo, conforme al procedimiento establecido en el artículo 11 de la LOUSR y licencia municipal de edificación con carácter igualmente previo [arts. 9 y 11.1.*e)* y 2.*e)* LOUSR].

— Suelo de uso industrial: será de aplicación el artículo 4.1 de la Ley de Disciplina Urbanística, licencia de edificación, previa licencia de apertura o actividad (en relación a los arts. 178 LS, 1 RDU, 9 LOUSR, 9.1.º RSCL).

— Centros de interés turístico: la concesión de licencia requiere informe previo y favorable de la Consejería competente en materia turística (art. 4.3 LDU).

II. Escritura pública de declaración de obra nueva:

— Suelo urbano edificable: licencia de edificación —previa o ulterior— y certificación de finalización de la obra, expedida por técnico competente, en la que conste su conformidad con el proyecto elaborado por el Ayuntamiento, que dio lugar a la concesión de esa licencia (arts. 14 LDU y 25.2 LR). Si la obra se declara en construcción, a la licencia

---

(243) El artículo 15.1 al emplear el término 'denegará' lo hace impropiamente, debería decir 'suspenderá' —se aprecia aquí esta deficiencia técnica que contrasta con el art. 14—, dejando a un lado la manifiesta incompetencia autonómica para regular la forma de practicar los asientos registrales —v. la Instrucción de 1984— y que, a efectos de la legislación hipotecaria, en concreto del artículo 18 de la Ley, debe tenerse por no puesto, entendiendo que lo dispuesto no es más que una prohibición de inscribir sin limitación alguna.

(244) Esta fórmula —la del art. 15.2, párr. 2.º— contiene, a nuestro juicio, la imposibilidad de apreciar de oficio, por parte del Registrador, la prescripción de acciones, siguiendo la regla sustantiva, característica del Derecho civil, de que si bien la prescripción se produce *ipso iure*, su reconocimiento corresponderá a los Tribunales.

Luego trataremos de la diferencia entre caducidad y prescripción.

—previa o ulterior— se acompañará certificación técnica de que la obra declarada se ajusta a la licencia concedida, esto es, al proyecto aprobado. Transcurridos tres meses desde la terminación de la obra, deberá hacerse constar en el Registro por acta notarial que incorpore la certificación de finalización de obra esta circunstancia.

— Suelo rústico: licencia de edificación (art. 14 LDU), ya que la Ley no distingue el distinto tratamiento que corresponde aplicar según la clase de suelo y la LOUSR otorga al suelo rústico la misma categoría y rango que al suelo urbano y urbanizable, integrado en un mismo proceso de ordenación territorial del municipio, debiendo constar positivamente en el planeamiento correspondiente la subclasificación de éste; y el artículo 11.2.*g)* de esta última Ley señala expresamente que "los proyectos aprobados en la forma regulada de esta artículo integrarán la ordenación urbanística del territorio a que se refieren", con la particularidad de que si se trata de construcciones de tipo residencial, en su punto 3 prescribe que como "trámite previo a la licencia municipal de construcciones de carácter residencial a que se refiere el apartado 2.*d)* del artículo 9.º requerirán la inscripción registral en el mismo asiento de la superficie suficiente, vinculada a la edificación autorizada".

De esta forma, la omisión del artículo 4.1 de la Ley de Disciplina Urbanística no puede interpretarse como una exclusión del ámbito de su artículo 14, sino todo lo contrario, en prueba de ello sujeta a este requisito de localización de casas prefabricadas e instalaciones similares provisionales o permanentes; y en su letra *f)* asimismo, a pesar de su localización en disposición de otro sujeto, se sujeta a licencia "cualquier tipo de obras o usos que afecten a la configuración del territorio".

Más problemática es la cuestión de la aplicación del segundo requisito del artículo 25.2, esto es, la certificación técnica, de cuya posible aplicación analógica luego trataremos. El artículo 12 de la LOUSR abre un cauce favorable, al menos, cuando señala que la petición de la autorización irá acompañada de una descripción técnica de la obra, aunque si tenemos en cuenta la ubicación del precepto de Ley de Reforma y el contenido de su artículo 6, parece obvio que el requisito sería inexigible por razón de su naturaleza restrictiva e, incluso, por la posibilidad de que en algunas zonas no sea preceptiva la intervención de un técnico competente —autoconstrucción—. En cualquier caso, con la exigencia de lo preceptuado en el artículo 14 de la Ley de Disciplina Urbanística la acreditación de la licencia municipal presupone la resolución favorable del Director general de urbanismo y la adecuación técnica del proyecto. Lo único que se podría obstar a la inscripción es el cumplimiento del artículo 11.3, la necesidad de hacer constar la vinculación de la edificación a la superficie de suelo correspondiente. No cabría interpretar que si no se hizo fue por

no ser necesario. Los términos del artículo 11.3 son suficientemente claros, aunque el ámbito de calificación registral no se extienda ni deba extenderse al fondo de la licencia, como resulta del artículo 13.2 de la Ley de Disciplina Urbanística, que estima suficiente la certificación de que se ha concedido la licencia (245). Bastaría, pues, la advertencia explícita, según se aprecie la existencia de una construcción residencial por la propia descripción de la obra.

— Suelo de uso industrial: licencia previa (art. 14 LDU).

III. Publicidad de la irregularidad urbanística en suelo rústico, urbano e industrial: si no se acredita la obtención de licencia y, en su caso, la certificación técnica correspondiente, se practicará la inscripción, extendiendo simultáneamente y de oficio la nota marginal que regule el artículo 15.2 de la Ley de Disciplina urbanística.

Este régimen general, sin embargo, trae consigo la consecuencia de ultimar su desarrollo con un estudio más pormenorizado de sus peculiares características e incidencias. Y así:

A) Licencia de obras

El artículo 1 de la Ley 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística de Baleares (246) recoge la definición legal de las licencias municipales en materia de urbanismo —o licencias urbanísticas—, con la particularidad y especial interés de que se pronuncia tras la publicación de la Ley de Reforma, interpretando, pues, a través de norma de carácter superior —Ley autonómica—, en el ámbito de una competencia exclusiva de la Comunidad —art. 27.2 del Estatuto—, la naturaleza jurídica de licencia en el marco del ordenamiento total. Dice así: "La licencia es el *acto administrativo* mediante el cual *adquieren efectividad las posibilidades* de parcelación, edificación, demolición, ocupación, aprovechamiento o uso relativo a un suelo o inmueble determinado, *previa concreción* de lo establecido al respecto en las Leyes, los Planes de Ordenación y el resto de la Normativa Urbanística".

Entre las líneas de este precepto, puede leerse la concepción del legislador balear favorable al mantenimiento de la tradicional naturaleza de las licencias urbanísticas, en general, y de la licencia de edificación, en

(245) También podría entenderse que no se ha vinculado el suelo por no tratarse de construcción residencial y, en consecuencia, no solicitar el cumplimiento del artículo 11.3 de la LOUSR.

(246) *Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de las islas Baleares*, núm. 141, de 17-11-1990 ("Avance", *BCNR*, núm. 12/1990).

concreto. Su naturaleza de acto administrativo declarativo de un derecho preexistente, la propiedad, y en el contenido de ésta, el *ius aedificandi*, como posibilidad o potencialidad de una facultad, cuyo ejercicio condiciona y concreta el planeamiento, en cuanto programa anticipadamente el uso del suelo. La licencia, pues, verifica la adecuación del proyecto al uso determinado que concreta la legislación urbanística, en su extensión cuantitativa y cualitativa. El radicalismo terminológico del artículo 20 de la Ley de Reforma, que no exceso de un trascendente sistema de valoraciones, se ve mitigado en su aplicación conceptual práctica. "El otorgamiento de la licencia determinará la adquisición del derecho a edificar, siempre que el proyecto presentado fuera conforme con la ordenación urbanística", a efectos de la valoración de las facultades urbanísticas patrimonializadas en caso de expropiación-sanción o venta forzosa, por incumplimiento de la función social de la propiedad (art. 82.3 de la citada Ley).

Y curiosamente, el artículo 1.1 de la Ley balear reproduce casi textualmente el artículo 1.1 de la Ley 3/1987, de 8 de abril, de disciplina urbanística de Asturias (247), dictada con anterioridad, pues, a la Ley de Reforma y confirma que para el legislador autonómico nada ha cambiado en este aspecto. GONZÁLEZ PÉREZ, por su parte, señala cómo ambas leyes se ajustan a la concepción tradicional, que corrobora abundante y reciente jurisprudencia (STS 8-7-89). "No se habla aquí de adquirir —destaca— ningún derecho (el derecho a edificar como algo distinto del derecho de propiedad), sino de adquirir *posibilidades* (esto es, facultades —de ejercicio, se sobrentiende— del derecho de propiedad) de 'parcelación, edificación, ocupación, aprovechamiento o uso relativo a un suelo determinado'". El derecho a edificar "preexiste al otorgamiento de la licencia" (248).

---

(247) *Legislación del suelo*, ed. Tecnos, cit , pág. 961. La Ley de Baleares añade al término suelo el de inmueble.

(248) Véase *supra* GONZÁLEZ PÉREZ: *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo, cit., págs 87-90, y Comentarios a la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo*, cit , págs. 64-68.

GONZÁLEZ PÉREZ, al analizar la nueva Ley, impugna el sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas, y en concreto del *ius aedificandi*, como contraria a la concepción constitucional del derecho de propiedad. Ello nos obliga a entender, salvando la eficacia de la norma, que las facultades urbanísticas adquiridas conforme al planeamiento y en la forma que la Ley establece no hacen sino condicionar el ejercicio de otras facultades distintas, las facultades civiles del propietario. Y condicionar su ejercicio. En este aspecto, la nueva Ley profundiza en la quiebra de la unidad ordinamental, y si la unidad es imposible y no deseada por la duplicidad funcional existente entre legislación civil y legislación urbanística, al menos profundiza en la falta de coherencia totalizadora, pues no establece disposiciones claras de articulación y coordinación de las relaciones que J M. GARCÍA GARCÍA denomina interdisciplinarias (v. *supra*).

Las facultades urbanísticas, en definitiva, no pasan de ser las facultades de ejercicio del derecho de propiedad, con notable repercusión a efectos valorativos, que antes y

Consideración ésta que si bien la comparten otros autores como ya vimos, entre ellos BARNÉS VÁZQUEZ y LLISET BORRELL, no dejan de impugnarla otros, incluso antes de la nueva Ley. Así, MARTÍN BLANCO y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ (249).

Por lo que se refiere ahora a la licencia de obras o de edificación, conviene recordar las palabras del profesor MENÉNDEZ REXACH en las Jornadas de Urbanismo de Maspalomas aludidas: a efectos prácticos, el dilucidar entre si la licencia condiciona la adquisición del derecho a edificar o su ejercicio es irrelevante. La situación es la misma, aunque, a su juicio, la desvinculación de las facultades urbanísticas del derecho de propiedad no se produce. Son inherentes al mismo y condicionan su ejercicio. Lo que nos lleva a la conclusión advertida: la adquisición gradual de facultades urbanísticas, desde la perspectiva de la nueva Ley, obedece a la fijación de un sistema de valoraciones en la dinámica del incumplimiento de los correlativos deberes urbanísticos. Esto es, en cuanto opere la expropiación-sanción o la venta forzosa.

GONZÁLEZ PÉREZ, al estudiar los efectos de las licencias, como hemos visto, distingue entre efectos legitimadores normales y efectos anormales. Dentro de los primeros, encuadra los efectos típicamente legitimadores de la actividad y, en su caso, la adquisición de la facultad de edificar y los efectos secundarios, cuales son la posibilidad de contratación con las empresas suministradoras de los servicios de energía eléctrica, agua, gas y telefonía, y la elección de la licencia como requisito de la inscripción registral. Dentro de los segundos, son, respecto del administrado, la obligación de dar cumplimiento a los términos de la licencia, el resarcimiento de daños y la sanción administrativa, y respecto a la Administración Pública, la indemnización de los daños y perjuicios causados (250).

Consecuencia de ello es la insuficiencia de la licencia en sí misma considerada para producir 'la adquisición del derecho a edificar' y del 'derecho a la edificación', utilizando la terminología de la propia Ley de

---

ahora estaba fuertemente intervenido por razones de interés general, llegando a ser un ejercicio variable en función de las alteraciones del planeamiento y pormenorizadamente reglado.

(249) F LLISET BORRELL: *Nuevo régimen urbanístico*, cit., pág. 114; J. S. MARTÍN BLANCO. *Estudios sobre la Ley 8/1990 de reforma del régimen urbanístico*, op. cit., págs 101 y sigs.; T. R. FERNÁNDEZ: Apéndice a la 8ª edición del *Manual de Derecho urbanístico*, op. cit., pág. 13; B VÁZQUEZ: *La propiedad constitucional*, op. cit., pág. 358 (entre otras).

Para la naturaleza jurídica de la licencia urbanística en general, y para la licencia de edificación en particular, puede verse el apartado 1.3.º.2 de este estudio correspondiente a su concepto.

(250) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Nuevo régimen de la licencia de urbanismo*, op. cit., págs. 245-250.

Reforma (arts. 20 y 25.1). Es necesario cumplir con los extremos de una licencia legitimadora de la actividad, con su contenido. Son los límites que denomina GONZÁLEZ PÉREZ subjetivos, objetivos y temporales (251). Y además, para adquirir el derecho a edificar se requiere la conformidad de la licencia con el planeamiento, y para patrimonializar la edificación, la conformación de ésta con la licencia válida conforme.

A los efectos secundarios se refieren los artículos 6.2 y 3 de la Ley de Disciplina Urbanística de Canarias, el 18 de la Ley de Disciplina de Madrid, el 12.4 de la Ley de Protección de la Legalidad de Murcia y el 9 de la Ley de Disciplina de Baleares para las empresas de suministro; el artículo 48 de la Ley del Suelo de Galicia para las entidades financieras, que podrán exigir la presentación de la licencia, y en el caso de urbanizaciones privadas deberán exigir la acreditación de que el Plan Parcial ha sido aprobado (252); y los artículos 96.3 de la Ley del Suelo y 25.2 de la Ley de Reforma sobre otorgamiento de escritura pública y publicidad registral, sin perjuicio del abundante número de disposiciones autonómicas a que hemos aludido.

Finalmente, dentro de los efectos anormales, la Administración puede compeler al propietario al cumplimiento de los términos estrictos de la licencia adoptando las medidas oportunas, conforme a los artículos 52 del Reglamento de Disciplina y 5.3 de la Ley de Disciplina Urbanística, entre ellas la inclusión del terreno en el Registro Público de Solares de Edificación Forzosa y el dictado de una Orden de ejecución, acompañando ésta de multas coercitivas, periódicas en función del plazo impuesto para la terminación de la obra de cuantía igual al 10 por 100 del presupuesto de

---

(251) *Op. cit.*, págs. 251 y sigs

(252) Como dice DÍAZ LEMA en su obra citada, *Derecho urbanístico de Galicia,* "es dudoso que el Estado o la Comunidad Autonóma puedan condicionar la actividad de las entidades financieras para estos fines" de protección de la legalidad urbanística. Así lo prueba el artículo 48, que no prevé ninguna sanción al incumplimiento, ya que "es difícil admitir ni que las entidades financieras aseguren la legalidad urbanística ni que el Estado pueda imponerles esta obligación" (pág. 263).

Ahora bien, tras la promulgación de la Ley de Reforma, tengan esas entidades la facultad y/u obligación o no, las entidades financieras se guardarán mucho de prestar dinero sin exigir la aportación de la licencia en prevención de la expropiación-sanción o venta forzosa e, incluso, entregarán el dinero para evitar su caducidad, según el grado de ejecución de la obra y la valoración de ésta, sin evaluar la plusvalía empresarial de la edificación hasta que ésta concluya en plazo. Este es uno de los aspectos más discutibles de la reforma, la distorsión del crédito privado, sin perjuicio de que exijan por cautela, lógicamente, la licencia, sea ésta o pueda ser válida o nula, ya que si es nula será el propio Ayuntamiento quien deberá indemnizarles (v. *Régimen jurídico del suelo en Canarias).*

Tal vez, por otro lado, lo que predica DÍAZ LEMA sobre entidades financieras sea aplicable asimismo a las disposiciones sobre empresas de suministro, y por las mismas razones.

la edificación no ejecutada". Posibilidad ésta a la que debe añadirse, con carácter alternativo, no obstante la imperatividad de la Ley de Reforma (253), la declaración formal de caducidad de la licencia, que lleva aparejada la extinción del derecho a edificar —o su ejercicio— y la subsiguiente expropiación o venta forzosa (arts. 23.1 y 24).

Efectos a lo que cabe añadir, con GONZÁLEZ PÉREZ, el resarcimiento de los daños y perjuicios causados tanto a los terceros —adquirentes de viviendas sobre plano, entidades financieras, colindantes— como a la propia Administración por la infracción urbanística, según el artículo 229 de la Ley del Suelo y la sanción administrativa por la infracción de la licencia [arts. 226 LS y 53.2.*c)* RD].

Y en caso de otorgamiento de licencia o denegación improcedente, la Administración deberá resarcir de los daños y perjuicios ocasionados, salvo dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado (arts. 21 LR, 232 LS y 39 RD). Aspecto éste que debe comprender a cualquier perjudicado directa o mediatamente. Es decir, al propietario de la obra, al promotor, al constructor, al subcontratista, al adquirente de viviendas sobre plano y a la entidad financiera. Por lo que esa imputabilidad deberá referirse a cada uno de ellos individualmente considerado. La persistencia de la situación de mero hecho que la edificación realizada supone —de ahí la importancia de su reflejo registral—, excluida del ámbito del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la posible demolición y a la material existencia, sin embargo, sí se ve amparada por la protección registral frente a tercero, en cuanto realidad física contrastada, legitimando al titular frente a la Administración para reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios en el supuesto del artículo 21 de la Ley de Reforma.

En este punto vuelve a tomar actualidad el problema de la duplicidad de legislaciones aplicables a la relación o situación jurídica total, ya que el otorgamiento de licencias siempre se hace, conforme al artículo 12 del Reglamento de Servicios, *"sin perjuicio de tercero y salvo el derecho de propiedad"*, y *"no alterarán las situaciones jurídicas privadas* entre el propietario y las demás personas" (art. 10 RS). Esto es, si la licencia 'atribuye facultades urbanísticas' en la medida que legitima y condiciona el ejercicio del derecho de propiedad, declarando la posibilidad legal de realizar determinada actividad privada, sin prejuzgar el derecho de propiedad ni las relaciones jurídico-privadas, dado el "*neutralismo* de la Administración en orden a los derechos civiles", como dice la Sentencia del

(253) La finalidad de la Ley de Reforma es evitar la especulación del suelo y fomentar la construcción, por lo que entendemos que al menos en esta Comunidad la Administración podrá optar entre lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Ley de Disciplina Urbanística y 23.2 de la Ley de Reforma a efectos del artículo 24 de la misma —expropiación o venta forzosa.

Tribunal Supremo de 11-11-1975, y esa salvedad condiciona legalmente el propio otorgamiento (S. 26-6-84), su naturaleza constitutiva a efectos civiles es inviable. Y da la impresión que la contraposición interpretativa entre los distintos autores no obedece sino a la parcialidad de la estimación de las disposiciones concurrentes, puesto que la existencia de dos órdenes jurídicos superpuestos sólo confluyen en la viabilidad del objeto jurídico único y, desde la óptica civil, la relación o situación jurídica subsistirá en la medida que persista el objeto, sin que ello suponga nulidad, sino ineficacia sobrevenida.

Así pues, cuando se habla de licencia declarativa o constitutiva no se está, ni se puede estar, hablando del dominio, sino de la facultad urbanística de su ejercicio, de la legitimación administrativa, ya que la actuación municipal no prejuzga ni la titularidad ni las relaciones con terceros. ¿Cómo va a otorgar el Ayuntamiento un derecho a edificar *a non domino?* ¿Qué ordenamiento jurídico admitiría que con independencia de una causa determinada fuera graciable la atribución del contenido ordinario de la propiedad urbana, sin previa expropiación y sin competencia objetiva para dirimir si esa atribución se está haciendo al verdadero propietario? ¿Cómo podemos configurar la constitución abstracta de un derecho a favor de un simple peticionario? ¿Cómo puede desconocerse al propietario del suelo? Las denominadas facultades urbanísticas, la legitimación administrativa, entonces, se produce al margen de la legitimación civil, donde reside el derecho privado de propiedad, en cuyo contenido residen una serie de facultades y de responsabilidades civiles, sin perjuicio de los deberes y facultades urbanísticas que legitiman y condicionan su eficaz —no válido— ejercicio. La Administración en sus actos reconoce el orden jurídico-público, "con independencia absoluta de la definición de los derechos que en el orden privado civil pueden corresponder a las partes" (S. 6-6-70).

"La *licencia urbanística* —declara la STS 9-10-90— es un acto administrativo de naturaleza reglada mediante el cual la Administración actúa con un control preventivo sobre la actividad de los administrados para asegurar que el aprovechamiento de los terrenos que se pretende llevar a cabo se ajusta a la ordenación urbanística. Queda, pues, claro que el ejercicio a través de la licencia es un control de legalidad, pero *no de la legalidad en general, sino exclusivamente de la urbanística.* Así deriva de la expresada dicción de los artículos 178.2 del Texto Refundido y 3.º.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística". "La normativa urbanística y no otra es la que la Administración municipal ha de tener en cuenta al decidir sobre el otorgamiento de una licencia. Justamente por ellos el artículo 178.1 del Texto Refundido advierte que la licencia que prevé opera 'a los efectos de esta Ley'". "De aquí ya deriva una consecuencia clara: *no*

corresponde a la Administración controlar a través de la licencia *la titularidad dominical del terreno* sobre el que se pretende construir. *No es la licencia instrumento adecuado para verificar situaciones jurídico-privadas, cuya definición, por otra parte, no habría de corresponder a la Administración, sino a los Tribunales civiles.* Todo ello se traduce en la operatividad de la cláusula de "salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero" que aparece recogida en el artículo 12.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales" —SS. 17 julio 1987, 2 mayo y 31 julio 1989, etc.— (254).

Estas conclusiones resultan de la propia Ley de Reforma: si el artículo 20 deroga el artículo 9 del Reglamento de Servicios y no quedan a salvo el derecho de propiedad y su eficacia frente a tercero, el Ayuntamiento, antes de conceder la licencia deberá conocer quién es el propietario civil del terreno, y no bastará la instancia de cualquier parte (no se va a hacer depender las sanciones por incumplimiento del plazo de actuación oficiosa de una persona que no es titular dominical) (255) bajo la responsabilidad patrimonial del organismo autorizante; y, además, aun siendo el propietario legítimo el solicitante, el incumplimiento del plazo provocaría la ruptura entre el derecho a edificar y el derecho a la edificación, en clara contradicción normativa, ya que si, por un lado, el derecho a edificar se extingue por caducidad mediante declaración formal (art. 23.2), la titularidad de la edificación aparece indefinida —no olvidemos la responsabilidad civil y administrativa del propietario— en el momento de ésta por razón de su causa —licencia constitutiva— y por razón del mismo sistema de patrimonialización, aunque la caducidad no haya sido declarada, pues el artículo 25.1 hace depender la incorporacion patrimonial de la vigencia de la licencia y de la conformidad con el planeamiento —planeamiento constitutivo, licencia declarativa— y no de su declaración formal. Es decir, aunque no se haya extinguido el derecho a edificar por falta de declaración expresa (art. 23.2), la licencia habrá caducado, impidiendo la patrimonialización —derecho a la edificación—. Y, por otro lado, en abierta contradicción con este planteamiento, el artículo 25.2 permite la inscripción de la titularidad dominical de la edificación, tanto si la licencia está caducada sin declaración formal como si caducada con declaración formal que no se ha hecho constar en el Registro; vigente pero contraria al planeamiento, y vigente pero no concluida la obra, e indemniza al 'propietario' de la edificación no incorporada patrimonial por el coste de la obra, sin expresar otra causa que la propiedad que esta interpretación se le niega. O sea, el

(254) *RDU*, núm. 120/1990, págs. 177-178.

(255) Bastaría presentar un proyecto, obtener licencia y dejar caducar el plazo para privar a un tercero de su derecho de propiedad Lo cual es tan absurdo, ilegal e injusto que no merece comentario.

propietario es a la vez dos personas distintas al mismo tiempo y bajo un mismo aspecto: es titular del derecho a edificar y titular de la indemnización, pero no lo es de la edificación o no es titular de la edificación —caducidad y/o disconformidad con el planeamiento— ni del derecho a edificar, pero sí de la indemnización. Sin embargo, eso es indudable, será responsable a efecto de sanción como propietario de una edificación de la que no es propietario. En fin, este galimatías sólo tiene una salida, y es la expresada: una cosa es la facultad urbanística, legitimadora de la actividad privada frente a la Administración, su forma de adquisición y plazo, condicionante del ejercicio legal del derecho de propiedad, en la dinámica del régimen sancionador —multas, expropiación, venta forzosa—, y otra bien distinta es la titularidad civil, activa y pasiva (256).

Obviamente, esto no quiere decir que la actuación y control administrativo sean indiferentes para el orden civil, sino todo lo contrario. La Administración urbanística actúa sobre el objeto y en consecuencia su actuación repercute directamente en el contenido de las relaciones jurídico-privadas, por afectar a uno de sus elementos —el objeto—. De esta forma, esa relación trilateral, pública y privada, se reúne en torno a la finca en su dimensión material o física, siendo de destacar la enorme trascendencia de la legislación urbanística en orden a la transformación de este objeto, al margen o con independencia de los derechos civiles que se constituyan sobre el mismo. Así, dependiendo del Derecho civil constituido, la legalidad urbanística determinará, en distinta medida, su eficacia. Esto es, si se constituye un derecho de sobreelevación y la ordenanza municipal o el planeamiento no permite alzar más plantas, su eficacia estará pendiente de la subsistencia de esa limitación. Pudiendo instar una de las partes la resolución del contrato, conforme al artículo 1.124 del Código Civil, y según los términos del mismo; pero su validez será incuestionable. Habría que hablar de validez civil e ineficacia administrativa. La alteración de las normas de planeamiento —cosa frecuente— podrá dar contenido a ese derecho, permitiendo su ejercicio.

Y si tenemos en cuenta que el Registro de la Propiedad es un registro de derechos inmobiliarios, se comprenderá la postura de la Dirección General de los Registros en el tratamiento de las disposiciones administra-

(256) Si una cuestión es insostenible en la nueva Ley es que la edificación expropiada o vendida forzosamente se valore por el coste de ejecución o reposición cuando la Ley siempre habla de sanción con referencia exclusiva al suelo, por incumplimiento de la función social de la propiedad y el Ayuntamiento se lucre de la infracción, pudiendo adquirir o vender la obra por el valor de mercado Se trata de un enriquecimiento sin causa. Es imposible calcular el coste de ejecución dentro de la cadena de personas y empresarios que intervienen en la construcción sin incorporar en él la plusvalía o sobreprecio de la transformación del 'producto'. Esto sin atención al valor añadido, incluso gravado por un impuesto.

tivas. Los derechos son inscribibles. Otra cosa es su eficacia urbanística. Por ello es por lo que hemos destacado a lo largo de esta exposición la importancia que para la Administración y para los terceros o consumidores tiene la publicidad registral, punto de intersección de disposiciones de distinta naturaleza y de coordinación interdisciplinaria. El Registro es un registro de derechos, pero en cuanto esos derechos recaen sobre fincas concretas activa su utilidad la constancia de la realidad física en su dimensión civil y urbanística (257). Es un problema de valoración suficientemente destacado.

1. *Presupuesto: la condición de solar*

Presupuesto de la concesión de la licencia de edificación es la condición de solar, previamente adquirida o simultáneamente garantizada. La condición de solar, en virtud del principio de legalidad, como enseña el profesor GONZÁLEZ PÉREZ, es un concepto legal objetivo y, en consecuencia, el otorgamiento de la licencia urbanística, conforme al planeamiento definitorio del aprovechamiento o uso del terreno, es una obligación reglada del Ayuntamiento o de la Administración actuante, cuyo incumplimiento dará lugar al resarcimiento advertido, y la aplicación, en su caso, de las normas de silencio administrativo positivo y de prescripción de acciones respecto de aquella parte de la ejecución que se aparte del planeamiento por negligencia administrativa en la aplicación de su potestad de control.

(257) Véase J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, cit., págs. 251-253. La Sentencia de 9 de noviembre de 1979 (Ponente: DÍAZ EIMIL) dice que:

"... el otorgamiento de la licencia no prejuzga derechos civiles ni priva a los interesados de todo el dispositivo de defensa a fin de plantear al Juez civil —por los cauces oportunos— el tema de la reivindicación y, en su caso, el de la determinación del ámbito físico de la propiedad".

La Sentencia de 26 de junio de 1984 (Ponente: MARTÍN MARTÍN) reitera la doctrina jurisprudencial en los siguientes términos:

"Las cuestiones relativas a las situaciones jurídicas privadas del peticionario de la licencia y de éste en relación con cualesquiera otras personas quedan fuera de la competencia del órgano administrativo en punto a la resolución a adoptar en respuesta a la solicitud de autorización para edificar, y por ello la cláusula de *salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero* puesta como condición legal en las licencias urbanísticas, de conformidad con los preceptos de los artículos 10 y 12.1 RS".

En definitiva, aunque sea en cierta forma distorsionante del principio de legalidad desde el punto de vista terminológico y lo refuerce desde el ámbito sustantivo, puede afirmarse que cuando la Ley de Reforma dice 'facultad urbanística' está expresando literalmente el campo de su propia eficacia como facultad jurídico-pública de ejercicio de un derecho privado, determinante de la legitimación de la actividad por razones de orden público y por ello susceptible de publicidad registral protectora y disuasoria en torno a la regularidad o irregularidad urbanística que trasciende de su documentación pública.

Sin embargo, la calificación de solar no es un condicionante de la función registral y del otorgamiento de la escritura pública. Es un presupuesto interno dirigido de manera exclusiva a la actuación de la Administración urbanística. Sea cual fuere la naturaleza de la finca —rústica o urbana— y la clasificación del suelo que en su caso conste en el Registro (arts. 9 LH y 51 RH), si se aporta la licencia de edificación la escritura será inscribible sin limitación alguna (art. 25.2 LRRU). Situación ésta que no supone una minusvaloración del preciso señalamiento en el folio registral de esa naturaleza, clasificación y calificación e, incluso, del medio por el que accedió tal información al Registro *(vid. supra),* sino más bien lo contrario, la conveniencia no impeditiva de su constatación.

Conveniencia que ha sido potenciada, y en cierta medida impuesta, por disposiciones estatales y autonómicas, cuales son el artículo 29.2 de la LRRU y los artículos 13.3 y 14.2.º de la LDU. Dice el primero de ellos que "los Ayuntamientos *remitirán* obligación al Registro de la Propiedad que corresponda *copia de las certificaciones acreditativas del cumplimiento de deberes urbanísticos* a que se refiere el artículo 15 a fin de que se tome nota marginal en las inscripciones de las fincas respectivas". Precepto que abre una doble vía de coordinación, bien de oficio, bien a instancia del particular o interesado (arts. 63 LS y 29.1 LRRU). La falta de sanción del incumplimiento por parte del Ayuntamiento de esta obligación legal no puede ser impeditiva de la constancia en virtud de solicitud del propietario. A ello atiende el artículo 13.3 de la LDU, que prevé la constancia por nota marginal de la calificación urbanística de las fincas resultantes de toda división, segregación o agrupación, y el volumen en el supuesto de licencia de edificación (art. 14.2.º) si el documento acreditativo de la obtención de ésta así resulta. La prescripción, ciertamente práctica, adolece de cierta timidez, en cuanto no le da carácter general a la regulación, cuestión a que atenderá el Reglamento Hipotecario; pero debe entenderse como un paso previo en pro de la coordinación que pone en manos de la Administración la posibilidad efectiva de su cumplimiento al redactar los documentos acreditativos de la obtención de licencia (de su extensión dependerá el grado de coordinación registral). Si se limita que el acto goza de licencia, poco añadirá; pero si expresa la clasificación, calificación y volumen, según el caso concreto, la eficacia de la prevención será mayor, ofreciendo el Registro a la Administración y al consumidor un nuevo servicio, ya que el Registrador advertirá, o podrá advertir, de la congruencia o incongruencia de la licencia según la naturaleza del suelo sobre el que se actúa, instando la coordinación, y sin que deba ni pueda, por la presunción de validez de los actos administrativos, hacer tacha de nulidad. Bastará con la advertencia. Se trata de un pronunciamiento no impeditivo, excluido del ámbito del principio de tracto sucesivo.

La lógica del sistema impone a cargo de la Administración el deber de hacer coincidir el artículo 13.2 con el contenido del artículo 11 de la Ley de Disciplina Urbanística, o al menos sus datos básicos, a efectos de los artículos 13.3 y 14.2.° de la misma, pues si bien ésta nada dice de la forma en materia de licencias de edificación, son tan estrechas las posibilidades que de hecho así lo aconseja.

1.1. Suelo urbano

En suelo urbano o urbanizable la condición de solar será, en definitiva, un requisito a apreciar por la Administración urbanística, y desde la perspectiva registral la escritura deberá incorporar por testimonio, en principio, la licencia de edificación y la certificación técnica (arts. 25.2 LRRU, 14 y 15 LDU).

El problema, señalado por LASO, de la posibilidad de la aplicación de la Ley con carácter general a determinados municipios, donde ni se exija licencia ni exista técnico competente, no obstante, plantea en nuestra Comunidad la cuestión de las viviendas autoconstruidas que gozan de protección pública (arts. 21-24 de la Ley 11/1989, de 13 de julio, de viviendas para Canarias).

El propio término, autoconstrucción, comporta una *excepción* al régimen del artículo 25.2 de la Ley de Reforma, norma como sabemos de carácter básico y que hemos de entender desarrollada por la Comunidad en el sentido de estar excluido en este caso el requisito de la certificación técnica, en tanto de la aplicación del artículo 24 no resulte otra cosa (convenios de colaboración con los Colegios profesionales). En estos casos bastará la aplicación de los artículos 14 y 15 de la Ley de Disciplina Urbanística sobre el presupuesto de la exigibilidad de la licencia y de la apreciación por el Ayuntamiento del concepto de solar a que alude el artículo 21 (dónde ubicarse en terrenos calificados de suelo urbano edificable —solar— y destinados por el planeamiento al efecto).

Otra interpretación nos llevaría a la imposibilidad legal de aplicación de la Ley 11/1989, y no existen razones sustantivas para ello. El artículo 25.2 no deja de ser una norma general de naturaleza básica, susceptible de excepciones, bien por la innecesariedad de la licencia o del proyecto, bien por disposición legal en contra fundada en razones de protección social que no hace sino atender a la finalidad de la propia Ley de Reforma.

Por ello puede entenderse que los requisitos del artículo 25.2 son inaplicables a aquellos casos en que el Ayuntamiento certifique de la innecesariedad de la licencia, conforme a las normas de planeamiento, o una disposición legal exima de uno de sus requisitos como es la certifica-

ción técnica, con lo que puede solucionarse el problema advertido por Laso en orden a la virtualidad práctica de la Ley en determinadas zonas (258).

La segunda excepción canaria a la Ley general viene determinada por el carácter rústico del suelo de los asentamientos rurales y de las viviendas unifamiliares aisladas, agrícolas y residenciales, a que aluden, respectivamente, los artículos 8.*e)* y 9.2.*d)* de la LOUSR, y que sujeta la construcción a los requisitos generales de los artículos 14 y 15 de la Ley de Disciplina Urbanística, y seguramente excluye la aplicación de la certificación técnica a que se refiere el artículo 25.2. En este supuesto, pues, la condición de solar no es presupuesto de la edificación.

1.2. Suelo rústico

En suelo rústico o no urbanizable y en suelo urbanizable no programado, la calificación registral, dada la omisión del artículo 25.2, puede prestar una importante colaboración, sin acudir a su aplicación analógica, a través de los datos descriptivos de la obra y de la configuración jurídica del régimen aplicable. Pues si revelan una edificación propia de núcleos urbanos o se divide horizontalmente o se adscribe su uso, la exigencia de la licencia vendría impuesta, con independencia de la manifestación escrituraria sobre la naturaleza del suelo, sujetándose el acto al ámbito del artículo 25.2.

1.2.1. Legislación general

La situación sistemática del artículo 25.2, como hemos señalado, responde en su concepción literal a que su aplicabilidad se restringe al suelo urbano y suelo urbanizable, habida cuenta de la exclusión de su ámbito del suelo no urbanizable y de la falta de regulación del suelo urbanizable no programado, objeto simplemente de limitaciones de uso —arts. 85 y 86 LS— que viene a equipararse a aquél. Interpretación que está reñida con el carácter excepcional de las construcciones en suelo rústico que impone un requisito previo a la licencia, la autorización, pero que se hace inevitable, en sentido estricto, si relacionamos el artículo 25.2 con el 6 de la propia Ley.

En la doctrina se ha criticado por GONZÁLEZ COLOMINA, con carácter general, la oportunidad perdida de dedicar mayor atención en la Ley al

(258) *Op. cit. infra,* pág. 530.

suelo no urbanizable, en la línea de la LOUSR canaria, que positiviza su contenido urbanístico (259). Y en ese capítulo de omisiones puede incardinar la falta de referencia del artículo 25.2 a las edificaciones en suelo rústico. Situación ésta que lleva a algunos autores, como GARCÍA GARCÍA, cuando se ocupan del estudio de su ámbio espacial, a entender que, conforme a la Disposición Adicional 1.ª.3, su aplicación se extiende a todos los municipios, por un lado, y tanto al suelo rústico como al urbano, por otro, ya que sería absurdo exigir menos requisitos en un tipo de suelo en el que "no cabe en principio o como norma general" el derecho a edificar, por lo que en este caso la declaración de obra nueva estará sujeta al triple requisito de la autorización de la Comisión correspondiente, de la licencia municipal y de la certificación técnica (260).

CHICO Y ORTIZ, siguiendo la pauta fijada en el Seminario celebrado en Madrid (octubre 1990) sobre la incidencia registral de la Ley de Reforma, entiende aplicable el artículo 25.2 al suelo no urbanizable y urbanizable no programado, como recogen CARBONELL SERRANO y GÓMEZ FABRA en la recensión del mismo. Otros autores, sin embargo, optan por la negativa. Así, RAMOS BLANES y ACEDO-RICO HENNING en sus comentarios al artículo 25.2 con ocasión del mismo Seminario, mostrándose favorables a aplicar directamente la doctrina que emana de la Resolución de 16-11-1981. MÉNDEZ GONZÁLEZ, por su parte, extrae de los términos literales de la Disposición Adicional 6.ª un importante argumento en favor de la inaplicabilidad del artículo 25.2 al suelo no urbanizable. Esta disposición se refiere expresamente al suelo urbano y urbanizable, por lo que no cuestiona, siquiera, el régimen transitorio de patrimonialización en suelo no urbanizable. La falta de unanimidad, pues, en su aplicación se ha puesto de manifiesto en distintas ocasiones. En este sentido, las notas de PASCUAL MAIQUES (261).

---

(259) *Op. cit.* (v. *supra).*

(260) J. M. GARCÍA GARCÍA: "Estudio sobre la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo" *(Boletín del CEH de Cataluña,* núm. 19/1990, noviembre, y *Avance* del *BCNR,* núm. 14).

(261) J. M.ª CHICO Y ORTIZ: "La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 602, enero-febrero 1991, pág. 167; A. RAMOS BLANES y F. ACEDO-RICO HENNING: "Comentarios al artículo 25.2 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990" (según el coloquio celebrado en el Colegio de Registradores el 2 de octubre de 1990, siendo ponentes JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, RAFAEL ARNÁIZ EGUREN y ANTONIO HUESO GALLO), en *Avance* del *BCNR,* núm. 10/1990; V. CARBONELL SERRANO y J. L. GÓMEZ FABRA: "Nota-resumen de los criterios adoptados en la reunión de Madrid sobre la incidencia registral de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo", en la revista *Lunes 4.30* (octubre 1990) y en el *Avance* del *BCNR,* núm. 11/1990; F. MÉNDEZ GONZÁLEZ: "Derecho transitorio del artículo 25 2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del

LASO MARTÍNEZ, por su parte, mantiene que "dada la nominación del capítulo —régimen del suelo urbano y urbanizable—, precedido por el relativo al suelo no urbanizable, determina que en éste no es exigible la licencia para inscribir la obra nueva. El argumento no procede sólo de la sistemática legal, sino también del hecho de que la consolidación patrimonial de las facultades urbanísticas es contemplada en función del cumplimiento de los deberes del mismo orden. Por ello, como en el suelo urbanizable no existen más que prohibiciones, pero no deberes positivos de orden urbanístico, las facultades derivadas de su desarrollo ni son urbanísticas ni condicionan su consolidación patrimonial". "A ello ha de añadirse que las 'facultades urbanísticas' que según el artículo 1.º delimitan la función social del dominio comprenden, según el artículo 2.º, 'su urbanización y edificación'".

"Esta interpretación, deducida del sistema legal y del emplazamiento de los preceptos comentados, no equivale, naturalmente, a que todo es inscribible en el suelo no urbanizable, ya que para él priman los preceptos imperativos y prohibitivos de los artículos 85, 86 y 94 y siguientes de la Ley".

A continuación, LASO observa que, no obstante el papel medidor o clarificador que le corresponderá al Reglamento Hipotecario, no puede desconocerse la imposibilidad práctica, que califica de utopía, de aplicar los requisitos del artículo 25.2 en determinadas poblaciones y, sobre todo, la exigencia de la certificación técnica (262).

Aunque ambas opiniones son respetables y su argumentación de peso, una basada en la finalidad de la Ley y otra en su ámbito urbanístico, su consideración sugiere optar por la no extensión de los requisitos del artículo 25.2 a las declaraciones de obra nueva en suelo rústico, lo que comporta la estimación de naturaleza punitiva del precepto en cuanto restringe la libertad civil del tráfico jurídico, la persistencia del principio de accesión y la apreciación de su analogía no con el supuesto del suelo urbano o urbanizable, sino con la prohibición en idéntico sentido contenida en el artículo 96.3, que es sólo aplicable a las 'parcelaciones urbanísticas' en

---

suelo". Conferencia pronunciada en el Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, en *Boletín* de éste, núm. 19/1990, y en el *Avance*, núm 14, del *BCNR;* PASCUAL MAIQUES: "Cuestiones acerca de la Ley 8/1990", resultado de la reunión celebrada entre éste y MONTERO-RÍOS GIL, CARBONELL y GÓMEZ-PAVÓN en la citada revista *Lunes 4 30* (octubre 1990) y en el *Avance* del *BCNR*, núm. 11/1990.

(262) J. L. LASO MARTÍNEZ: *La inscripción de declaraciones de obra nueva...*, cit., págs. 529-530.

El artículo 9 1.1 º del Reglamento de Servicios, sin embargo, exige en todo caso para la concesión de las licencias urbanísticas *proyecto técnico* ("con ejemplares para cada uno de los organismos que hubieren de informar la petición": v. Rep. Aranzadi, 1956, mg. 85, pág. 133)

sentido propio y no cualquier división, al tiempo que de las disposiciones urbanísticas se puede extraer una importante presunción que complementa la advertida al principio de este apartado. Y es la necesidad de acreditar el carácter rústico del terreno en virtud de certificación municipal o cédula urbanística, puesto que si la edificación en suelo no urbanizable y urbanizable no programado está sujeta a las limitaciones del artículo 85 de la Ley del Suelo, su carácter excepcional justifica, como medida preventiva, la previa acreditación de la naturaleza del suelo sobre el que se construye, ofreciéndonos, tal vez, un sólido argumento favorable al carácter presuntivamente urbano de determinadas edificaciones por razón de identidad física o situación geográfica.

En materia de informe, notificaciones y autorizaciones pertinentes (arts. 85.1.2.ª LS, 11 LOUSR y 4.3 y 10 LDU), obligación específica de los entes públicos actuantes, entendemos que en la licencia y su presunción de validez como acto administrativo queda subsumida su exigibilidad, fuera, en consecuencia, del ámbito de la calificación registral. Y más aún si observamos que el artículo 25.2 sólo requiere que se acredite la concesión de la licencia, no que se presente ésta, siendo variable su contenido e imposible, pues la posibilidad de calificar la regularidad del procedimiento emisor, material y competencialmente, en base a la presunción de validez del acto administrativo. La extensión de la función calificadora en esta materia, dice GONZÁLEZ PÉREZ, viene limitada por la presunción de legalidad de los actos administrativos. Bastará "con verificar que la licencia se refiere al acto —o al hecho, podemos añadir— que es objeto de inscripción para que ésta sea procedente, siempre que no existan obstáculos que deriven de los propios libros del Registro" (263).

Desde el punto de vista tributario, hemos de tener en cuenta que el artículo 63 de la Ley 39/1988 de Haciendas Locales considera bienes inmuebles de naturaleza rústica a las "construcciones de naturaleza rústica, entendiendo por tales los *edificios e instalaciones de carácter agrario* que situados en los terrenos de naturaleza rústica sean indispensables para el desarrollo de las explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales" (264).

---

(263) *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, op cit., pág. 337

(264) Véase L. M.ª CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA: "Protección del consumidor en materia de vivienda. Curso de derecho del consumo y protección del consumidor" (Universidad de Extremadura, 1990-1991, en prensa), en *BCNR*, núm. 251, pág. 2579, y T COBO OLVERA. "Obras, construcciones e instalaciones en suelo no urbanizable y urbanizable no programado", *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 119/1990, pág. 65.

La distinción genérica finca urbana-finca rústica, que mantiene el Reglamento Hipotecario y que no impide hacer constar en el Registro la clasificación urbanística del suelo, es la misma que sostiene la jurisprudencia civil y las disposiciones fiscales reguladoras del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, que, como sabemos, actúa sobre la base catastral y supone esta catalogación a efectos valorativos. La Ley de Reforma, en

Disposición que puede arrojar luz sobre la materia que ahora tratamos sustrayendo de la aplicación del artículo 25.2, con carácter general, las 'construcciones destinadas a explotaciones agrícolas', como hace el artículo 85.1.2.ª de la Ley del Suelo y mantiene el artículo 6 de la Ley de Reforma. Naturaleza que podrá resultar acreditada por la cédula catastral. En este supuesto, la legislación urbanística general se remite a la legislación agraria y no establece el requisito de la *autorización,* provincial o insular, con carácter previo a la licencia de edificación.

1.2.2. Legislación autonómica

En Canarias, integrado el suelo rústico en el planeamiento urbanístico y territorial, la aplicación de los artículos 14 y 15 de la Ley de Disciplina Urbanística se extiende directamente a las edificaciones en suelo rústico, por correlación de éstos con el artículo 9 de la LOUSR, con las excepciones señaladas, en cuanto a la no exigibilidad del segundo requisito que introdujo la Ley de Reforma, la certificación técnica, a las viviendas autoconstruidas, a las construcciones en suelo rústico de asentamiento rural y a las declaraciones de obra nueva en este tipo de suelo, con la perentoria —por la configuración geográfica de la islas y su población diseminada— y prudencial virtualidad de esa tácita presunción de edificación urbana que requiere la presentación de la certificación municipal de su innecesariedad si de las circunstancias descriptivas de la obra por la omisión de los datos que dan contenido a la licencia en el documento acreditativo de su obtención (art. 13.2 LDU) resulta o se advierte la existencia de una edificación urbana. Y ello porque del artículo 11 de la LOUSR no se deduce que el proyecto presentado debe necesariamente —como lo será por lógica— estar realizado por técnico competente, y aunque lo esté, del artículo 25.2 no resulta su exigencia, sin que obste a la conveniente solicitud de la certificación municipal sobre la clase de suelo sobre la que se asienta de no resultar, decimos, de la licencia (265).

---

materia de valoraciones, ha querido hacer incidir en esta materia determinando la forma de establecer la base imponible en caso de fincas urbanas por razón de la adquisición de las facultades urbanísticas.

(265) Por no coincidir el documento acreditativo con la propia licencia, que deberá contener, entre otras circunstancias, la calificación del suelo, conforme al artículo 11 de la Ley de Disciplina Urbanística.

El artículo 7.9.*e)* de la Ley de Disciplina Urbanística de Balereares añade un nuevo requisito al contenido de la licencia; cuando se trate de suelo no urbanizable deberá constar la fecha del acuerdo de la Comisión Insular de Urbanismo o indicación de las normas por las que se fundamenta la exclusión de este trámite. Sin embargo, como no contiene precepto alguno de coordinación registral, el argumento sustantivo no se traduce necesariamente en argumento para la exigibilidad del artículo 25.2.

Planteamiento que, a efectos registrales, se ve reforzado por la exigencia del artículo 11.3 de la LOUSR. Si del Registro no resulta tal vinculación superficial a la edificación y estamos ante una construcción residencial, la presunción de obra urbana, sujeta íntegramente al artículo 25.2 se impone.

2. *Forma intrínseca*

Según resulta de lo que antecede, una cosa es la licencia urbanística de obra o edificación a que se refieren los artículos 20 y 25.1 de la nueva Ley, y otra distinta la forma de acreditar su obtención, que es el supuesto contemplado por el artículo 25.2 de la misma. Asimismo, la licencia como acto administrativo por el que se resuelve en procedimiento al efecto la solicitud del interesado tiene su expresión formal en un documento municipal que expresa las condiciones de ejercicio de la actividad aprobada por ese acto en virtud del proyecto técnico presentado y que no es más que el traslado de la resolución administrativa positiva.

De esta manera, dice GONZÁLEZ PÉREZ que el "acto concediendo o denegando una licencia de urbanismo, como los que integran el procedimiento administrativo en que se adopta la resolución, están sujetos al régimen general de los acuerdos municipales. Por lo que deberán realizarse, en principio, en el lugar en que tenga su sede el órgano en cada caso competente" (266). Y añade que no "se exige requisito formal específico. Interpretando a *contrario sensu* el artículo 179.2 de la Ley del Suelo, es incuestionable que no exige motivación ni ningún requisito de forma. El acto será válido cualquiera que sea la forma de manifestarse". "No obstante, el artículo 3.2 RDis. exige la motivación para toda solución '*que otorgue* o deniegue licencia'" (267).

La Ley 7/1985 de bases de régimen local, por su parte, atribuye al Alcalde la competencia para otorgar las licencias cuando así lo dispongan las Ordenanzas (art. 22.1.11), y, en general, las Corporaciones Locales "podrán intervenir la actividad de los ciudadanos" sometiendo ésta a previa licencia como acto de control preventivo [art. 84.1.*b)*]. Por lo tanto, se estará a lo que dispongan las Ordenanzas municipales en cuanto al órgano concedente (normalmente resulta de un acuerdo del pleno de la Corporación) (268).

---

(266) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo,* op. cit., pág. 161.

(267) *Op. cit.*, pág. 175. La Ley de Disciplina Urbanística de Baleares contiene disposiciones concretas sobre este punto en sus artículos 1 a 9.

(268) *Régimen local,* ed Civitas, Madrid, 1986, págs. 38 y 64.

Los artículos 4.1, 7.9 y 8 y 11 de las Leyes de Disciplina Urbanística de Asturias, Baleares y Canarias, respectivamente y en análogo sentido, por su parte, establecen el *contenido mínimo* del acto por el que se concede la licencia, siendo de destacar los siguientes, que se extraen de la Ley canaria: 1.º La naturaleza urbanística del suelo objeto de la actuación (en relación al art. 13.3). 2.º Finalidad de la misma y uso al que se destinará (su reflejo registral se establece en el artículo 14.2). 3.º Altura, superficie y volumen edificable, número de habitantes, ocupación y retranqueos permitidos por la licencia en la parcela (dato susceptible de publicidad registral, conforme al citado art. 14.2). 4.º Cantidad en que se presupuestan las obras (figuraba en el proyecto de Ley, pero ha sido suprimido del texto de la Ley). 5.º Fecha de caducidad de la licencia (extremo de notable importancia para el tercero a efectos del art. 25.1 LR y que se podrá hacer constar en la inscripción si resulta del documento). 6.º "En el *escrito* por el que se comunique al solicitante la concesión de la licencia contendrá el texto íntegro de la misma y la indicación de la fecha de la notificación a que se refiere el artículo 10" (que dice: "1. Los actos de tramitación de cualquier figura del planeamiento urbanístico, así como la concesión de licencias de parcelación y edificación, serán notificados de modo fehaciente al cabildo insular correspondiente en el plazo de los quince días siguientes a la fecha del acuerdo").

Ahora bien, esta prevención legal del artículo 11.2 de la Ley de Disciplina Urbanística sobre la forma intrínseca de la licencia no tendrá reflejo externo en el Registro de la Propiedad al regularse un medio distinto de justificación de la licencia, la certificación del acuerdo municipal de concesión, expedido por el Secretario del Ayuntamiento, ya que si es cierto que sobre la licencia de obras no se contiene precepto alguno, la aplicación analógica del artículo 13.2 y la directa del artículo 18 (que aunque habla de 'anotaciones' hemos de entender nota marginal e inscripción) lo corroboran (269). Por lo que la identidad absoluta entre el acto administrativo

(269) El artículo 18 dice expresamente: "Será título para la práctica de las anotaciones a que se refieren los artículos anteriores la certificación de acuerdo o resolución respectiva expedida por la autoridad u organismo que la hubiera adoptado" En un principio, parece que al hablar de 'título' se está refiriendo a título inscribible fuera del ámbito del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, a menos que se entienda incluido en su número 2, en cuanto a los actos administrativos que recoge el artículo 16, que modifican, con carácter real, el alcance o contenido del derecho inscrito. Sin embargo, a continuación incluye una referencia a todos los artículos de este capítulo, donde la palabra 'título' debe entenderse como 'título complementario' de la inscripción de las escrituras de división, segregación o agrupación de terrenos o de declaración de obra nueva (arts. 13 y 14), en atención a la posibilidad de su aportación separada o a su constancia por testimonio y a la regulación del título idóneo —título inscribible— para la cancelación de la nota marginal del artículo 15.2. La única objeción a esta interpretación podría extraerse del requisito que impone el artículo 18 al señalar que la certificación se

de concesión de licencia y la notificación al interesado quiebra por razón de la forma (en un caso se habla de 'escrito', y en otro, de 'certificación') y por razón de contenido, sin perjuicio de que la práctica imponga su coincidencia. Cuestión que suscita la necesidad de la expedición de dos documentos formales: el escrito de comunicación de la concesión de la licencia y la certificación municipal, que bien podían haber tenido, a efectos prácticos de simplificación de trámites burocráticos, carácter alternativo, como lo es el plano diligenciado respecto de las parcelaciones (artículo 13.2).

3. *Forma extrínseca*

De la problemática aludida puede deducirse que si bien la forma intrínseca de la licencia y su comunicación al interesado no entran dentro del ámbito de la calificación registral, la forma de acreditar la misma frente al Notario y al Registrador de la Propiedad, la forma extrínseca, tiene que ser una forma fehaciente y, como tal, la certificación del Secretario del Ayuntamiento, entrando dentro de ese ámbito, en cuanto a su congruencia con la edificación de que se trate y a la competencia del certificante, sin que sea necesario, aunque sí conveniente —a efectos de los artículos 13.3 y 14.2 LDU— que su contenido no se limite a decir que la edificación, plenamente identificada con la que resulta de la escritura, cuenta con licencia. Las demás especificaciones resultarán de la certificación técnica. En todo caso, la extensión de la función calificadora no puede ser distinta de la de cualquir documento administrativo (art. 99 RH), teniendo en cuenta, además, que éste es complementario y hace innecesaria la referencia al procedimiento, sin olvidar el artículo 18 de la Ley de Disciplina Urbanística. Bastaría en principio que dijera que el edificio sito en tal calle cuenta con licencia, según la resolución o el acuerdo municipal de que resulte (270).

---

expedirá por la autoridad u organismo que adoptó la resolución o acuerdo, que parece restringir su ámbito al artículo 16; sin embargo, si tenemos en cuenta que la palabra "expedida" está en singular y que la competencia de certificar en caso de licencia no corresponde a la autoridad u organismos que la concede, sino al Secretario municipal, cabe concluir que aquel requisito se refiere exclusivamente a la resolución administrativa del artículo 16 y no a los demás casos, como la licencia de obra.

(270) LASO señala que la plena coordinación obra nueva declarada y licencia resultará del certificado técnico. Aunque una fórmula tan escueta resulta inadecuada, será el Ayuntamiento quien deba regular su expresión formal.

Indudablemente, las dudas de identidad obligarán a imponer un contenido lógico: acuerdo o resolución, número de plantas, plazo de caducidad, situación, autoridad concedente y certificante.

Sin embargo, en nuestra Comunidad el artículo 18 requiere que la certificación lo sea del acuerdo o resolución, expedido por la autoridad u organismo que los hubiere adoptado, o del Secretario *(ex* art. 13.2); y en esa medida su contenido se podrá reflejar en la inscripción, según prescriben los artículos 13.3 y 14.2 de la citada Ley y el punto 4 del número 1.º de la propia Disposición Adicional 10 de la LRRU, que prevé la inscripción de las condiciones especiales de las licencias *(vid. infra).* En la Comunidad de Murcia, los artículos 5.3 y 6 de la Ley de Protección de la Legalidad Urbanística también establecen la certificación del acuerdo municipal como medio acreditativo de la obtención de la licencia (271).

La naturaleza complementaria de este documento acreditativo hace decir a LASO MARTÍNEZ y a CHICO Y ORTIZ que las circunstancias consignables en la inscripción se reducen a las propias de los de esta clase (lugar, fecha y autoridad que la concedió y persona que la expide, constancia de su testimonio). GARCÍA GARCÍA observa que, a falta de desarrollo reglamentario, habría que hacer constar la fecha, plazo de edificación, número de plantas y expediente a que se refiere (272).

La certificación del Secretario —fe pública municipal—, única forma que revela con eficacia y responsabilidad la concesión de la licencia, y su testimonio en la escritura obvian el problema de la legitimación de firmas. El artículo 70.3 de la Ley 7/1985 de bases del régimen local reconoce el derecho de los ciudadanos a obtener certificación acreditativa de los acuerdos municipales, y el artículo 92.3.*a)* atribuye a los Secretarios la fe pública municipal, declaración que reitera el artículo 162.1.*b)* del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986 (273). El visto bueno del Alcalde, en principio y salvo disposición en contra, no será exigible, aunque en la práctica suela consignarse. La autonomía e independencia de la función del Secretario, que la Ley impone, es contraria al mismo, pues supondría un requisito condicionante de su actuación (art. 92.2 de la citada Ley 7/1985).

La necesidad de que ese documento acreditativo de la licencia a que alude el artículo 25.2 de la Ley de Reforma sea una certificación del Secretario es una exigencia general impuesta por el artículo 9.3 del Reglamento de Servicios, que dice textualmente, omitiendo cualquier referencia al visto bueno del Alcalde: "Los documentos en que se formalicen las

(271) GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, págs. 331-332.

(272) LASO, *Op. cit.*, habla de constancia de su testimonio en el título, fecha de otorgamiento y autoridad que la concedió, pág. 534; CHICO, *op. cit.*, de fecha, vigencia y funcionario autorizante, pág. 164; J. M. GARCÍA GARCÍA: *Op. cit.*

El Reglamento Hipotecario difícilmente podrá imponer requisitos en contra de las disposiciones de régimen local.

(273) *Op. cit.*, págs. 60, 67 y 134.

licencias y sus posibles transmisiones serán expedidos por el Secretario de la Corporación" (274).

Ahora bien, merece especial atención el estudio de las distintas posibilidades de justificar la concesión de la licencia frente al Registro de la Propiedad. El medio ordinario será el testimonio (art. 25.2, *in fine).* Pero como el supuesto legal contempla un sistema de doble control y la obligación establecida se extiende a las funciones de los Notarios y Registradores de forma alternativa y concurrente, los medios serán los de testimonio, incorporación y aportación. Mayores problemas, como luego veremos, plantea, sin embargo, la certificación técnica.

3.1. Aportación

Si de la calificación registral resulta la necesidad de la aportación de la licencia, no obstante la apreciación contraria del Notario por distintas razones, entre ellas la propia legislación autonómica (arts. 15.2 y 12.2 y 3 de la Ley murciana antes mencionada), la calificación urbanística que resulte del Registro o su verificación a efectos de la aplicabilidad del artículo 25.2 a las obras en suelo rústico o urbanizable no programado, según sus datos descriptivos, la simple apreciación del régimen transitorio de la Disposición Adicional 6.ª de la Ley de Reforma o la falta de identificación de la obra, la necesidad de su aportación, decimos, reviste la forma de certificación del Secretario municipal del acuerdo de concesión o de que la obra a que se requiere determinada escritura goza de ella. Evidentemente, cuando la escritura ha sido otorgada con anterioridad a esa certificación, la finalidad de la Ley, en orden a la concordancia licencia-obra, materia de calificación registral, se cumple, con la sola consignación de que la obra descrita goza de licencia e, incluso, podría hacer innecesaria la aportación de la certificación técnica de terminación de la obra si de ella resulta que se ha realizado conforme al proyecto aprobado, ya que la certificación técnica no constituye un requisito autónomo, sino instrumental para salvaguardar la adecuación de la obra a la licencia, y de ésta —por presunción— al planeamiento (275).

---

(274) Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17-6-1955 *(BOE,* núm. 15, 15-1-56), repertorio de Aranzadi, núm. marginal 85, págs. 132 y sigs.

(275) Esto será intrascendente para el técnico competente, ya que en todo caso la certificación de terminación de la obra es necesaria para cumplir con otras disposiciones: licencia de primera utilización de los edificios, cédula de habitabilidad, licencia de apertura, cédula de calificación definitiva... Se trata de agilizar el tráfico cumpliendo la Ley de la forma menos onerosa para el consumidor y sin menoscabo de la disciplina urbanística.

3.2. Incorporación

El artículo 25.2, cuando dice que tanto "la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras", no aclara si el Notario debe incorporar un testimonio a la matriz —de escritura habla— o el original de la licencia y expedir testimonio de él en las copias que autorice. Seguramente, dada la finalidad de la norma, el supuesto será de incorporación del testimonio del documento acreditativo a la matriz. Desde el punto de vista registral (cualquier fórmula es válida), la obligación va dirigida exclusivamente al Notario y él le dará debido cumplimiento conforme a la legislación aplicable.

3.3. Testimonio

El testimonio del documento original en la propia escritura es la fórmula más útil y práctica para el interesado, o al menos así lo entiendo, ya que evita la necesidad de disociar licencia y documento acreditativo, siempre que aquélla vaya en forma —nos referimos a la comunicación de su obtención: certificación del acuerdo— y que aquél tenga que solicitar del Ayuntamiento otra certificación, a efectos de la necesidad de acreditar su obtención ante la propia Administración —cédula de habitabilidad, licencia de primera utilización de los edificios, cédula de calificación provisional o definitiva de VPO— o ante el porpio consumidor, conforme al artículo 5.1.1 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril (276).

4. *Titularidad*

Por otra parte, debe tenerse presente que el artículo 25.2, en relación a los artículos 178.1 de la Ley del Suelo y 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística requiere licencia de edificación con consciente omisión de la persona que la solicite, sea el propietario actual de la finca, sea el propietario pretérito de la misma, sea el representante legal, voluntario, oficioso o inoficioso de cualquiera de ellos. Y es que la adscripción real de la autorización al terreno es de tal naturaleza que obvia la referencia al que insta el procedimiento. En caso de transmitirse la finca, el artículo 88 de la Ley del Suelo operará la subrogación real. Se presume, me atrevería a

(276) L. M. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA: *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, ed. Civitas, Madrid, 1990, págs. 34-38. *Boletín del Colegio de Registradores (BCNR)*, núm. 256, mayo 1989, págs. 1093-1094.

decir, *iuris et de iure,* en consecuencia que el titular de la licencia es el titular de la obra (277). Lo importante, pues, a efectos de calificación registral, será que la obra cuente con licencia, al margen de la persona que figure en ella como solicitante. "Es irrelevante —apunta GONZÁLEZ PÉREZ— a efectos registrales que la licencia se hubiese otorgado a favor de persona distinta a la que hace la declaración de obra nueva. Siempre que la obra se levante en el solar que figura inscrito en el Registro a nombre del que hace la declaración de obra nueva procederá la inscripción" (278). Así lo entienden también otros autores, como CHICO Y ORTIZ y GARCÍA GARCÍA (279). El primero de ellos señala que la cuestión está resuelta por los artículos 12 y 13.1 del Reglamento de Servicios, que recogen la transmisibilidad de las licencias. El segundo destaca la posibilidad de cesión de las licencias y la intrascendencia de quién sea el titular, "siempre que se identifique adecuadamente la finca".

De esta manera, "así como en las licencias de actividades personales adquiere especial relevancia el titular (arts. 13.2 y 15.2 RS), en las relativas a condiciones de obras e instalaciones —como son, por lo general, las licencias de urbanismo— no ocurre así: lo esencial es la consideración objetiva de la actividad, abstracción hecha de su titular (art. 13.1 RS). De aquí que no se exijan, en principio, condiciones especiales para ser titular de una licencia de urbanismo. El ordenamiento jurídico no establece la necesidad de que el sujeto al que se concede la licencia reúna determinados

---

(277) La transmisibilidad de la licencia, que prevé y regula el artículo 13 1 del Reglamento de Servicios, sin requisito de forma alguno, salvo la comunicación no obstativa a la Corporación municipal y la imposibilidad de retener la licencia sin ser propietario del suelo, esto es, de disociar titularidad del suelo/responsabilidad patrimonial, conforme al artículo 88 de la Ley del Suelo y 20 y siguientes de la Ley de Reforma, impone, desde el aspecto formal, la presunción de que el propietario del suelo es el titular de la licencia, y poco importa decir que esta presunción es *iuris tantum* o *iuris et de iure,* porque si la transmisión del suelo excluye la licencia de edificación o prevé un precio específico para ésta y no se ha satisfecho o se condiciona su adquisición, al margen de la posible validez civil de los pactos personales, parece claro que siendo la facultad de edificar un deber coercitivo sujeto a un plazo preclusivo de caducidad, una vez transmitida la titularidad del suelo, es imposible retener la licencia que supondría tanto como hacer gravitar el cumplimiento de ese deber de la nueva solicitud de licencia del adquirente, suspendiendo los plazos legales de orden público —derecho necesario—, o provocar la sanción, posibilidad a todas luces contraria a la Ley

Esta interpretación se ve reforzada por el contenido del artículo 13.1 del Reglamento de Servicios, que en caso de que no se comunique la transmisión de la licencia "ambos sujetos —el titular originario y el adquirente— quedarán sujetos a todas las responsabilidades que se deriven para el titular (art 13.1 RS). Luego al ser responsables ambos es porque la licencia produce efectos, con independencia de la persona que realice la actividad" (GONZÁLEZ PÉREZ· *Op. cit.*, págs. 253-254).

(278) *Op. cit.*, pág. 342.

(279) *Ops. cits.*, pág. 167, para CHICO Y ORTIZ. El estudio de GARCÍA GARCÍA está sin paginar

requisitos. No existen requisitos subjetivos especiales". "Por tanto, la capacidad y legitimación para solicitar y para obtener una licencia de las que enumera el artículo 178 de la Ley del Suelo serán las que se exigen, en general, para incoar un procedimiento administrativo". La capacidad general de obrar no "exige como requisito de legitimación acreditar la propiedad del suelo sobre el que no hubiesen de realizarse las obras", ya que la licencia no altera "las situaciones jurídicas privadas (art. 10 RS)"; y cuando actúe un representante del interesado "se presume la representación", que sólo deberá acreditarse en caso de reclamación, desestimiento o renuncia (280).

5. *Contenido*

Con independencia de esa identidad antes advertida entre acto administrativo o licencia propiamente dicha, comunicación de la concesión de la licencia o forma extrínseca y documento acreditativo de la misma o certificación municipal, la relación de causalidad entre la licencia y la obra nueva realizada en su adecuación al planeamiento urbanístico y a la obra nueva declarada, y no obstante la prevención de control que el certificado técnico supone, planteamos ahora el problema de la congruencia entre el contenido del documento administrativo que justifica fehacientemente su obtención con la escritura de declaración de obra nueva. Y en este sentido podemos ocuparnos de la congruencia o incongruencia, suficiencia o insuficiencia e ilicitud de la licencia con su expresión documental.

Según hemos tenido ocasión de ver, el acto sujeto a licencia es la realización material de la obra y no su declaración, en cuanto ésta sólo revela un hecho físico al que se extiende la titularidad del propietario del suelo a través de un modo originario de adquirir: la accesión. Por ello, si se pretende la plena coordinación entre realidad física-realidad jurídica dentro del campo de la disciplina urbanística, la declaración por sí no es suficiente, aunque se acompañe de la licencia de obras, puesto que esa coordinación requiere, con carácter previo e imprescindible de la declaración complementaria, que se reconozca la plena identidad entre la legalidad urbanística —licencia conforme al planeamiento—, la expresión formal —escritura pública— y la realidad material o física; y a ello atiende la certificación técnica, que se erige en *medio de correlación documental* de un hecho objetivo de eficacia jurídica. Así pues, la coordinación catastral aparece como una necesidad al margen de la documentación sustantiva, presupuesto de la previa coordinación Catastro-Ayuntamiento, como hace

(280) GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, págs. 116-120.

la Ley 47/1985 de disciplina urbanística italiana de 28 de febrero en preservación de los efectos fiscales, de carácter general y municipal (281). Situación que obliga asimismo al Catastro a conocer la realidad física, no a través de su documentación —plano—, sino en función de una relación departamental sobre la base de la certificación técnica.

Así pues, si esa efectiva correlación documental no depende de la licencia, que aunque ésta contuviese todas las determinaciones del artículo 11 de la Ley de Disciplina Urbanística sería insuficiente para conocer cuál es la realidad física (282) en función del grado de ejecución de la obra, la calificación registral se restringirá a comprobar la congruencia entre la licencia, la obra declarada y la obra realizada, según la certificación técnica.

5.1. Insuficiencia

Insuficiencia formal.—Y si de los términos de la licencia no se deduce su relación directa con la obra que se declara y esta falta no se subsana por la certificación técnica al no expresar que la obra realizada coincide con el proyecto aprobado por el órgano municipal competente en virtud de esa licencia determinada, sólo queda recabar del propio Ayuntamiento una nueva certificación que aclare las dudas sobre la identidad de la obra ejecutada con la autorizada.

Insuficiencia sustantiva.—Por otra parte, la insuficiencia puede devenir del incumplimiento de sus propios términos. Es decir, que autorice tres plantas —o alturas— y la obra declarada tenga seis, tres sobre el suelo y tres subterráneas, amparándose en que el volumen ocupado es el mismo o en la certificación técnica de conformidad en este supuesto de insuficiencia sustantiva. Claramente, en este caso, se requiere un nuevo pronunciamiento municipal de adecuación, sin entrar, como luego haremos, en la posible

(281) Sorprende saber por los medios de comunicación de la cantidad desmesurada de fincas urbanas que no están dadas de alta en el Catastro cuando es el propio Ayuntamiento el interesado por razón del Impuesto de Bienes Inmuebles, y en él reside la competencia de otorgar la licencia de edificación, la vigilancia de la legalidad urbanística y la obligación de exigir al interesado el alta catastral de la vivienda para poder conceder la cédula de habitabilidad (v. CHICO Y ORTIZ: *Estudios de Derecho hipotecario,* op. cit., t. I, pág. 582).

(282) Aunque la certificación técnica no deja de ser un documento, y como tal puede no coincidir con la realidad, ello es consecuencia, según apuntábamos con anterioridad, del inevitable imperativo del tratamiento jurídico de los bienes inmobiliarios, común a los conceptos de finca registral, finca catastral, finca reflejada en la escritura, finca litigiosa...

acreditación alternativa de la legalidad de la obra-licencia de primera utilización del eficio.

5.2. Incongruencia

Incongruencia formal.—La incongruencia formal puede resultar por razón del objeto —se autoriza una nave industrial y se declara la obra un edificio de viviendas, oficina, garajes o locales—, por razón del sujeto —se autoriza una obra pública y se construye una edificación privada— o por falta de relación de causalidad —se fundamenta la obra en una licencia y se certifica por el técnico de otra, o se utiliza una licencia de parcelación, o cualquier otro tipo de licencia, urbanística o no.

Obviamente, en estos supuestos, la situación es la misma que si no se aportara la licencia. Tampoco bastará una certificación genérica de que la licencia es innecesaria sin una motivación expresa y conforme a una disposición legal (283).

Incongruencia sustantiva.—La incongruencia sustantiva surgirá de un pronunciamiento *contra legem,* a pesar de la presunción de validez del acto administrativo. Es decir, si del documento acreditativo de la licencia resulta que se está autorizando a construir en zona verde o espacio libre o un edificio de nítidas características urbanas en suelo no urbanizable.

Son los casos de nulidad absoluta de la licencia, cualificados por resultar ésta de sus propios términos. Situación que justifica tachar de incongruente la licencia y de incumplimiento del artículo 25.2. La presunción de validez no puede sostenerse cuando la transgresión se contiene explícitamente en el mismo acto administrativo.

Por otro lado, se planteará la cuestión de la incongruencia de la licencia autorizante de tres plantas de viviendas y una de locales y la declaración de cuatro plantas de viviendas. Incongruencia que puede no ser obstativa si se tiene en cuenta el artículo 8 del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, que permite la transformación de viviendas en locales, salvo disposición contraria de los estatutos de la comunidad de propietarios, aunque la alteración privada del uso no es indiferente desde la perspectiva del planeamiento urbanístico, que diseña la ciudad teniendo en cuenta las zonas comerciales, pudiendo, pues, provocar la transformación un desajuste urbano.

---

(283) Aunque son hipótesis de 'laboratorio', la realidad será más rica e inimaginable, sobre todo cuando se aporte la licencia de forma independiente, sin testimonio notarial. La actuación previa del Notario es la única garantía de que la incongruencia no tenga lugar.

Podrá decirse que ese artículo se refiere exclusivamente a las viviendas preexistentes, pero también es verdad que la obra puede declarar la construcción de viviendas y luego alterar el uso o destino de todo el edificio. En este caso, el control municipal vendrá vía licencia de primera utilización y licencia de apertura. Lo que plantea registralmente es si es posible ese cambio de transformación, con independencia de la obtención de ulteriores licencias. En principio parece que no y la negativa es una simple consecuencia del procedimiento de obtención de la licencia, puesto que siendo ésta el acto administrativo por el que se aprueba el proyecto presentado y se autoriza la edificación la modificación del destino o uso en cuanto implica modificación del proyecto de ejecución aprobado (284).

Ahora bien, una vez inscrita la obra, si la alteración se produce con posterioridad, quedaría fuera del ámbito de la calificación registral cuando los estatutos privados no lo impidan, porque el Real Decreto-Ley tendrá clara aplicación. Sin embargo, tal vez, estas consideraciones excedan de la finalidad de la Ley, limitándose nuestra actuación al cumplimiento de ese doble requisito, salvo que la alteración sea flagrante, provocando la disconformidad con el planeamiento —edificio destinado a garaje que se convierte en edificio de viviendas o en un centro comercial.

Tiene relación esta cuestión, como ha señalado LASO, con los efectos de la división del edificio en régimen de propiedad horizontal, ya que el número de viviendas por razón de superficie y volumen es una determinación del Plan. "No obstante —dice LASO—, si en la inscripción de la obra nueva se especificó el número de viviendas en congruencia con la licencia, en la posterior división horizontal no sería inscribible la ampliación a menos que se justifique que, conforme al nuevo planeamiento aplicable, hubieran cambiado las dimensiones mínimas de las viviendas. Hecho éste muy frecuente en la práctica con motivo de las revisiones o modificaciones de los Planes en que se autoriza un mayor número de viviendas". "La creación de entidades registrales independientes para despachos u oficinas quedaría sujeta a la misma interpretación, pero partiendo en todo caso de si la licencia no marca un máximo tampoco está vinculado el promotor". "Por tanto, al menos hasta la publicación de la reforma del Reglamento Hipotecario, parece bastar con que en el asiento se consigne que esté testimoniada en el título la licencia concedida sin referencia a su contenido". Si, por el contrario, consta en el Registro, el número de viviendas puede ser un obstáculo de simple coherencia, como el caso de otorgamiento simultáneo de la obra nueva y de la división horizontal (285).

---

(284) En este sentido, la licencia va más allá de un simple juicio urbanístico, adentrándose también en la adecuación del edificio al uso a que se destina

(285) *Op. cit*, pág 535.

En definitiva, puede concluirse, a la vista de los artículos 178 de la Ley del Suelo, 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística y 25.2 de la Ley de Reforma: 1.º Que habiéndose estipulado, como requisito del otorgamiento de las escrituras de declaración de obra nueva y de su inscripción registral la aportación de la licencia de edificación, la modificación objetiva del uso queda fuera del ámbito del artículo 25.2, por la razón fundamental de que estando sujeta a licencia urbanística tanto la obra de nueva planta como la primera utilización de los edificios y las alteraciones de su uso —'modificaciones objetivas de uso'—, hemos de entender que cuando el legislador habla de licencia de edificación emplea el término con propiedad, y más siendo un precepto prohibitivo y restrictivo; y si hubiera querido referirse a la licencia de modificación objetiva del uso o de la edificación lo hubiera dicho expresamente. Así lo señala GARCÍA GARCÍA, "puesto que los cambios de destino no requieren en la legislación civil e hipotecaria ningún requisito administrativo" (286). 2.º Que por razones de coherencia la única alteración sujeta al artículo 25.2 es la que suponga un cambio de volumen autorizado o del número de viviendas —modificación objetiva de la edificación. 3.º Que a la modificación de la obra declarada e inscrita, en principio no se refiere el artículo 25.2, con independencia del requisito de la licencia que prescribe el artículo 178 de la Ley del Suelo. Evidentemente, a ello apunta el verdadero sentido —entendemos— del artículo 25.2, que prescribe el control de la edificación de nueva planta —DA 6.ª— e, incluso, previene al tercero de la extrema demolición, situación que en este caso no va a darse (287). El límite debemos hallarlo en la trascendencia objetiva de la modificación, en función de *que implique o no* la declaración de obra nueva sobre determinados elementos no reflejados en el Registro con anterioridad —añadir una planta— o una verdadera obra nueva encubierta en la obra inscrita preexistente. Los supuestos de redistribución interior quedarán fuera de su ámbito. Además, a efectos de calificación, el criterio distintivo resulta del propio artículo 178 de la Ley del Suelo en relación al 1 (puntos 2 a 7) del Reglamento de Disciplina Urbanística, que permite referirnos, como señala GONZÁLEZ PÉREZ, a obras consistentes en la modificación de la estructura, a obras de ampliación de edificios e instalaciones y a obras menores (art. 8 LDU) (288). Y de estos tres supuestos sólo plantea la duda de la aplicabilidad del artículo 25.2 las obras de ampliación de edificios, que aunque da lugar a una obra nueva, no supone una obra nueva de planta en cuanto

(286) *Op. cit.*

(287) Su viabilidad dependerá de que afecte o no su demolición a la subsistencia de la edificación previa. Si no afecta, cabría demoler el exceso de volumen si va contra el planeamiento y no ha prescrito la acción.

(288) *Op. cit.*, págs. 74-75.

la edificación ya existía. Por ello me inclino por la no exigibilidad en base a los artículos 178.1 de la Ley del Suelo, 1.1 y 1.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística y 25.2 de la Ley de Reforma. Este artículo emplea los términos 'licencia de edificación' para la declaración de *obra nueva,* el 178.1, los de 'licencia de actos de edificación' y 'obras de nueva planta', como si se tratase a actos distintos —incluye, pues, los de modificación del edificio— y el artículo 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística, interpretando la Ley del Suelo, habla de 'obras de construcción de edificaciones e instalaciones de todas clases de *nueva planta*' y 'obras de *ampliación* de edificios e instalaciones de todas clases existentes', por lo que puede entenderse que está dando sentido a los términos de la Ley al excluir de las obras de nueva planta las obras de ampliación. Sin embargo, persiste la duda si entendemos que los términos del artículo 25.2 son más amplios, porque no habla de obras de nueva planta —término estricto— y sí de obra nueva —término genérico—, siendo la modificación civilmente obra nueva sobre la planta del edificio alzado.

5.3. Ilicitud

Distingue GONZÁLEZ PÉREZ, dentro de las licencias ilegales, entre licencias nulas de pleno derecho y licencias anulables. La nulidad de pleno derecho puede derivarse, conforme al artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de la incompetencia manifiesta del órgano concedente, del propio contenido del acto —actos de contenido imposible o constitutivo de delito—, de la ausencia del procedimiento o de seguirse otro distinto y de la infracción de las reglas esenciales al dictar el acto para la formación de la voluntad de los órganos colegiados —convocatoria, composición, orden del día, deliberación y votación—. Asimismo, procederá apreciar nulidad absoluta cuando, conforme a la legislación urbanística, las licencias supusieran una reserva de dispensación (art. 57.3 LS), se otorgasen con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres o con inobservancia de los trámites de información pública y aprobación de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio cuando así se hubiere prescrito —como en el caso de Asturias—. Los supuestos de anulabilidad, por su parte, estarán integrados por aquellos casos en que la licencia infrinja el ordenamiento jurídico administrativo y urbanístico, sin que la infracción comporte nulidad absoluta. Es decir, se delimitan *sensu contrario* (289).

Ahora bien, con referencia al artículo 25.2 de la Ley de Reforma, la

(289) *Op. cit.*, págs. 351-367.

presunción de validez del acto administrativo que refleja el documento donde se hace constar la existencia de la licencia de edificación traerá como consecuencia necesaria el que, fuera de los supuestos de insuficiencia e incongruencia obstativa, la calificación registral, como es lógico, no se adentre en el terreno de la nulidad o anulabilidad de la licencia (arts. 18 LH y 99 RH). El tercero deberá conformarse con esa presunción que da pie a la inscripción, con la garantía no deseñable de la responsabilidad administrativa, de los efectos de la prescripción de acciones y de lo prevenido en el artículo 28.2 de la misma Ley por su titular.

Este artículo 28, no obstante, diferencia entre aprovechamiento real y aprovechamiento susceptible de apropiación por su titular, de un lado, y exceso de volumen construido, por otro. Y excluye de la responsabilidad del tercero hipotecario (art. 34 LH), por encima del principio de subrogación real que sanciona el artículo 88 de la Ley del Suelo; sólo los excesos de aprovechamiento privativos, es decir, dentro del aprovechamiento real de la parcela, pero no los excesos de volumen edificable, cuyos efectos físicos pueden anularse por incumplimiento del planeamiento y no son susceptibles de patrimonialización —demolición—, al menos hasta que transcurran cuatro años, siempre que no se hayan materializado sobre zona verde o espacio libre.

El exceso de volumen, aunque lo recoja la licencia, sería ilegal, y la Administración, responsable. Responsabilidad en la que puede verse la inacción y parsimonia de ésta cuando se trata de licencias ilegales.

El derecho de la edificación es buena prueba de la falta de incidencia civil de las disposiciones urbanísticas en la atribución del *ius aedificandi* y de su secuela, la titularidad de la obra. El régimen que establecen los artículos 25 a 28 así lo demuestran.

— El artículo 25.1 dice que la edificación para quedar incorporada al patrimonio de su titular —es decir, de su propietario— (290) requiere que esté amparada en licencia no caducada conforme con la ordenación urbanística.

— El artículo 25.2 reconoce la propiedad de la edificación al titular del suelo (principio de accesión).

— El artículo 26.1 restringe la demolición sin indemnización a la edificación sin licencia o extralimitada de ésta, incompatible con el planeamiento vigente; esto es, excluye de esta sanción a la edificación sin licencia conforme con éste que deberá regularizarse —licencia convalidante— o expropiación o venta forzosa.

— El artículo 26.2 sanciona la propiedad adquirida en ejercicio del

(290) Reconocimiento explícito de la propiedad de la edificación. No dice del titular del suelo, sino del titular de la edificación.

derecho civil a edificar cuando la edificación realizada —¿terminada?— sea conforme al planeamiento y se solicite licencia ulterior en plazo.

— El artículo 27.1 señala que la edificación amparada en licencia ilegal no queda incorporada patrimonialmente, si bien con múltiples matizaciones. Si el propietario hubiera adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico, deberá solicitar nueva licencia y la Administración deberá, aunque no lo diga, indemnizar los perjuicios causados. Indemnización igualmente procedente si, en caso contrario, se expropia o vende forzosamente el suelo. El valor de la obra va aparte, en reconocimiento de la titularidad dominical del propietario del suelo, aunque se trate de un exceso de volumen reconocido en la licencia ilegal.

— El artículo 28 deroga el principio de subrogación real del artículo 88 de la Ley del Suelo respecto del exceso de aprovechamiento urbanístico, que el tercero hipotecario adquiere en virtud del principio de fe pública —Derecho civil— y el propietario, aunque lo tiene que satisfacer en dinero —valor urbanístico—, lo ha adquirido —principio civil de accesión—, a pesar de la ilegalidad de la licencia que le reconoció mayor aprovechamiento, que puede llegar a neutralizar la responsabilidad pecuniaria del propietario originario, ya que la Administración responde frente a él por razón del acto administrativo de concesión, salvo "si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado" (art. 21).

La consecuencia de todo este complejo sistema es determinante si la expropiación-sanción o venta forzosa operará, cuando por haber transcurrido el plazo de adquisición del derecho a edificar o haberse éste extinguido (arts. 23.2, 25.1 y 26.3), concluida la edificación conforme al planeamiento, ésta esté en poder de terceros adquirientes. Es decir, si tendrá sentido aplicar la sanción cuando la obra esté acabada. Entendemos que no, sin perjuicio de la infracción imputable económicamente al propietario.

Dice MARTÍN BLANCO que resulta "chocante e innecesaria esta declaración del artículo 25 de la Ley. La atribución al propietario —incorporación al patrimonio— de la edificación no tiene por qué hacerla esta Ley, ni menos en los términos sibilinos en que la formula. La edificación pertenece a su propietario en virtud de otros preceptos del ordenamiento jurídico común aplicables a este sujeto y no es solamente que 'queda incorporada al patrimonio de su titular' con cuya expresión se deja en duda el título y efectos de tal atribución que, por el contrario, debe ser contrario y pleno: derecho de propiedad". La supresión del adverbio 'definitivamente', que incluía el proyecto de Ley, "debilita la atribución de propiedad". "La adquisición de la propiedad de la edificación (en cuya ejecución se han cumplido los requisitos legales) no es ya un efecto de la

legislación urbanística, a pesar del artículo 25, sino de las normas jurídicas privadas comunes, y esa incorporación patrimonial se produce por título de propiedad definitiva. Y en ese sentido entendemos no derogados por la Ley y, por tanto vigentes, los artículos 350, 353 y concordantes del Código Civil".

Puede destacarse que esta interpretación se conjuga con la que el citado autor hace del derecho a edificar: la "licencia legitima el ejercicio de este derecho, al propio tiempo que lo concede como acto atributivo *ex lege* de la *facultas aedificandi*" (291). Y la razón la encontramos en que si para MARTÍN BLANCO la licencia es constitutiva, no se compadece con este carácter la fórmula legal de incorporación de la edificación. Lo que no entiendo, en mi modesto criterio, es cómo si el derecho a edificar lo otorga constitutivamente la licencia en virtud del Derecho urbanístico, la patrimonialización de la edificación se produzca en virtud del Derecho civil, previo cumplimiento de los requisitos legales que impone aquella legislación. La ruptura ordinamental del modo de adquirir que supone la disociación entre derecho a edificar y derecho a la edificación. O estos derechos se adquieren *ex iure civile* ambos —relación de causalidad— o por el Derecho urbanístico la derogación selectiva de la legislación civil —aparte de la inseguridad que genera la falta de derogación expresa—, que arrastraría el cambio del sistema de responsabilidad patrimonial (art. 1.911 CC). Es por ello que el planteamiento de MARTÍN BLANCO, para nosostros, no hace sino corroborar la distinción apuntada entre facultades dominicales inscritas en el Derecho de propiedad y facultades urbanísticas o facultades legitimadoras de su ejercicio, no de su adquisición. En otro caso, si el acto legitimador y atributivo del derecho a edificar se produce por la licencia, la adquisición de la edificación tiene lugar por la misma vía como resultado de su ejercicio. La aparente contradicción entre los artículos 20 y 25, en consecuencia, no es tal, ya que quien limita el ejercicio y concreta el aprovechamiento o uso, en su forma e intensidad, no es la licencia, sino el planeamiento. Y en este sentido sí puede hablarse que éste atribuye algo nuevo. Pero atribuye en cuanto al especificar el uso excluye otra manera de ejercitar el dominio. Delimita la propiedad. No expropia y atribuye (no puede concebirse la atribución sin la expropiación). Así, en esta concepción el planeamiento delimita el uso y la licencia atribuye la facultad de ejercicio del derecho de propiedad en su aspecto formal como legitimación administrativa (atribuye la legitimación administrativa de ejercer la actividad) y declara el derecho preexistente del propietario, al tiempo que no puede autorizar un uso distinto del determinado previamente por el planeamiento, de tal suerte que la licencia, a su vez, está

(291) *Op. cit.*, págs. 102, 103 y 105.

intrínsecamente limitada a reconocer un derecho anterior, la propiedad, y un uso señalado por razones de interés público que se fundamenta en la función social de la propiedad, única justificación constitucional de la limitación activa que esa delimitación supone al reducir el ámbito material o potencial del propietario (arts. 20 y 25). Por eso, con independencia del régimen sancionador, la extinción del derecho a edificar no supone la extinción del derecho a la edificación, y la licencia no atribuye ni el derecho a edificar ni la edificación donde no lo hubiera —sino el planeamiento—, que serían las consecuencias más lógicas. Si desaparece la atribución, desaparecen sus efectos. La propia declaración formal de caducidad responde a la naturaleza no constitutiva de la licencia. En otro caso, la licencia caducada no legitimaría proseguir las obras hasta la declaración formal. ¿Cómo un derecho atribuido por la licencia no se extingue cuando ésta caduca? ¿Cómo va a depender la adquisición del dominio del acto discrecional de declarar su caducidad? Del artículo 23.2 parece derivarse que la licencia no caduca por transcurso del plazo, sino por su declaración expresa una vez transcurrido éste. ¿Debemos interpretrar el artículo 25.1 cuando habla de licencia no caducada como licencia no declarada caducada? ¿Gravita la caducidad de la declaración formal discrecional? Si la caducidad no se produce *ipso iure*, ¿cómo puede denominarse caducidad? No estamos ante un supuesto de caducidad si el derecho no se extingue automáticamente por el transcurso de un plazo preclusivo. ¿No querrá decir la Ley la legitimación del propietario, *ex iure civile*, subsiste frente a la Administración hasta la declaración formal de caducidad, y mientras tanto puede seguir ejercitando su derecho a edificar condicionado por la licencia? ¿No se tratará más bien de una prórroga tácita la ausencia de declaración formal o que el incumplimiento del plazo no extingue por sí mismo la legitimación administrativa, ya que los efectos de la declaración formal no se retrotraen al momento del vencimiento del plazo o caducidad de la licencia? (292).

6. *Plazo*

La especial importancia del plazo en esta materia sugiere una serie de matizaciones dentro de lo que denominamos legitimación administrativa

(292) No deja de ser una sutileza el texto del artículo 23.2 cuando dice que el derecho a edificar se extingue por incumplimiento de los plazos fijados *mediante su declaración formal*. O la causa es una, la caducidad de la licencia, y otra, la declaración formal de caducidad. Y si opera la extinción por la declaración formal fundada en el incumplimiento de los plazos en expediente tramitado con audiencia del interesado, susceptible, pues, de recurso, ello significa que la declaración formal debe estar motivada en ese único fundamento y que en consecuencia la declaración formal y no el incumplimiento de los plazos provoca la extinción del derecho a edificar.

para el ejercicio del derecho de propiedad. La fórmula utilizada por el legislador para dar cumplimiento a la finalidad de la Ley de Reforma —evitar la especulación y distribuir las plusvalías— ha consistido en el establecimiento de un complejo sistema de plazos, que puede dar paso a una actuación administrativa discrecional o graciable; en cuanto el hecho final, la imposición de las sanciones dependerá de su diligencia.

Fundamentalmente, son tres los plazos de especial trascendencia jurídica y dan lugar a otras tantas 'categorías' de licencias de obras. El plazo para solicitar la licencia de edificación o plazo obligatorio para cumplir el deber de adquirir la facultad de edificar (arts. 18, 19 y 20). El plazo para realizar la obra o plazo preclusivo de caducidad de la licencia y de extinción de la facultad o derecho a edificar (art. 23), que incluye en sí mismo tres plazos distintos: el plazo de iniciación, el plazo máximo de interrupción y el plazo de finalización de las obras. Y, finalmente, el plazo para la imposición de las sanciones administrativas, derivadas o no del incumplimiento de cualesquiera de los otros plazos (arts. 185.1 LS y 9 del RD 16/1981, de 16 de octubre) (293).

Estos tres genéricos tipos de plazos, decíamos, dan lugar a otras tantas clases de licencias o situaciones urbanísticas en que pueda encontrarse una edificación determinada: la licencia previa, obtenida en plazo o fuera de él; la licencia convalidante, en el supuesto de obras iniciadas sin licencias que se legalizan posteriormente mediante su concesión dentro de los plazos fijados en los artículos 18 y 19 o con posterioridad a éstos (294); y la licencia tácita, que alude a la obtenida por el silencio administrativo positivo o por prescripción de acciones. A su vez, puede hablarse asimismo de licencia caducada cuando la obra concluye con incumplimiento de los plazos fijados en la misma, y de licencia condicionada si además del plazo resultan otros extremos de obligado cumplimiento que se erigen en presupuesto de la concesión.

---

(293) Algunas Comunidades han alterado estos plazos de prescripción de la acción administrativa y su excepción Así, la balear, que en los artículos 73 y 74 de la Ley de Disciplina Urbanística señala un plazo de ocho años y excluye las infracciones urbanísticas realizadas en zonas verdes, espacios libres públicos, sistemas generales, viales, equipamientos públicos, espacios naturales especialmente protegidos, monumentos histórico-artísticos y edificios y conjuntos catalogados

Por otro lado, la Disposición Final 1.ª.1 de la Ley de Disciplina Urbanística balear ha dejado fuera de aplicación —ha desplazado— al Reglamento de Disciplina Urbanística que desarrolla la Ley del Suelo.

(294) La rigidez de la Ley es tal que parece que esta última posibilidad no puede darse. Es decir, que si se solicita licencia después de los plazos de los artículos 18 y 19 procederá la expropiación-sanción o la venta forzosa. Pero no obstante el artículo 26.3, entendemos que si el Ayuntamiento concede la licencia ésta convalidaría la obra a pesar de la ilegalidad, que dará lugar a actuaciones distintas de las expresadas

6.1. Licencia previa

El deber urbanístico de adquirir el derecho a edificar está sujeto a un plazo determinado, preclusivo del cumplimiento normal de la obligación, con la limitación indicada de la necesaria actuación administrativa subsiguiente. Transcurrido dicho plazo, el artículo 26.3, en principio, sólo deja a la Administración la opción entre la expropiación y venta forzosa. Sin embargo, si la edificación está terminada conforme al planeamiento, la desproporción es notable y sugiere otro tipo de sanciones, ya que la legitimidad de la actuación administrativa habrá desaparecido por el cumplimiento de la función social de la propiedad, que es lo que se pretende.

El artículo 18 de la Ley de Reforma dispone que el derecho al aprovechamiento urbanístico adquirido por el cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización en los plazos señalados por el planeamiento, y en su defecto en el de cuatro años (art. 15), se reducirá en un 50 por 100 si no se solicita la licencia de edificación en el plazo establecido, a su vez, por el planeamiento o por la legislación urbanística aplicable, y en otro caso, en el plazo de un año desde su adquisición. Este plazo supletorio se amplía a dos años desde la fecha de aprobación definitiva del planeamiento correspondiente cuando se trate de suelo urbano no incluido en unidad de ejecución, salvo disposición expresa en contra.

Así pues, los plazos para solicitar la licencia de edificación son de dos años o de uno, según se adquiera o no el aprovechamiento urbanístico directamente de la aprobación del planeamiento urbanístico preciso en cada caso (295). Y transcurridos éstos, no podrá solicitarse.

Concedida la licencia, por su parte, en el acto de otorgamiento deberán constar los plazos de iniciación, interrupción y finalización de las obras (art. 23.1.) como un requisito procedimental inexcusable. A efectos registrales, todo dependerá del contenido el documento acreditativo de su concesión, puesto que si omite toda referencia al plazo, según vimos, se privará al tercero de esa sustancial información.

En definitiva, en relación al artículo 25.2 de la Ley, la distinción entre los distintos tipos de licencias —previa o convalidante— por razón del momento en que se solicita es inoperante. Si la licencia se aporta, la presunción de validez arropa cualquier efecto derivado de la solicitud dentro o fuera de plazo. Y esto a pesar de que el dato no es indiferente, sino sustantivo. Si la licencia se expide una vez caducado el plazo de solicitud, la licencia se convierte en licencia ilegal. Pero el problema de su

(295) Es de notar la adquisición de la certificación de cumplimiento de los deberes urbanísticos por silencio administrativo positivo, lo que supone el incumplimiento sistemático del deber impuesto en el artículo 29.2, ya que si no expide certificación difícilmente remitirá al Registro su copia.

legalidad, licitud e incluso validez, salvo lo expuesto, no afectará a la inscribibilidad de la escritura de declaración de obra nueva, y seguramente, una vez finalizada la obra, tampoco afectará a tercero. La sanción por incumplimiento no podrá dar lugar a la expropiación o venta forzosa por negligencia administrativa.

6.2. Licencia convalidante

El artículo 26.2 reconoce la posibilidad de adquirir la licencia *a posteriori,* dentro de los plazos de los artículos 18 y 19, para las obras sin licencia o ajustar las obras a la licencia concedida. Es la licencia convalidante de la actuación ilegal o licencia, en terminología del legislador italiano, sanatorial *(concessione in sanatoria).*

Como hemos señalado, el artículo 25.2 ni siquiera requiere que el documento acreditativo exprese la concesión de la licencia en plazo, por lo que, registralmente, la circunstancia será indiferente. A la escritura se acompañará la licencia y la certificación técnica, dando cumplimiento al citado artículo.

Y la licencia podrá otorgarse incluso "después de haberse iniciado el procedimiento acreditativo del incumplimiento del deber urbanístico (art. 77.3 LRRU) y previo el procedimiento reglamentario", siendo en este caso la licencia anulable (296). Supuesto que replantea el tema de la actuación registral según se haya hecho constar en el Registro, a instancia de la Administración actuante, o no la instrucción de ese procedimiento, conforme a la Disposición Adicional 10 y al artículo 16 de la Ley de Disciplina Urbanística en su caso.

Si se hizo constar el procedimiento, la presunción de validez de la licencia posibilita la inscripción en los términos del artículo 25.2, al margen de la lógica registral, que exigirá la previa cancelación del asiento que publica la incoación para evitar la incongruencia de una doble publicidad contradictoria. También, sin embargo, puede entenderse que, concedida con posterioridad la licencia, ha de presumirse la extinción del procedimiento. Pero a efectos hipotecarios, valorada la publicidad en un sentido amplio que abarque a un tiempo la regularidad y la irregularidad urbanística, para el tercero o consumidor es capital el doble pronunciamiento del Registro, ya que si contrata en base a la licencia, de acuerdo con el Real Decreto 515/1989, no puede impedirse el 'plus' de protección registral que el reflejo de la situación jurídica total conlleva, habida cuenta que tendrá que defender sus intereses frente al propietario originario y frente a la

(296) GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, pág. 165.

Administración. Desde esta perspectiva, que se fundamenta en la duplicidad o paralelismo legislativo, el grado de coordinación Registro-realidad física no puede limitarse por razones de índole administrativa, habida cuenta que el sentido de las constataciones registrales de la legalidad urbanística no reside en la naturaleza constitutiva y protectora de la institución, sino en la necesidad de dar publicidad a la actuación imperativa de la legislación urbanística. Si la publicidad registral, como vehículo de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, no condiciona a la Administración (arts. 32 y 34 LH), aquélla no puede limitarse, para poder extraer el principio hipotecario de que lo inscrito perjudica a tercero (297) y vincula a la Administración, en cuanto el principio constitucional de tutela judicial efectiva obliga a que el procedimiento judicial se extienda con el titular registral y, por extensión, el procedimiento administrativo (298).

Evidentemente, por otro lado, si la incoación del procedimiento no consta en el Registro, la licencia convalidante concedida producirá como efecto la inscripción de la declaración de la obra nueva en los términos del artículo 25.2.

6.3. Licencia tácita

Más problemática es la cuestión de las licencias tácitas y en particular, dentro de ellas, de las licencias adquiridas por silencio administrativo positivo, ya que si el Ayuntamiento no actúa y el propietario o interesado la solicitó en forma y plazo y denunció la mora, no va a verse privado éste de su derecho a declarar la obra nueva en escritura pública y obtener su inscripción registral por falta de diligencia administrativa, diga lo que diga el texto literal del artículo 25.2. Otra cosa es cómo acreditarlo.

La razón es muy sencilla. "El silencio administrativo positivo es un hecho jurídico al que la Ley atribuye el efecto de dar lugar al nacimiento de un acto administrativo". No "constituye una ficción legal a efectos procesales, sino que determina la producción de un acto administrativo", "constituye una técnica para conferir la autorización o aprobación cuando no se produce expresamente" (299).

(297) Decíamos con anterioridad que si ese procedimiento tiene por objeto la demolición de lo edificado se produciría la paradoja de reflejar registralmente la obra nueva cuando se extingue simultáneamente.

(298) La STC de 20-4-1988 señala, en base a ese principio, que constando en el Registro de la Propiedad el domicilio del demandado no basta la notificación por edictos.

(299) GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, págs. 218 y sigs. Para la cita, pág. 218. En este sentido puede verse la Sentencia de 22-2-1985 que recoge el mismo autor.

Con carácter general puede consultarse la obra de E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA: *El silencio administrativo en el Derecho español*, ed. Civitas, Madrid, 1990.

El ámbito excepcional del silencio administrativo positivo, siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ, se extiende a las licencias urbanísticas reguladas en el artículo 9 del Reglamento de Servicios conforme a la remisión del artículo 178.3 de la Ley del Suelo. Y la legislación autonómica lo corrobora en lo que se refiere a "las licencias para actos de edificación y uso del suelo urbano" en Navarra (art. 5.º LF 7/1989, de 8 de junio, de medidas de intervención en materia del suelo y vivienda) y, en general, en Baleares (art. 7.1 LDU) y Canarias (art. 8.1, *in fine,* LDU).

Los requisitos del silencio administrativo, por su parte, son dos. Uno genérico, la conformidad de la licencia así obtenida con el ordenamiento urbanístico aplicable (arts. 178.3 LS, 133.3 RP, DA 4.ª LRRU y 8.1 LDU canaria) (300). Requisito, pues, común a las licencias expresas y tácitas. Y el otro, específico, que afecta entre otras a las licencias de parcelación y edificación [arts. 9. y 1.7.*a)* RS], la denuncia de la mora ante la Comisión Provincial o Insular de Urbanismo u organismo que la sustituya, que no deja de tener excepciones, cual es el recogico en el artículo 5.1 de la citada Ley navarra (301).

Evidentemente, este régimen tiene un doble presupuesto de aplicación. La petición de licencia y el transcurso de los plazos señalados en el artículo 9.5.º del Reglamento de Servicios, sin que se haya notificado resolución expresa. El plazo, en caso de licencia de parcelación, será de un mes, y de edificación, de dos meses, computables de fecha a fecha y a partir de la de ingreso de la solicitud en el Registro general de entrada (art. 9.1.5 RS) o de la presentación en la respectiva Oficina de Correos (arts. 66 LPA y 205 del RS de Correos). Este plazo, no obstante, podrá interrumpirse si, conforme al artículo 9.1.4 del Reglamento de Servicios, "resultaren deficiencias subsanables", notificando al peticionario su existencia antes de su expiración para que proceda a su subsanación en el término de quince días hábiles a partir de dicha notificación (302).

Denunciada la mora y subrogada por su intermedio la citada Comisión en las competencias municipales, si ésta "deja transcurrir un mes sin notificar al interesado acuerdo expreso, queda otorgada la licencia por silencio administrativo positivo (STS 20-12-85). Este nuevo plazo se interrumpe de idéntica forma que el anterior, y el mes se computa entre la fecha en que se denunció y el día del acuerdo expreso. No basta cualquier notifica-

---

(300) Artículos 1.4 de la Ley de Disciplina Urbanística de Asturias y 7.1 de la Ley de Disciplina Urbanística de Baleares. Véase GONZÁLEZ PÉREZ: *Op cit.*, pág. 225. La Disposición Adicional 4.ª de la Ley de Reforma tiene carácter de legislación básica (DF 1.ª.1).

(301) *Op. cit.*, pág. 227

(302) *Op. cit.*, págs. 166-171.

ción o comunicación para interrumpirlo. Es necesaria la resolución expresa sobre la petición deducida (SSTS 16-5-79 y 3-6-85) (303).

En consecuencia, a efectos del artículo 25.2, debe adoptarse una postura clara en esta materia problemática. La presunción debe ser favorable a la veracidad de lo manifestado por el propietario de la escritura pública sujeto a la pena de falsedad en documento público, ya que, en otro caso, se produciría indefensión ante la falta de actividad administrativa. Sus derechos no podrían protegerse registralmente. Para evitar la *probatio diabolica* que supondría tener que demostrar la falta de interrupción del plazo o la no denegación de la licencia solicitada, la solución debe ser pareja a la que adopta el ordenamiento en otros supuestos especiales en que el interés protegido es igualmente un interés público superior de notable —si no más— trascendencia social. Esto es, en los casos de los arrendamientos rústicos y urbanos y de la vivienda habitual, donde basta la manifestación de que la finca no está arrendada o que no es vivienda habitual. El principio de buena fe debe imponerse también para apreciar, documental y registralmente, la concesión de licencia por silencio administrativo positivo. Bastará, pues, la presentación de la solicitud de licencia y del escrito de denuncia de la mora con el sello y número del respectivo registro de entrada y la manifestación de que los respectivos plazos no han sido interrumpidos ni se ha notificado la denegación de la licencia. Por mera coherencia con la normativa vigente, deberá haber transcurrido el plazo de dos meses naturales para las licencias de parcelación y dos para las de edificación, refiriendo el cómputo al último mes a partir del día de entrada de la denuncia de la mora en el registro de la Comisión Provincial o Insular u organismo que haya asumido su competencia (en el caso de Madrid el Consejero de Ordenación del Territorio, Medio Ambiente y Vivienda: art. 19.1 RDU autonómico).

Asimismo, en las Comunidades de Murcia y Canarias, si esta interpretación ofrece alguna duda, podrá acompañarse la inscripción de la nota marginal de advertencia de la irregularidad (art. 15.2 LDU). En todo caso, el tercero sabrá que la licencia se ha obtenido tácitamente y podrá comprobar ante el organismo competente la situación administrativa de la finca o edificación. Explícita advertencia ésta que también puede obligar, si así lo entiende, al propietario a que acompañe certificación municipal que revele la falta de denegación de la licencia. Con una particularidad, esta certificación no puede erigirse en requisito de la inscripción, porque si el Ayuntamiento no ha contestado al propietario en plazo sobre la concesión o denegación de la licencia, menos aún certificará de su falta de diligencia.

(303) *Op cit*, pág. 229 En el mismo sentido las Sentencias de 17 de febrero de 1984 y 12 de junio de 1985.

En definitiva, el tercero cuenta con la posibilidad de solicitar la información respectiva, conforme al artículo 29.1 de la Ley de Reforma, y el propietario, si quiere documentar más aún su manifestación, podrá aportar la licencia de primera utilización de los edificios, que presupone, como veremos, la previa concesión de la licencia de edificación. En este caso, el tercero sabe que la Administración urbanística responderá de lo contrario con la indemnización de daños y perjuicios. El Ayuntamiento, por su parte, cuenta con la posibilidad —deber— de hacer constar en el Registro la incoación de los expedientes sancionadores y en concreto de la demolición de la obra, y obtener información sobre la regularidad o irregularidad urbanística de éste (art. 27.1 y DA 10 LRU).

En la doctrina, GARCÍA GARCÍA se muestra cauteloso a la hora de admitir la inscripción con la presentación de ambos requisitos, petición de licencia y denuncia de la mora, planteando *ex lege ferenda* la articulación de un sistema de comunicación del Registrador al Ayuntamiento de presentación de una escritura donde se basa la ausencia de licencia expresa en su adquisición por silencio administrativo positivo —licencia tácita—, de tal suerte que si el Ayuntamiento no contestase en un plazo determinado —propone treinta días— que había denegado la licencia, se practicará la inscripción. LASO MARTÍNEZ, por su parte, se muestra favorable a ésta una vez denunciada la mora, sin perjuicio de que el futuro Reglamento obligue a comunicar al Ayuntamiento, periódicamente, las licencias tácitas alegadas. Y CHICO Y ORTIZ, de otro lado, interpreta que la Ley de Reforma ha derogado el Reglamento de Servicios y en consecuencia no caben licencias tácitas, pues la nueva Ley parte del principio de no admisión del silencio administrativo (a excepción del art. 15 y de la DA 4.ª) (304). Indudablemente, se refiere este autor al texto literal de la Disposición Adicional 4.ª, que señala que: "En ningún caso se entenderán adquiridas por *silencio* administrativo *facultades urbanísticas* en contra de lo dispuesto en esta Ley o en la legislación o planeamiento urbanístico aplicables". Sin embargo, a pesar de la rigidez de la nueva Ley y del contenido del artículo 20, que habla de adquisición del derecho a edificar mediante la oportuna licencia, salvando su eficacia por razones de seguridad jurídica y en base a la interpretación jurisprudencial, y de GONZÁLEZ PÉREZ expuestas; y como quiera que en caso de silencio también existe licencia, hemos de entender que no se ha derogado el artículo 9 del Reglamento de Servicios y que la citada disposición no hace sino reproducir, casi literalmente, el contenido de los artículos 178.3 de la Ley del Suelo y 5.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística (305).

(304) GARCÍA GARCÍA, LASO MARTÍNEZ y CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, págs. 538-539, y 546 (LASO) y 165 (CHICO).

(305) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de Reforma...*, op. cit., 485-496

LISET BORRELL, por su parte, sin cuestionar la subsistencia del silencio administrativo positivo, sí duda de su virtualidad práctica, ya que de la generalidad de los términos de la Disposición Adicional se deduce que "difícilmente ningún particular se atreverá a realizar cuantiosas inversiones en obra urbanizadora o edificatoria" ante la posibilidad de que la "Administración, con uno u otro pretexto", decrete "la suspensión de las obras por no ajustadas al ordenamiento urbanístico, con daños a veces irreparables cualquiera que sea el resultado del proceso contencioso-administrativo al que el particular puede verse abocado" (306).

6.4. Licencia caducada

El artículo 25.2 de la Ley de Reforma, al establecer el requisito de la licencia, omite cualquier referencia a la vigencia o caducidad de ésta. Sin embargo, si la licencia otorga el derecho a edificar, esto es, la legitimación administrativa para ejercitar el *ius aedificandi* preexistente, y la caducidad de aquélla determina su extinción mediante su declaración formal (arts. 20 y 23 LRRU), hemos de analizar si el término 'licencia' se refiere exclusivamente a 'licencia vigente' o a 'licencia' sin matizaciones, puesto que la caducidad de la licencia, en principio, equivale a su inexistencia. Esta situación, por otra parte, se complica con el texto literal de los artículos 25.1 y 26.2. Según el primero de ellos, la patrimonialización de la edificación depende de la vigencia de la licencia —no dice nada de la declaración formal— y de su conformidad con el planeamiento; y el segundo va mucho más allá, incluso en contra de la jurisprudencia en materia de demolición, ya que sujeta a ésta y sin indemnización a la edificación que se ajuste a las condiciones de la licencia, entre las que destaca con especial trascendencia el propio plazo. Luego se puede llegar al absurdo de demoler una edificación sin declaración formal de extinción del derecho a edificar, que entendemos como declaración de caducidad. Parece que no basta la expropiación y la venta forzosa y hay que ir más allá. Pero esto ni es ni puede ser así. La demolición requiere, además, la incompatibilidad con el planeamiento, y esta incompatibilidad no puede ser formal —plazo—, sino sustantiva (art. 26.1). Ahora bien, si la demolición no procede, tampoco procederá la sanción por incumplimiento de la función social de la propiedad que establecen los artículos 24.2 y 26.3. Existe un límite a esa facultad o deber administrativa (307), que no es otro que la conclusión de la obra. Si la obra ha terminado, es indiferente el cumplimiento del plazo de la

(306) *Nuevo régimen urbanístico*, op. cit., pág. 275.

(307) Decimos facultad porque no se sanciona el incumplimiento del deber administrativo, añadiendo una peligrosa nota de discrecionalidad a la actuación municipal.

licencia —caducidad—. La Administración debe actuar con diligencia. No será admisible el lucro resultante de su moroso control de la legalidad urbanística.

En principio, pues, si se acredita la obtención de licencia, el requisito del artículo 25.2 estaría cumplido; otra cosa es que del documento presentado resulte la presunta caducidad, en cuyo caso deberá hacerse constar en la inscripción el plazo de ejercicio de la licencia (308). Es decir, de la certificación municipal y del momento de su expedición —nada impide que ésta se expida mucho antes de otorgar la escritura— pueden resultar una serie de elementos que si bien no son impeditivos de la inscripción, sí nos parecen de necesaria constatación registral por su trascendencia para tercero, sin que ello suponga, por supuesto, juicio de valor alguno sobre la subsistencia del derecho a edificar o acerca de la titularidad de la edificación.

En este punto, en definitiva, nos interesa estudiar la distinta situación urbanística de las edificaciones con ocasión del vencimiento plazo fijado en la licencia, según se haya producido o no la declaración formal de extinción del derecho urbanístico de edificar y, en distinta medida, por virtud de la constatación registral de la incoación del expediente o de su resolución (309), puesto que la aportación de la licencia comporta una doble presunción de validez y de eficacia o vigencia. La licencia se presume vigente mientras no se declare expresamente su caducidad. Esta no opera *ipso iure* (310). Y a la doble presunción debe añadirse un presupuesto destacado por GONZÁLEZ PÉREZ: la necesidad de que las ordenanzas mu-

(308) Es dato por su importancia siempre constatable, ya que no deja de ser una condición de eficacia real. Me refiero a la presunta caducidad por si el planeamiento admite prórrogas y en ese documento no consta. Si está caducada al momento de expedir la certificación, deberá hacer constar el Ayuntamiento esa circunstancia, haya hecho o no la declaración formal de caducidad (por la disociación caducidad/extinción del derecho a edificar que el art. 23.2 potencia). Lo más probable, no obstante, es que si ha precedido declaración formal o se niegue el documento o se haga constar este extremo.

(309) La incidencia del urbanismo en el objeto jurídico de la contratación civil se produce de distinta manera según la naturaleza del Derecho privado constituido. Es decir, si el edificio se demole, el contrato de arrendamiento se extingue, y si se reedifica, renace, puesto que puede tener el arrendatario derecho de retorno. A menos que la causa de la demolición sea la imposibilidad de construir sobre ese suelo. Y si se trata de un contrato de compraventa de un piso en régimen de propiedad horizontal, la demolición provoca la cotitularidad de los partícipes sobre el solar, por ejemplo. Traigo esto a colación para destacar la subsistencia de la relación civil en algunos casos, al margen de la disciplina urbanística y en el ámbito de actuación de los artículo 62 y 88 de la Ley del Suelo y 1.483 del Código Civil.

(310) Véase *infra*. En este sentido se pronuncia GONZÁLEZ PÉREZ con fundamento en la jurisprudencia, en el principio de buena fe, en la equidad y en el propio artículo 77.3 de la Ley de Reforma.

nicipales contengan una previsión expresa y la licencia contenga esa previsión. En el primer caso, no deja de haber jurisprudencia contradictoria. Y en el segundo, si la licencia incumple ese requisito impuesto por las ordenanzas, la licencia será anulable y en tanto la acción no se ejercite el acto administrativo producirá plenos efectos (art. 45 LPA). No obstante, en nuestra Comunidad deberá estarse a lo dispuesto en los artículos 5 y 11 de la Ley de Disciplina Urbanística, que establece un plazo de seis meses para iniciar las obras, una interrupción máxima de otros seis, la prórroga de la iniciación de las obras por causa justificada de un período igual al señalado —seis meses—, el plazo para la terminación de las obras y la constancia expresa del plazo de caducidad en el acto administrativo de concesión de la licencia (311). Asimismo y a pesar de la dicción literal del artículo 5.3 que prescribe la 'caducidad automática de las licencias', ese automatismo debe entenderse matizado, en cuanto la caducidad requiere en virtud del artículo 23.2 la declaración formal para provocar la extinción del derecho a edificar, y el punto 3 del artículo 5 señala como efectos de esa caducidad automática la compulsión al propietario para acabar la edificación u obra mediante la inclusión del solar en el Registro Municipal de Solares de Edificación Forzosa o, alternativamente, el dictado de una Orden de ejecución acompañada "de multas coercitivas periódicas en función del plazo impuesto para la terminación de la obra, de cuantía igual al 10 por 100 del presupuesto de la edificación no ejecutada". El carácter básico del precepto (DF 1.ª.1) no impide esta interpretación en cuanto produce la disociación entre la extinción del derecho a edificar (art. 23.2) y adopción de medidas tendentes a la finalización de la obra (art. 5.3 LDU), que dejando a un lado la "legalidad" de la caducidad automática modera el formalismo temporal de la Ley de Reforma de una forma bastante equitativa" (312). Forma que puede establecer una equilibrada pauta de actuación: vencido el plazo, la Administración conmina al propietario a que finalice la obra a través de la inclusión del solar en el Registro de Solares o de la Orden de ejecución compulsiva (art. 5.3); y si aquél no actúa en consecuencia, procederá a declarar, en expediente instruido al efecto conforme al artículo 23.2, la extinción del derecho a edificar, dando paso a lo previsto en el artículo 24.1 y 2 (paralización de las obras, expropiación o venta forzosa). En Canarias, al menos, el sistema a seguir parece que no es otro.

(311) GONZÁLEZ PÉREZ: *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, op. cit., págs. 474-475, y *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, op. cit., págs. 144 y 146, donde se recoge el texto legal.

(312) Siempre que el Ayuntamiento adopte las medidas del artículo 5.3 deberá declararla previamente, y en caso contrario, a pesar del automatismo de la caducidad, la obra proseguirá su curso tácitamente prorrogada, sin perjuicio de las sanciones que correspondan.

El Reglamento de Edificación Forzosa lo entendemos vigente en cuanto no contradice la nueva Ley. Lo que plantea la interesante cuestión de las remisiones autonómicas a la legislación del Estado. Esto es, si la Ley de Disciplina Urbanística se apoya en ese Reglamento, no parece lógico que su derogación por el Estado modifique una Ley autonómica, al dejar a ésta sin cobertura. No sé si será una barbaridad, pero me da la sensación de que la remisión autonómica deberá entenderse hecha a la Ley estatal vigente en el momento de la aprobación de aquella Ley, aplicando *sensu contrario* la doctrina de la validez y eficacia de las normas estatales, según la cual la Ley autonómica no deroga a la Ley estatal, sino la desplaza y queda en ese territorio privada de eficacia, no de validez. En otro caso, las Comunidades se tienen que apresurar a legislar para cubrir el vacío que la derogación estatal va a provocar, evitando que la modificación del Derecho supletorio —competencia estatal— desplace o haga ineficaz de hecho la legislación autonómica que lo tomó de cobertura. Es decir, el ordenamiento jurídico total aplicable a una situación o relación jurídica se integraría por la legislación directamente aplicable y por la supletoria, y así podría hablarse de que el Reglamento de Edificación Forzosa forma parte del ordenamiento jurídico canario —está integrado en nuestra legislación— y como tal queda amparado por la competencia autonómica exclusiva que le otorga el artículo 29.11 del Estatuto. Y sólo la propia Comunidad puede producir el cambio legislativo o desintegración para evitar el efecto reflejo de las normas estatales que pueden alterar por esa vía indirecta partes sustantivas del derecho autonómico. El desplazamiento de esa norma debe hacerlo la Comunidad formalmente.

6.4.1. Expediente instruido

La declaración formal de extinción del derecho a edificar en expediente tramitado con audiencia del interesado (art. 23.2) sólo puede incidir, a efectos del artículo 25.2, en el alcance de la publicidad registral. Esto es, si se presenta la escritura con la licencia y la certificación técnica, el documento es inscribible siempre, y en principio sin limitaciones (313), con la especial particularidad de que la constancia en el Registro de la Propiedad de la incoación del expediente o de la declaración formal de extinción del derecho a edificar será una circunstancia a consignar con el título inscrito para advertir al tercero y obligará a la Administración a tener en cuenta al adquirente en sus actuaciones tendentes al restablecimiento de la legalidad urbanística o a la imposición de las sanciones que corresponda; en concreto, la expropiación o venta forzosa. Esta obligación

(313) En Canarias no se aplicaría el artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística.

supone además para la Administración la ventaja de valorar en el procedimiento si la obra está terminada o a punto de ello, la idoneidad e imputabilidad de la sanción en función de una graduación que se atiene a las circunstancias, conforme unánimemente interpreta la doctrina, y la improcedencia de la expropiación o venta forzosa.

La imputabilidad al titular de la licencia —propietario— del incumplimiento del plazo es uno de los requisitos de la declaración formal. "No puede declararse la caducidad cuando la inactividad no es imputable al titular, bien porque exista una causa de fuerza mayor (S. 3 mayo 1961), bien porque se deba a imposición de la Administración (SS. 16-9-77, 16-6-80, 21-12-84, 21-5-85 y 7-6-86) "o una decisión jurisdiccional como la suspensión de la ejecución que hubiese adoptado el órgano judicial al amparo del artículo 122 LJ en proceso administrativo o en proceso distinto". Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22-3-1988 se refiere al interdicto de la obra nueva como causa ajena a la voluntad del titular de la licencia (314). Se requiere, pues, "*La inequívoca voluntad* del interesado de abandonar el proyecto", como dice la Sentencia de 14-3-1990, que recoge GONZÁLEZ PÉREZ. Y añade este autor que aunque "el artículo 23 no alude al requisito de la imputabilidad, es incuestionable la exigencia de esta circunstancia".

La naturaleza jurídica de la caducidad de la licencia, por otro lado, destaca GONZÁLEZ PÉREZ, "impone distinguir entre el hecho determinante de la caducidad y la declaración formal, declaración ésta que se considera requisito esencial para que la extinción se produzca", ya que, conforme a la Sentencia de 22-3-1988, la caducidad no opera de modo automático, para su declaración no basta la simple inactividad del titular y es un 'instituto' que debe acogerse con cautela, como reitera la Sentencia de 14-3-1990 (315).

De estas palabras de GONZÁLEZ PÉREZ claramente se extrae otro argumento en favor de la inscribibilidad por el carácter no obstativo de la caducidad a estos efectos. A pesar de la literalidad de la Ley de Reforma, no estamos ante un plazo preclusivo de ejercicio de derecho alguno. Ni para ejercitar el derecho —deber— a tener derecho —deber— a edificar ni para extinguir éste. La cuestión es más compleja de lo que pudiera parecer a simple vista (316). Y es que está en juego la seguridad jurídica, base del Estado social de Derecho.

---

(314) GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de Reforma...*, op. cit., pág. 226.

(315) *Op cit.*, págs. 222-223.

(316) A lo largo de este estudio hemos aludido a la preclusión del plazo como argumento en favor de la subsistencia del *ius aedificandi* civil. Precisamente ahora puede decirse que éste preexiste y subsiste en base precisamente a la interpretación jurisprudencial del "instituto de la caducidad de las licencias municipales" (S. 22-3-88)

6.4.1.1. Anotado en el Registro

Lógicamente, la Administración que ha expedido la licencia de edificación es la primera interesada en que la declaración formal de caducidad conste en el Registro. La realidad muestra cómo la acción administrativa se ve de hecho paralizada en no pocas ocasiones por la trascendencia socioeconómica de su ejercicio. La valoración del cumplimiento de la función social de la propiedad, esto es, la terminación física de la obra y su transmisión a una pluralidad de adquirentes, le impone el actuar con diligencia, en la medida que la obra no se ejecuta, y con equidad, cuando la declaración de caducidad de la edificación terminada fuera de plazo no atiende a esa función social. La expropiación o venta forzosa carecería de causa jurídica y de sentido una vez concluida la obra, aunque pueda interpretarse que ésta no está legalmente acabada por la falta de un elemento cualificador secundario.

Así, la celeridad en su actuación viene establecida en la práctica por razones metajurídicas, y esa celeridad, si quiere ser operativa, debe buscar publicidad disuasoria a través del Registro de la Propiedad. Hecha constar, pues, en éste la declaración formal, el consumidor obviará la contratación.

Ahora bien, ¿en qué medida puede o debe impedir la inscripción de la escritura de declaración de obra nueva que se acompaña de los requisitos del artículo 25.2? La declaración, primero, no produce el cierre registral, si no obtiene y en ese sentido adquiere publicidad. La declaración, segundo, produce sus efectos sustantivos al margen del Registro. En consecuencia, entender la constatación de la misma como un obstáculo registral sería aplicar analógicamente unos principios que no le son propios fuera de la previsión legislativa y supondría al tiempo incumplir los términos de una disposición sancionadora de interpretación, por excepcional, restrictiva: el artículo 25.2. Luego no sólo no encuentro fundamento alguno para negar el acceso al Registro de la escritura citada, sino que entiendo inviable jurídicamente tal impedimento. Si el Reglamento dijera otra cosa, rayaría en la ilegalidad al extralimitarse de los postulados de la propia Ley.

La excepcionalidad del sistema, no obstante, y es argumento a favor de la inscripción, permite que la Administración por autorización u orden de ejecución expresa legitime al propietario a proseguir las obras. Obviamente, si consecuencia de ésta es la terminación de la edificación fuera de plazo, la Administración por simple lógica no procederá ni a la demolición ni a la expropiación o venta forzosa. Es absurdo pensar que se permita continuar la obra para privar de ella al propietario. Este no tendrá interés en la finalización de la misma si advierte que toda inversión que realice no será suficientemente indemnizada al imponer la sanción. Así pues, si se autoriza su continuación, la 'patrimonialización', aun en contra de su

dicción literal de la Ley, será evidente. En otro supuesto se estaría manipulando el derecho del propietario.

En definitiva, este complejo sistema está o puede estar discrecionalmente excepcionado. De nada sirve declarar la caducidad si el Ayuntamiento está legalmente facultado para hacer ineficaz tal declaración (art. 24.1). La Administración tiene en su mano la facultad de hacer subsistir un derecho extinguido. Facultad que demuestra la íntegra subsistencia del *ius aedificandi* en el contenido del dominio, ya que si la licencia lo otorgase, una vez extinguido, por la imperatividad de la Ley nunca podría renacer. Y ahora sólo se hace gravitar su ejercicio no del nuevo otorgamiento de una licencia —licencia convalidante o sanatoria, que en principio no cabe fuera del estrecho ámbito del artículo 26.2—, sino de una autorización u orden de ejecución formulada como algo graciable y, sin embargo, según las circunstancias —habrá que estar a las ordenanzas— será vía útil para flexibilizar la rigidez de la Ley.

Hablo de ordenanzas porque no es deseable la discrecionalidad administrativa, y menos cuando está en juego en la concepción urbanística del dominio su propio contenido. Sería una peligrosa quiebra del principio de legalidad.

6.4.1.2. Sin anotar en el Registro

Consecuencia de lo anterior es la inscripción sin limitación o advertencia alguna de la escritura de declaración de obra que cumpla los requisitos del artículo 25.2. Ello no impide, como es obvio, la actuación disciplinaria de la Administración. La declaración formal, por otro lado, provoca la interrupción de las obras. A partir de ese momento sólo están permitidas las estrictamente necesarias para garantizar la seguridad de las personas y de los bienes y el valor de la edificación ya realizada, salvo, como hemos destacado, autorización u orden de ejecución en contra (art. 24.1).

La conservación del valor de la obra y la seguridad de la edificación son manifestaciones, asimismo, de la titularidad dominical de la edificación. Según hemos expuesto, difícilmente el propietario estará interesado en seguir invirtiendo para que el Ayuntamiento le expropie la finca o la enajene, valorando la obra por el coste de ejecución o de reposición que no incluya realmente el valor objetivo de la edificación. Es decir, que la Administración, después de equidistribuida la plusvalía del suelo, justificada en que el incremento de valor está producido por su actuación —planeamiento— expropie aquélla sin tener en cuenta la plusvalía del empresario, esto es, su beneficio empresarial; no es que esto sea injusto, es que se trata de un caso de enriquecimiento sin causa o torticero, porque

está generada por la cadena de producción y abarca desde la plusvalía de la mano de obra a la plusvalía de los materiales que el empresario ha satisfecho a un tercero —contratista, subcontratista— y que repercute en el precio final, incremento ya soportado por el adquirente de viviendas sobre plano y por el acreedor hipotecario. Situación ésta por la que me atrevo a decir que si se expropia o vende forzosamente, el valor será el de mercado. Obsérvese que en esta materia la Ley habla siempre de expropiar el suelo no del vuelo. La expropiación de la edificación, pues, es resultado del principio de accesión, que sigue vigente.

Y si el principio de accesión opera, la Administración no puede desconocer los derechos de los terceros, debiendo indemnizarles por el justiprecio, no por el coste de ejecución y por causa de un incumplimiento que le es ajeno. La cadena de imputabilidad aquí se rompe, la expropiación o la venta forzosa deberá respetar el derecho dominical del adquirente sobre plano, subrogándose la Administración o el comprador —venta forzosa— en la posición del incumplidor frente al adquirente sobre plano y frente al acreedor hipotecario, que vendrá obligado a satisfacer el precio aplazado o la cantidad aplazada sobre el capital contra certificación de obra (317).

Indudablemente, esta interpretación necesaria no deja de plantear múltiples problemas. Pero si la adquisición de la finca está supeditada a su materialidad —compraventa de cosa futura— o la Administración o el comprador asume la entrega de la cosa o satisface el precio satisfecho que repercutió en la edificación levantada. La judicialización del urbanismo, como apuntó RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE en las Jornadas de Maspalomas, será inexcusable (318).

Así, en este caso, será la Administración la directamente interesada en la constatación registral para que el tercero conozca la situación urbanística, sin que surjan terceros que hacen poco viable su actuación sancionadora, en el sentido de desconocer su derecho. La inscripción, pues, de la escritura, si en el supuesto anterior era oportuna, ahora es inevitable.

6.4.2. Sin instrucción de expediente

Al no haber establecido la Ley un plazo para la instrucción del expediente de declaración formal de la caducidad de la licencia, éste podrá incoarse, señala GONZÁLEZ PÉREZ, en cualquier momento. "No obstante, si habiéndose producido los hechos determinantes de la caducidad el titular

(317) La hipoteca, en este caso, sobre la que opera la subrogación deberá ser la que financia la obra. Los restantes acreedores harán efectivo su crédito sobre el valor de la edificación.

(318) I Jornadas sobre Urbanismo de Maspalomas, cit. *supra*.

de la licencia reanuda las obras interrumpidas y siguen su curso normal, ¿procederá la declaración de caducidad? Evidentemente, como hemos apuntado, no. Y las razones de GONZÁLEZ PÉREZ se fundamentan en la jurisprudencia sobre el carácter excepcional de la caducidad y la cautela en su apreciación en el principio de buena fe y en la equidad. "A pesar de los términos literales del artículo 24.1 de la LRRU, deben interpretarse de acuerdo con los principios generales señalados y admitirse la continuidad de la vigencia de la licencia. Y a tenor del artículo 77.3 de la LRRU, es incuestionable que la reanudación de las obras antes de haberse notificado el acuerdo de incoación del procedimiento sobre incumplimiento de los deberes urbanísticos impide la declaración de caducidad" (319).

De esta forma, puede concluirse que si la caducidad no está legalmente declarada, la licencia sigue *vigente,* aun después de darse ese 'hecho determinante' de la procedencia de la declaración de caducidad, esto es, el vencimiento del plazo. La caducidad sólo existe si se declara, y sólo se reflejará en el título de la declaración de obra nueva si se ha hecho constar en el Registro su existencia.

6.5. Licencia condicionada

Todas las circunstancias que integran la licencia, incluido el plazo, condicionan su ejercicio. No obstante, cabe separar las condiciones genéricas de las específicas o, si se quiere, las ordinarias de las extraordinarias. El titular, el plazo, la ejecución del proyecto aprobado —y no de otro— y el uso a que se destina son condiciones genéricas o comunes; entre ellas, como parte del proyecto, la altura, la superficie, el volumen edificable, el número de habitantes, la ocupación y los retranqueos reconocidos por la licencia en la parcela (art. 11 LDU). Y las que excedan de éstas serán específicas. En la construcción de viviendas en suelo rústico la vinculación de la superficie al volumen, conforme al artículo 11.3 de la LOUSR, será condición general de la autorización y de la subsiguiente licencia municipal.

Pero tanto unas como otras tienen trascendencia real, pues la licencia, cada licencia, delimita el 'ámbito objetivo' y 'temporal' de la legitimación de su titular, en terminología de GONZÁLEZ PÉREZ (320). La ejecución tiene, en definitiva, el presupuesto de que la actividad no se va a apartar de la licencia ni por exceso ni por defecto. Actividad sujeta al control y vigilancia de la Administración que puede dar lugar a la adopción de las

(319) *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo,* op. cit., págs. 477-478.
(320) *Op. cit.,* págs. 256-258 y 258-262.

medidas disciplinarias y sancionadoras dipuestas en el ordenamiento urbanístico.

Desde la perspectiva registral, las circunstancias —o condiciones— de la misma son susceptibles de publicidad, aunque en la actualidad, salvo las disposiciones contenidas en los artículos 13.3 y 14.2 de la Ley de Disciplina Urbanística, no existe normativa específica al respecto, pudiendo aplicarse el tratamiento de la documentación complementaria —con la salvedad advertida— a las licencias. Lo que no significa que no podamos, en base a la legislación hipotecaria, reseñar otros extremos. Su importancia lo aconseja: aunque no se trate de condiciones resolutorias de naturaleza civil en el ámbito administrativo —limitaciones legales—, sujetan la finca con especial fortaleza.

En la doctrina, LASO MARTÍNEZ estima la procedencia de su constatación registral a través de la reforma del Reglamento Hipotecario. GARCÍA GARCÍA se muestra en idéntico sentido, a pesar de la falta de desarrollo reglamentario. Y CHICO ORTIZ reconoce que "prácticamente tienen trascendencia real todas las condiciones de la licencia que legitimará la obra nueva", en cuanto pueden determinar su extinción (art. 16 RS y STS 2-2-90) (321).

En consecuencia, aludir a este tipo especial de licencia sin desdeñar la necesidad de su estudio dentro del contenido de las licencias es, por indiferente, perfectamente excusable. Ahora bien, tratándose de "*condiciones especiales* de concesión de licencias", su acceso registral está previsto en el punto 4 de la Disposición Adicional 10.1 de la Ley de Reforma. Obviamente, el medio podrá ser, bien la remisión directa del traslado de la resolución aprobatoria donde esas condiciones especiales se establecen, bien con ocasión de lo preceptuado en el artículo 25.2. Aspecto éste que permite una interpretación restrictiva o extensiva, según se entiendan los términos 'condiciones especiales' como alusivas a las condiciones no generales —comunes— de la licencia, distintas, por ejemplo, de las señaladas en los artículos 5 y 11 de la Ley de Disciplina Urbanística o a las condiciones concretas de cada licencia, sin distingos entre condiciones generales y especiales, criterio éste no desdeñable, ya que si como hemos visto el incumplimiento de cualquier condición de la licencia provoca la anulabilidad de lo actuado en cuanto excede de la autorización, ninguna circunstancia de una licencia determinada dejará de ser especial y, así, publicable. El límite de su operatividad, según expusimos, depende de la forma extrínseca de la licencia y de los extremos del documento acreditativo, por lo que gravita sobre el Ayuntamiento la ejecución de una norma que parece imperativa. La Disposición Adicional 10 dice 'serán inscribibles'.

(321) *Op. cit.*, págs. 165, nota 18 (CHICO), y 535 (LASO).

6.6. Suspensión de licencias

La Ley del Suelo, en esta materia, se refiere a dos supuestos distintos. Esto es, a la suspensión del otorgamiento de las licencias (arts. 27, 98 y 133 LS y 117-122 RP), por un lado, y a la suspensión de sus efectos (arts. 186 LS y 34-39 RDU), por otro.

6.6.1. Suspensión del otorgamiento

El primero de ellos se fundamenta en razones preventivas: Dice el artículo 27.1 que: "Los Organos competentes para la aprobación inicial y provisional de los Planes Generales Municipales, Parciales o Especiales o Estudios de Detalle podrán *acordar, por el plazo máximo de un año,* la suspensión del otorgamiento de licencias de parcelación y edificación en sectores comprendidos en una *zona* determinada con el *fin de estudiar el Plan o su reforma.* Dicho acuerdo habrá de publicarse en los *Boletines Oficiales* de la provincia o provincias afectadas y en uno de los *diarios* de mayor difusión de cada una de ellas". Este plazo podrá ser prorrogado un año más con idéntico sistema de publicidad, sin quedar acordadas nuevas suspensiones para la misma zona hasta pasados cinco años desde la última suspensión (art. 27.2). "Los peticionarios de licencias solicitadas con anterioridad a la publicación de la suspensión tendrán derecho a ser indemnizados del coste oficial de los proyectos y de la devolución, en su caso, de las tasas municipales" (art 27.4).

La extinción del plazo de suspensión trae como consecuencia, respecto de las licencias solicitadas con anterioridad, el problema de si los propietarios deben solicitar nueva licencia u operará el silencio administrativo una vez aprobado el Plan. El artículo 27.4 parece responder a la necesidad de la nueva solicitud, puesto que si se indemniza el proyecto es porque, una vez aprobado el planeamiento, deberá realizarse otro o reajustarse el presentado. Aunque todo depende de la medida en que afecte el nuevo planeamiento al proyecto concreto, siendo el Ayuntamiento el obligado a comunicar su aprobación o la notificación de los defectos subsanables. El artículo 121.4 del Reglamento de Planeamiento, por su parte, suspende el derecho a la indemnización hasta el momento que por la aprobación del nuevo planeamiento se demuestre la incompatibilidad del proyecto con sus determinaciones, salvo que el propietario o interesado reitere su solicitud, por lo que la vía del silencio depende, pues, de esa reiteración, que supone el abandono del proyecto o dejación de la solicitud. No obstante, podrán otorgarse licencias acordes con el planeamiento vigente al tiempo de la solicitud "siempre que se respeten las determinaciones del nuevo planeamiento" inicialmente aprobado (art. 120.1 RP).

En principio, pues, durante el período de suspensión del otorgamiento de licencias quedan imposibilitados de hecho los otorgamientos de escrituras de declaración de obra nueva, con la excepción recogida en el artículo 120.1 del RP. El artículo 25-2 de la Ley de Reforma no podrá tener debido cumplimiento. El tráfico jurídico documentado públicamente queda paralizado. Por razones de seguridad, convendría que el Ayuntamiento remitiese al Registro los planos referentes a la zona afectada o la descripción del perímetro de la misma, de tal forma que si la obra nueva se autoriza en base al artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística, aparte de la nota marginal que recoge se haga constar en el título y en el Registro que la edificación en cuestión está afectada por la suspensión de licencias para que la realidad física obtenga en su reflejo registral el alcance urbanístico concreto que le corresponda y disuada al consumidor de la contratación sobre plano y en documento privado (fundamento propio del art. 15.2 LDU). Evidentemente, si a pesar de constar la suspensión en el Registro se concede una licencia, previa o convalidante, no habrá obstáculo alguno para practicar la inscripción conforme al artículo 25.2, sin perjuicio de que se refleje en el asiento y en el título que la fija que está incluida en el área de suspensión.

Respecto de los municipios sin planeamiento adaptado a la vigente Ley del Suelo, el artículo 8 del Real Decreto-Ley 16/1981 ha unificado su tratamiento con el que deriva de ésta, concepción que ha hecho cuestionar su constitucionalidad en cuanto afecta al contenido del derecho de propiedad. Para el profesor FERNANDO PABLO, el juicio de constitucionalidad queda salvado. "En la línea de perfeccionamiento de la institución, el artículo 8 del Real Decreto-Ley 16/1981 unificó en un solo proceso los dos tipos anteriores, aclarando las relaciones entre ambos, al mismo tiempo que fijaba un plazo máximo de dos años, prescindiendo de la posibilidad de la prórroga de la suspensión previa, cuyo sentido fue puesto en duda al no considerarse la diferencia de efectos entre ambos tipos, precisamente asentada en la posibilidad o no de obtener licencia en las zonas afectadas, compatibilizando las determinaciones del planeamiento en vigor y las del proyecto en trámite".

Y como quiera que el "punto de mayor conflictividad de la suspensión es el que se refiere a los efectos de la misma", añade este autor, "la vigencia de una medida de suspensión, al menos con posterioridad a la aprobación inicial, *no implica ni la imposibilidad de solicitar licencia en las zonas afectadas ni la de legalizar obras anteriores, ni la imposibilidad de obtener licencias en ejecución de sentencia.* Por el contrario, debe afirmarse la posibilidad de solicitar y obtener licencias que, respetando el planeamiento

vigente, no vulneren las determinaciones del futuro Plan, siempre que sea posible, obviamente, compatibilizarlas" (322).

6.6.2. Suspensión de efectos

El segundo supuesto es el de la suspensión de los efectos de la licencia, que si lo conectamos con el artículo 25.2 de la Ley de Reforma pone de manifiesto la especial trascendencia de la publicidad registral en materia de urbanismo. Así, cumplidos los requisitos del artículo 25.2 la escritura es siempre inscribible, sin perjuicio de que con anterioridad, o a continuación, conste en el mismo Registro la suspensión de los efectos de la licencia u orden de ejecución y la paralización de las obras, dando paso a la plena coordinación realidad física-realidad jurídica [art. 16.1.*b)* LDU]. Interpretación que tiene expreso fundamento en el ámbito de la eficacia de la publicidad registral de la situación urbanística que establece el artículo 17 de la Ley de Disciplina Urbanística, cerrando el paso a cualquier especulación *ex iure civile.* Sin que ofrezca duda, y por esta misma razón, la extensión de la inscripción o nota marginal que hace constar la terminación de la obra en base al acta notarial que incorpore la certificación técnica de finalización de la edificación (323), porque el contenido de ésta, si es administrativamente contradictorio al no regir el principio de tracto sucesivo, presume, bajo la responsabilidad del técnico, que la paralización de la obra puede haberse levantado sin que la Administración lo haya hecho constar. Aspecto éste que obliga al interesado, para que no refleje el acta inscrita la suspensión —irregularidad presunta—, a la coordinación, aportando el traslado de ese levantamiento —sentencia—, bajo la previa advertencia expresa del Registrador. La suspensión, como prescribe el artículo 34.5 del Reglamento de Disciplina urbanística, sólo procede, por mera coherencia, cuando las obras se están realizando. No dejaría de ser paradójico y contradictorio paralizar una obra terminada.

Conforme al artículo 186 de la Ley del Suelo, el efecto de la suspensión será la paralización de las obras y la comunicación de ésta a la Sala de lo

(322) M. FERNANDO PABLO: *Suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas,* ed. Montecorvo, Madrid, 1987, págs 105-106 y 185-186

(323) Lo mismo que ocurre con la calificación definitiva de VPO, en este caso el asiento procedente parece ser la nota marginal modificativa de derechos, aunque tampoco existen obstáculos objetivos para la extensión de una inscripción, si bien, habitualmente, los hechos que constan en acta notarial se hacen constar por nota.

Por otro lado, conviene recordar que la viabilidad del artículo 15.2 y su posible incorporación a la reforma del Reglamento Hipotecario parte de esa misma idea: la eficacia de mera publicidad —no impeditiva— que le otorga el artículo 17 de la Ley de Disciplina Urbanística.

Contencioso-Administrativo para que dicte sentencia, único medio de alzar la suspensión según el artículo 35.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística, salvo anulación del acto que la acuerda o desistimiento (324). Y son requisitos objetivos del acuerdo de suspensión, siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ, que el objeto de la suspensión sea una licencia u orden de ejecución y que el contenido del acto suspendido constituya una infracción urbanística grave y manifiesta. Evidentemente, ello no priva al propietario o interesado de la indemnización de daños y perjuicios, donde puede incluirse los derivados, por ejemplo, de un contrato civil a término o bajo condición resolutoria, cual es el de cesión de suelo por vuelo.

Por otro lado, procederá asimismo la constancia registral de la "suspensión de los actos de edificación o de uso del suelo efectuados sin licencia u orden de ejecución o bien sin ajustarse a las condiciones que se establezcan" [art. 16.1.*a)* LDU], supuesto éste —extralimitación de la licencia— que reitera lo que acabamos de exponer para los supuestos de nulidad o anulabilidad de la licencia concedida. El procedimiento para la instrucción de los expedientes de suspensión de actuaciones y de suspensión y anulación de actos administrativos, es decir, en uno u otro caso [art. 16.1.*a)* y *b)* LDU], viene regulado por los artículos 21-23 de ese mismo cuerpo legal, con referencia expresa a los artículos 184 y 186 de la Ley del Suelo.

6.7. Prescripción

En la teoría general del Derecho se diferencia la caducidad de la prescripción en que mientras la primera responde a la idea de que el plazo establecido es el plazo de ejercicio válido de un derecho subjetivo, la segunda obedece a la fijación de un plazo para adquirir o extinguir un derecho o acción.

Las diferencias entre prescripción extintiva y caducidad han sido puestas de manifiesto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7-5-1981. Y son las siguientes: "*a)* La prescripción descansa no sólo en la necesidad de poner término a la incertidumbre en los derechos, sino en la presunción de abandono por su titular, mientras la caducidad se basa sólo en lo primero, operando así por el mero lapso de tiempo; *b)* La prescripción ha de alegarse, mientras la caducidad puede apreciarla de oficio el Tribunal, y *c)* La prescripción es susceptible de interrupción por el perjudicado; lo que no se admite en modo alguno es la caducidad", para la que "sólo el juicio contencioso impide el efecto preclusivo de su fatal fenecimiento". En idén-

(324) GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, págs. 381 y sigs.

tico sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25-9-1950. La Sentencia de 22-5-1965, por su parte, declara que la "caducidad de la acción o decadencia de derechos es una institución jurídica todavía poco precisa, lo mismo en el Derecho positivo que en la doctrina científica, que tiene lugar cuando la Ley o la voluntad de los particulares señalan un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que, transcurrido, no puede ser ejercitado, ya que aun cuando no existan criterios muy definidos para diferenciarlos de la prescripción extintiva, se admite que aquélla, por término general, no es susceptible de interrupción, y que para evitarla hay que ejercitar en el plazo concedido la acción correspondiente, cuya extinción se produce de modo automático, sin que tenga que ser impetrada por aquellos a quien beneficia". Así lo entiende, en parecidos términos, la Resolución de 16-3-1959.

La distinción es capital en esta materia, ya que conforme a la jurisprudencia hipotecaria, la caducidad del derecho que contiene el asiento registral dará lugar a su cancelación de oficio (art. 353 RH), mientras la prescripción escapa del ámbito de la calificación del Registrador, como declaran, entre otras, las Resoluciones de 13-7-1933, 3-12-1938 y 8-11-1951 (325).

Dentro de las licencias tácitas, nos referimos con anterioridad a las licencias obtenidas por prescripción de la acción administrativa de restablecimiento de la legalidad urbanística correspondiente. "Acto tácito de legalización de la obra" lo denomina el artículo 27 de la Ley 9/1981 catalana. Ahora bien, ya que la susceptibilidad de la interrupción del plazo separa la caducidad de la prescripción, parece claro que estamos ante un supuesto de prescripción y no de caducidad. Y ello obliga, desde la perspectiva registral, a que no sea apreciable de oficio ni a instancia de parte interesada. La prescripción deberá declararse por la autoridad municipal o judicial correspondiente, como recoge el artículo 15.2, párrafo final, de la Ley de Disciplina Urbanística. En otro caso la nota marginal de presunta irregularidad urbanística será inevitable en aquellos supuestos en que no se dé cumplimiento al artículo 25.2 de la Ley de Reforma y se alegue prescripción e, incluso, si se cumple este artículo y de los términos de la licencia se aprecia, no obstante la certificación técnica, el incumplimiento de sus condiciones.

El régimen jurídico de esta materia, con carácter general, sigue siendo, tras la Ley de Reforma y a pesar de que el artículo 26 no contiene una previsión idéntica a la del artículo 28, según apunta GONZÁLEZ PÉREZ, el contenido en los artículos 185 de la Ley del Suelo, 31 y 32 del Reglamento

(325) B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Indices de la RCDI*, op. cit., t. II, págs. 1162-1163 y 1516; y t. I, pág. 852.

de Disciplina Urbanística y 9 del Real Decreto-Ley 16/1981, que fija el plazo de *cuatro años* para la prescripción de las acciones de restablecimiento de la legalidad para los actos de edificación "sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en las mismas", con la sola excepción de las que se hayan realizado en zona verde o espacio libre, en que la facultad de ejercicio de esa acción es imprescriptible, conforme al artículo 188.1 de la Ley del Suelo, plazo ahora coincidente con el señalado para los actos de revisión administrativa de las licencias otorgadas (art. 187 LS) (326).

Este régimen general es asimismo el mantenido por la mayor parte de las Comunidades Autónomas (art. 26.1 LDU), si bien en algún caso como el balear el plazo se ha ampliado a ocho años (art. 73 LDU 10/1990).

En cuanto a los efectos del vencimiento del plazo de prescripción, dice GONZÁLEZ PÉREZ que estamos "ante un plazo cuya naturaleza impide la actuación válida una vez transcurrido el mismo. Sólo podrá formularse el requerimiento previsto en el artículo 185.1 de la Ley del Suelo e incoarse válidamente las actuaciones en él previstas dentro de los cuatro años siguientes a la total terminación de las obras", como reconoce la jurisprudencia (STS 24-5-83) (327).

6.7.1. Usucapión de facultades

La Ley de Reforma viene a suscitar la posibilidad o imposibilidad de la usucapión extraordinaria que introduce por vía de hecho si se estima que el derecho a edificar, y su secuela el derecho a la edificación, tanto civil como urbanísticamente los conceden licencia y planeamiento, dero-

(326) J GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, op. cit., t. II, págs. 1855 y sigs.; *Comentarios a la Ley de Reforma...*, op. cit., pág. 239, y *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, op. cit., págs. 290 y sigs.

(327) A pesar de lo dicho, la distinción entre prescripción extintiva y caducidad es bastante difícil de establecer. Alguna STS, como la de 27-5-1983 *(op. cit.*, pág. 297), habla de caducidad. La razón de su estimación como plazo de prescripción que, por ejemplo, el artículo 73 de la LDU balear recoge expresamente, puede extraerse del componente fáctico en la apreciación de la terminación de las obras y de la necesidad de su prueba (SS. 27-5-83 y 3 y 31-1-84), aparte del supuesto del artículo 32 del RDU (que introduce un criterio diferenciador favorable a la caducidad, si bien no debe romperse la unicidad de su naturaleza jurídica), en la cuestión inapreciable para el Registrador de la conformidad con el planeamiento *(op. cit.*, págs. 301 y sigs.) y, fundamentalmente, en la posibilidad de su interrupción mediante el requerimiento al propietario para que solicite licencia en los supuestos de los artículos 184 y 185 de la Ley del Suelo —obra no terminada y terminada—, criterio éste, aunque formal, distintivo *(op. cit.*, págs. 299, 312 y sigs.). Ahora bien, la interrupción opera sólo por medio de ese requerimiento contemplado en el citado artículo 185 1 El motivo de este único medio de interrupción podemos hallarlo en el principio de seguridad jurídica

gado tácitamente el Código Civil y las disposiciones estatales y autonómicas sobre prescripción de la acción administrativa, particularmente la Ley de Disciplina Urbanística balear que se aprobó con posterioridad a su vigencia. Es evidente que estas consecuencias arrastrarían a la nueva Ley a una manifiesta inconstitucionalidad, tanto si se admite como si no se admite la usucapión. Esto es, si las normas sobre prescripción están derogadas, la edificación carecerá de propietario *sine die* en virtud de los artículos 20 y 25-1 de la misma Ley, esté terminada o no, a la espera de la actuación administrativa. La inconstitucionalidad es manifiesta. Se ha privado al propietario del suelo y del vuelo sin indemnización (328). Y si las normas sobre prescripción de acciones, por el contrario, siguen vigentes, como entendió la citada Ley autonómica tras la promulgación de la Ley de Reforma, la adquisición de los derechos a edificar y a la edificación se habrá producido en virtud de su usucapión extraordinaria, reverso de la prescripción extintiva de esos cuatro u ocho años (arts. 9 RDU 16/1981, 26.1 LDU y 73 LDU de Baleares). La inconstitucionalidad será también manifiesta. No puede derogarse el régimen de la prescripción adquisitiva de los derechos reales que recoge el Código Civil y sustituirse por una norma excepcional extraída 'a contrario' de una disposición administrativa sin que de manera expresa así se prescriba. El artículo 9.3 de la Constitución es un poderoso límite a esta actuación. Primero, se desprové al dominio de su contenido típico —*ius aedificandi*—, y luego, se admite la usucapión de sus facultades como única explicación de la inatacabilidad de la activida privada en contra de los postulados de la propia Ley —licencia y conformidad con el planeamiento—. Y si puede usucapirse el 'contenido' del dominio en contra del planeamiento cuando no proceda la demolición, que es excepcional como reconoce la jurisprudencia en cuanto atentatoria de la riqueza nacional, su sentido atributivo *ex novo* se desvanece; y lo más sorprendente es que se produce por una norma no formulada en la legislación urbanística, cuya legalidad y anticonstitucionalidad presenta la duda de su propia existencia (¿derogación tácita del Código Civil en virtud de una norma no formulada?).

6.7.2. Demolición

La prescripción de la acción de restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada, por razones de seguridad jurídica y según la Sentencia del Tribunal Supremo de 24-5-1985, "comporta la

(328) Difícilmente se entenderá cuál sea su derecho si el planeamiento todo lo atribuye y él ha edificado sin adquirir los derechos al aprovechamiento urbanístico, a edificar y a la edificación.

legalización de la obra, sin posibilidad de imponerse al interesado nueva legislación o la demolición" (S. 11-5-82), "computándose el plazo desde la terminación total de la obra" (SS. 15-4, 23-9 y 19-10-81). "Ahora bien, por los efectos legalizadores del transcurso del plazo, la jurisprudencia ha exigido con rigor la prueba" de éste, y la doctrina plantea, por su parte, el problema del ámbito de esa legalización, ya que si en materia de silencio administrativo positivo la conformidad con el planeamiento urbanístico limita la extensión de la licencia tácita, ¿cómo va a enervarse este límite en el supuesto excepcional de la prescripción? (329).

Para GONZÁLEZ PÉREZ el artículo 185.1, sin olvidar la excepción del artículo 188, es un claro límite a la actuación administrativa y observa que cuando "se está consumando un atentado al ordenamiento urbanístico —y se está consumando con toda publicidad—, la Administración Pública y cualquiera —la acción es *pública*— puede reaccionar frente a aquel atentado para impedir que se consume". Pues bien, si ha transcurrido todo el tiempo que dura la ejecución de la obra —que son varios años— y además cuatro años "desde su total terminación sin que los órganos públicos y todos y cada uno de los vecinos y no vecinos del municipio hayan hecho nada, la responsabilidad del atentado urbanístico no es sólo del propietario de la obra o del técnico que la ha dirigido. La responsabilidad es de todos. De la abstención, de la pasividad, de la falta de civismo, del mal funcionamiento —cuando no exista algo peor— de la Administración Pública".

"Si la destrucción de la obra atenta contra la riqueza nacional, no es extraño, por tanto, que el ordenamiento haya limitado en el tiempo la posibilidad de llegar a tan drástica medida. De aquí el precepto del artículo 185.1 de la Ley del Suelo en su redacción primitiva". "La demolición, por tanto, sólo será admisible 'cuando proceda'" (art. 187 LS). "Y no procedería —ni por tanto la revisión de la licencia anulable— cuando hubiesen transcurrido cuatro años desde la total terminación de las obras". "Una Sentencia de 19 de mayo de 1980 (Ponente: Medina Balmaseda) dice que no puede admitise la falta de límite temporal en la demolición, 'ya que con ello quebraría el principio de seguridad jurídica' " (330).

La demolición, por otro lado, puede llevarse a cabo por el propietario de la obra, y estando también sujeta su realización a licencia urbanística (art. 1.14 LDU) patentiza como argumento 'a contrario' la utilidad del artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística, norma de desarrollo del artículo 25.2 de la Ley de Reforma que establece dos requisitos para

(329) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, op. cit., t. II, pág. 1865.

(330) *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, op. cit , págs 303-306.

Como puede observarse, la acción pública ejercitable frente al 'atentado urbanístico' es análoga a la que prescribían las Partidas (v. *supra*).

inscribir la escritura de declaración de obra nueva (licencia y certificación técnica), sin que su concurrencia prejuzgue la legalidad sustantiva de la edificación —conformidad con el planeamiento y ajuste efectivo a las condiciones de la licencia— en cuanto el acto administrativo puede revisarse en el plazo de cuatro años fuera de los supuestos de nulidad absoluta. Así, postulábamos por la coordinación con la realidad física publicando la regularidad o irregularidad urbanística en la medida en que esa realidad es incontestable. El edificio existe. Pues bien, si la norma contenida en el artículo 25.2 no fuera una prohibición y estimásemos que es susceptible de aplicación analógica, podría llegarse al absurdo de que, demolida físicamente la obra, no podría otorgarse la escritura de declaración de la demolición de la obra nueva y cancelarse su inscricpión sin la aportación del documento acreditativo de la obtención de la licencia respectiva y de la certificación técnica de demolición, publicando el Registro una realidad inexistente que distorsionaría su propia eficacia. En este caso, como quiera que puede obligarse al propietario a reedificar la obra demolida, lo lógico sería hacer constar en el Registro la realidad física sin perjuicio de la irregularidad urbanística, para advertir al tercero de los efectos de la acción administrativa de restauración de la situación precedente. Todo medio impeditivo de que un hecho material y físico no pueda documentarse es germen de inseguridad. Las vías de coordinación no pueden cerrarse. Si el plano catastral, la escritura pública, la sentencia judicial y la inscripción reconocen la existencia de una edificación, una vez que ésta sea demolida, aunque persista esa realidad formal, la realidad física será otra. El ordenamiento jurídico no puede amparar, al margen de la legalidad administrativa, un pronunciamiento estrictamente formal. La forma es sólo la apariencia externa de la existencia material. Y la forma documental de la realidad física preexistente.

6.7.3. Imprescriptibilidad singular

Este régimen general encuentra su excepción en el artículo 188 de la Ley del Suelo, que excluye de la prescripción a los actos de edificación o uso del suelo en zonas verdes o espacios libres, lo que demuestra que tanto en el caso de licencias nulas como de ausencia de éstas es el único supuesto en que no se aplica el artículo 185 de la misma Ley, "cualquiera que sea la infracción urbanística en que se hubiera incurrido" (331).

(331) GONZÁLEZ PÉREZ. *Op. cit.*, págs 309-311. Así, la Sentencia de 8-6-1980. La Ley de Disciplina Urbanística balear, por su parte, como tuvimos ocasión de ver, amplía o especifica los supuestos excepcionales en su artículo 65 en relación al 74.

7. *Inscripción*

El nuevo sistema de constatación registral del hecho físico que la obra nueva supone suscita una serie de cuestiones incidentales. A partir de la vigencia de la Ley de Reforma los conceptos de obra terminada y obra en construcción no son simples manifestaciones del titular registral, sino conceptos técnico-jurídicos que extienden su ámbito a cualesquiera escrituras o títulos inscribibles de donde resulte una alteración descriptiva de la finca consistente en la declaración de una nueva obra o edificación, referido el adjetivo 'nueva' al precedente contenido del asiento registral, sin perjuicio del régimen transitorio aplicable a cada supuesto y conforme a los artículos 208 y 308 de la Ley y Reglamento Hipotecarios en relación, con carácter general, al artículo 25.2 de la expresada Ley de Reforma y de forma específica para esta Comunidad a los artículos 14 y 15 de la Ley de Disciplina Urbanística.

"Escrituras de declaración de obra nueva" serán todas aquellas en que de manera directa y exclusiva se proceda a su declaración con ocasión de otro otorgamiento, siendo la persona legitimada para hacerla el titular registral y la capacidad requerida la de los actos de administración de riguroso dominio. Hemos de entender con la doctrina, según el sentido teleológico de la norma, que cuando la Ley dice "declaración de obra nueva" no restringe su ámbito a las escrituras con este contenido único, y que cuando habla de "escrituras" alude al título idóneo para la alteración de los datos descriptivos de la finca, por lo que parece inadecuado cualquier otro título como la certificación de dominio o la sentencia" (332). Y por "obra nueva" debe entenderse toda obra o construcción de nueva planta sobre suelo urbano o urbanizable, con las particularidades advertidas sobre suelo no urbanizable o rústico.

Por otra parte, la extraordinaria importancia de los plazos en la Ley de Reforma no ha sido suficientemente valorada por el legislador a estos efectos y los requisitos que el artículo 25.2 se impone se contraen a la

(332) Cuando no tenga por exclusivo objeto el reconocimiento del dominio de la obra nueva sujeto a contienda y la descripción sea consecuencia de la solicitud de la demanda. En Canarias el artículo 15-2 abre la vía de su inscripción con la advertencia expresa que la nota marginal supone.

Evidentemente, la doctrina de la Dirección General sobre certificaciones de dominio, como título insuficiente o inadecuado para practicar segregaciones o declarar excesos de cabida, debe extenderse a las declaraciones de obra nueva (RR. 20 y 23-11-1972).

Tradicionalmente se ha mantenido que la declaración debe constar en escritura y no en acta, y que las escrituras cancelatorias o extintivas de derechos reales inscritos no son procedentes para esa declaración, salvo que el instrumento tenga ese doble objeto: cancelar y declarar.

Por otro lado, si restringimos la interpretación del artículo 25.2 a sus términos literales, se verá fácilmente defraudada la finalidad de la norma, quedando inoperante.

existencia de la licencia y a la declaración y ejecución de la obra conforme al proyecto aprobado, destacando el aspecto físico del contenido de la autorización municipal, ya que el certificado técnico de conformidad con ese proyecto no destaca suficientemente la realización material de la obra en plazo. Esto es, la finalización de la obra dentro del plazo de vigencia de la licencia, mención no comprendida en el concepto preexistente de "certificado de terminación de obra". Exclusión harto significativa, pues supone el implícito reconocimiento, como hemos señalado anteriormente, de la subsistencia civil del *ius aedificandi* y del derecho a la edificación, cualificado por la expresión "propietario" que el mismo artículo emplea cuando le obliga a hacer constar la finalización de la obra en construcción inscrita (333).

7.1. Obras terminadas

El artículo 25.2 obliga, creemos, a que el titular registral al realizar la manifestación correspondiente aclare si se trata de una obra terminada o no, con la presunción, extraída de la acepción lingüística, de que si se dice al describir la finca edificio, casa, nave o construcción, la obra estará terminada. Dato éste que resultará de la certificación técnica en el caso de que el requisito sea exigible y por la presunción aludida cuando no sea de aplicación (334).

El artículo 32 del Reglamento de Disciplina Urbanística, por su parte, sí establece una serie de presunciones legales a efectos del artículo 185 de la Ley del Suelo, extralimitándole de ésta, según GONZÁLEZ PÉREZ, en cuanto reduce los medios de acreditar la terminación de obra (335), y al menos, en vista de la jurisprudencia, puede entenderse como enumeración en principio no taxativa, ya que no comprende la prueba de esa situación de hecho por otros medios. Y más aún: cuando el problema se potencia en los supuestos de edificación u obra sin licencia y el artículo 32 se refiere exclusivamente a las que están 'amparadas en licencia'.

Dice el artículo 32: "1. A los efectos del presente Reglamento se considera que unas obras amparadas por licencia están totalmente terminadas:

---

(333) El propietario lo será de la edificación, con independencia de que lo sea, cual es lo habitual, del suelo, ya que si se ha constituido un derecho de superficie difícilmente será éste, por falta de legitimación, el obligado a hacer constar la finalización de la obra.

(334) Salvo supuestos excepcionales, como la autoconstrucción de viviendas en Canarias, en que el dato del ajuste de la obra al proyecto técnico (art. 9.1.1.º RS) podrá ofrecerlo la propia Dirección General de Urbanismo (v. *infra*).

(335) *Op. cit.*, pág. 229, y *Comentarios a la Ley del Suelo*, op. cit., t. II, pág. 1866.

a) Cuando sean de *nueva planta,* a partir de la fecha de la expedición del *certificado final de obras,* suscrito por el facultativo o facultativos competentes; y a falta de este documento, desde la fecha de la notificación de la *licencia de ocupación o de la cédula de habitabilidad.*

b) En los *demás casos,* a partir de la fecha de expedición del certificado final de obras en las condiciones del apartado anterior o, a falta de éste, desde que el titular de la licencia *comunique al Ayuntamiento* la finalización de las obras.

2. En defecto de los citados documentos se tomará a todos los efectos como fecha de la terminación la que resulte de cualquier *comprobación* de esta situación por parte de la Administración *municipal*".

A estos medios debe añadirse la *cédula de calificación definitiva* de VPO, que de acuerdo con el artículo 103.2 del Reglamento de VPO, aprobado por Decreto 2114/1968, de 24 de julio, cuya vigencia en aquello que no resulte contradictorio ha sido expresamente recogida en la Disposición Final 1.ª del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de la vivienda. Dice el artículo 103, párrafo 2.º: "Las viviendas de protección oficial calificadas definitivamente no precisarán cédula de habitabilidad para la primera ocupación, que se exigirá, sin embargo, para la segunda y sucesivas" (336). Previsión ésta última que debe obedecer a la presunta necesidad de comprobación municipal de la subsistencia de las condiciones objetivas que hacen a la vivienda habitable.

En cuanto a la supresión del requisito de la cédula de habitablidad, puede obedecer a un reparto de competencias, hoy difícilmente mantenible salvo por transferencia de la misma a la Comunidad Autónoma, y a la directa supervisión del Gobierno de Canarias de las circunstancias que hacen a la vivienda idónea para el uso a que se destina (arts. 16.2 y 17 de la Ley 11/1989, de 13 de julio, de viviendas para Canarias) (337).

La obtención de la cédula de calificación definitiva presupone la concurrencia de varios requisitos, entre ellos la aportación de la licencia municipal de obras, del proyecto de ejecución final visado por el Colegio Oficial de Arquitectos la justificación de haberse inscrito en el Registro de la Propiedad la escritura de declaración de obra nueva comenzada (338) y el certificado del Arquitecto-Director de finalización de la obra, de la

(336) F. HIPÓLITO y L. R. LANDROVE: *Legislación de viviendas de protección oficial,* ed. MOPU, Madrid, 1982, págs. 67 y 372.

(337) *Régimen jurídico del suelo en Canarias,* pág. 135.

(338) Que como indica GARCÍA GARCÍA, su incumplimiento a efectos de calificación registral no impide la inscripción directa de la escritura de declaración de obra nueva terminada *(Código de Legislación Hipotecaria...,* op. cit., pág. 499, nota 16)

urbanización y servicios accesorios, de su conformidad con el proyecto de ejecución y del ajuste de la misma a las normas de calidad y diseño establecidas para este tipo de viviendas (art. 17, párr. 4, RD 3148/78).

La concurrencia de esa pluralidad de documentos de control aconseja, por simple economía de medios, aplicar la teoría de la subsunción de requisitos; esto es, excepcionar el artículo 25.2 de la Ley de Reforma en un doble sentido. Si la obra nueva se inscribe en construcción, conforme al citado artículo 17, bastará aportar la cédula de calificación provisional, haciendo constar expresamente que el régimen singular de VPO está pendiente de su definitiva constitución y, luego, para hacer constar la terminación de obra, la definitiva. Si la calificación definitiva le es negada y se cancela la calificación provisional, se hará constar en el Registro por nota marginal la posible situación de irregularidad urbanística en que queda la finca (ex art. 15.2 LDU).

Podrá decirse que el artículo 25.2 no prevé o admite excepciones, pero los presupuestos de su aplicación no excluyen su existencia, como ocurre con las viviendas autoconstruidas en Canarias. La cédula de calificación provisional, por su parte, conforme al artículo 16 del Real Decreto 3148/1978, no requiere la preexistencia de licencia municipal y proyecto técnico, no obstaculiza, puede aducirse, el cumplimiento del artículo 25.2 a efectos del artículo 17 de ese Real Decreto. Sólo se trata de dar validez al tráfico si se valora positivamente. En cualquier caso, aun exigiendo ambos requisitos para las viviendas en construcción, podría obviarse el certificado de final de obras con la cédula de calificación definitiva.

Ahora bien, a esta excepción debe añadirse otra. La excepción de la excepción, referida a la plena aplicación del artículo 25.2 cuando en el mismo edificio se reúnan viviendas protegidas con locales libres, ya que entonces el control preventivo es absolutamente necesario en cuanto los locales pueden exceder de los términos de la licencia y del proyecto aprobado.

Finalmente, cabe observar que los medios de acreditar la terminación de la obra de los artículos 32 del Reglamento de Disciplina Urbanística y 17 del Real Decreto 3148/1978 nos ofrecen una importante solución desde la óptica del derecho transitorio a efectos de la Disposición Adicional 6.ª, como luego veremos.

7.2. Obras en construcción

El segundo inciso del artículo 25.2 de la Ley de Reforma debe ser recibido con todo tipo de elogios, puesto que de otra forma, de haberse prescrito exclusivamente lo que dispone el primero, el crédito inmobiliario hubiera sufrido un duro golpe, y en consecuencia la construcción que de

él depende. En lo único que no ha pensado el legislador, que congruentemente exige que la obra declarada sea la proyectada y aprobada, es en su articulación práctica, que tampoco es grave obstáculo, aunque dificulta la simultaneidad de su cumplimiento.

¿Presupone el artículo 25.2 la presencia del arquitecto en el acto del otorgamiento de la escritura? ¿Cómo va a certificar si no simultáneamente que la descripción de la escritura se ajusta al proyecto? ¿Significa que se puede otorgar la escritura a reservas de esa certificación? Parece que sí, que no se puede obligar al técnico a estar presente ni la remisión del borrador previo a la escritura tampoco significa nada, salvo que lo firme el técnico y lo archive el Notario. Es curioso observar cómo la práctica complica las previsiones legales. El legislador, por razonable lógica —es una materia conexa—, no ha reparado que la aplicación de este precepto y en este punto concreto puede llevar a la ineficacia del mismo. Nadie puede obligar al técnico a que simultáneamente esté presente, y al propietario a no poder otorgar el instrumento y prestar su declaración por aquel que no comparezca. La certificación, en sentido estricto, será previa si se acredita que el borrador y la escritura tienen el mismo contenido; simultánea, si el técnico está presente, o posterior —con lo cual debe otorgarse la escritura—, en otro caso (339). Cualquier fórmula es válida, a nuestro juicio, con tal de que su contenido se contraiga a esa licencia y a esa obra declarada.

Si es previa deberá contener los extremos mínimos de cada elemento o de la obra en su conjunto con relación a la licencia y proyecto aprobado: superficie, número de viviendas, locales, anejos y plantas como mínimo; y según el texto, variable según cada Ayuntamiento o Comunidad, de la licencia. Tampoco es onerosa su constatación habida cuenta que, con independencia de la forma intrínseca de la licencia, el proyecto aprobado contendrá estas circunstancias. admitamos o no que el único certificante será el proyectista o director de la obra, cosa que la Ley no exige y que la propia realidad de los hechos puede hacer inviable (340).

---

(339) La complejidad del cumplimiento de esta disposición por el Notario podría haber dado lugar a otra prohibición: el Notario no expedirá primera copia de la escritura de declaración de obra nueva hasta que se presente la certificación del técnico competente en que se acredite la coincidencia entre la obra declarada y la proyectada. Otorga y no entrega. Con todo, mejor solución, creemos, que la del otorgamiento simultáneo, con la futilidad sustantiva de la utilización de este medio indirecto de forzar al propietario.

Evidentemente, el sistema positivo de publicidad registral (art. 15.2 LDU) resuelve razonablemente tan sofisticado problema, no por ello exento —eso sí— de trascendencia para la seguridad jurídica. Y mejor está que el artículo 25.2 diga lo que dice que no dijera nada.

(340) Puede encargarse el proyecto a una persona y la dirección de la obra a otra.

La imposibilidad accidental del técnico tampoco puede negar el ejercicio del derecho del propietario a documentar públicamente la obra y obtener su inscripción.

Si es simultánea, el supuesto no planteará dudas, aunque todavía se podría complicar la cuestión exigiendo la certificación que expresamente concibe el artículo 25.2.2.º y la manifestación escrituraria de conformidad, en una muestra de lujo en el derroche de ese bien limitado y perecedero que es el tiempo, que incluso para algunas personas tiene valor económico.

Si es posterior, tampoco habrá problemas para la inscripción y el incumplimiento del tenor literal del artículo 25.2.3.º —testimonio de la certificación— será consecuencia de los propios términos de la disposición, que si se atiende a su sustancia o finalidad debe desdeñarse la forma.

También provoca la disquisición teórica el concepto mismo de 'obra en construcción', para cuya solución aconsejamos el sistemático empleo de esas mismas palabras. El momento del inicio de las obras, trascendente a efectos hipotecarios (art. 8.4.º LH), se ha fijado por un sector doctrinal —CÁMARA y LASO— en el momento de la existencia de un proyecto técnico aprobado por la oportuna licencia municipal. Para otros, como GARCÍA GARCÍA, sin embargo y con independencia de la fijación de ese momento, no basta el consignar en la escritura que la obra está 'proyectada', debiendo exigirse que conste expresamente la declaración de que está en construcción comenzada. "Además —observa este autor—, el que conste esta declaración es importante, teniendo en cuenta que hay un plazo de iniciación de las obras, sin perjuicio de que las comprobaciones pertinentes correspondan al Ayuntamiento y no al Registrador de la Propiedad que se base preceptivamente en la 'declaración del dueño'".

Con carácter general, dice LASO MARTÍNEZ "que si el edificio estaba meramente proyectado en el régimen común no era inscribible, pero sería inscribible si se hallara técnicamente en construcción, lo que ocurriría, según CÁMARA, si estaba definido y aprobado". "El régimen actual refuerza esta interpretación. No puede entenderse que está en construcción un edificio si no está autorizado, pero sí si ha sido proyectado y está autorizado, ya que con ello debe entenderse que está en construcción y facilitar su inscripción".

DE LA CÁMARA distingue, por su parte, en esta materia entre construcción comenzada en sentido material y en sentido jurídico; y dada la dificultad práctica de fijar un criterio material unívoco y teniendo en cuenta el término 'proyectados' que emplea el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, se muestra favorable a seguir dicho criterio en sentido jurídico. Y así, "edificio definido —proyecto aprobado— equivale a edificio comenzado". Criterio éste aceptado por el I Simposio sobre Propiedad Horizontal, que se celebró en Valencia en el año 1972 (341).

(341) LASO MARTÍNEZ: *Op. cit.*, págs. 539-540; GARCÍA GARCÍA: *Op. cit.*; M. de la CÁMARA ALVAREZ: *Estudios de Derecho civil*, ed. Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 292-293.

7.3. Terminación de obras

El artículo 25.2 en su tercer inciso complementa lo dispuesto sobre obra en construcción diciendo: "En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación en el plazo de tres meses a partir de ésta, mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada". De esta forma, se establece una obligación que, como tantas otras, carece de sanción; y si bien responde a la lógica del principio hipotecario de tracto sucesivo objetivo y al cumplimiento de uno de los requisitos de la perfección del contrato de compraventa, la entrega de la cosa o tradición seguirá el curso ordinario de los artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil, con la particularidad de que en el supuesto de venta de viviendas sobre plano el consumidor puede exigir el cumplimiento de lo prevenido en la Ley 57/1968, de 28 de julio, como recoge expresamente el Real Decreto 515/1989 y la constancia registral de la terminación de la obra a efectos de que la tradición instrumental pueda tener debido reflejo en la inscripción (342).

Como decía ROCA SASTRE, la concurrencia del título y del modo debe consumarse antes de la inscripción registral. Y si el contrato de compraventa se refiere al local o vivienda obviamente terminados, la presentación en el Registro de la escritura con carácter previo al acta de finalización de la obra puede plantear, bien la necesidad de que se cumpla el principio de tracto sucesivo solicitándose la constancia de la terminación de la obra, bien, si no se estima requisito obstativo, la práctica de la inscripción de la compraventa, haciendo especial advertencia en el título y en la inscripción de que la vivienda o el local está en construcción.

La importancia extraordinaria, dentro de nuestro sistema legal de la registración del acta final de obra, de la que depende la coordinación a efectos formales y sustantivos; la coordinación entre el Derecho civil y el Derecho administrativo a través de la publicidad del cumplimiento de las condiciones de licencia a efectos de los artículos 25-1 y 26 de la Ley de Reforma, muestra la importancia de la forma de extender el asiento en uno u otro caso. Por un lado, la publicidad de la regularidad urbanística que requiere el cumplimiento del artículo 25.2.3.º. Por otro, la protección del consumidor en cuanto al incumplimiento de esa disposición no puede impedir la inscripción, sino la publicidad de la posible irregularidad urbanística, conforme al artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística en tanto éste compele al propietario para que cumpla aquella norma o hacerla por sí y como tal nuevo propietario el adquirente.

---

(342) Véase *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmubles*, op. cit., pág. 37

Sin embargo, en la doctrina, GARCÍA GARCÍA, conocedor de la suma trascendencia jurídica de este extremo, postula por la imposibilidad de la inscripción que nosotros matizamos en el sentido expuesto: imposibilidad de inscripción sin hacer constar esa salvedad por nota marginal en el ámbito del artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística, en el de la regla general sobre inscripción de alteraciones de los datos descriptivos de la finca o en el futuro Reglamento Hipotecario (343).

El derecho del consumidor, por razones de seguridad en el tráfico jurídico, deberá registrarse, para que su titularidad civil no quede desamparada ante la negativa o imposibilidad del vendedor o del arquitecto para cumplir con el artículo 25.2.3.º y para que la Administración, en su caso, entienda el procedimiento sancionador con el verdadera y directamente interesado, delimitando los distintos ámbitos de responsabilidad en función de la imputabilidad del incumplimiento, ya que si el antiguo propietario —si es una sociedad puede hasta haberse liquidado y extinguido— (344) transmitió todo el edificio su interés patrimonial será muy secundario.

En definitiva, aparte de los medios indirectos de acreditar la terminación de la obra que luego veremos, el adquirente o tercero, como propietario o acreedor, estará habilitado a hacer constar en el Registro ese hecho físico, sin que proceda la aplicación del principio de tracto sucesivo en su aspecto subjetivo, y la certificación técnica podrá expedirse por cualquier técnico, siendo particularmente idóneo el Arquitecto municipal u otro técnico municipal por razón de la competencia para certificar de la terminación de obra conforme al proyecto aprobado. En otro caso, la certificación del Secretario acerca de ese mismo extremo, según los propios archivos, expedientes y comprobaciones administrativas podría sustituir esta carencia, sin perjuicio del otorgamiento del acta.

Por otro lado, la exigencia literal de que la certificación de la finalización de la obra se incorpore al acta puede dar lugar, de una parte, a presumir que la Ley distingue entre el certificado de final de obra, que expide el Arquitecto-Director de la misma, otro Arquitecto o el técnico competente, en su caso, a efectos de la licencia de primera utilización de los edificios o de la cédula de calificación de VPO, por ejemplo, y la

(343) *Op. cit.* Actualmente, si, por ejemplo, de la descripción del titular resulta una alteración de la cabida y no se solicita la reducción o la ampliación o exceso de la inscrita, conforme a las prescripciones legales, cabe hacer la inscripción del derecho sobre la finca registral, denegando por falta de previa inscripción o por no solicitarse el exceso o la reducción, según el caso.

(344) En principio no va a obligarse al comprador a que inste un procedimiento judicial para que la sociedad 'reviva' y haga constar la terminación de la obra aunque fuera factible

"certificación de finalización de la obra" en la que conste que ésta se ajusta al proyecto aprobado por la licencia, que debe incorporarse al protocolo notarial; y de otra, a la posibilidad de la incorporación de su testimonio de cualquiera de ellas reconociéndole un carácter alternativo expreso.

Ahora bien, dado el contenido específico del acta notarial, como es obvio, ésta sólo puede otorgarse mediante la simultánea incorporación de esa certificación o documento que la sustituya si se valora positivamente la admisión de otros medios de acreditación de carácter administrativo, siempre que resulte de éstos que la obra se ejecutó conforme al proyecto aprobado por la licencia. Medios excepcionales que no son del todo oficiosos.

7.3.1. Dentro de plazo

El artículo 25.2.3.º establece, según hemos señalado, que "el propietario deberá hacer constar la terminación en el plazo de tres meses a partir de ésta". Obligación y plazo que si se ponen en conexión con el supuesto de hecho del inciso 1.º pueden dar lugar a conclusiones distintas a las apuntadas. Esto es, cabría interpretar que la regla general teórica en esta materia es de carácter restrictivo y penalizador (345) para el cumplimiento de la finalidad de la norma, la del otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva e inscripción registral mediante la aportación de la licencia de obras y la certificación de su finalización acorde al proyecto aprobado por aquélla, vía prohibición legal de intervención de Notarios y Registradores (art. 25.2.1.º). La excepción vendrá, en consecuencia, recogida como medida transitoria en la posibilidad de otorgar esa escritura y de su inscripción cuando la obra esté en construcción, para no limitar la potencialidad crediticia del propietario (art. 25.2.2.º). Así, la publicidad que ofrece el Registro a la obra en construcción revela la provisionalidad de su regularidad urbanística, y aunque el tratamiento civil no se vea afectado, el objeto, el inmueble, no estará urbanísticamente coordinado. La excepción, pues, está llamada a convertirse en regla general (art. 25.2.3.º), trascendiendo del ámbito urbanístico al civil, en cuanto se entienda que ese plazo y esa obligación es inexcusable para salvar la propia eficacia de la previsión legal, pudiendo extraer el tercero la conclusión cautelar de que si no se hizo esa constatación es porque la obra se ha extralimitado de la autorización y que la firmeza del asiento registral, por lo que se refiere a

---

(345) Véase *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, págs. 33-34 y 60, J. E MARTÍN BLANCO: *Estudios sobre la Ley 8/1990 de Reforma del Régimen Urbanístico*, op. cit., pág. 109.

la obra nueva, depende de la terminación de la obra, que obsta por virtud del principio de tracto sucesivo, cualquier inscripción ulterior que se restrinja o no, objetivamente, a la obra en construcción. Sin embargo, razones superiores de seguridad jurídica, que extiende su ámbito al propio carácter no constitutivo de la existencia física de la obra y de su trascendencia jurídica sustantiva —principio de accesión—, al margen del carácter legal de las 'limitaciones' urbanísticas, sea cual fuere la construcción doctrinal, apuntan por la necesidad de que el Registro no se cierre precisamente al tráfico jurídico en garantía de la difusión de ese derecho constitucional a la propiedad de las viviendas de fomento de la construcción, sin perjuicio de que esta institución publique la situación realmente acreditada como vehículo de la plena coordinación entre la realidad física y la realidad urbanística.

El complemento normativo, pues, de ese deber y de ese plazo, carentes de sanción, debe hallarse en la posibilidad de que el adquirente, el tercero, esto es, el nuevo propietario y el acreedor hipotecario (art. 110 LH) puedan hacer constar, a su propia instancia, en el Registro la terminación de obra (ex art. 88 LS).

7.3.2. Fuera de plazo

De lo que antecede resulta la inoperancia registral de la constatación de la finalización de la obra fuera del plazo de los tres meses, que se coordina con el principio de inscripción voluntaria, baluarte de la libertad civil y de la seguridad jurídica. O en este caso obligatoria, pero no constitutiva o 'estimulada' (346).

La inoperancia se produce, primero, por la falta de constancia previa en el Registro de la fecha exacta de la terminación, dato de puro hecho, tan sólo acreditable documentalmente por los medios del artículo 32 del Reglamento de Disciplina Urbanística —requisito que no se establece—, y segundo, por no ser uno de los extremos a los que debe contraerse ni el acta notarial ni el certificado técnico. El acta supone sólo el requerimiento de la incorporación; si debiera contener una manifestación o declaración obligatoria —la fecha de la terminación de las obras—, quizás debería hacerse en escritura pública, pero su justificación no se alcanza fácilmente.

Por otro lado, el señalamiento del plazo sólo puede obedecer a que su omisión afecte a la resolución contractual, en relación a los artículos 62 y

(346) Como denomina GARCÍA GARCÍA a la inscripción del artículo 17.*c)* del Real Decreto 3148/1978 *(Código de Legislación Hipotecaria...*, op. cit. *supra*, pág. 499, nota 16).

88 de la Ley del Suelo, 1.124 y 1.483 del Código Civil o a la imposición de las sanciones que prevé el Real Decreto 515/1989 de desarrollo de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios en materia de vivienda y, en concreto, en el artículo 35 de ésta y artículos 6-8 del Real Decreto 1945/1983 (347).

No obstante, la naturaleza básica del precepto deja vía libre a la legislación autonómica para su desarrollo, pudiendo establecerse este plazo como requisito necesario frente a la Administración, a efectos, por ejemplo, de la licencia de primera utilización de los edificios o de la cédula de habitabilidad.

Por otro lado, la constancia registral de la terminación de obras brinda un importante servicio como medio de prueba en los supuestos —a los que ya nos referimos con anterioridad— de los artículos 184, 185 y 188 de la Ley del Suelo y 32 del Reglamento de Disciplina Urbanística.

7.4. Modificación

El nuevo tratamiento jurídico de las declaraciones de obra nueva suscita el importante de su ámbito de actuación *(vid. supra).* La amplitud de la terminología utilizada podrá decirse, abarca cualquier declaración de obra nueva, en su sentido civil —incorporación artificial—, que, como veíamos, en su sentido urbanístico, puede identificarse con las obras de nueva planta del artículo 178.1 de la Ley del Suelo y con las obras de construcción de edificaciones e instalaciones de todas clases de nueva planta del artículo 1.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística sujetas a licencia municipal. Y la duda surgía en el caso de modificaciones de las obras nuevas preexistentes, cualificadas por el concepto de *ampliación* (art. 1.2 RDU), ya que las obras "de modificación o reforma que afecten a la estructura de los edificios e instalaciones de todas clases existentes, "de modificación del aspecto exterior" o de su "disposición interior", así como las de "modificación del uso de los edificios e instalaciones en general, si bien requieren asimismo de licencia previa (art. 1.3, 4, 5 y 13), entendemos no comportan obra nueva o de nueva planta. De esta forma, podemos decir:

7.4.1. Obra nueva

Las modificaciones de la obra nueva declarada e inscrita, o declarada y pendiente de inscripción (que hayan cumplido con los requisitos del art.

(347) Véase *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles,* op. cit., pág. 38.

25.2), que consistan en la *ampliación objetiva de la edificación o construcción,* por razón del volumen y/o de la superficie, estarán, a su vez, sujetas al cumplimiento del repetido artículo 25.2 de la Ley de Reforma.

7.4.2. Propiedad horizontal

Igualmente, la constitución del régimen de propiedad horizontal o su modificación en ningún caso dará lugar a la alteración de las condiciones de la licencia inscrita, en cuanto a la superficie y volumen de la construcción preexistente, respecto de la que se acreditó la autorización previa —licencia— y la conformidad de su ejecución con ésta —certificación—. Si la descripción resultante de la declaración de obra nueva se ve alterada objetivamente, será necesario aportar de nuevo los documentos a que alude el artículo 25.2. Necesidad en extremo alguno onerosa si se tiene en cuenta que esa alteración está sujeta a licencia, proyecto técnico y certificado de finalización de obra. La ampliación, pues, tiene la consideración de obra nueva, cual es la construcción de una nueva planta sobre el suelo o sobre la cubierta del edificio preexistente. La ampliación, en definitiva, traducida a los términos de la LPH, complementa de forma material o física la descripción del edificio, sin que de ella resulte una modificación exclusiva del volumen preexistente, sino más bien su alteración, por lo que es indiferente que se califique de modificación o de nueva obra, como es en realidad, o se revista de un especial régimen jurídico.

7.4.3. Destino

Una de las previsiones, y sustancialmente la más importante, del planeamiento es la atribución de distintos usos al suelo: suelo residencial, zona verde, espacio libre...; y dentro de este uso general, una vez acreditada la procedencia del asignado al edificio inscrito, por la licencia y la certificación técnica, el uso específico puede verse alterado. Hablamos entonces de cumplimiento del uso general asignado en el planeamiento —uso residencial— y del uso especial que contempló el proyecto técnico aprobado por la licencia municipal.

Y como quiera que dentro del respeto al uso general caben distintos usos específicos que se tuvieron también en cuenta para otorgar la licencia de obras y las licencias precedentes y subsiguientes —cédula de habitabilidad, licencia de apertura, licencia de primera utilización...—, podríamos preguntarnos si la modificación del uso general o especial puede hacerse constar en la escritura pública correspondiente o en la inscripción registral

oportuna. Y en este punto, puede decirse que el control de la alteración del uso general queda fuera de nuestro campo de actuación —sería instalación de industria en antiguo edificio de viviendas—, en tanto puede ser una realidad encubierta y la licencia que lo autoriza no se incluye en el artículo 25.2, al tiempo que la modificación del uso específico —local, vivienda, garaje— también se escapa de nuestra actividad, ya que conforme al artículo 8 del Real Decreto-Ley 2/1985 la transformación de viviendas en locales está permitida y tan sólo limitada por los estatutos de la propiedad horizontal y por la naturaleza de la actividad a desarrollar, que también se sustraen de la calificación registral (348).

B) CERTIFICACIÓN TÉCNICA

Derivada precisamente de la amplitud del ámbito del concepto de obra nueva, la distinta naturaleza de la construcción, edificación o instalación dispone una diferente aptitud profesional. Son obras nuevas desde el alzamiento de una nave industrial, agrícola, forestal o ganadera la instalación de invernaderos, hasta el supuesto que seguramente absorbió la visión del legislador de los edificios públicos y privados destinados a locales de negocios, oficinas, garajes, hoteles, viviendas unifamiliares o comunitarias libres y de protección pública. El legislador ha mirado al edificio urbano. Por lo que la discusión doctrinal acerca de qué tipo de suelo está incluido en el régimen de las declaraciones de obra nueva no es indiferente. Y quizás por ello el artículo 25.2 se incluye en el capítulo III del Título II, régimen del suelo urbano y urbanizable (349).

La dirección que tomemos va a ser especialmente trascendente, puesto que si referimos las exigencias del artículo 25.2 al suelo urbano y urbanizable el técnico competene será siempre y en principio el *Arquitecto Superior,* único que proyecta las edificaciones características de estos espacios, sin perjuicio de que su intervención se simultanee con la de otros técnicos, puesto que la obra civil es la que incluye exclusivamente aquel precepto.

Pasemos a continuación a tratar de fundamentar esta afirmación sobre la base de que la idoneidad de la certificación surge por razón de la competencia para proyectar y por la dirección material de la obra (350).

---

(348) El artículo 25.2 no incluye limitación urbanística alguna en su referencia a la contratación civil.

(349) Véase *supra.*

(350) No entendemos posible que el que no pudo proyectar la obra declarada pueda certificar de su realización conforme a la licencia o proyecto aprobado. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 9-10-1990, la "licencia urbanística es, por regla general, un acto 'en blanco' cuyo contenido se integra por remisión a un proyecto" (RDU 120/1990, pág. 174, por GARCÍA-RAMOS).

1. *Calificación de la competencia*

La regla general se extrae de la delimitación positiva de la competencia de los Arquitectos Superiores. Es decir, de momento sabemos que éstos son competentes. Dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 20-7-1990: "Es indiscutible la competencia de los Arquitectos Superiores para proyectar toda clase de edificaciones, así como la reforma o instalación de las mismas" (351). Cualquier Arquitecto Superior, pues, puede certificar, sea o no el que dirigió la obra.

La duda surge respecto de los Arquitectos Técnicos y Aparejadores: ¿Pueden éstos proyectar y certificar el final de las obras ajustadas al proyecto aprobado? A ello, al deslinde o positivación de sus competencias, atiende la Ley 12/1986, de 1 de abril, de atribuciones de los profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos, que en su artículo 2.2 dice lo siguiente: "Corresponden a los *Arquitectos Técnicos* todas las atribuciones profesionales descritas en el apartado primero de este artículo en relación a su especialidad de ejecución de obras, con sujeción a las prescripciones de la legislación del sector de la edificación". "La facultad de elaborar proyectos descrita en el párrafo *a)* se requiere a los de toda clase de obras y construcciones, que con arreglo a la expresada legislación no precisen de *proyecto arquitectónico,* a los de intervenciones parciales en edificios construidos que no alteren su configuración arquitectónica, a los de demolición y a los de organización, seguridad, control y economía de obras de edificación de cualquier naturaleza". Y señala el apartado 1, letra *a),* que: "Corresponden a los *Ingenieros Técnicos,* dentro de su respectiva especialidad, las siguientes atribuciones profesionales: *a)* La redacción y firma de proyectos que tengan por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación, demolición, fabricación, instalación, montaje o explotación de bienes muebles o inmuebles en sus respectivos casos, tanto con carácter principal como accesorio, siempre que queden comprendidos por su naturaleza y características en la técnica propia de cada titulación".

La interpretación jurisprudencial y doctrinal de este precepto, con referencia al concepto jurídico indeterminado de 'proyecto arquitectónico', como criterio delimitador del ámbito de las competencias de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos, no deja de ser, en cierta forma, contradictoria, si bien toma por base la complejidad fáctica, la dimensión de la obra, su cuantía y destino.

POZO GÓMEZ, por un lado, entiende que los Aparejadores y Arquitec-

(351) *Revista de Derecho Urbanístico,* núm. 119/1990, pág. 198 de este tomo, Sentencias del Tribunal Supremo *(Anotaciones y concordancias),* por J. GARCÍA-RAMOS ITURRALDE.

tos Técnicos no tienen, con arreglo a la Ley 12/1986 y a la jurisprudencia, competencia para proyectar: obras de nueva planta, obras que afecten a elementos estructurales o a su configuración, proyectos de planeamiento y obras de urbanización. La citada Ley, para este autor y conforme a su Preámbulo, no tiene por finalidad la ampliación de las facultades profesionales de esos técnicos, sino el reconocimiento de las que le son propias, y menos aún su equiparación a los técnicos superiores. Así, el dictamen del Consejo de Estado de 27-10-1988 señala: "Frente a una interpretación tendente a la equiparación se alza el articulado legal, que reconoce la plenitud profesional tan sólo para lo que son las especialidades concretas del Reglamento de 1969". Y en consecuencia, siguiendo el pronunciamiento de la jurisprudencia, reconoce que, en relación al artículo 2.2 de la Ley, "el *proyecto arquitectónico* exige su aplicación exclusiva a las obras y construcciones de *nueva planta* o implantación, en cuanto supone *la transformación de los usos naturales del suelo,* atribuyendo nuevos contenidos al uso mediante actos de *edificación,* modificando sus elementos naturales y agregando otros producto de la técnica y del trabajo, cuya máxima potestad transformadora se reserva en su cuidado técnico de análisis, previsión y diseño a los denominados técnicos superiores". El concepto de *configuración arquitectónica,* por su parte, como segundo límite de la actividad de los técnicos medios, alude, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 19-7-1989, a la "disposición de las partes de una cosa que le dan su peculiar figura" en cuanto a "su forma", a la "cuantía de ocupación del espacio" y a "los rasgos que contribuyan a singularizarlo".

Ahora bien, la *competencia* indelegable para fiscalizar la aptitud del técnico redactor del proyecto aprobado por la licencia corresponde a los *Ayuntamientos* como órganos capacitados para el otorgamiento de la licencia (art. 9.1.1.º RS, STS 25-1-88 y SSAT de Valladolid 20-3-84, de Zaragoza 27-10-87 y de Cáceres 23-1-88). Competencia que sugiere, en relación a la calificación registral, una importante consecuencia: *si el Registrador debe entender competente, por regla general, a cualquier Arquitecto Superior para una obra civil de edificación, sin embargo, cuando la certificación la expida otro profesional, deberá acompañarse ésta de un documento municipal —certificación— que acredite que la obra la proyectó el que certifica u otro técnico de igual grado y especialidad* (352).

FERNÁNDEZ PASTRANA, por otro lado, llega a conclusiones distintas en su amplitud, en su interpretación de la legislación y de la jurisprudencia, distinguiendo entre los distintos tipos de obras de nueva planta. Y entiende

(352) El problema no se restringe exclusivamente al deslinde entre las competencias de los Arquitectos y los Técnicos medios, Arquitectos e Ingenieros Técnicos, sino también entre éstos.

que sólo requieren de proyecto arquitectónico "aquellas edificaciones relativas a *viviendas urbanas y edificios públicos* para uso del público en general, cuya proyección corresponde, de forma exclusiva, a los Arquitectos Superiores". Y a la 'vivienda humana', como destino que necesita de proyecto arquitectónico, se refieren distintas Sentencias del Tribunal Supremo: 8-7-1981, 21-10-1987, 27-5-1980 y 1-4-1985. "Con este criterio —añade—, desde luego *no* requieren 'proyecto arquitectónico' las edificaciones de carácter *industrial, agrícola, pecuario, ganadero u otras similares.* No lo requiere la construcción de una nave industrial, ni un edificio de almacenamiento de mercancías o materiales, ni la construcción de una piscina, granja o establo (SSTSJ de Madrid 19-2, 26-3 y 2-4-90). No obstante, conviene tener presente, como hace FERNÁNDEZ PASTRANA, que los fallos jurisprudenciales son contradictorios. De esta forma, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10-4-1990 declara que el proyecto arquitectónico es necesario para la construcción de 'henil'. Y por tal —proyecto arquitectónico— entiende la Sentencia del Tribunal Supremo de 2-3-1990 el 'proyecto de obras de nueva planta, salvo que se trate de obras auxiliares de obras de arquitectura y obras menores'.

En definitiva, el criterio jurisprudencial hace depender la competencia de unos u otros técnicos de la cuantía o envergadura de la obra y de la especialidad. Dato fáctico que se escapa a la evaluación teórica al no ser susceptible de fijación cualitativa y cuantitativa. Sólo cabe una estimación previa por la configuración de la obra. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1-9-1990 considera competente al Arquitecto Técnico para "proyectar nueva dependencia en el corral de una vivienda agrícola para matanza y almacenamiento de los productos resultantes de la misma de 27,34 metros cuadrados. Aunque se trata de una obra con movimiento de tierra, cimentación, colocación de forjados, etc., atendiendo a la 'escasa entidad de la obra y la falta de complejidad técnica'" (353).

---

(353) J. P. POZO GÓMEZ: "La Ley 12/1986, de 1 de abril, de atribuciones profesionales de los arquitectos e ingenieros técnicos. Su alcance, contenido y breve sinopsis jurisprudencial", *RDU,* núm. 119, págs. 125 y sigs.; J. FERNÁNDEZ PASTRANA: "Las facultades de proyección de los técnicos titulados tras la Ley 12/1986", *RDU,* núm 120, págs. 57 y sigs.

Dice el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 29-9-1990, que "la nueva legislación (Ley 12/1986) no ha resuelto de manera definitiva la cuestión —deslinde de competencias—, lo que explica la diversidad de criterios doctrinales y judiciales sobre la materia. Ante ello, esta Sala, a partir de su Sentencia 58/1990, de 19 de febrero, ha procurado establecer, a la vista de los dictámenes emitidos en el recurso en que fue dictada, unas directrices generales, sin perjuicio de las singularidades de cada caso. Así, hemos afirmado que es razonable apreciar, en principio, matices de diferenciación entre 'edificación' y 'arquitectura' reservando para ésta el 'proyecto arquitectónico'; pero tal posibilidad no agota los criterios interpretativos, por lo que *ante la singularidad de cada caso puede concluirse que las soluciones son de mera casuística,*

De todo ello puede derivarse que, a efectos del artículo 25.2 de la Ley de Reforma, la calificación de la competencia del técnico escapa, en principio, de nuestra función, sin perjuicio de la necesaria congruencia entre licencia, proyecto y certificación, que nos lleva a la formulación de una regla general y de una excepción. La regla general será que los Arquitectos Superiores son competentes para proyectar y certificar sobre la construcción de todo tipo de edificaciones (STS 20-7-90). La excepción, por otro lado, consistirá en acreditar que el técnico certificante, distinto de aquél, es competente según el Ayuntamiento, en base al proyecto presentado y aprobado, bien sea el que lo redactó, bien otro de igual graduación y especialidad (art. 9.1.1.º RS), sin perjuicio de que pueda admitirse la declaración expresa del certificante en relación a este extremo —proyecto aprobado—, ya que la autocalificación de competencia, según hemos visto, se revela como insuficiente (354).

2. *Visado colegial*

La expedición en forma de la certificación técnica, aunque no suponga la necesaria, pero sí lógica intervención del Arquitecto-Director de la obra, parece que, en cuanto la facultad de certificar está reglamentada, exige el visado. Será necesario si la normativa aplicable así lo requiere. Pero ¿qué normativa, la urbanística o la del Colegio? Podemos estimar al respecto que si para ejecer la función legalmente en determinado territorio se establece la colegiación en el instituto correspondiente, este extremo y el del visado de estar previsto en norma expresa, en principio, serán de obligado cumplimiento por remisión de la legislación urbanística a la normativa colegial.

Seguramente, la clave resida en el concepto mismo de visado y su oportunidad en los casos de proyecto técnico y de certificado de final de obras, resultado de la tipicidad de éste.

De la naturaleza del requisito introducido por el artículo 25.2 no se deduce la preexistencia de un documento unívoco de acreditación del final de obra, aunque ello sólo se fundamente en que si es un mismo título, difícilmente podrá el propietario entregarlo al Notario y éste incorporarlo

---

pues es evidente que una misma obra, reforma de un local comercial, puede ser apreciada diversamente según su intensidad y los elementos de la construcción a los que afecte. A la postre, como ha señalado con otras palabras el Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Sección 1.ª) en su Sentencia de 19 de julio de 1989, en cada caso es necesario determinar si las obras previstas en el proyecto litigioso, por su alcance, deben ser objeto de un 'proyecto arquitectónico' *(RDU,* núm. 120/1990, págs. 207-208).

(354) *RDU,* núm. 119/1990, pág. 198.

a la escritura cuando necesita de él para obtener, entre otras cosas, la licencia de primera ocupación de los edificios. Así procedería la expedición de varias copias de un mismo certificado de terminación de obras. Y si además esto se conecta a lo expresado, la capacidad de cualquier técnico no director de la obra para certificar, el requisito del visado se obvia por imprevisión en un nuevo supuesto. Pero ¿qué es el 'visado'?

POZO GÓMEZ, en el estudio citado, al ocuparse de la competencia municipal exclusiva para decidir sobre la aptitud del técnico para la redacción del proyecto presentado a aprobación mediante licencia, observa que "las intervenciones de otros organismos administrativos, tanto si se producen previamente al trámite de la licencia, cual es el caso de los Colegios Profesionales a través del visado, como en su tramitación, cual ocurre con los informes higiénico-sanitarios de la Administración autonómica, no desvirtúa ni limita la plena competencia municipal en el control de su legalidad".

"En efecto, el visado, en cuanto revisión de aprobación colegial del trabajo profesional, expresa una función de control corporativo sobre la actividad profesional de los colegiados que, entre otros aspectos, debe extenderse al contenido formal del proyecto y, a partir de la Ley de Reforma de la Ley del Suelo, a extremos diversos de la disciplina urbanística preventiva", sin merma de aquella exclusiva competencia (355).

"El visado corresponde al ámbito interior de la profesión y en ningún caso afecta a la delimitación de la competencia profesional respecto a terceros. Supone, en su alcance urbanístico, un informe preceptivo y no vinculante, pero una limitación de la competencia material de los órganos urbanísticos por naturaleza" (356).

En nuestra Comunidad Autónoma, el visado restringe su ámbito a los aspectos internos no urbanísticos, como resulta del análisis comparativo de los puntos 1 y 2 del artículo 9 de la Ley de Disciplina Urbanística, que alude al visado con ocasión del proyecto técnico —'redactado por profesional competente y visado por el correspondiente Colegio profesional'— como control de la aptitud del técnico, pero suprime su naturaleza urbanística, ya que suprime la posibilidad o eficacia frente a la Administración de la denegación del visado por infracción de la normativa urbanística (arts. 228.3 y 226.2 LS).

Ahora bien, de su oportunidad con ocasión del certificado técnico —control de la aptitud— no podemos dudar. Según comunicación expresa del Colegio Oficial de Arquitectos de Canarias de 10-4-1991 por la que se

(355) El visado urbanístico del artículo 228.3 de la Ley del Suelo, no exigible en Canarias por disposición expresa del artículo 9.2 de la Ley de Disciplina Urbanística.

(356) *Op. cit.*, págs. 128-130 (SSAT de Valladolid 20-3-84, de Zaragoza 27-10-87 y de Cáceres 23-1-88).

da traslado de la nota informativa interna 64/1990, en virtud de lo preceptuado en el artículo 25.2 de la Ley de Reforma, "el Consejo Superior —debe ser de los Colegios Oficiales de Arquitectos— ha iniciado gestiones cerca de la Dirección General de Registros y Notariado para que se regule en detalle la aplicación del referido precepto", y "entre tanto es recomendación del Pleno del Consejo que se incorpore la descripción de la obra nueva proporcionada por el Notario al certificado que se someta al preceptivo trámite del visado". Recomendación que parte del presupuesto, pues, de que la certificación es ulterior al otorgamiento de la escritura y que modaliza los términos expresos de la Ley, que dice 'incorporación' y testimonio' y, como tal, certificación previa. De la comunicación, por su parte, parece deducirse que el Colegio Oficial de Arquitectos de Canarias interpreta el precepto en el sentido de que es pertinente la certificación "de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado", en los términos que reglamentariamente se prescribe la necesidad de que el Arquitecto expida el 'certificado de final de obra'.

En la doctrina se ha apuntado la idoneidad del visado y de la legitimación notarial de la firma del técnico, por MARTÍN BLANCO (357); que la "firma del técnico no requerirá legitimación independiente cuando cuente con el visado del Colegio al que pertenece quien lo expide", y su necesidad, en caso contrario, por "carecer del visado o no estar colegiado quien lo expide por no existir Colegio profesional", por LASO MARTÍNEZ (358); la oportunidad del visado cuando el Arquitecto certificante no sea el Director de la obra, por GARCÍA GARCÍA (359); la remisión al texto reglamentario que valorará esas circunstancias —visado y legitimación—, por CHICO Y ORTIZ (360), y la posibilidad de que certifique el técnico municipal y la innecesariedad del visado, por CARBONELL y GÓMEZ-PAVÓN (361).

En definitiva, hoy por hoy, en base al texto del artículo 25.2, la certificación puede ser expedida por cualquier técnico competente, calificada esa competencia por el propio Ayuntamiento, lo que permite concluir que podrá expedirla el técnico municipal, el técnico director de la obra u otro de ellos, con referencia al proyecto aprobado, siendo conveniente, al menos, que conste el visado del Colegio Oficial respectivo como única garantía de la identidad y competencia del certificante, ya que la Ley de Reforma incluye ésta en el propio supuesto de hecho, con la particularidad de que si certifica quien no redactó el proyecto aprobado —proyecto de ejecu-

(357) *Op. cit.*, pág. 109.
(358) *Op. cit.*, pág. 537.
(359) *Op. cit.*
(360) *Op. cit.*, págs. 165-166.
(361) Notas de PASCUAL MAIQUES: *Op. cit*

ción— (362) deberá hacerlo constar así y acompañar el visado, sobre todo si el técnico lo es de grado medio, según veíamos, pues la calificación de competencia que corresponde al Ayuntamiento se desconecta o no ampara al del certificante, entrando de lleno dentro del ámbito de la califacación registral. Y si el que certifica es el propio director de la obra y aporta una copia original del certificado del final de obra, la exigencia del visado le vendrá impuesta por las disposiciones reglamentarias que le son de aplicación, como destaca la comunicación reseñada del Colegio de Arquitectos de Canarias. Por lo que la conclusión parece clara: salvo que certifique el técnico municipal, el visado será en uno u otro caso necesario, y más cuando se certifique que la obra declarada en construcción coincide con la proyectada y aprobada por la licencia, para que se garantice la competencia del técnico si es Arquitecto Superior, debiendo aportarse, en otro caso, certificación municipal complementaria o declaración expresa del mismo sobre la cualificación profesional del proyectista (363).

3. *Contenido*

El contenido de la certificación técnica, tanto de adecuación de la obra declarada a la obra proyectada o ejecutada y finalizada, debe contraerse a dos circustancias mínimas: la conformidad de lo declarado y ejecutado con el proyecto aprobado mediante la licencia y, según el caso, la relación del certificante con la obra. Es decir, la conexión entre la descripción de la edificación, la obra material —en construcción o terminada— y la licencia (364), por un lado, y la personalidad y competencia del que expide la certificación, con el visado colegial oportuno, y en caso de tratarse de un técnico medio, la declaración —documentada o no— de que el proyecto aprobado lo realizó él u otro técnico de idéntica cualificación, por razones de responsabilidad y congruencia. El que certifique debe hacerlo de la

(362) Se distingue este proyecto básico y proyecto de ejecución, siendo necesario éste para iniciar las obras, según GONZÁLEZ PÉREZ (CHICO Y ORTIZ: *Op. cit.*, pág. 168); y en definitiva, de él dependerá el contenido de la licencia. El artículo 9 de la Ley de Disciplina Urbanística exige, además, que se aporte la Memoria urbanística.

(363) Obviamente, la certificación descriptiva puede hacerla cualquier técnico, y si no se trata del proyectista o director de la obra en el momento de expedirla —éste puede cambiar—, la competencia resultará del visado, con la prevención de que se exprese qué titulación tenía quien proyectó Pues la autocalificación de competencia del técnico certificante y del Colegio respectivo, cuando se trate de la excepción que hemos expuesto —técnico medio—, dependerá de la que haya realizado el propio Ayuntamiento dada la jurisprudencia advertida y la naturaleza de la licencia urbanística.

(364) Sentencia del Tribunal Supremo de 9-10-1990 "La licencia urbanística es, por regla general, un *'acto en blanco'* cuyo contenido se integra por remisión a un proyecto" (v. *supra).*

ejecución de un proyecto —en curso o finalizado—, y para poder emitir ese juicio de valor debe tener la misma preparación, titulación o cualificación profesional que para redactarlo, en cuanto actúa un importante límite derivado de la disciplina urbanística y de la naturaleza intrínsecamente condicionada de toda licencia previa, la obra realizada debe ser aprobada, sin que ello suponga, claro está, como es evidente, una minusvaloración por parte del legislador de la capacidad de otros profesionales —Arquitectos e Ingenieros Técnicos—, sino un juicio de congruencia, en tanto su especialidad es distinta de la de los técnicos superiores y no de menor importancia, en base a lo que FERNÁNDEZ PASTRANA denomina principios de equivalencia, generalidad y especialidad (365).

C) IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

El artículo 9.3 de la Constitución dispone que esta norma "garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la *irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales*, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos". Artículo que hemos de poner en relación con el 2.3 del Código Civil, que dice: "Las Leyes *no* tendrán *efecto retroactivo* si no dispusieran lo contrario". Y si tenemos presente el contenido de la nueva Ley de Reforma, de su predicado resulta un doble condicionamiento, el derecho de propiedad como derecho individual no puede ser delimitado restringiendo su ámbito objetivo, y los preceptos sancionadores tampoco pueden tener ese mismo carácter. Postulado de plena aplicación al *ius aedificandi* y al derecho individual de obtener la protección jurídica que, en desarrollo del principio de seguridad, la documentación pública y la inscripción registral ofrecen a los ciudadanos, por lo que la prohibición que prescribe el artículo 25.2 no puede afectar a las declaraciones de obras realizadas con anterioridad a su vigencia, bien se hayan formalizado o se formalicen con anterioridad o posterioridad a la fecha de su entrada en vigor. Es decir, el hecho sustantivo de la terminación de la obra fija el ámbito de aplicación del citado artículo 25.2 por razón de su fecha. Problema distinto es, pues, el de la forma de acreditarlo.

Ahora bien, a la luz de la jurisprudencia constitucional el principio de irretroactividad de las leyes no es un principio autónomo, sino accesorio de otro principal, el de seguridad jurídica. Así, entre las conclusiones que extrae de esa jurisprudencia la doctora GAYA SICILIA, dos son fundamen-

(365) *Op. cit.*, pág. 73.

tales a los efectos de la materia que nos ocupa (366): la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables sólo alcanzan a las disposiciones penales y administrativas de esta naturaleza —sancionadora o restrictiva—, con exclusión de las estableci-

(366) R. GAYA SICILIA. *La irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, ed. Montecorvo, Madrid, 1987, págs. 321 y sigs.: "De entre todos los principios que el artículo 9.3 recoge, el de seguridad jurídica aparece como el eje o punto de referencia constante alrededor del cual giran los demás. Este resulta ser, de una parte, suma de los restantes (la 'irretroactividad de lo no favorable' es, por tanto, uno de los sumandos' y, de otra, no se agota en una mera adición, pues de ser así no hubiera precisado de una formulación expresa (S. 27/1981)": "Sin embargo, cuando el Tribunal Constitucional examina el principio de seguridad jurídica en conexión con el de irretroactividad, considera el primero sólo en su aspecto más externo y formal en su nivel más elemental, concluyendo así que la norma cuestionada no lo vulnera porque se trata de una norma 'cierta, precisa y formalmente publicada' (S. 27/1981)". "En consecuencia, el principio de seguridad jurídica, considerado en sí mismo, no llega a operar como límite a la retroactividad material de las normas, es decir, como límite a la retroactividad que entrañan aquellas disposiciones que, encaradas formalmente hacia el porvenir y modificando, sólo en apariencia, los efectos futuros de situaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior, inciden también sobre estas situaciones vaciándolas de contenido o modificando su contenido originario (SS 6/1983, 41/1983 y 51/1983)". "Las Sentencias 27/1981, 6/1983, 41/1983, 51/1983 y 42/1986 ponen de manifiesto que el Tribunal Constitucional asume la tesis de ROUBIER. Así, el concepto de retroactividad que el artículo 9.3 entraña va referido sólo a la 'acción hacia atrás' de las normas, no siendo relevante, desde el punto de vista del juicio de constitucionalidad, la afectación de la nueva norma a los efectos futuros de la situación jurídica existente al tiempo del cambio legislativo". "Además, el Tribunal acoge —ya lo había hecho en la S. 9/1981— la categoría de las 'leyes consuntivas' como leyes tácitamente retroactivas y el propio concepto de retroactividad tácita (S. 27/1981)".

Por otro lado, "no cabe hablar de la existencia de un derecho fundamental a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables (S. 68/1982) ni de un derecho fundamental a la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables (S. 15/1981)". "El juego de los artículos 1.1 y 9.2 hizo al Tribunal referir la expresión 'derechos individuales' del artículo 9.3 a los 'derechos fundamentales del Título I" (SS. 27/1981, 6/1983, 41/1983 y 51/1983)". Sin embargo, tras la Sentencia 42/1986, "el Tribunal —asumiendo en su totalidad la tesis de LÓPEZ MENUDO— equipara los 'derechos individuales' a los derechos fundamentales y libertades públicas, es decir, a los derechos comprendidos en la sección 1.ª del capítulo segundo del Título I del texto fundamental", y no a los de la sección 2.ª, entre los que se incluye el derecho de propiedad. "En consecuencia, el principio de Estado social (arts. 1.1 y 9.2) despliega ya sin obstáculos todas sus virtualidades".

"En virtud de una interpretación 'a contrario' del artículo 9.3, el Tribunal Constitucional considera que la Constitución extiende su garantía a la retroactividad de la Ley penal favorable (S. 8/1981). En resoluciones posteriores matiza su inicial afirmación. Así, la garantía constitucional cubre no ya sólo a la Ley penal, sino, más en general, la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables, incluyendo de este modo las disposiciones administrativas (S. 15/1981)", y "quedan excluidas de su ámbito las disposiciones que establecen sanciones civiles".

En definitiva, "y salvando el principio de irretroactividad en materia punitiva donde el criterio del Tribunal es estricto", "prácticamente toda acción legislativa sobre el pasado es constitucional. El límite constitucional se reduce, y con él el ámbito material

das en normas civiles y procesales o adjetivas (367). Conclusiones que nos permiten establecer un claro criterio interpretativo sobre el ámbito temporal de aplicación del artículo 25.2 de la Ley de Reforma, de la misma forma que, en nuestra Comunidad, el artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística era susceptible de aplicación retroactiva a los supuestos sujetos al artículo 6 de la LOUSR (368). Postulado que ratifica y no condiciona la Disposición Adicional 6.ª de aquella Ley. Ratifica en cuanto reconoce, a efectos de los artículos 25 y siguientes de la misma, el carácter irretroactivo de los mismos. Y no condiciona al tratarse de una disposición sustantiva, a diferencia del artículo 25.2 que es de naturaleza administrativa, formal y sancionadora —contiene una prohibición de la que deriva una restricción o sanción—, como hemos visto.

Dice la mencionada disposición en su punto 1: "Las edificaciones existentes a la entrada en vigor de esta Ley, situadas en suelos urbanos o urbanizables de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda actuar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular". Lo que hace presuponer, en principio, que se está refiriendo a edificaciones terminadas y no en construcción, por un lado, y que excluye las edificaciones en suelo rústico del ámbito del artículo 25.2, por otro (369). Aunque, a efectos de la Disposición Transitoria 6.ª, "es indiferente que estén en suelo no urbanizable, apunta GONZALÉZ PERÉZ. Lo único importante es que hubiesen transcurrido los plazos para poder adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliqen su demolición" (370).

Así pues, y en cuanto al tema que ahora nos ocupa (371), la aplicabilidad del artículo 25.2 resulta condicionada a la concurrencia de un doble presupuesto legal de hecho. Primero, que la declaración de obra nueva se realice a partir de la entrada en vigor de la Ley de Reforma (372). Y

---

protegido por la garantía de la Constitución. La intervención estatal retroactiva en materia social y económica queda así legitimada, sea cual sea su extensión y profundidad".

(367) Sobre retroactividad de las normas sancionadoras favorables, véase J. BONET CORREA: *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina,* ed. Civitas, Madrid, 1984, t. I, págs 122-123 (STC 7-5-81 y SSTS 10-2 y 5-3-82).

(368) *Régimen jurídico del suelo en Canarias,* op. cit., págs. 33-34.

(369) Véase *supra.*

(370) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de Reforma,* op. cit., pág. 534.

(371) Con carácter general, véase MERELO ABELA: *Op. cit.,* págs. 241 y sigs

(372) En contra. MÉNDEZ GONZÁLEZ. *Op. cit.,* que entiende exigible a las obras nuevas declaradas con anterioridad a la Ley de Reforma el cumplimiento del artículo 25 2, cuando —claro está— se presenta a inscripción con posterioridad a la vigencia de la misma. Para este autor lo realmente determinante es la efectiva incorporación patrimonial (v. *infra).*

segundo, que aunque la declaración se haga con posterioridad a su vigencia, la obra no se haya realizado con anterioridad a la misma. Punto éste que no deja de ser problemático, ya que supone la intersección entre el derecho sustantivo a la subsistencia de la obra realizada y a la incorporación patrimonial de su valor a efectos sancionadores, de un lado, y la prohibición formal de declarar esa misma obra, sin la concurrencia de los dos requisitos señalados en el artículo 25.2 y sin perjuicio de la nulidad o anulabilidad de la licencia. Esto es, bajo la presunción de conformidad de lo actuado con el planeamiento urbanístico.

La dicotomía, pues, entre la ejecución de la edificación sujeta a licencia y la declaración de la obra realizada no sujeta a licencia, sino a la prohibición de su instrumentalización pública sigue siendo determinante en cuanto aquélla es la causa o presupuesto de ésta, a pesar de la distinción señalada entre facultades civiles y facultades urbanísticas. Lo que no está claro es si la calificacción registral debe extenderse o no a la prueba de la patrimonialización de la obra. Es decir, si en base a la Disposición Transitoria 6.ª es necesario o no acreditar no ya la fecha de la terminación de la obra como criterio determinante de la aplicabilidad del artículo 25.2, sino la incorporación material. Nosotros entendemos que no. La titularidad civil de la obra es incuestionable y no podemos aplicar un precepto sancionador (art. 25.2) con carácter retroactivo, por las razones expuestas (arts. 9.3 CE y 2.3. CC), a situaciones que han producido sus efectos jurídicos al amparo de la antigua Ley. El presupuesto de aplicación, pues, del artículo 25.2 no será la fecha de la declaración de la obra nueva ni la efectiva incorporación patrimonial de su valor (DA 6.ª), sino la de la terminación de la obra, proceda o no la instrucción del correspondiente expediente o la demolición de la obra, que puede tener lugar incluso existiendo licencia municipal. Este es el verdadero sentido de la supresión de la Disposición Transitoria 8.ª Según MERELO ABELA, la causa no fue otra que supresión de un plazo intermedio de retroactividad del artículo 25.2. Decía la Disposición Transitoria 8.ª: "Lo dispuesto en el artículo 25.2 no será aplicable a las declaraciones de obra nueva finalizada al menos cuatro años antes de la entrada en vigor de la presente Ley". En consecuencia, ahora, lo dispuesto en el artículo 25.2 no será aplicable a las declaraciones de obra nueva finalizada antes de la entrada en vigor de la nueva Ley. Aparte de la irretroactividad de un precepto sancionador, el fundamento sustantivo puede hallarse en la situación precedente, donde la declaración de obra nueva no estaba sujeta a requisito alguno, mientras la exigibilidad de la licencia y el plazo de prescripción de la acción administrativa eran los mismos. Y no estaba sujeta porque esta acción administrativa depende de dos circunstancias alternativas o concurrentes, al margen

de la titularidad dominical: la conformidad con el planeamiento —exista o no licencia— y, en su defecto, la prescripción (373).

No obstante, la doctrina emplea como criterio diferenciador la antigüedad de la obra cualificada por la inexistencia de un procedimiento administrativo de demolición, que hemos de entender supeditado a la falta de cumplimiento del propio artículo 25.2 (374). Criterio lógico desde la perpectiva de la presunta firmeza de la adquisición. Y decimos presunta por lo expresado sobre licencias ilegales e imprescriptibilidad singular de la acción administrativa.

GARCÍA GARCÍA, por su parte, deduce de la Disposición Transitoria 6.ª dos requisitos o presupuestos para su aplicabilidad: 1.º La acreditación que la obra se terminó con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley a través de acta de notoriedad, certificación municipal, cédula de habitabilidad o documento catastral... 2.º Tanto si ha transcurrido el plazo de cuatro años desde su terminación o no, es conveniente la presentación de un documento municipal que acredite la inexistencia de "expediente de demolición de la edificación en cuestión" (375). Postura que no comparte PASCUAL MÁIQUEZ en cuanto bastaría acreditar que la obra se inició con anterioridad a la vigencia de la Ley de Reforma para que ésta sea inaplicable (376). LASO MARTÍNEZ, por otro lado, destaca que de la supresión de la Disposición Transitoria 8.ª podría deducirse la exigibilidad de los requisitos del artículo 25.2 a todas las "declaraciones de obras nuevas no inscritas, aunque se trate de obras ya terminadas a la entrada en vigor de la Ley", sin perjuicio de las dificultades de su aplicación a las obras concluidas hace tiempo, en que ni siquiera el técnico estará dispuesto a certificar. Para las edificaciones que cuenten con más de cuatro años de antigüedad se inclina por la innecesariedad de la licencia (377).

MARTÍN BLANCO emplea, al ocuparse de este tema, como criterio diferenciador la fecha de la terminación de la obra. Si ésta se terminó antes de

---

(373) Congruentemente con el contenido de los artículos 10 y 12 del Reglamento de Servicios, las licencias "no alterarán las situaciones jurídicas privadas" y se entenderán concedidas "sin perjuicio de tercero y salvo el derecho de propiedad" (v. *supra*).

Y además, por otro lado, "las licencias quedarán sin efecto si se incumpliesen las condiciones a que estuviesen subordinadas" (art. 16 RS). De este aspecto, y en su consideración de *conditio iuris,* se ocupa P. MARTÍN HERNÁNDEZ: "Licencias urbanísticas", en *Manual del Alcalde,* ed. Banco de Crédito Local de España, Madrid, 1985, págs. 16 y sigs.

(374) Evidentemente, si se aporta la licencia y la certificación técnica, sea cual fuere la fecha de la terminación de la obra, la publicidad registral operará frente a tercero en favor de la plena seguridad jurídica (para la licencia legal nos remitimos a lo expuesto).

(375) *Op. cit.*

(376) CARBONELL y GÓMEZ-PAVÓN abogan por la aplicación estricta del plazo de los cuatro años *(op. cit.).*

(377) *Op. cit.,* págs. 532 y sigs.

entrar en vigor la nueva Ley, una 'interpretación lógica' nos llevará a entender que el artículo 25.2 'no es aplicable a estas situaciones', ya que una 'medida adoptada y adoptable frente a la edificación realizada sin licencia es la de su calificación como infracción urbanística y su estimación legal de edificio fuera de ordenación. Pero algo muy distinto es impedir su inscripción en el Registro de la Propiedad que viene a ser como una *pena o sanción* añadida sin concurrir los requisitos legales necesarios para su imposición'. El "cumplimiento a rajatabla del precepto puede conducir a graves repercusiones jurídicas y económicas al dejar fuera del Registro a dichas edificaciones, produciendo una situación que por regresiva y desconocedora del valor jurídico de lo *fáctico urbanístico* puede calificarse de entorpecedora e injusta". Y como solución más viable propone, en caso que se estimen estas consideraciones, la suficiencia de la certificación técnica visada por el Colegio respectivo y legitimada la firma notarialmente, 'en la que se haga constar la fecha de la finalización de las obras y que ésta se ajusta al proyecto visado por el propio Colegio Oficial' (378).

MÉNDEZ GONZÁLEZ, finalmente, se muestra favorable a la acreditación documental —documento administrativo— de que la incorporación patrimonial se ha producido, y ello porque el presupuesto de la aplicabilidad del artículo 25.2 es el 25.1 y la propia Disposición Transitoria 6.ª, y el Registrador no puede calificar por sí mismo la incorporación patrimonial, ya que sólo 'se le atribuye un control formal, pero no sustantivo o de fondo de la legalidad urbanística' (379).

En cualquier caso, el planteamiento doctrinal es el que razonablemente podría provocar una Ley que cuestiona, al menos a primera vista, la propia titularidad dominical. Y aquí se pone de manifiesto, es preciso advertirlo, la virtualidad jurídico-práctica del artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística, y por tres razones fundamentales que se encuentran implícita y explícitamente en las opiniones apuntadas con anterioridad y en este punto: 1.ª El carácter irretroactivo de una norma sancionadora. La prohibición dirigida a Notarios y Registradores es de naturaleza formal. 2.ª La intrascendencia de la licencia respecto al derecho de propiedad, y más aún en las obras que se levantaron amparadas en licencia que no prejuzgaban la titularidad (art. 12 RS). 3.ª La imposibilidad de apreciar de oficio el cumplimiento de la legalidad urbanística —incluso aunque haya licencia— y de la prescripción, ya que aunque hayan pasado cuatro o diez años la edificación puede haberse levantado sobre zona verde o puede haberse asimismo interrumpido el plazo. Y de estas razones derivan otras

(378) *Op. cit.*, págs. 108-109.

(379) No sin excepciones, como el acta de notoriedad de la antigüedad de la obra superior a cuatro años *(op. cit.)*.

tantas consecuencias: lo 'fáctico urbanístico' y lo 'fáctico civil', esto es, la existencia de la edificación, no obstante su hipotética demolición, es una realidad física difícilmente cuestionable, se autorice o no la escritura, se inscriba o no el documento. Lo importante en el control instrumental de la regularidad urbanística no reside tanto en la existencia de la licencia y en su propia legalidad, sino en la publicidad registral de la situación urbanística que se desprende del documento. En ningún caso la inscripción va a impedir la demolición de una obra ilegal —aun amparada en licencia—, ni debe hacerlo. Lo que sí publicará es la regularidad o irregularidad de la edificación y el medio documental que la acredita, determinando un preciso régimen de responsabilidad, privada y pública. En definitiva, pues, la demolición operará sobre el objeto jurídico directamente y sólo mediatamente sobre la titularidad, que permanece intrínsecamente estabilizada. Si de derruye el edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, por ejemplo, la titularidad permanece sobre el solar, transformándose esa comunidad especial en una comunidad ordinaria. Lo importante, a nuestro juicio, es, como hemos dicho, la publicidad de la situación urbanística en aras de la seguridad jurídica, sin perjuicio de trascendencia jurídico-administrativa. De la inscripción resultará un 'plus' de garantía y de responsabilidad, pero nunca un impedimento frente a la acción administrativa de restablecimiento de la legalidad urbanística (380).

En conclusión, podemos decir que la fecha y la disposición a tener en cuenta a efectos de la aplicación de la nueva Ley son el 16-8-1990 y el artículo 25.2, desconectado desde la óptica registral de su fundamentación segunda (art. 25.1 y DT 6.ª). El carácter irretroactivo de la misma se impone. Ahora bien, ello no evita el siguiente planteamiento:

1. *Declaración nueva de "obra vieja"*

El primer punto de colisión en orden a la aplicación retroactiva o irretroactiva del artículo 25.2 es el del propio tratamiento jurídico, sustantivo y formal de la declaración de obra nueva. Como hemos señalado

(380) Tampoco se puede hacer depender la protección registral de los derechos de que el Ayuntamiento certifique de que se ha operado la prescripción o se ha consumado la adquisición de una licencia por silencio positivo Lógicamente, no tenderá a reconocer por certificación su falta de diligencia en materia tan delicada como la disciplina urbanística.

Todas estas disquisiciones, por otro lado, revelan la necesidad que tiene el intérprete del Derecho de reducir a un ordenamiento unitario disposiciones civiles y administrativas donde la titularidad dominical chirría frente al fundamento urbanístico del sistema de incorporaciones patrimoniales de la Ley de Reforma; y buscando la seguridad que el Registro presta, se intenta por todos los medios que la situación jurídica que publica sea lo más firme posible en cuanto a su inalterabilidad del objeto.

reiteradamente, el acto sujeto a licencia es la realización de la obra, con independencia de quién sea su titular (381) antes y después de la nueva Ley. Esto es, desde el aspecto sustantivo la obra no estará sujeta a esta Ley. Sin embargo, a primera vista, ello no impedirá la aplicación del artículo 25.2 dado su carácter formal, ya que la exigencia material es la misma y no se trata de un nuevo requisito urbanístico. Se trata, pues, de un requisito cuya novedad se restringe al ámbito privado de las declaraciones de voluntad en instrumento público. La irretroactividad no se plantearía respecto de las declaraciones nuevas de obra realizada con anterioridad, puesto que cuando esta declaración se formaliza la nueva Ley está vigente y la seguridad jurídica se refuerza en virtud de la inmediata correlación o coordinación legislativa. Luego lo lógico, en principio, es postular por su aplicación formal, con independencia del juego de las incorporaciones patrimoniales de la Ley de Reforma, civilmente intrascendentes, a nuestro juicio, en cuanto no cuestionan la titularidad, aunque sí la subsistencia del objeto (382). Entonces, ¿de dónde resulta su posible inaplicabilidad o irretroactividad? Pues bien, ésta surge de la propia naturaleza jurídica de la prohibición que contiene el mencionado artículo, que al penalizar o restringir los derechos individuales desaconseja la retroactividad a situaciones jurídicas que produjeron o van a producir sus efectos sustantivos bajo el amparo de otra Ley. Es decir, la formalidad de la disposición se vería privada de todo fundamento sustantivo, y más aún si se tiene en cuenta que la licencia se otorgó sin perjuicio del derecho de propiedad. Por ello, la doctrina cuestiona su aplicabilidad en relación a la Disposición Adicional 6.ª, produciéndose la paradoja de que bien podría haberse promulgado la Ley de Reforma y en los mismos términos, sin incluir el precepto que contiene el artículo 25.2, su finalidad es otra.

Así pues, si nos mostramos contrarios a la retroactividad de esta disposición es por una única razón: su naturaleza penalizadora (383). Ningu-

(381) La licencia, según MARTÍN HERNÁNDEZ, tiene 'carácter real, en el sentido de que se prescinde de los aspectos subjetivos del peticionario de licencia y que toda la comprobación administrativa se centra en la actuación a realizar y su encaje en el ordenamiento urbanístico' *(op. cit.,* págs. 15-16 y 70-72).

Asimismo, aparte de GONZÁLEZ PÉREZ (v. *supra),* en la misma dirección se expresa J. MIGALLÓN RUBERT. *Manual de régimen local y Derecho urbanístico,* ed. Colegio de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Alicante, Alicante, 1990, pág. 397 ('su único punto de mira es el objeto sobre el que recae, abstracción hecha de las circunstancias del sujeto que la pide, de forma que un eventual cambio de las personas resulta del todo irrelevante').

(382) Con las importantes matizaciones destacadas con anterioridad.

(383) La Ley no repara en el momento de realizarse la obra sujeta a licencia, sino en la de la simple declaración formal. Y tampoco su instrumentación pública cuestiona ni la titularidad dominical ni el derecho urbanístico a la edificación a que se refieren el artículo 25.1 y la propia Disposición Transitoria 6.ª.

na otra razón aboga por su inconveniencia, salvo las que deriven de la dificultad material de su cumplimiento —licencia y certificación técnica—, que podrían salvarse con un documento administrativo supletorio indicando la innecesariedad de la licencia al tiempo de la construcción o la prescripción de la acción administrativa (art. 15.2, *in fine*, LDU).

No obstante, si simplificamos la interpetración de la aplicabilidad del artículo 25.2 en los términos expuestos, el problema subsiste en cuanto al ámbito de la irretroactividad. ¿Se extiende a todas las obras iniciadas con anterioridad o sólo a las finalizadas al tiempo de la entrada en vigor de la nueva Ley? Las declaraciones realizadas con anterioridad a ésta se excluyen por no haber sido presupuesto de su otorgamiento ni razón de su no inscripción el propio artículo 25.2, y su retroactividad no se ha recogido expresamente en la Ley; pero ¿y las iniciadas o terminadas y no declaradas?

La Disposición Transitoria 6.ª, desde el aspecto sustantivo, si recurrimos a ella, plantea cuatro situaciones fuera de la patrimonialización operada: 1.ª Obras nuevas terminadas hace más de cuatro años respecto de las que no se hayan iniciado expedientes o medidas de disciplina urbanísticas. 2.ª Obras nuevas terminadas (384) hace más de cuatro años, frente a las que se esté actuando con medidas de restablecimiento de la legalidad. 3.ª Obras nuevas terminadas hace más de cuatro años en zona verde o espacio libre. 4.ª Obras nuevas terminadas hace menos de cuatro años, se haya iniciado o no acción administrativa en contra. Lo que no nos lleva a conclusión ninguna, ya que en principio la demolición sería la única medida —y es jurisprudencialmente una medida no excepcional, pero sí extrema— (385) que podría incidir directamente en la extensión objetiva del derecho inscrito, no de la titularidad; y la certificación administrativa, el único medio de salvar con ciertas garantías —el transcurso del plazo de prescripción es sólo un indicio— el obstáculo del artículo 25.2.

Otro criterio podría extraerse de la posibilidad o imposibilidad de aplicar la Disposición Transitoria 6.ª, 'a contrario' y en relación al artículo 26. ¿Podrá demolerse, expropiarse o venderse forzosamente la obra ex artículo 26? Obviamente, los medios del artículo 26 no pueden imponerse, tácitamente y con carácter retroactivo, por los cauces de la Ley de Reforma, aunque la obra esté sólo iniciada o no hayan pasado los cuatro años —con la excepción aludida— y el término 'edificaciones existentes' de la

(384) Como hemos visto, civilmente, la novedad de la obra no alude a la fecha de su realización, sino al momento de su declaración

(385) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, op cit., pág. 282, y *Comentarios a la Ley del Suelo*, op. cit., págs. 1856 y sigs.

Si la obra no se derruye, su materialidad estará reñida con la imposibilidad de su instrumentación pública.

Transitoria 6.ª lo interpretemos como terminadas por simple coherencia con el texto que sigue y por la forma de realizar el cómputo del artículo 32 del Reglamento de Disciplina Urbanística. Luego si esta norma sustantiva no es aplicable, ¿cómo lo va a ser otra adjetiva, como el artículo 25.2? Volvemos, pues, al punto de partida: el criterio de la patrimonialización de la obra no es el determinante.

La solución sigue estando en el sistema canario de publicidad registral o de plena coordinación situación física-situación jurídica. Y la pauta de actuación sería, con carácter general, exigir los requisitos del artículo 25.2 y, en caso de su imposible acreditación, aplicar el artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística, haciendo constar por nota marginal la irregularidad urbanística, cancelable por caducidad o mediante la aportación de la documentación oportuna, distinguiendo entre obras en construcción y obras terminadas.

2. *Obras en construcción y obras terminadas*

Si la obra en construcción está previamente inscrita, parece inevitable inscribir sin restricción alguna la terminación de la edificación, sin que sea de aplicación el artículo 25.2. Y no ya por su antigüedad, sino por propia coherencia del nuevo sistema. Ello revela la instrascendencia formal de la fecha de su inicio, puesto que la obra en construcción constará inscrita al margen de la acción administrativa; y si negamos el acceso al registro de la terminación —hecho físico—, la vida jurídica del edificio seguirá su curso a pesar de esta omisión perturbadora. Por otro lado, si postulamos la irretroactividad genérica del artículo 25.2 sería contradictorio exigir un nuevo requisito en la terminación de obra —certificación técnica en sentido estricto— sin que se haya aportado la licencia sin el cumplimiento del presupuesto de hecho total de ese precepto (retroactividad parcial).

Esta situación, sin embargo, sí aclara algunas dudas sobre este tema: el carácter formal de la disposición está reñido con cualquier tratamiento sustantivo de la cuestión. Esa obra inscrita puede demolerse y puede ser ilícita, urbanísticamente hablando. Lo que priva a la patrimonialización de su pretendida virtualidad a efectos de la extracción de un criterio sobre retroactividad legal.

En segundo término, si la obra en construcción no está inscrita, lo prudente será, fuera de cualquier condicionamiento urbanístico derivado de la fecha de su inicio, exigir el cumplimiento del artículo 25.2 y, en otro caso, aplicar el artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística. Esta postura, con carácter general, la defiende MARTÍN BLANCO cuando después de inclinarse por el carácter irretroactivo de la Ley respecto de obras

terminadas antes de su vigencia señala la plena aplicación del artículo 25.2 a 'la obra no terminada a la entrada en vigor de la Ley o que se comience con posterioridad' (386).

La obra nueva terminada, en tercer lugar, con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley —extremo que tiene que acreditarse—, entendemos que no está sujeta a los requistos del artículo 25.2, aunque se declare con posterioridad a ésta. Otra cosa es que como medida de prevención o coordinación y pensando en el tercero le exijamos la aportación de los documentos que cita, sin perjuicio de lo dispuesto, en nuestro caso, por los artículos 14 y 15 de la Ley de Disciplina Urbanística.

Aunque responda a una simple cuestión terminológica, si el artículo 25.2 se incardina plenamente en la nueva Ley, no será de aplicación a las *declaraciones nuevas de obra vieja.* Hemos de entender que el artículo 25.2 al hablar de 'declaraciones de obra nueva' se está refiriendo a las nuevas obras que se realicen a partir de su entrada en vigor por carecer el precepto de efecto retroactivo. La distinción, pues, se establece en función del presupuesto de hecho del propio artículo que recoge la prohibición. No es lo mismo, de esta forma, una obra nueva que una nueva obra (387).

---

(386) *Op. cit.*, pág. 109.

Es curioso observar cómo MARTÍN BLANCO, en su condición de administrativista, al tratar de la irretroactividad del artículo 25 2 no alude a la Disposición Transitoria 6.ª. Esto es, no se plantea la patrimonialización como circunstancia o presupuesto de ese carácter, igual que entiende que la adquisición de la propiedad de la edificación 'no es ya un efecto de la legislación urbanística, a pesar del artículo 25, sino de las normas jurídicas privadas comunes, y esa incorporación patrimonial se produce por título de propiedad definitiva' (pág. 105, v. *supra).*

Dice este autor, contrariamente a la interpretación de LASO (v. *supra),* que la supresión de la Transitoria 8.ª responde al carácter irretroactivo del artículo 25.2, puesto que ésta suponía la retroactividad a las obras terminadas durante los últimos cuatro años.

(387) *Régimen jurídico del suelo en Canarias,* op. cit., págs. 33-34 y 47.

De esta forma, la obra en construcción estará o no sujeta a la nueva Ley en la misma medida que lo esté la edificación en sí misma considerada, por lo que trasciende al precepto formal la disposición sustantiva vía supuesto de hecho y sin perjuicio del carácter cautelar —coordinación— que tiene frente a tercero solicitar, en todo caso, del presentante la documentación que establece el artículo 25.2, no como exigencia impeditiva y sí como circunstancia trascendente (art 51 RH).

MERELO ABELA señala que la Ley no tiene efectos retroactivos respecto del aprovechamiento urbanístico autorizado por la licencia otorgada o solicitada con anterioridad a su entrada en vigor, conforme a la normativa urbanística aplicable *(op. cit.,* págs. 249-250). Observación que plantea, en relación a la Disposición Transitoria 6.ª, la incorporación patrimonial de las obras en construcción una vez terminadas sin atención al régimen de la nueva Ley y a pesar del tenor literal de dicha disposición, que se restringe a las edificaciones existentes y realizadas conforme a la legislación anterior aplicable. Por lo que parece que no existe fundamento sustantivo —a efectos del supuesto de hecho del art. 25.2— que sustente la exigibilidad de ese doble requisito —licencia y certificación técnica—, ya que si la obra se regirá por la legislación precedente, el control formal deberá seguir ese mismo régimen.

Y en este sentido cobra vigencia la fijación del momento en que la obra se considera

Este criterio distintivo, en definitiva, parece, a un tiempo, el más simple, el que más fácilmente encaja en la naturaleza restrictiva o penalizadora del precepto y el que mejor garantiza los intereses dignos de protección registral, sin que le sea indiferente el tratamiento sustantivo de la situación jurídica.

En resumen, pues, el ámbito temporal de aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley de Disciplina Urbanística y en la Ley de Reforma sería el siguiente:

— Por razón de la antigüedad de la obra como presupuesto material de hecho del control formal (arts. 14 y 15 LDU y 25 LRRU) (388).
— Obras nuevas terminadas antes del 11-6-1990: irretroactividad de ambas leyes.
— Obras nuevas terminadas después del 11-6-1990 y antes del 16-8-1990: aplicación de los artículos 14 y 15 de la Ley de Disciplina Urbanística (licencia) e irretroactividad del artículo 25.2 de la Ley de Reforma (licencia y certificación).
— Obras nuevas terminadas después del 16-8-1990: están sujetas a lo dispuesto en los artículos citados, sin perjuicio, en su caso, de lo prevenido en el artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística.
— Por razón del momento en que se realiza la declaración de obra nueva:

'en construcción', que expusimos con anterioridad (tesis de CÁMARA, LASO o GARCÍA GARCÍA), y que parece conveniente dada la irretroactividad aludida (MERELO) señalarlo en el momento de la *solicitud de la licencia,* habida cuenta, además, de que es criterio jurisprudencial, a efectos indemnizatorios por anulación o revocación de licencias, el abono de los honorarios del proyecto, punto de partida para la relación de gastos a satisfacer y que ese momento de la solicitud —mediante la presentación del proyecto técnico— es determinante para el cómputo de los plazos de adquisición de una facultad urbanística tan decisiva como el derecho a edificar, por lo que puede decirse que la obra está 'en construcción' a partir de la mencionada solicitud (MERELO: *Op. cit.*, pág. 172).

No obstante, si esto es verdad, como argumento sustantivo de naturaleza urbanística respecto de las edificaciones realizadas con licencia, puede jugar en contra en el caso de edificaciones que carecen de licencia o incumplen sus condiciones —caducidad entre ellas—, entrando de lleno dentro de la nueva Ley, en cuanto se inste la regularización de su situación legal. Perspectiva que nos lleva al mismo punto de partida; la fecha del inicio de la obra es decisiva —irretroactividad—, pero no evita que se requiera del interesado la presentación de la licencia y, en su caso, de la certificación técnica como documentación complementaria no impeditiva, a menos que se acredite por otros medios (v. *infra)* la antiguedad de la obra, lo que afectaría sólo a las edificaciones terminadas y no en construcción. Antigüedad que puede hacer presumir *iuris tantum* la prescripción de la acción administrativa y que el Reglamento Hipotecario tendría que contemplar, sin perjuicio de la plena eficacia de ésta en supuestos concretos —imprescriptibilidad o interrupción del plazo.

(388) Se toma la fecha de la terminación de la obra como momento determinante de la aplicación de las nuevas leyes, que no tienen efecto retroactivo expreso ni material ni formal.

— Declaraciones de obra nueva anteriores al 11-6-1990: irrretroactividad de ambas leyes (389).
— Declaraciones de obra nueva posteriores al 11-6-1990 y anteriores al 16-8-1990: aplicabilidad de los artículos 14 y 15 de la Ley de Disciplina Urbanística por razón de la fecha de la terminación de la obra.
— Declaraciones posteriores al 16-8-1990: quedarán sujetas a los requisitos de los citados artículos si la obra se terminó con posterioridad a esa fecha.

Este doble régimen jurídico, en orden al ámbito temporal de ambas leyes, pone de manifiesto la intrascendencia formal del plazo de prescripción de acciones, ya que la intervención administrativa, por razones de disciplina urbanística, tendrá lugar en todo caso y conforme a la Ley sustantiva aplicable en cada momento (LS, RDU, LDU, LRRU). Exista o no licencia. Exista o no certificación técnica. Sea licencia válida o ilícita. Sea prescriptible o imprescriptible la infracción.

Situación que se patentiza, por otro lado, si la declaración de obra nueva se realizó con anterioridad a la entrada en vigor de cualquiera de esos dos cuerpos legales, al margen de la patrimonialización de la edificación y del plazo de cuatro años para la prescripción de las acciones prescriptibles —y valga la aparente contradicción terminológica—. Puesto que si en este caso la escritura es inscribible sin ulterior requisito, la antigüedad sustantiva —prescripción, patrimonialización— de la obra no aporta nada nuevo a su específico tratamiento jurídico-registral.

3. *Medios de acreditar la antigüedad de la obra*

En definitiva, y cualquiera que sea el criterio interpretativo, el estudio de los medios de acreditar la antigüedad de la obra sería inevitable.

---

(389) Desde el punto de vista del control instrumental, este supuesto revela la trascendencia formal de los preceptos citados, ya que, en otro caso, si la aportación de la licencia o de la certificación técnica, en su caso, no fue presupuesto del otorgamiento de la escritura, difícilmente puede tener lugar la concatenación de los requisitos, escritura e inscripción, y más aún si se tiene en cuenta que ambos documentos, según el artículo 25.2, deben testimoniarse en las respectivas escrituras. En otro caso sería exigible la aportación de esos documentos con carácter autónomo y, por tanto, el momento de su aplicabilidad vendría determinado por la presentación en el Registro (retroactividad de hecho por razón del presupuesto legal).

3.1. Manifestación en documento público

En principio, podría estimarse suficiente la manifestación del interesado bajo pena de falsedad en documento público, que en otros preceptos relativos a materias de no menor importancia y trascendencia social —arrendamientos, vivienda familiar— se contempla, puesto que la manifestación aquí tampoco impide la acción de quien tenga derecho a ello. Es una importante pero simple norma de seguridad jurídica registral, no impeditiva del ejercicio sustantivo de esa acción, que se reserva, en todo caso, por razones de orden público. Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa no presenta gran utilidad, dada la pluralidad de medios de que el propietario dispone para acreditar este extremo —desde el recibo catastral hasta la cédula de habitabilidad— (390). Y además, su solicitud es una forma de colaboración con las distintas Administraciones públicas a efectos de control de la realidad física.

En nuestra Comunidad, donde queda abierta vía para este medio, la manifestación dará lugar a la publicidad registral de la posible infracción urbanística, conforme al artículo 15.2 de la Ley de Disciplina Urbanística, lo que activa el interés del propietario para hacer constar en el Registro la legalidad urbanística en cualquier momento ulterior.

3.2. Certificación municipal

La certificación municipal, por su parte, se presenta como el medio más adecuado para este tipo de prueba, ya que es la propia autoridad urbanística la que expide el documento, con lo que los problemas de disciplina quedarán patentizados por la sola solicitud, al margen de la irretroactividad formal del artículo 25.2 o, en su caso de los artículos 14 y 15 de la Ley de Disciplina Urbanística.

Obviamente, por analogía con los artículos 13 y 18 de la Ley de Disciplina Urbanística y punto 2.º de la Disposición Adicional 10, el Secretario de la corporación municipal —o del órgano urbanístico, como dice la nueva Ley— será la persona capacitada para certificar.

3.3. Certificación catastral

Dependiendo del caso concreto y del extremo a que se contraiga la certificación catastral o el recibo del impuesto municipal sobre bienes

(390) En último término se cuenta con el acta de notoriedad si no existe reflejo documental, lo cual no deja de ser impensable aunque la obra sea clandestina.

inmuebles, aparecen estos dos medios como idóneos para acreditar la antigüedad de la edificación. Seguramente el simple duplicado del alta catastral no bastará, ya que se fundamenta en la simple declaración unilateral del contribuyente, sin comprobación administrativa alguna.

Lo más adecuado sería que la certificación, en virud de la solicitud privada, se refiriese a esa edificación en concreto, no sea que el derribo de la preexistente ampare la nueva construcción.

Tanto en este supuesto como en el que precede y sigue, la relación entre la obra declarada y aquella a que se contrae la certificación debe ser indubitada (391).

3.4. Certificación técnica

La certificación técnica y, mejor aún, la certificación de terminación de obra visada por el Colegio oportuno, obviamente, es un medio riguroso de acreditación del momento en que se inició o finalizó la edificación. La propia Ley en el tan repetido artículo 25.2 lo emplea.

Este documento tiene la ventaja de que puede recoger —al menos en la terminación de obra— el que ésta se realizó conforme al proyecto aprobado por la licencia, como explícitamente recoge el impreso oficial.

3.5. Cédula urbanística

Si la voluntariedad de los Ayuntamientos ha condenado al fracaso a este tipo de documento urbanístico, como hemos visto, el artículo 29 de la Ley de Reforma abre un nuevo camino para su establecimiento al recoger el deber concreto de información por parte de aquéllos (392). Y así, conjuntamente con la certificación municipal, la cédula o información suministrada por la Administración puede hacer referencia a ese punto concreto: la antigüedad de la obra. Todo ello sin perjuicio de que previamente en el propio Registro puede constar su existencia por el nuevo cauce del citado artículo 29, punto 2.

---

(391) En nuestra Comunidad las certificaciones municipales relacionan expresamente la licencia de segregación o innecesariedad, por ejemplo, con el documento notarial que contiene la descripción de la finca.

(392) Véase *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, págs. 62 y sigs.

Para el estudio de esta cédula, véase GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, op. cit., t. I, págs. 710 y sigs. (comentarios al art. 63 LS)

3.6. Cédula de habitabilidad

Por Decretos de 23-11-1940 y 24-2-1972, modificados en parte por Real Decreto de 10-5-1979, se establece el régimen jurídico de la cédula de habitabilidad, que atiende fundamentalmente, como su nombre expresa, al control de las circunstancias objetivas de las viviendas en relación a sus condiciones higiénicas, sanitarias y de aptitud para que en ellas pueda fijarse una residencia individual o familiar, entre las que se incluyen desde la superficie de los dormitorios a la idoneidad de las escaleras de acceso. Es, pues, una licencia o autorización distinta de la licencia de edificación, de la licencia de primera ocupación de los edificios y de la licencia de apertura e, incluso, compatible con ésta (393). Su orden cronológico general, como indica MARTÍN HERNÁNDEZ (394), sería: 1.º Licencia de obra o edificación. 2.º Licencia de primera utilización u ocupación del edificio o de adecuación del uso. 3.º Licencia de apertura cuando se pretenda implantar establecimientos industriales o mercantiles o —puede añadirse— cédula de habitabilidad.

La licencia de apertura es independiente y puede ser previa a la licencia de edificación sin que ésta presuponga aquélla, ya que en su concesión pueden intervenir organismos distintos del propio Ayuntamiento para verificar la adecuación técnica y medioambiental del proyecto industrial o establecimiento mercantil de determinadas caracteristicas (art. 22.1 y 3 RS). Su independencia o interdependencia ha sido puesta de manifiesto recientemente por el Tribunal Supremo (S. 17-4-90): 'No obstante la conexión o interrelación entre la licencia de obras y la actividad', 'hay que estar siempre a que es la licencia de construcción la que se condiciona por la de apertura, y no esta última la que se subordina a la de obras'; 'y que teniendo la licencia de apertura su propia autonomía y singularidad, la misma no puede depender de que la obra del edificio en que la actividad se hubiese dado' sea ilegal, 'porque las cuestiones de edificación ilegal por falta de licencia o por contravenir la otorgada tiene su específica regulación', 'y no se puede aprovechar el trámite de la licencia de instalación o de apertura para tratar de solucionar los problemas de ilegalidad o de falta de legalización', 'que tiene su propio camino y tratamiento', pues las licencias de primera utilización de los edificios, al igual que las de apertura e instalación, han de otorgarse o denegarse con carácter tan reglado que la autoridad correspondiente está obligada a resolverlas dentro de los límites previstos en la normativa urbanística aplicable y no pueden plan-

(393) Ya que si se trata de un establecimiento mercantil o industrial difícilmente estará dotado de cédula de habitabilidad. El uso de ese espacio es distinto (v. *Régimen jurídico del suelo en Canarias,* págs. 58 y sigs.).

(394) *Op cit.*, págs. 50 y sigs. Sobre la conveniencia de su unificación, pág. 52.

tearse temas que desborden su propio ámbito, cual es 'si el uso es admisible en el lugar según el Plan u Ordenanzas si el proyecto cumple las condiciones técnicas de seguridad' 'y si en su caso no se dan las circunstancias previstas en el artículo 10.3' del RGU, 'no pudiendo', pues, 'utilizarse la licencia de instalación para regularizar las obras' (395).

Ahora bien, ello no quiere decir que la existencia de la cédula de habitabilidad sea urbanística y registralmente intrascendente. De momento la otorga *un órgano administrativo,* por lo que, por simple coherencia interna, si la concede —como la de apertura— no puede alegar que desconoce la existencia de la edificación (396). Por otro lado, acredita la antigüedad de la obra, por lo que la terminación de ésta será siempre anterior a su obtención, *presuponiendo* —es requisito inexcusable— la aportación del certificado técnico de terminación de obras ajustadas al proyecto aprobado por la licencia y visado por el Colegio profesional oportuno (art. 2 del D. 24-2-72) (397). Y como medio de control la utiliza la propia Administración urbanística. Así, el artículo 6 de la Ley de Disciplina Urbanística impone a las empresas de suministro de energía eléctrica, agua, gas y electricidad que sólo contraten definitivamente con los propietarios de las viviendas dotadas de cédulas de habitabilidad, calificación definitiva de VPO o licencia de primera utilización de edificaciones no residenciales, con la única exclusión de las viviendas autoconstruidas

---

(395) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo,* op. cit., págs 72-73 y 611 y sigs. *(Licencia para el ejercicio de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas).*

Sobre licencia de primera ocupación como medio de controlar la efectiva ejecución del proyecto aprobado por la licencia de obras, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 4-11-1985 *(Régimen jurídico del suelo en Canarias,* op. cit., pág. 58).

(396) Debe referirse a las viviendas autoconstruidas iniciadas con anterioridad a la referida Ley porque ésta califica a aquéllas de VPO, y el Real Decreto de 10-5-1979 que modifica el artículo 3.3.º del Decreto 469/1972 sobre cédula de habitabilidad exime de este requisito a la primera ocupación de VPO, entre otras.

Por su parte, el Decreto 29/1991, de 21 de febrero *(BOC* 1-3-91), desarrolla las condiciones de aplicación de los apartados 3 y 4 del citado artículo 6 de la Ley de Disciplina Urbanística, señalando en su artículo 1 los requisitos que deben reunir para considerarse 'viviendas autoconstruidas o crecederas' (autopromoción, autoconstrucción, unifamiliares, anteriores a la Ley 11/1989, domicilio habitual y permanente, servicios mínimos y demás condiciones de higiene y habitabilidad). Circunstancias que, conforme al artículo 2.2, deben acreditarse mediante certificación municipal.

(397) P. MARTÍN HERNÁNDEZ *Op cit.,* págs. 51-52 Recoge, por otra parte, la Sentencia de 5-10-1969, según la cual 'la licencia de instalación, que regula el Reglamento de Actividades Clasificadas, absorbe y unifica la de obras y apertura', si bien la evolución jurisprudencial no apunta por este camino.

Sobre su carácter reglado y su idoneidad por adecuación de la edificación de la licencia de obras, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 15-11-1983 (F. PERA VERDAGUER: *La Administración local en la jurisprudencia,* ed. Abella, Madrid, 1984, pág. 399).

iniciadas con anterioridad a la Ley de 27-7-1989 de viviendas para Canarias que reúnan determinadas condiciones de habitabilidad apreciables por el Ayuntamiento y de las que exceptúe expresamente la Consejería competente por razones de 'extrema necesidad social' (398).

3.7. Licencia de primera ocupación

A pesar de los amplios términos en que se concibió la licencia de primera utilización u ocupación de los edificios, como complementaria de la licencia de obras o edificación, en cuanto verifica la efectiva ejecución del proyecto y la adecuación del uso, dedicándose a la misma los artículos 21 y 22 del Reglamento de Servicios, 178 de la Ley del Suelo y 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística, en práctica, dice MARTÍN HERNÁNDEZ, vive esta licencia subsumida en otras, particularmente en la de apertura, como lo prueba la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 17-1-1990 antes aludida. Dice este autor que el 'control de uso', en todo caso, debe ser previo a la propia licencia de obra', siendo lógico, por tanto, que se subsuma 'en la licencia de obras', debiéndose 'encomendar a la licencia de primera utilización u ocupación un control *a posteriori* sobre el cumplimiento de los compromisos adquiridos, en su caso, por el constructor y las determinaciones de la propia licencia de obras, conectando, además, todo el proceso de autorizaciones a actos simultáneos o a un acto único aunque se produzca en fases sucesivas para evitar al administrado la incomodidad de repetir sus instancias ante la Administración con aportación reiterada de idénticos documentos (399).

En cualquier caso, lo que sí está claro es que esta licencia es el medio idóneo para acreditar la antigüedad de la obra y supone la verificación de la adecuación de la obra al proyecto aprobado, ya que según el artículo 21.2.*d)* para su concesión debe examinarse tanto el ajuste de la obra al planeamiento —y licencia— como la adecuación al uso a que se destina el edificio, según la zona en que se ubica y sus condiciones de seguridad y

---

(398) En razón inversa a ésta. A más antigüedad, mayor idoneidad.

(399) Podrá decirse que esa ampliación objetiva está sujeta al artículo 1.2 del RGU, pero hasta ahora no encuentro diferencia alguna entre ambos, salvo la relativa a ampliaciones que no impliquen una nueva planta sobre el suelo o sobre el vuelo, es decir, la agrupación de edificios colindantes.

La distinción debe aludir a un dato técnico-arquitectónico La necesidad o innecesariedad del establecimiento de unos nuevos cimientos —nueva planta— que haría posible la ampliación objetiva sin nueva planta si los preexistentes resisten ésta.

Podríamos presumir que siempre que hay ampliación objetiva, haya o no nueva cimentación, hay obra nueva. Y en consecuencia, se incluya o no el punto 2, la situación será la misma.

salubridad, así como el cumplimiento por el constructor del compromiso de urbanizar simultáneamente.

3.8. Acta de notoriedad

Si seguimos el criterio advertido de irretroactividad de la nueva Ley a las obras iniciadas o terminadas antes de su entrada en vigor, el acta de notoriedad se reconoce por la doctrina como medio idóneo para acreditar la antigüedad de la obra, sin perjuicio de su carácter residual, pues parece lógico, en aras de la seguridad jurídica, instar la acreditación a través de un documento administrativo preferentemente municipal la regularidad urbanística de la obra, en cuanto de la publicidad registral va a resultar el medio utilizado. Es decir, el acta es perfectamente aconsejable para acreditar la antigüedad, sobre todo en determinados casos (400); pero si a un tiempo puede complementarse la escritura de declaración de obra nueva con otros documentos —licencia, certificación municipal...—, aún mejor. La colaboración y coordinación urbanística será más completa.

4. *Modificación*

Directamente relacionado con el apartado en que nos ocupábamos de las modificaciones objetivas de las declaraciones de obra nueva realizadas a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley se encuentra éste. Y como allí decíamos, el problema empieza por delimitar el propio concepto de 'declaración de obra nueva' que emplea el artículo 25.2, que no se corresponde con los términos utilizados por la legislación urbanística y que plantea si lo que se ha seguido es la práctica técnica civil, con lo que se incluye en la 'obra nueva' la declaración nueva de 'obra vieja' que excluye su modificación objetiva y sólo alcanza a la sustitución de una edificación por otra, o por el contrario, al tratarse de un precepto urbanístico —como entendemos que debe interpretarse— hemos de ampliar su ámbito a toda 'nueva obra' sujeta a licencia por simple coherencia con la legislación sustantiva en que se integra el artículo 25.2. De tal suerte que puede producirse de hecho la quiebra de la legalidad administrativa que de un edificio civilmente unitario predica el régimen jurídico de los 'excesos de edificación' a que alude directamente el artículo 28, sea o no demolible, según su dimensión, y afecte o no al tercero hipotecario (art. 28.2).

Y desde esta perspectiva, toda modificación de la obra nueva declarada

(400) Véase *supra*

y realizada con anterioridad a la vigencia de la Ley de Reforma quedará excluida de su ámbito aunque se documente públicamente —se declare la modificación— con posterioridad a ésta, admitiéndose, respecto de la nueva construcción y para acreditar su fecha, cualquier medio de prueba expuesto con anterioridad. Obviamente, si se declaró la modificación con anterioridad a dicha Ley, hayan o no pasado cuatro años, sería inscribible sin más.

4.1. Obra nueva

La cuestión primordial se cifrará en esta materia en la adecuación interpretativa del concepto 'nueva obra' al de licencia de edificación, que puede restringirse al de 'obra de nueva planta' sobre el suelo o sobre el vuelo de la construcción preexistente concretamente, pues hemos de referirlo al punto 1 del artículo 1 del RDU ('Las obras de construcción de edificaciones o instalaciones de todas clases de nueva planta') o, incluso, al 2. Como decíamos en el otro apartado precedente sobre esta misma materia, deberá tratarse de una ampliación objetiva de la edificación o construcción por razón de la superficie de suelo ocupada o volumen edificado, y en consecuencia debemos excluir cualquier otra modificación no sujeta a este número 1 —y 2— del artículo 1, en orden a la aplicabilidad de la Ley y del régimen transitorio. Situación o novedad que hemos de extraer directamente de los datos descriptivos y, en su defecto, de la certificacion municipal o técnica, porque teniendo en cuenta que la obra nueva es registralmente un dato descriptivo de la finca, sólo hemos de tener en cuenta aquella modificación que afecte a la superficie construida o volumen edificado, por lo que el concepto 'nueva planta' no lo referimos a la necesidad de nueva cimentación.

4.2. Propiedad horizontal

Siendo el régimen de propiedad horizontal un régimen jurídico de uso o aprovechamiento del suelo y del volumen edificado o, si se quiere, el régimen jurídico de una comunidad especial, puede claramente extraerse la genérica conclusión de que su establecimiento o modificación no tiene nada que ver con el artículo 25.2 de la Ley de Reforma. Su establecimiento, en cuanto al ser acorde con la obra declarada y ésta con la licencia, no crea ninguna realidad física nueva. La redistribución interior, si bien está sujeta a licencia (art. 1.5 RDU), no se encuentra entre los presupuestos de aplicación del mencionado artículo. Su modificación, si no va precedida de la

simultánea ampliación de la obra nueva declarada, que equivale a una nueva declaración de obra nueva, tampoco estará sujeta a la licencia y certificación técnica correspondiente.

Todo ello, claro está, si no consta en el propio Registro y por razón de la licencia concedida un número limitado de elementos privativos, como señalaba LASO. Dependerá entonces del propio contenido de la licencia, aunque no parece pensable que de la redistribución física y jurídica del edificio se vaya a seguir la resolución de la licencia por incumplimiento de sus condiciones. Más bien procederá su cumplimiento forzoso.

4.3. Destino

Aunque el destino de la obra, en la medida que cumple con el uso predeterminado en el planeamiento, es un concepto urbanístico capital donde reside el núcleo central de la intervención administrativa, aquel uso según destino no deja de ser un requisito genérico. O si se quiere, una cosa es el uso genérico, zona comercial, zona residencial, que controla la licencia, y otra distinta el uso específico o 'civil' de la construcción, que sin carecer de indudable trascendencia —industrial, establecimientos mercantiles, locales— no trasciende, en principio, al mundo de los derechos reales en cuanto su reflejo registral es un mero dato descriptivo y, generalmente, una situación de hecho, y sólo podría vincular al titular a través del específico pacto estatutario seguido de una constatación pormenorizada en la escritura del uso prohibido. El destino, pues, no pasa de ser un dato fáctico en la mayoría de los supuestos.

LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS MANCHA
Registrador de la Propiedad

Modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación

SUMARIO: I. INTRODUCCION. SITUACION ANTERIOR Y CARACTERISTICAS GENERALES DE LA NUEVA DISCIPLINA DE LA REPRESENTACION.—II. ADMINISTRADOR UNICO.—III. VARIOS ADMINISTRADORES SOLIDARIOS.—IV. DOS ADMINISTRADORES CONJUNTOS.—V CONSEJO DE ADMINISTRACION: 1 EJERCICIO DE LA REPRESENTACIÓN POR EL CONSEJO 2 ATRIBUCIÓN DEL PODER DE REPRESENTACIÓN A DETERMINADOS ADMINISTRADORES 3. DELEGACIÓN FACULTATIVA DEL PODER DE REPRESENTACIÓN —VI. CONSEJO DE ADMINISTRACION Y DELEGACION ESTATUTARIA.

I. INTRODUCCION. SITUACION ANTERIOR Y CARACTERISTICAS GENERALES DE LA NUEVA DISCIPLINA DE LA REPRESENTACION

Sin duda, la representación constituye un aspecto importante de la actividad de administración de la sociedad, pero también de los más complejos y polémicos, como en sus diversas y siempre decisivas contribuciones sobre aspectos generales y particulares de la materia en los distintos tipos societarios, ha puesto de manifiesto nuestro maestro don JOSÉ GIRÓN TENA, *(Derecho de Sociedades,* 299 y ss., 502 y ss.; *Derecho, S. A.,* 369 y ss.), a quien con afecto y agradecimiento se dedican las reflexiones siguientes. La reciente reforma de la LSA de 1951 (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en el futuro TRLSA) ha introducido significativos cambios respecto del derecho anterior, tanto en el tema de la titularidad y ejercicio como en el contenido del poder de la representación. En nuestra exposición trataremos de señalar las novedades

y los principales problemas interpretativos en relación con cada una de las formas de organizar la representación, dejando fuera de nuestra consideración el estudio de la extensión y los límites de poder de representación.

La LSA de 1951 atribuía la representación de la sociedad al Consejo de Administración, caso de existir éste y, caso de adoptarse otra estructura del órgano de administración (administrador único o varios solidarios), confiaba a los estatutos (y a los acuerdos de la Junta General) la indicación de quien o quienes ostenten la representación [arts. 11.3.*h)* y 76.1 LSA 1951 y 102.*h)* RRM 1956]. Se trataba, sin duda, de un modelo legal de amplia libertad estatutaria, pero que planteaba algunos importantes problemas de interpretación, entre los que podemos recordar: *a)* si en el supuesto de Consejo de Administración era necesaria la mención estatutaria (en sentido negativo CÁMARA: *Estudios,* I, 586, para quien sólo en caso de diversificación entre la administración y representación procederá la mención); *b)* la forma de llevar a cabo el Consejo la actuación representativa; *c)* la caracterización y el ámbito del poder de representación de los administradores delegados; *d)* la efectiva libertad estatutaria en el caso del Consejo para modificar el modelo legal, que consideraba al Consejo como representante nato, como sobre todo en los otros tipos de administración para establecer una disociación entre los titulares del poder de gestión y de representación (GARRIGUES en GARRIGUES-URÍA: *Comentario,* II, 117; ESTEBAN VELASCO: *La representación de la sociedad,* 313 y ss., con ulteriores referencias; recientemente, CANO FERNÁNDEZ: *El aspecto formal de la representación,* 1157 y ss.; CÁMARA-LORA-TAMAYO-BOLAS: *La representación orgánica,* 140 y ss.).

La reciente reforma, que en este punto no venía obligada por el Derecho comunitario (sobre este aspecto y la orientación del Anteproyecto de Ley de Comisión General de Codificación, *vid.* ESTEBAN VELASCO: *Organización y contenido,* 395 y ss.), frente a lo que sucedía en relación con el ámbito del poder de representación y la protección de los terceros de buena fe respecto de los actos ajenos al objeto (art. 129, TRLSA), trata de afrontar algunas de estas cuestiones, pero adoptando en algunos casos una formulación cuyo alcance puede resultar controvertido y en otros una orientación que tal vez pueda considerarse demasiado restrictiva.

Pasando a describir los nuevos datos normativos en relación con la atribución del poder de representación, debe señalarse que: *a)* la nueva LSA de 1989 no parte de la atribución de la representación de forma imperativa y expresa al Consejo de Administración, caso de existir éste, sino que de forma genérica y contando con los diversos supuestos de estructura del órgano administrativo, declara que "la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos" (art. 128 TRLSA); *b)* los estatutos

determinarán "los administradores a quiénes se confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y el Reglamento del Registro Mercantil" [art. 9.*h)* TRLSA]; *c)* la disponibilidad estatutaria se ve limitada por el RRM, cuyo artículo 124.2, fundamental en la materia, dicta reglas específicas para la atribución y modo de ejercicio del poder de representación según los tipos de estructura del órgano de administración: administrador único, varios administradores solidarios, dos administradores que actúen conjuntamente, Consejo y delegación facultativa y Consejo y delegación estatutaria (sobre esta materia puede verse nuestra "Configuración estatutaria del órgano de administración", III).

Antes de señalar algunas características generales de la nueva regulación debe aclararse que sin entrar en este lugar en polémicas doctrinales sobre la esencia de la representación, la distinción entre la representación orgánica y la voluntaria y la distinción entre el poder de gestión y de representación, es evidente la existencia de una disciplina específica dictada para regular las relaciones de la sociedad con los terceros en el tráfico jurídico, aunque no es tarea fácil delimitar el ámbito de los actos y medidas que se somete a esta disciplina. Algunas breves consideraciones generales pueden ser de interés para evitar algunas confusiones, aunque ciertamente no pretenden resolver las numerosas y graves cuestiones que aquí se plantean.

La representación se integra en la actividad de administración —toda la actividad jurídica o material que va dirigida a la realización del objeto social— que incumbe al órgano de administración, pero en atención a exigencias de protección con los intereses del tráfico, presenta algunas singularidades en cuanto a la titularidad y extensión del poder respecto de la organización y contenido de las facultades de gestión. La representación activa extrajudicial (única a la que nos referimos, quedando fuera de consideración en este lugar la representación pasiva, la procesal y la voluntaria), se refiere a todo supuesto en que se emite una declaración de voluntad vinculante para la sociedad en el tráfico con terceros. Si como se ha indicado, constituye uno de los aspectos de la función administrativa que incumbe al órgano de administración no estamos, pues, ante actividad de naturaleza distinta, sin una manifestación o actividad de administración dirigida a crear relaciones jurídicas entre la sociedad y los terceros y que sólo existe cuando hay actuación en nombre de la sociedad frente a terceros.

La actuación representativa del titular orgánico es especialmente relevante desde el punto de vista jurídico, según el criterio generalizado por influencia de la doctrina germánica, en cuanto se atiende a su eficacia y consiguiente vinculación de la sociedad por razón del contenido típico del

poder de representación, con independencia, en principio, de que el acto o la operación corresponda efectivamente a la competencia de gestión del órgano, en la medida en que ésta, internamente, puede ser ordenada por disposiciones estatutarias o acuerdos de otros órganos competentes. El no respeto de esas normas de distribución de competencias internas de gestión podrá dar lugar a medidas de revocación, en su caso, de responsabilidad del administrador representante, pero no de falta de eficacia del acto en las relaciones entre el tercero y la sociedad. Aquí nos movemos en el terreno de la tradicional distinción entre la gestión y la representación, cuya fundamentación resulta difícil rebatir en el caso de la representación orgánica, para la que el legislador establece expresamente la ineficacia frente a terceros de las limitaciones internas derivadas de la relación subyacente de gestión entre representante y representado (art. 129.1 TRLSA). Otra cuestión es determinar los requisitos del supuesto de hecho en que se paralizan los efectos normales de la representación de contenido legal (mala fe, dolo).

Para las afirmaciones anteriores no deben confundir sobre el hecho de que existen actos que por su naturaleza o especial trascendencia, con frecuencia de carácter jurídico-corporativo, que precisan de una actuación representativa y que, sin embargo, quedan fuera del régimen del poder de representación legal de contenido típico. No es fácil delimitar aquellos actos que pertenecen a esta categoría y si en realidad habría que distinguir entre las medidas jurídico-corporativas en sentido estricto a estos efectos (modificaciones de estatutos, aumento y reducción del capital, constitución de los órganos y actividades de relación entre los órganos) que quedan absolutamente fuera del ámbito y disciplina de la representación y aquellos actos que por su trascendencia económica, repercutan o no en la estructura jurídico-formal de la sociedad, inciden en la actuación representativa en la medida en que aquéllos sólo son eficaces en las relaciones externas si se ha tomado la decisión por el órgano competente (adquisiciones onerosas posfundación, emisión de obligaciones, fusión, escisión, etc.) *(vid.* en la doctrina alemana MERTENS: *Kölner Kommentar,* § 78, NM 3 y ss.; ZOLLNER, en BAUMBACH-HUECK: *GmbH-Gesetz,* § 35, NM 38 y ss.). En este lugar interesa destacar que en todo caso existen una serie de supuestos que se refieren a la estructura y organización económica y jurídica de la sociedad en los que la actuación del órgano de representación necesita para su eficacia frente a terceros de la aprobación por otro órgano (la Junta general). Nos encontramos entonces ante límites legales al poder de representación. La serie de actos en los que existe una restricción legal con esa consecuencia sobre su eficacia varía según los ordenamientos de acuerdo con sus criterios de ordenación de competencias entre los órganos. Por ello, no todo supuesto de exigencia por la Ley de autorización de otro

órgano constituye un límite externo al poder de representación. En suma, es tarea del intérprete determinar en cada caso el carácter con que la Ley nacional exige la aprobación o autorización previa de otro órgano (nulidad, ineficacia, límite de gestión oponible sólo al tercero de mala fe), pues no toda restricción legal constituye un límite legal externo al poder de representación en sentido técnico (ESTEBAN VELASCO: *Organización y contenido del poder de representación,* 408 y ss.; recientemente, SAENZ: *El objeto social,* 230 y ss.).

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en caso de composición plural del órgano surgen problemas específicos en el momento de la actuación representativa. Problemas derivados de la existencia en el análisis jurídico de dos momentos distintos: el decisorio y el ejecutivo o de declaración de la voluntad vinculante frente al destinatario o relevante a determinados efectos jurídicos (acceso al Registro y trascendencia frente a terceros) (véase en este sentido STS de 12 de diciembre de 1989, Ar. 8821/89). En estos casos se debate, además de las consecuencias específicas del incumplimiento de los requisitos formales en la fase ejecutiva cuando éstos son exigidos a determinados efectos. la incidencia que con carácter general se deriva de la falta o irregularidad del proceso decisorio (o deliberativo) en la válida vinculación de la sociedad, sobre todo en el caso de disociación de la titularidad de ambos poderes (p. ej., en el Consejo y en el Presidente), pero también puede discutirse en el caso de coincidencia, teniendo en cuenta que en este último caso las modalidades de actuación pueden variar.

Con estas observaciones podemos retomar la exposición y proceder a señalar algunas de las características de la nueva normativa sobre la organización del poder de representación.

En primer lugar, el modelo reglamentario (art. 124.2 RRM) se inspira en un principio de "normal correlación" o de "correspondencia funcional" entre (la titularidad del) poder de gestión y de representación. Sin embargo, admite derogaciones en los supuestos de Consejo de Administración en función de la mayor agilidad y seguridad en las relaciones con terceros: principio de la eventual disociación de poderes. De ello resulta no un modelo legal, sino una serie limitada de modalidades organizativas del poder de representación. Se establecen restricciones al ámbito de la autonomía de la voluntad de cada sociedad, pero en beneficio de la protección del tráfico, que cuenta con una más clara y segura identificación de los titulares con poder de vinculación de la sociedad. La cuestión es si se ha logrado un adecuado equilibrio entre los intereses sociales y los de los terceros.

En segundo lugar, la representación orgánica ha de recaer necesariamente en administradores, sin que se haya hecho uso de la posibilidad,

conocida en algunos ordenamientos de hacer partícipes en el ejercicio del poder de representación orgánica a personas no administradores (caso de los delegados de la gestión *journaliere* belga (art. 63 Leyes Coordinadas sobre Sociedades Mercantiles) o de la llamada representación conjunta impropia del ordenamiento alemán, en la que la representación corresponde a un miembro de la Dirección junto con un "Prokurist" (art. 78.3 AKtG 1965 y en la misma línea el art. 71 del Reglamento relativo al Estatuto de la Sociedad Anónima Europea [Com (89) 268 final-SYN 218], de 25 de agosto de 1989). Por otro lado, conviene tener presente que, de acuerdo con el sistema de distribución de competencias entre los órganos, la actividad de representación es propia del órgano de administración y representación, que se organiza por los estatutos en los términos que veremos, y que por tanto la Junta General "carece de facultades representativas" (RR de la DGRN de 8 de febrero de 1975 y de 31 de octubre de 1989). En caso de que estén vacantes la totalidad de los puestos del órgano de administración, corresponde a la Junta General proceder a su nombramiento, sin que pueda asumir la administración y otorgar directamente un poder general de gestión. La ejecución de los acuerdos de la Junta General corresponde al órgano de representación, que podrá organizarse y actuar en las formas que veremos y, por supuesto, también mediante apoderamientos voluntarios. En cuanto a la actuación ejecutiva dirigida en concreto a la elevación a instrumento público de los acuerdos sociales, debe tenerse en cuenta lo dispuesto ahora con carácter general en el artículo 108 del RRM, que viene a resolver las dudas surgidas con la insuficiente y poco clara regulación anterior sobre una materia de tanta trascendencia práctica (sobre la situación anterior puede verse CANO FERNANDEZ: *El aspecto formal de la representación,* 1153 y ss.).

En tercer lugar, la función que corresponde a los estatutos en la atribución del poder de representación —"determinando los administradores a quienes se confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación", art. 9.*h)* TRLSA—, varía según la estructura del órgano de administración. En unos casos se limitarán a cumplir formalmente con el requisito legal de determinación de los titulares del poder según las exigencias legales (administrador único, administradores solidarios, administradores mancomunados), aunque, como veremos, caben eventuales condicionamientos de eficacia interna. En otros casos, en cambio, los estatutos pueden efectuar una atribución específica del poder de representación modificando la previsión legal de carácter dispositivo (Consejo de Administración). En el supuesto de delegación potestativa del Consejo, resulta o puede resultar decisivo el acuerdo de delegación también respecto de la atribución del poder de representación, sólo controlada indirectamente por los estatutos en cuanto no la prohíban o condicionen de alguna forma

(art. 141 TRLSA). Se cumple con la exigencia de determinación estatutaria de los titulares y modo de ejercicio del poder de representación por la vía indirecta de mencionar el cargo o la condición (p. ej., presidente, Consejero delegado, dos administradores conjuntamente, etc.), sin la indicación normativa. La identificación de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social debe, sin embargo, figurar en la escritura de constitución [art. 8.*f)* TRLSA y 114.5 RRM]. A efectos de terceros, debe tenerse en cuenta que en la inscripción se hará constar "en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente (art. 125 TRLSA). Al establecer los datos que deben remitirse al Registro Mercantil Central y publicarse en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* en relación con la estructura del órgano de administración y representación, sólo se habla de la identidad de quienes los integren y, en su caso, de los "cargos" (arts. 352.8, 353.7 y 9 y 386 RRM), sin que se haya cumplido debidamente con la ineludible exigencia comunitaria sobre la publicidad que debe darse a los representantes y su forma de actuar. Debe tenerse en cuenta que con carácter general el artículo 2.1.*d)* de la Primera Directiva (68/151/CEE) exige no sólo la inscripción en el Registro Mercantil, sino también la publicación —íntegramente, en extracto o en forma de mención— en el *Boletín Nacional* correspondiente del Estado miembro (art. 3.4) del "nombramiento e identidad, así como el cese en sus funciones de las personas que como órganos previstos por la Ley o como miembros de tales órganos, tengan el poder de vincular a la sociedad frente a terceros y de representarla en juicio", debiendo precisar "si las personas que tienen el poder obligar a la sociedad pueden actuar solos o conjuntamente". El Tribunal de Justicia de las Comunidades ha declarado a este respecto que no sólo en el caso de órgano pluripersonal debe establecerse el régimen de representación (individual o conjunto), sino que también en el supuesto de administrador único debe indicarse si le es otorgado el poder de representación en su plenitud a él solo, aunque tal poder resulte evidente en el Derecho nacional correspondiente. Con esta interpretación se pretende facilitar a los terceros el conocimiento de las facultades subjetivas de representación, en particular en caso de relaciones interestatales, sin necesidad de indagaciones ulteriores sobre el derecho interno aplicable (Haaga GmbH 32/74, Rec. 1974, pp. 1201 y ss.). De no modificarse expresamente el RRM para adecuarlo al imperativo comunitario, una Resolución-instrucción de la Dirección General de los Regitros y del Notariado podría declarar exigible la publicación en el *BORME* de los mencionados datos (además de los cargos en sentido estricto) sobre los titulares del poder de representación y su forma de actuar. En todo caso, mientras no se lleve a cabo la adaptación, conviene tener presente que, por un lado, como ha

señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades en su Sentencia de 10 de abril de 1984 (asunto Von Colson y Kamann, 14/83, Rec. 1984, p. 1891), la obligación de los Estados miembros de alcanzar el resultado previsto por una Directiva, así como su deber en virtud del artículo 5 del TCEE de tomar todas las medidas generales o particulares para asegurar la ejecución de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el ámbito de sus competencias, las autoridades judiciales, y que, por otro lado, si bien la Directiva, según la Jurisprudencia del TJCE (S. de 26 de febrero de 1986, Asunto Marsall, 152/84, Rec. 1986, p. 723) no tiene efecto jurídico horizontal, de forma que sus disposiciones no pueden ser invocadas en el marco de una relación jurídica entre particulares, debe entenderse que en caso de duda sobre el alcance de los poderes y forma de actuación habrá de adoptarse la interpretación más favorable a los terceros de buena fe a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva 68/151/CEE (véase en este sentido la reciente Sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1990, Asunto Marleasing, S.A., y La Comercial Internacional de Alimentación, S.A., C-106/89, p. 8). Finalmente, a este respecto, debe tenerse en cuenta que "en caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuere favorable" (art. 21.3 CCo), por lo que en principio, en lo casos de litigio sobre la foma de actuación los terceros podrán alegar su confianza en la consideración de solidarios de los administradores representantes con los que establecieron la correspondiente relación jurídica, sin perjuicio de la prueba por la sociedad de la mala fe de dichos terceros en el caso concreto (*).

En cuarto lugar, quedan al margen del régimen general de actuación representativa los supuestos en que el propio legislador establece formas especiales: firma de las acciones [art. 53.*g*)], firma del proyecto de fusión y escisión (arts. 234.1 y 254 TRLSA).

En quinto lugar, hay que entender que el poder de los administradores representantes en cualquiera de las modalidades de configuración que permite nuestro ordenamiento y según las formas de actuación establecidas y debidamente publicadas, tiene un contenido típico e inderogable en los términos del artículo 129 TRLSA (arts. 128 TRLSA, 124.2 y 149.3 RRM).

(*) En la publicación del *BORME* se puede comprobar que de hecho sólo a veces, en relación con los datos procedentes de determinados Registros Mercantiles, se menciona si son solidarios o mancomunados los administradores.

II. ADMINISTRADOR UNICO

Se limita a declarar la norma reglamentaria que en caso de administración unipersonal "el poder de representación corresponderá necesariamente a éste" [art. 124.2.*a)* RRM]. En la misma dirección, el anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas de 1979, aunque añadía "sin que pueda nombrar apoderados generales, a menos que lo autoricen los Estatutos". Conforme al derecho vigente, si bien no cabe la delegación de facultades, nada impide el recurso al mecanismo de la representación voluntaria, nombrando apoderados incluso de carácter general (p. ej., Gerente o Director general), *(vid.* en este sentido, entre otras, las RR de las DGRN, de 21 de noviembre de 1985 y de 9 de junio de 1986). En los mismos términos se plantea la cuestión para las dos formas de administración pluripersonal no colegiada que estudiamos en los apartados siguientes.

La exigencia legal de la atribución en exclusiva del poder de representación orgánica del administrador único, impide que se pueda condicionar su poder de representación, exigiendo estatutariamente la colaboración de otra persona —un apoderado— para que la sociedad quede válidamente vinculada frente a terceros (en el mismo sentido, SUÁREZ LLANOS: *Sobre la distinción,* 75). En nuestra opinión, refuerza esta tesis la exigencia en nuestro ordenamiento de que la representación orgánica debe residir en quien tiene la condición de administrador [arts. 9.*h)*, 128 y 141 TRLSA], (en contra, en relación con la LSA 1951, GIRÓN: *Derecho de S. A.,* 370; IGLESIAS PRADA: *Administración y delegación,* 126, n. 66, y 331; RODRÍGUEZ ARTIGAS: *Consejeros delegados,* 356, n. 168). Es admisible, en cambio, la previsión de autorización por otro órgano de determinados actos de especial importancia. Al tener el poder de representación, en principio, un contenido típico las eventuales limitaciones a sus facultades, en realidad sólo afectan al ámbito de la gestión y no de la representación.

III. VARIOS ADMINISTRADORES SOLIDARIOS

En este caso el poder de representación corresponde a cada administrador [art. 124.2.*b)* RRM]. En consecuencia, sin el concurso de los demás cada administrador dispone del poder de vincular a la sociedad en sus relaciones con terceros en el ámbito inderogable del artículo 129 TRLSA. Establecido el principio, la cuestión de mayor interés es determinar la licitud de eventuales limitaciones y su eficacia.

La propia norma reglamentaria se refiere a las "disposiciones estatutarias o acuerdos de la Junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno" (art. 124.2 RRM; en el mismo sentido se

pronunciaba el Anteproyecto de LSA de 1979, art. 104). Aquí se deben incluir los eventuales acuerdos o disposiciones estatutarias que distribuyan las funciones por zonas geográficas, sectores de actividad o según otros criterios específicos de organización de la administración de la empresa. Pero no solo. Entendemos que la configuración rígida de la atribución individual del poder de representación conduce a someter al mismo régimen las cláusulas o acuerdos que exijan firma o actuación conjunta de los administradores solidarios (de varios o incluso de todos) para actos de mayor importancia. En todos estos supuestos se incide en el ámbito general del poder y, de acuerdo con la regla general del artículo 129 TRLSA, de la que es una mera explicitación la del artículo 124.2.*b)* RRM, se trata de restricciones eficaces sólo en el plano de la gestión, de las relaciones internas, pero no frente a los terceros. Sus efectos son similares a los del supuesto típico de reserva a la autorización de la Junta de determinados actos importantes. Asimismo, la eventual oposición de un administrador a los actos proyectados por otro, sólo despliega sus efectos en el plano interno.

En consecuencia, no vemos obstáculo a la cláusula estatutaria que atribuyendo la administración y representación a, p. ej., tres administradores solidarios, exija para dos de ellos actuación conjunta sólo para determinados actos de especial relevancia, pudiendo el otro actuar individualmente sin ninguna restricción. En cambio, estimamos que sería inadmisible exigir esa actuación conjunta de dos o de varios o de todos ellos para todos los actos, ya que vulneraría el principio caracterizador de la modalidad: ningún administrador puede ser sustraido con carácter general de su condición de administrador-representante solidario. Es una consecuencia de la correlación entre la administración y representación en esta modalidad. Y además debe tenerse en cuenta que cuando la administración se confíe conjuntamente de forma general a más de dos personas, éstas deberán constituir el Consejo de administración (art. 136 TRLSA). La exigencia de la actuación conjunta sólo para actos determinados de especial importancia no desnaturaliza la esencia de la modalidad. Pero hay que entender que, como ya se ha señalado, no es oponible a terceros. Las eventuales infracciones de esas restricciones despliegan sus efectos en el efecto en el ámbito de las relaciones internas de la revocación y responsabilidad frente a la sociedad.

Por las mismas razones, tampoco parece que tenga cabida, en esta modalidad organizativa, la cláusula que atribuya la representación a unos de forma solidaria y a otros de forma conjunta (en cambio, en sentido afirmativo, ARANGUREN: *Los órganos de la S. A.*, 468), ni la que en caso de dos administradores solidarios confíe la representación a uno solo, quedando el otro privado de la misma. A nuestro juicio, esta mixtura

contradice las exigencias del modo reglamentario. Ciertamente, se introducen elementos de rigidez que para este supuesto no conocía el derecho anterior. Tal vez se ha pensado que la protección de los intereses que pueden justificar esas combinaciones puede conseguirse con mayor funcionalidad acudiendo a la fórmula del Consejo de administración (siempre que se trate de más de dos administradores), que al mismo tiempo que asegura la coordinación de la gestión en lo interno permite las más diversas variables funcionales a través de la atribución y ejercicio del poder de representación y de la delegación, como tendremos ocasión de ver.

IV. DOS ADMINISTRADORES CONJUNTOS

Cuando la administración se confía a dos administradores conjuntos, "el poder de representación se ejercitará mancomunadamente" [art. 124.2.*c)* RRM]. En términos similares declaraba el anteproyecto de LSA de 1979 que "los administradores con facultades conjuntas asumirán en común la representación de la sociedad" (art. 105.1) y preveía, para el supuesto conflictivo en el que uno de ellos obstaculizara el funcionamiento de la administración conjunta, la posibilidad de que el otro (u otros administradores, al admitirse en el citado anteproyecto que pudieran ser tres), convoque la Junta General para su revocación o para la adopción de la decisión que corresponda (art. 105.2). No hay obstáculo para que se admita una cláusula estatutaria similar según el nuevo derecho vigente. Consideramos que la falta de previsión estatutaria no impide reconocer al otro administrador esa facultad en esas circunstancias extraordinarias, por exigirlo así la defensa de los intereses sociales al administrador diligente (arts. 100 y 127 TRLSA).

La actuación representativa requiere el concurso de los dos administradores, que son los cotitulares del poder compartido de representación pero no es preciso que la concurrencia sea simultánea, sino que puede ser sucesiva. Si por algún impedimento (cese, dimisión, etc.) sólo permanece uno en el cargo, la configuración reglamentaria del modelo no permite la actuación por uno solo. Se requiere la cobertura del puesto para que sea posible la cooperación de los cotitulares con fines de control, a que obedece la elección de esta concreta modalidad de administración.

La actuación de uno de ellos es actuación por representante sin poder y no existe vinculación eficaz de la sociedad hasta que concurra la ratificación del cotitular. No está excluida la posibilidad de que uno de ellos actúe con la aprobación o autorización del otro para actos concretos o un determinado tipo de negocios (sobre estas posibilidades puede verse la doctrina alemana, que ha prestado particular atención a las diversas mo-

dalidades de ejercicio de la actuación conjunta, precisamente con el fin de agilizar un sistema en principio poco práctico, MERTENS: *Kölner Kommentar*, § 78 NM 48 y ss.).

El modelo reglamentario cierra el paso a la fórmula de la administración mancomunada en lo interno y solidaria en lo externo. Los fines y la utilidad práctica de esta combinación, según los intereses y las relaciones entre las partes, pueden conseguirse, al menos parcialmente, estableciendo la forma de administración solidaria, que no impide establecer en lo interno algunas restricciones en los términos apuntados al tratar de los administradores solidarios.

V. CONSEJO DE ADMINISTRACION

1. EJERCICIO DE LA REPRESENTACIÓN POR EL CONSEJO

Cuando la administración se atribuye a un órgano de funcionamiento colegiado, como es el Consejo, surgen en materia de representación una serie de problemas específicos derivados de la naturaleza de la actividad de representación y de las distintas formas de organización su ejercicio en relación con el poder de gestión.

El derecho anterior se limitaba a sentar el principio inderogable de que "la representación de la sociedad, en juicio y fuera de él, corresponde al Consejo de Administración" (art. 76 LSA 1951), caso de existir éste. Ahora el texto reglamentario establece que "en el caso de Consejo de Administración, el poder de representación corresponde al propio Consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros a título individual o conjunto. Cuando el Consejo, mediante acuerdo de delegación, nombre a uno o varios Consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación" [art. 124.2.*d)* RRM]. Frente a la situación anterior, por un lado, se determina el modo de actuación anterior y, por otro, se reconoce expresamente que los estatutos y el Consejo puedan confiar la representación a uno o varios administradores. Ante la nueva regulación parece conveniente analizar separadamente los tres supuestos de organización y ejercicio del poder de representación contemplados en la nueva normativa: por el propio Consejo, por administradores representantes en virtud de cláusulas estatutarias y por administradores delegados. En este apartado nos referimos al primer supuesto. Los otros serán analizados en los apartados siguientes.

Cuando el poder de representación se atribuye a un órgano de compo-

sición pluripersonal y de funcionamiento colegiado, es obvio que aquél corresponde al Consejo como tal y no a los miembros singulares para su ejercicio, separado por cada uno de ellos. Para la cuestión central, donde se originan las dificultades, es en la determinación del modo de actuación para que se produzca la declaración de voluntad del órgano imputable a la sociedad en sus relaciones con terceros. Algunos ordenamientos parten del sistema de representación legal conjunta de todos los componentes del órgano, con independencia de que la gestión sea conjunta pura o colegial, como el ordenamiento aleman (art. 78.2 AktG, 1965). En una línea similar, el ya citado Proyecto de Reglamento Relativo a la Sociedad Anónima Europea, de 25 de agosto de 1989, establece que cuando el órgano de dirección o de administración esté compuesto de más de un miembro, éstos sólo podrán representar a la sociedad en sus relaciones con terceros a título colectivo (art. 71.1). Distinta y más funcional es la orientación del ordenamiento portugués, que después de sentar el principio de que "el Consejo de administración tiene exclusivos y plenos poderes de representación de la sociedad" (art. 405 del Código de Sociedades Mercantiles de 1986), establece que "los poderes de representación del Consejo de administración serán ejercidos conjuntamente por los administradores, quedando la sociedad vinculada por los negocios concluidos por la mayoría de los administradores o ratificados por ellos o por un número menor de éstos fijado en el contrato de la sociedad" (art. 408 del Código citado). Pero en general los ordenamientos que cuentan con el funcionamiento colegial del órgano no suelen resolver expresamente el problema y las soluciones propuestas por la doctrina no son coincidentes ni siempre claras. Teóricamente se puede pensar en: *a)* representación conjunta por todos los consejeros: *b)* por la mayoría de éstos; *c)* solidaria por cada administrador, o *d)* genéricamente por el Consejo en cuanto colegio (en este sentido, para el planteamiento, *vid.* ABBADESSA: *La gestione,* 115 y ss.).

En relación con el Derecho español anterior, al enfrentarse con la forma de actuación del Consejo como órgano de representación, un cualificado sector de la doctrina distingue entre el modo de actuación del Consejo en cuanto a la actividad de administración en general, según el procedimiento colegial, y la forma de actuación en la actividad de representación, exigiendo en este último caso la colaboración de todos los miembros del órgano, incluso de la minoría discrepante de la decisión tomada. Si no se ha dispuesto otra forma de ejecución (delegación, apoderamiento), para la eficacia del acto en que interviene la sociedad se requiere la actuación representativa de todos (representación colectiva o conjunta), que no ha de hacerse necesariamente en un acto único, sino que puede tener lugar en forma sucesiva (en este sentido GARRIGUES, en

GARRIGUES-URÍA: *Comentario,* II, 120; IGLESIAS PRADA: *Administración y Delegación,* 123; VICENT CHULIA: *Compendio crítico,* I, 392; en cambio, GIRÓN TENA: *Derecho de S. A.,* 369, entiende que, "salvo el supuesto de delegación, todo acto del Consejo necesita ser acuerdo y, por tanto, la representación mercantil, amplísima e ilimitable, ha de ser referida a esos acuerdos. No existe en nuestro ordenamiento la necesidad de representación solidaria por principio, sino que... vale el régimen mayoritario").

Algunos intérpretes, desde el punto de vista de la práctica, especialmente registral, subrayan la necesidad de ejecución por persona autorizada. En este sentido se ha manifestado que "cuando la administración es colegiada... el órgano administrativo debe tomar la decisión por mayoría, y, además, la ejecución del acuerdo y, por consiguiente, el otorgamiento del acto o contrato no se realiza (aunque teóricamente sea posible) por todas las personas que ostentan la administración (esto es, por todos los consejeros), sino por aquel de sus miembros al que se le ha encargado este menester, bien en los estatutos bien en el propio acuerdo. En la práctica, la representación orgánica confiada a un Consejero se hace operativa mediante la aportación de un certificado expedido por el secretario del Consejo, con el visto bueno del presidente, en el que se hace constar el acuerdo adoptado y, en su caso, el consejero a quien se autorizó para ejecutarlo" (CÁMARA-LORA-TAMAYO-BOLAS: *La representación orgánica,* 144; antes CÁMARA: *Estudios,* I, 587; en la misma dirección de la jurisprudencia registral, al fijar los requisitos formales de legitimación de la persona autorizada para la ejecución de los acuerdos de un órgano colegiado, RR de la DGRN, de 3 de septiembre de 1980, de 26 de octubre de 1982 y de 15 de mayo de 1990; sobre esta materia puede verse, ampliamente, CANO FERNÁNDEZ: *El aspecto formal de la representación,* 1159 y ss.).

El nuevo texto del RRM, además de ocuparse en concreto de las personas facultadas para la elevación a instrumento público de los acuerdos sociales (art. 108 RRM), trata de resolver en general las mencionadas dudas surgidas sobre la forma de actuación del Consejo con la disposición de que "actuara colegiadamente", que no deja de suscitar nuevos problemas interpretativos. En efecto, en sentido técnico-jurídico, no existe acto de representación hasta que se produzca la declaración de voluntad del órgano titular del poder de representación frente al destinatario y en principio la adopción del acuerdo, según el método colegiado —convocatoria, concurrencia a la reunión de la mitad más uno de los componentes y votación por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión (arts. 139 y 140 TRLSA, dejando a salvo, por supuesto, un eventual reforzamiento estatutario de los requisitos legales)—, concierne sólo a la fase de formación de la voluntad, que concluye con la constatación del resultado de la votación. Hay que considerar excepcional el

supuesto en que sin especial mediación representativa se produzca ya un efecto también vinculante para el tercero (p. ej., caso de presencia del interesado en la adopción del acuerdo), siendo necesario normalmente un segundo momento o fase de ejecución, que se concreta en la emisión de la declaración de voluntad frente a los destinatarios. El RRM declara ahora que actuará colegiadamente. Con ello, es claro, en sentido negativo, que, por un lado, no se precisa la actuación conjunta de todos, con lo que se evitan las normales dificultades prácticas de esta modalidad, sobre todo cuando el Consejo tiene una composición numerosa y que, por otro lado, tampoco se establece la actuación separada de cada administrador. El sistema reglamentario establece la ejecución por el mismo órgano y en la misma forma de actuación prevista para la toma de decisiones. Por tanto, si para la adopción de un acuerdo válido se precisa la mayoría, hay que entender que en la fase ejecutiva, de la actuación representativa, es suficiente la concurrencia de esa mayoría.

Con este sistema surge, sin embargo, un grave interrogante en relación con la protección de los terceros. Téngase en cuenta que se habla por la norma de "actuación colegiada" y no de "representación conjunta por la mayoría". El principio mayoritario es característico de la organización colegial, pero no absorbe todos sus elementos (p. ej., convocatoria, reunión y deliberación). Se plantea, pues, la cuestión de si la eficacia de la actuación representativa presupone un acuerdo conforme con el conjunto de las exigencias del método colegiado. Y si, por tanto, sería eficaz un acuerdo tomado y declarado por una mayoría espontánea que actúa al margen de los requisitos formales del procedimiento colegial. Nos parece que la formulación adoptada por el RRM en este caso de coincidencia del poder de decisión y de representación en el mismo órgano implica que la eficacia de la actuación representativa depende de la previa decisión regularmente adoptada por el órgano. Con ello se garantizan suficientemente los intereses sociales, pero no puede desconocer que se introduce un modelo que puede resultar excesivamente rígido y funcionalmente poco favorable a las exigencias del tráfico. Hay que considerar, sin embargo, que, por un lado, el modelo puede derogarse adoptando alguna de las modalidades operativas que veremos en los puntos siguientes (V.2 y V.3) y, por otro lado, que en caso de impugnación de los acuerdos del Consejo, quedan a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado (arts. 122.1 y 143 TRLSA). No será de buena fe el tercero que conoce positivamente la irregularidad o la desconoce negligentemente. En la práctica, en circunstancias normales, será posible corregir los defectos de procedimiento mediante la adopción de un acuerdo regular.

¿Solamente puede actuar el órgano en la fase ejecutiva a través de la mayoría? La respuesta debe ser negativa. Lo relevante en el modelo regla-

mentario en este supuesto es el cumplimiento de los requisitos propios del funcionamiento del órgano colegiado. A falta de previsión distinta en los estatutos o en el acuerdo sobre la persona legitimada para su ejecución, entendemos que ésta debe llevarse a cabo por la mayoría que tomó la decisión. Pero no vemos ningún obstáculo para que, continuando con la práctica anterior, los estatutos prevean la persona facultada (p. ej., presidente) para su ejecución o para que el propio Consejo proceda a autorizar a un administrador o a cualquier otra persona para esta función. En la práctica, puede ser de utilidad una cláusula estatutaria que establezca que "la ejecución de los acuerdos corresponde al consejero que se faculte expresamente para ello, o a cualquier otra persona oportunamente apoderada y, en todo caso, al Presidente". El propio modelo reglamentario establece las personas facultadas para determinadas actuaciones ejecutivas de carácter formal, de gran importancia en la práctica: la elevación a instrumento público de los acuerdos sociales (art. 108 RRM). En concreto refiriéndonos sólo al aspecto que interesa en este lugar, se dispone que la elevación a instrumento público de los acuerdos sociales podrá realizarse: 1) por la persona que tenga facultad para certificarlos (el Secretario y, en su caso, el Vicesecretario del órgano colegiado de administración, sea o no administrador, emitiéndose las certificaciones siempre con el visto bueno del Presidente o, en su caso, del Vicepresidente); 2) por cualquiera de los miembros del órgano de administración con nombramiento vigente e inscrito en el Registro mercantil, cuando hubieren sido expresamente facultados para ello en la escritura social o en la reunión en que se hayan adoptado los acuerdos; 3) por cualquier otra persona a quien se le otorgue la oportuna escritura de poder, que podrá ser general para todo tipo de acuerdos. En todos estos casos nos encontramos en realidad ante representantes (no en la voluntad) sino en la declaración, cuyas facultades, de acuerdo con su función, se limitan a consumar la actuación representativa. Su declaración es eficaz si se mueve dentro del marco de los acuerdos tomados por el órgano competente.

Entendemos que en el supuesto de actos realizados con la intervención de todos los administradores miembros del Consejo (actuación conjunta) no serían relevantes los defectos del proceso de decisión, ya que estaríamos ante un Consejo universal, que es perfectamente válido y ofrece suficientes garantías para los intereses de la sociedad.

2. ATRIBUCIÓN DE PODERES DE REPRESENTACIÓN A DETERMINADOS ADMINISTRADORES

La complejidad que encierra el ejercicio del poder de representación por un órgano colegiado puede superarse acudiendo a la atribución del

poder de representación a determinados administradores. A esta posibilidad se refiere ahora expresamente la norma reglamentaria cuando dispone que "no obstante, los estatutos podrá atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto" [art. 124.2.*d)*, segunda frase, RRM; en el mismo sentido, art. 54.4 de Leyes Coordinadas sobre las Sociedades Mercantiles de Bélgica y, con matices, que no interesan en este lugar, el art. 71.1 del mencionado Proyecto de Reglamento relativo al Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, de 25 de agosto de 1989]. Con ello no se hace sino recoger aquellas formas de atribución de la firma social en la práctica estatutaria a uno o varios administradores, sin que simultáneamente se produzca una auténtica delegación del poder decisorio y sin que tampoco nos encontremos simplemente ante personas facultadas para la ejecución en el sentido antes mencionado.

En efecto, en el supuesto que nos ocupa ahora, los estatutos confían el poder de representación a determinados administradores y éstos quedan investidos de la plena titularidad del poder de representación. Esto quiere decir que, existiendo el Consejo como órgano encargado y responsable de la administración, la atribución de facultades a aquéllos se refiere sólo a la representación. Hay una suerte de disociación entre la titularidad de la gestión (que reside en el Consejo) y la representación (confiada, p. ej, al presidente o a dos administradores). La disociación se produce desde la perspectiva del titular del poder de representación, que no recibe los poderes decisorios. Internamente viene condicionado en el ejercicio de sus facultades a lo que disponga colegiadamente el Consejo. Pero externamente se le configura como representante y por ello vincula a la sociedad pese a que falte el previo acuerdo del órgano de decisión o no se ajuste en su actuación representativa a lo acordado por el mismo.

En cambio, en el caso del apartado anterior, la figura del ejecutor, caracterizada como representante en la declaración, carece de poder autónomo de vinculación. Por otra parte, normalmente con la delegación se transmite el poder de gestión y de representación, aunque también puede producirse una parcial o incluso total disociación entre gestión y representación. Si sólo se delegara la función representativa, no existiría diferencia sustancial entre este tipo de Consejero delegado y la figura del administrador representante que ahora analizamos.

Cuestión discutida es si el Consejo puede quedar privado del poder de representación en este caso. En principio su atribución a algunos administradores en particular no priva al Consejo de las facultades de control e intervención en la administración y representación *(vid.,* en síntesis, ESTEBAN VELASCO: *Configuración estatutaria del órgano de administración,* III, 4.2). Pero no vemos razones para no admitir una cláusula esta-

tutaria que confíe en exclusiva el poder de representación a algunos miembros del Consejo. Por un lado, ahora la configuración de la representación, frente al derecho anterior, donde el Consejo era representante nato (art. 76.1 LSA, 1951), depende de los estatutos [arts. 128.9.*h)* TRLSA y 124.2.*d)* segunda frase RRM]. Y desde el punto de vista de la posición institucional como órgano responsable de administración, pese a no disponer de la representación, conserva suficientes instrumentos de actuación como para no verse afectado en esa posición orgánica.

De acuerdo con lo anteriormente señalado, el acto realizado por el representante orgánico, pese a la falta o a los vicios relativos a la previa decisión, en principio vincula a la sociedad, sin perjuicio de que pueda concurrir una justa causa de revocación o, en su caso, fundamentar una acción de responsabilidad por los eventuales daños causados, actuando sin disponer de las facultades internas.

La norma se refiere genéricamente a la posibilidad de atribuir el poder de representación a uno o varios a título individual o conjunto. Entre otras, se puede pensar en las siguientes modalidades de atribución y ejercicio: *a)* a uno o varios a título individual; *b)* a varios a título conjunto; *c)* a todos a título individual; *d)* aunque discutible y poco funcional, consideramos que también es viable la atribución a todos conjuntamente, ya que aquí la administración conjunta de más de dos sigue siendo colegial (art. 136 TRLSA), aunque luego la actuación representativa sea colectiva, como el propio legislador exige en algunos supuestos particulares ya mencionados (proyectos de fusión y de escisión); *e)* de forma simultánea a uno o a varios a título individual y a varios a título conjunto; *f)* a varios en forma conjunta de dos en dos; *g)* a uno a título individual (p. ej., Presidente) y a los demás conjuntamente.

Las cláusulas estatutarias de atribución del poder de representación en cualquiera de las modalidades, sólo son oponibles a los terceros si conciernen al poder general de representación [art. 9.3 de la 1.ª Directiva (68/151/CEE), de 9 de marzo de 1968]. La distribución, según criterios de importancia de los actos, ámbitos geográficos o temporales, tienen validez internamente pero no frente a terceros. Distinta es la posición de aquel miembro ordinario del Consejo a quien se apodera para la realización de determinados actos, cuyo régimen es el común de la representación voluntaria.

Es compatible la concurrencia simultánea de la figura de los administradores representantes con la de los Consejeros delegados a que nos referimos a continuación.

3. DELEGACIÓN FACULTATIVA DEL PODER DE REPRESENTACIÓN

Entre las facultades que el Consejo puede delegar se encuentran las de representación. A esta posibilidad se refiere la norma reglamentaria al establecer que "cuando el Consejo, mediante el acuerdo de delegación nombre a uno o varios Consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación" [art. 124.2.*d)*, pár. 2, RRM]. Aunque normalmente van unidos el acuerdo de delegación y la designación de los titulares del órgano, jurídicamente es clara la diferencia de ambos actos. En rigor, la determinación de la estructura del órgano de delegación (uno o varios órganos, su composición y régimen de actuación) y la competencia de los administradores delegados pertenecen al acuerdo de delegacióny no al acto de nombramiento, aunque caben en este último limitaciones de alcance interno a sus facultades.

La norma que comentamos sólo se refiere a los consejeros delegados, pero hay que entender, por lo dispuesto en la Ley (art. 141 TRLSA) que el acuerdo de delegación pueda instituir y, por tanto, atribuir el poder de representación bien a Consejeros delegados (uno o varios), bien a una Comisión ejecutiva o simultáneamente a Consejeros delegados y a la Comisión ejecutiva, como reconocen pacíficamente doctrina y jurisprudencia (IGLESIAS PRADA: *Administración y delegación,* 149, 290, 326; RODRÍGUEZ ARTIGAS: *Consejeros delegados,* 339, 356). En la práctica, normalmente la Comisión ejecutiva tiene facultades en el ámbito interno. En cuanto a su actuación, como órgano colegiado, hay que tener en cuenta lo dicho respecto del Consejo. Caso de pluralidad de administradores delegados se pueden establecer distintas modalidades y combinaciones de acuerdo con los intereses y circunstancias del caso en términos similares a los ya señalados al tratar de los administradores representantes del apartado anterior (V.2). Caso de actuación concurrente de pluralidad de delegados a efectos externos, la sociedad quedará vinculada por aquel titular del poder que primero haya concluido la operación.

Si, como ya hemos indicado, los delegados desarrollan la misma función orgánica que incumbe al Consejo, debe considerarse que en virtud del nombramiento vienen investidos de la titularidad del poder general de representación orgánica. Siguiendo la posición de la doctrina dominante en la interpretación de la legislación anterior [IGLESIAS PRADA: *Administración y delegación,* 213; RODRÍGUEZ ARTIGAS: *Consejeros delegados,* 348; en la jurisprudencia, SSTS de 22 de junio de 1979 (Ar. 2908/79) y 24 de noviembre de 1989 (Ar. 7903/89) y RR de la DGRN de 31 de marzo de 1979, 9 de junio de 1986 y 24 de novimbre de 1989; en contra, GIRÓN TENA: *Derecho, S. A.,* 370, y, dubitativamente, CÁMARA-LORA-TAMAYO-BOLAS: *La representación orgánica,* 153], ahora se configura expresamente

el ámbito del poder de representación de los delegados con un contenido legal típico, como en el caso de su ejercicio por el Consejo (arts. 149.3 RRM y 129 TRLSA). Sólo son oponibles los límites legales. En cambio, las eventuales limitaciones a su poder de gestión, establecidas al indicar "las facultades que se delegan", si no se "delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables" (art. 149.3 RRM) no son eficaces frente a terceros, pero sí internamente en cuanto deberes, cuyo incumplimiento se puede traducir en medidas de revocación y de responsabilidad.

De las relaciones entre órgano delegante y delegado (ESTEBAN VELASCO: *Configuración estatutaria del órgano de administración,* III, 4.2) se desprende que la delegación no limita las facultades representativas del Consejo. Conserva una competencia concurrente con la de los delegados, pudiendo en cualquier momento tomar decisiones en las materias objeto de delegación y proceder, en los términos mencionados, a su actuación representativa. Sin embargo, nos parece que no atentaría a su posición orgánica que, en el ámbito de la representación (no en el conjunto de la actividad de administración), se estableciera la competencia de actuación representativa exclusiva de los delegados.

VI. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN Y DELEGACIÓN ESTATUTARIA

Si la delegación de la administración se impone por los estatutos, parece que debe corresponder a éstos disponer sobre la atribución y ejercicio del poder de representación. La norma reglamentaria declara, en cambio, que "en el caso de que la administración se confiera por los estatutos a un Consejo y a una Comisión ejecutiva o a uno o varios Consejeros delegados, se estará a lo dispuesto en el apartado anterior" [art. 124.2.*e)* RRM]. En el apartado anterior del precepto se regula también, como hemos visto, la atribución del poder de representación por acuerdo de delegación del Consejo y no tiene sentido que, establecida una estructura administrativa que se caracteriza precisamente por la imposición estatutaria del o de los órganos delegados con su composición, régimen de actuación y competencias respectivas [art. 124.1.*e)* RRM], se confíe a un eventual acuerdo de delegación del Consejo la organización de la representación. Por ello, estimamos que una interpretación literal conduce a resultados no conformes con la lógica y sentido de esta estructura administrativa y que por razones de coherencia sistemática la remisión al mencionado apartado ha de entenderse con un alcance restrictivo. En este supuesto de delegación estatutaria, necesariamente corresponderá a los estatutos la fijación de la estructura del órgano u órganos delegados,

régimen de actuación y facultades delegadas. Con esta observación nos podemos remitir a lo dicho en el apartado V.

GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO

Profesor Titular de Derecho Mercantil
de la Universidad Complutense de Madrid

BIBLIOGRAFIA

ABBADESA: *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975

ARANGUREN URRIZA: "Los órganos de la Sociedad Anónima", en GARRIDO DE PALMA y otros *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Madrid, 1990, 433

CAMARA ALVAREZ *Estudios de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1977.

CÁMARA-LORA-TAMAYO-BOLAS: *La representación orgánica y la representación voluntaria en el ámbito internacional*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1989.

CANO FERNÁNDEZ: "El aspecto formal de la representación de las sociedades mercantiles La ejecución y los acuerdos sociales", *RCDI*, 1989, 1153.

ESTEBAN VELASCO: "La representación de la sociedad frente a terceros", en GIRÓN TENA y otros. *Estudios y textos de derechos de sociedades de la Comunidad Económica Europea*, Madrid, 1978, 253.

ESTEBAN VELASCO. "Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital", en AA.VV.: *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, 389.

ESTEBAN VELASCO: "Configuración estatutaria del órgano de administración", en ALONSO UREBA y otros: *Derecho de sociedades anónimas. I. La fundación*, Madrid, 1991, 345.

GARRIGUES-URÍA *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, Madrid, 1976.

GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952.

GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976.

IGLESIAS PRADA: *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid, 1971

MERTENS, en *Kolner Kommentar zum Aktiengesetz*, 2ª ed., Koln, 1989.

RODRÍGUEZ ARTIGAS *Consejeros delegados. Comisiones ejecutivas y Consejos de Administración*, Madrid, 1971

SÁENZ. *El objeto social en la sociedad anónima*, Madrid, 1990

SUÁREZ LLANOS. "Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles", *RDM*, 1962, 47.

VICENT CHULIA *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I, Barcelona, 1986.

ZÖLLNER, en BAUMBACH-HUECK: *GmbH-Gesetz*, 15 ed., München, 1988

Configuración estatutaria del órgano de administración

SUMARIO: I. INTRODUCCION. REGIMEN LEGAL Y ESTATUTARIO SOBRE EL ORGANO DE ADMINISTRACION. DELIMITACION DEL TEMA.—II. MARCO GENERAL DE LA REFORMA: 1. ESTRUCTURA MONISTA. EVOLUCIÓN DE LOS TRABAJOS EN EL DERECHO COMUNITARIO DE SOCIEDADES. 2. BREVE SÍNTESIS DEL DERECHO ANTERIOR. 3. LÍNEAS GENERALES DE LA REFORMA DE 1989.—III. ESTRUCTURA DEL ORGANO DE ADMINISTRACION. 1. ADMINISTRADOR ÚNICO. 2. VARIOS ADMINISTRADORES SOLIDARIOS. 3. DOS ADMINISTRADORES QUE ACTÚEN CONJUNTAMENTE. 4. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: 4.1. *Composición y actuación colegial* 4.2. *Delegación de facultades por acuerdo del Consejo.*—5. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN Y DELEGACIÓN ESTATUTARIA DE FACULTADES

I. INTRODUCCION: REGIMEN LEGAL Y ESTATUTARIO SOBRE EL ORGANO DE ADMINISTRACION. DELIMITACION DEL TEMA

La normativa legal de las sociedades anónimas (Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, citada en el futuro TRLSA) sobre el órgano de administración regula determinados aspectos: *a)* Del estatuto de las funciones y de los administradores —nombramiento (art. 123), prohibiciones e incompatibilidades (arts. 124 y 132), aceptación e inscripción del nombramiento (art. 125), duración máxima del cargo (art. 126), atribución y facultades de representación (arts. 128 y 129), retribución (art. 130), separación (art. 131), deberes y responsabilidad (arts. 127 y 133-135)—, y *b)* De la organización y funcionamiento del órgano en el caso de Consejo de administración —imposición del Consejo (art. 136), sistema de representación proporcional (art. 137), cooptación (art. 138), constitución del Consejo y adopción de acuerdos (arts. 139 y 140), delegación de facultades (art. 141), libro de actas (art. 142) e impugnación de acuerdos (art.

143). Este régimen ha sido completado, en ocasiones de forma importante en aspectos de derecho sustantivo, por el reciente Reglamento del Registro Mercantil (RRM), aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre (en especial caps. III y IV del Tít. II).

Pero al mismo tiempo aquella normativa confía a los estatutos la disciplina, en unos casos con carácter obligatorio y en otros facultativo, de algunas cuestiones del régimen de la administración de la sociedad. En concreto dentro del contenido obligatorio de los estatutos debe figurar, según el artículo 9.*h)* e *i)* del TRLSA: la estructura del órgano al que se confía la administración; la determinación de los administradores a quienes se confiere el poder de representación y su régimen de actuación [y en relación con ello hay que tener en cuenta la cláusula delimitadora del objeto social, arts. 9.*b)* TRLSA y 117 RRM], el número de administradores, plazo de duración del cargo, sistema de retribución si la tuvieren (por tanto con obligatoriedad condicionada), modo de deliberar y adoptar sus acuerdos el órgano colegiado.

Mas en la realidad no se reduce a esto el campo normativo de los estatutos, sino que, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la S.A. (arts. 10 TRSLA y 115.2 RRM), aquéllos, con carácter voluntario, podrán incluir los pactos que juzguen conveniente. Pactos que según los casos refuerzan los requisitos del régimen legal cuando tiene carácter mínimo o le complementan en los aspectos no previstos que resultan convenientes para las exigencias organizativas de la sociedad en cuestión. Y como es sabido, en la práctica estatutaria son frecuentes las cláusulas que se refieren en particular a los administradores. Entre otras cuestiones suelen ocuparse de los requisitos y garantías para ser administrador (materia que en los últimos tiempos ha cobrado especial relevancia empleados como medidas de blindaje del Consejo, en especial en cuanto a los requisitos exigidos para los principales cargos del órgano administrativo), de la elección de cargos, de la convocatoria, de la constitución y adopción de acuerdos, de la determinación de las facultades de los administradores, de la delegación de facultades, de la previsión y designación de directores generales y otros apoderados, etc.

Estas breves consideraciones iniciales son suficientes para poner de manifiesto dos importantes cuestiones. La primera es el primordial papel regulador que desempeñan o pueden desempeñar los estatutos en relación con la configuración de la administración de la sociedad. Sin exageración puede afirmarse que, tomando en sentido amplio el título de la ponencia encomendada, sería preciso abordar en su casi totalidad el régimen efectivo de la organización y funcionamiento del órgano administrativo, analizando precisamente las múltiples variables que permite el régimen legal. Sin embargo nos parece que, por razones de tiempo y espacio y sobre todo por

el marco en que se sitúa esta contribución, en unos estudios sobre la fundación de la sociedad anónima, sólo tiene sentido centrarse en un punto de suficiente entidad e interés como es el de las "formas de organizar la administración de la sociedad" o "la estructura del órgano de administración" (según la terminología que acuñan ahora los textos legales), de acuerdo con el nuevo régimen surgido de la reforma de la LSA y muy especialmente del RRM.

Pero es que además no se puede pasar por alto en esta introducción una muy importante segunda cuestión de trascendencia fundamentalmente político-jurídica, pero no solo. El régimen legal en materia de organización se mueve de forma inevitable en una "relación de tensión normativa" con los estatutos. A medida que aumenta la intensidad normativa por obra del derecho imperativo se reduce el ámbito de la autonomía de la voluntad expresada en eventuales cláusulas estatutarias o reglamentarias internas. Y es algo obvio que el sentido de la evolución, desde el siglo pasado, en la regulación de la organización de la sociedad anónima (en otros sectores de su régimen, que escapan ahora de nuestra consideración, el fenómeno es aún más agudo) es la sustitución de un régimen de contenido reducido y predominantemente dispositivo por otro más detallado y de alcance imperativo.

El criterio finalmente adoptado por cada legislador para resolver la mencionada tensión depende de la concepción sobre la naturaleza y función de la sociedad anónima en relación con los distintos tipos económicos de empresa. En la reciente reforma el legislador español ha introducido algún grado de más rigidez, como tendremos ocasión de comprobar y juzgar, pero en líneas generales se mantiene en la línea tradicional de buscar un cierto equilibrio entre, de un lado, un mínimo contenido legal imperativo —que se acentúa—, de acuerdo con las exigencias de una "organización corporativa" dictada en atención a las necesidades funcionales de una entidad de cierta complejidad y de socios potencialmente cambiantes y, de otro, la posibilidad de adaptar las organización y funcionamiento de la administración a distintas situaciones de la vida real. Es claro que aun después de la reforma, que impone un capital mínimo de diez millones —corrigiendo la extrema ductilidad que tenía en el derecho de anterior para todo tipo de empresas— y hace más riguroso el régimen en determinados aspectos (organización financiera, publicidad y contabilidad, entre otros), lo cierto es que se mantiene la funcionalidad de la forma jurídica S.A. para diversos tipos económicos de empresa y no solo para la gran empresa con una base accionarial muy numerosa y dispersa. Esta concepción flexible, sin entrar ahora en polémicas valoraciones, tiene su reflejo en materia de organización de la administración, donde están llamadas a seguir jugando un destacado papel integrador y complementa-

rio del modelo legal y reglamentario (RRM) las cláusulas estatutarias y otros pactos internos.

De todas formas el propio legislador establece, junto a las normas legales imperativas, un límite general, constituido por los "principios configuradores de la sociedad anónima" (arts. 10 TRLSA y 115.2 RRM), cuyo contenido normativo habrá que determinar en cada materia. Para una primera valoración nos remitimos a la ponencia del Prof. DUQUE, recogida en estos estudios. En cuanto concierne a nuestro ámbito, no se presenta fácil, por los elementos flexibles del sistema legal y la naturaleza de la materia regulada, valorar, ante una "peculiar" cláusula, cuando existe un principio configurador que constituya un límite infranqueable para la cláusula en cuestión o, por el contrario, se trata de una tolerada expresión de la particular estructura de intereses y relaciones del grupo económico y humano que subyace y encarna esa concreta S.A.

Con estas breves consideraciones introductorias podemos pasar al análisis de nuestro tema que se va a limitar a los distintos tipos de estructura del órgano administrativo, dejando para un estudio separado de próxima publicación el análisis de las distintas modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación. Debe advertirse antes de seguir que, aunque en el estudio nos referimos sólo a los administradores de la S.A., el régimen previsto para éstos se aplica a los de la sociedad de responsabilidad limitada en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la LRSL (redacción de la Ley 19/1989, de 25 de julio).

II. MARCO GENERAL DE LA REFORMA

1. ESTRUCTURA MONISTA. EVOLUCION DE LOS TRABAJOS EN EL DERECHO COMUNITARIO DE SOCIEDADES

Para situar el alcance de las modificaciones conviene tener en cuenta que la reciente reforma de 1989 en el capítulo de los órganos de la sociedad (el cap. V del TRLSA) tiene carácter parcial y que en cuanto a la estructura del órgano de administración se mantiene el llamado sistema monista, es decir, un único órgano de administración que puede adoptar formas diversas, con la posibilidad, en caso de Consejo de Administración, de delegación de facultades, pero tampoco en este caso se instaura propiamente un sistema dualista. En esta ocasión no se ha considerado conveniente, ni siquiera por vía estatutaria opcional, dar entrada al sistema dualista. En todo caso ello hubiera exigido la correspondiente regulación. En cambio otra era la posición del "Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas" de 1979 (texto de junio de 1979), que con carácter general

admitía la coexistencia del sistema monista y dualista con implantación obligatoria del Consejo de Vigilancia para las sociedades que se encuentren en alguno de los casos siguientes: cotización en Bolsa, emisión de obligaciones, cuantía del capital superior a quinientos millones, empleo de más de quinientos trabajadores, imposición por disposiciones de rango legal (arts. 88 y 89).

Quedan, pues, pendientes el debate y la decisión sobre una de las cuestiones cruciales de la necesaria modernización del derecho de los órganos de la sociedad anónima, como es el de la adaptación de la organización de la administración da las exigencias funcionales y de control que presenta el proceso de adopción de decisiones al menos en las empresas de una cierta dimensión. Y ello al margen de las eventuales imposiciones que deriven de las Directivas de la CEE.

No obstante nos parece de interés, antes de entrar en la descripción de la nueva disciplina, hacer una breve referencia a la evolución de los trabajos de la CEE en esta materia, que en alguna medida incidirá en la situación del derecho vigente de los Estatutos miembros y que, en todo caso, deberá atenderse en nuestro ordenamiento cuando se aborde la futura reforma global del capítulo de los órganos de la LSA.

De las Directivas de la CEE aprobadas hasta ahora en materia de Derecho de Sociedades de capital no se desprende ninguna exigencia imperativa en cuanto a la estructura y composición del órgano de administración, si exceptuamos la incidencia del párrafo 3 del artículo 9 de la I Directiva (68/151/CEE, 9 de marzo) sobre las cláusulas estatutarias de ejercicio del poder de representación. Los Estados miembros tienen plena libertad para establecer el sistema de administración y las modalidades organizativas y funcionales que consideren más convenientes.

Y como es bien sabido en el derecho vigente de los Estados miembros nos encontramos con distintas situaciones en cuanto a la forma de organizar la actividad de administración de las sociedades anónimas. En unas legislaciones (Italia, Bélgica, Reino Unido, Irlanda) se prevé un único órgano de administración para todas las sociedades anónimas. En otras se admite la coexistencia de sistema dualista y unitario, pero mientras algunos Estados miembros dejan la elección de la modalidad de organizar la administración a las propias sociedades (Francia y Portugal), otros establecen de forma imperativa para las sociedades que reúnan determinados requisitos la estructura dualista dejando libertad de opción a las demás sociedades (Holanda). Unicamente la legislación germánica impone de forma obligatoria una bipartición de órganos —Consejo de Vigilancia y Dirección— para todas las sociedades anónimas. En el supuesto de composición plural del órgano de administración la mayor parte de los ordenamientos

suelen imponer el funcionamiento colegiado del órgano (sin perjuicio de la delegación de funciones y de la distribución interna de tareas), aunque alguno, como el germánico, dispone el modo de actuación conjunta (decisión por unanimidad, sin perjuicio de la validez de las cláusulas estatutarias que establezcan el principio mayoritario o la atribución de facultades de gestión de forma separada a cada miembro o en alguna suerte de actuación conjunta de algunos de ellos o con un apoderado general, respetando determinados límites que derivan de la posición institucional del órgano).

La incidencia del Proyecto de V Directiva en esta situación dependerá de su redacción definitiva. No es descartable que la progresiva flexibilidad del Proyecto llegue en este punto a admitir que los Estados miembros puedan prever uno solo de los sistemas de administración, sin necesidad de ofrecer la opción del sistema dualista, como todavía exige la versión modificada de 19 de agosto de 1983 (JO C. 240 de 9 de septiembre de 1983). En relación con el proyectado sistema monista de la V Directiva, la cuestión de mayor trascendencia en este punto para el derecho español vigente, reside en si finalmente la delegación de la función de dirección en los llamados miembros directivos se confía a los estatutos o se impone obligatoriamente y en si se admite y para qué sociedades un régimen excepcional que no haga necesaria la conformación de un órgano de administración con dualidad de miembros directivos y no directivos, permitiendo que esté compuesto por menos de tres miembros. En este momento continúan los debates en el Grupo de Cuestiones Económicas (Establecimiento y Servicios), sin que exista una base de acuerdo suficiente entre las Delegaciones de los Estados miembros que facilite a los órganos comunitarios una toma de posición definitiva.

Aunque respecto del derecho interno de los Estados miembros se sitúa en un plano distinto al de las Directivas tiene interés el reciente Proyecto de Reglamento relativo al Estatuto de la Sociedad Anónima Europea [Com. (89) 268 final -SYN 218] de 25 de agosto de 1989, que modifica profundamente la orientación y el contenido de los anteriores Proyectos de 1970 y 1975. Se inspira en materia de organización de la administración en la evolución de los trabajos sobre el proyecto de V Directiva, confiando a los estatutos de cada Sociedad Europea optar por el sistema monista (órgano de administración) o el sistema dualista (órgano de dirección y vigilancia). En lo que ahora nos interesa resaltar se establece que en caso de sistema monista el órgano de administración estará integrado por un mínimo de tres miembros y que delegará la dirección en uno o varios de sus miembros, los llamados miembros directivos, que serán un número inferior a los restantes miembros del órgano (art. 66). Pero parece que si finalmente en la quinta Directiva acaba por establecerse una delegación

facultativa, ésta será también la orientación seguida en el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

2. BREVE SÍNTESIS DEL DERECHO ANTERIOR

La situación del derecho español anterior a la reforma, contenida fundamentalmente en los artículos 11.3.*h)* y 73.1 de la LSA 1951 y 102.*h)* del RRM de 1956 se puede sintetizar en los siguientes extremos:

a) Se exigía mención estatutaria del órgano de administración expresando quién o quiénes ostentan la representación.

b) Se permitían distintas opciones en la composición y organización del órgano de administración: administrador único, varios administradores solidarios y Consejo; la forma colegial, pues, no se imponía salvo en el caso de otorgamiento "conjunto" de facultades.

c) Aunque el texto legal no admitía la administración conjunta de dos, la Jurisprudencia [Resoluciones de la DGRN de 9 de mayo de 1978 y de 4 y 5 de octubre de 1982 y STS de 3 de febrero de 1965 (Ar. 525/65) y de 10 de junio de 1981 (Ar. 2.620/81)] había terminado por aceptarla, de forma directa o indirecta *(vid.* ESTEBAN VELASCO, "Organización y contenido" 397, con ulteriores referencias); en la doctrina sólo algún autor admitía la existencia de un órgano pluripersonal de funcionamiento mancomunado (en este sentido BROSETA , *Manual*, 5.ª ed. 261).

d) Asimismo la Jurisprudencia reconoció la validez de la cláusula estatutaria de órgano alternativo, por la que se faculta a la Junta General para decidir, sin necesidad de modificar los estatutos, la opción concreta (administrador único, varios administradores solidarios o Consejo) que estime conveniente en cada momento [Resoluciones de la DGRN de 26 de noviembre de 1981, 4 y 5 de octubre de 1982, 11 de febrero de 1986 (se preveía modificación de los estatutos) y 21 de abril de 1987]; (en sentido favorable, CÁMARA, *Estudios,* I, 588; GARCÍA DE MESA Y GARCÍA-PITA, "Modalidades en la organización", 445; en contra, GARRIGUES en GARRIGUES-URÍA, *Comentario* II, 21).

e) Para algunos autorizados intérpretes de la Ley la equívoca referencia en el texto legal al "órgano u órganos" y en el RRM a la modalidad de un "Consejo y uno o varios administradores singulares" suponía un claro reconocimiento de la dualidad de órganos administrativos simultáneos con distribución de sus respectivas facultades, p. ej. uno o varios gerentes solidarios, no con el carácter de dependientes del Consejo, sino con la categoría de verdaderos órganos sociales [GARRIGUES, en GARRIGUES-URÍA, *Comentario* II, 20; URÍA, *Derecho Mercantil* (15.ª ed.), p. 275] o el establecimiento de un órgano de vigilancia como en otros

ordenamientos (GIRÓN TENA, *Derecho,* S.A., 112; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones,* 221 y ss.), que subraya que por la posición del Consejo las facultades que se otorgan al otro órgano (Gerencia, Director General, etc.) sean limitadas y sometidas en buena parte a los acuerdos de dicho Consejo; incidentalmente se reconoce la licitud de la [concurrencia de Consejo y Administradores singulares] en las Resoluciones de la DGRN de 26 de noviembre de 1981 y de 21 de abril de 1987; en el sentido de sólo poder referirse a la inserción estatutaria de los órganos delegados (IGLESIAS PRADA, *Administración y Delegación,* 139-142). No cabe duda de que salvo que se acepte esta última interpretación nos encontramos ante una pieza extraña en el sistema general de la LSA de 1951, que, como el vigente, cuenta sólo con normas para el funcionamiento de una estructura administrativa de tipo monista, aun en el caso de organización con delegación (así en contra de la posibilidad de organizar un sistema de administración dualista, puesto que las facultades y responsabilidades del Consejo reguladas por la Ley son inmodificables, se pronuncia VICENT CHULIA, *Compendio* I, 366).

3. LÍNEAS GENERALES DE LA REFORMA DE 1989

Sin alterar sustancialmente esta situación, la reciente reforma de 1989 introduce algunas modificaciones que son las que nos interesan en esta ocasión.

Los nuevos textos que delimitan el ámbito de la libertad estatutaria son los siguientes: en primer lugar el ya mencionado artículo 9.*h)* del TRLSA, que resulta relevante no sólo por hacer obligatoria la mención estatutaria sobre la estructura del órgano de administración y los representantes orgánicos sino por la remisión a lo establecido en la Ley y muy en particular al RRM; en segundo lugar, dentro de la LSA hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 136 (Consejo de Administración) y 141 [Delegación de facultades] y, en tercer lugar, es sobre todo el nuevo art. 124 del RRM el que contiene la regulación vigente en le materia. Disposición extraordinariamente importante, dictada utilizando ampliamente la remisión normativa del citado artículo 9.*h)*.

De los mencionados preceptos resulta el siguiente panorama que será analizado en detalle en los apartados sucesivos, pero que ya conviene anticipar señalando, en su caso, las diferencias con el derecho anterior:

a) Continúa siendo inexcusable la mención estatutaria de la "estructura del órgano al que se confía la administración", como órgano necesario con una competencia específica frente a la Junta General. Necesidad que no prejuzga las modalidades que pueda adoptar.

b) Junto a las formas ya conocidas en el derecho anterior (administrador único, varios administradores solidarios y Consejo de Administración), ahora se reconoce expresamente la administración conjunta de dos, significativamente se elimina la referencia a la dualidad de órganos (lo que, sin embargo, para URÍA, *Derecho mercantil,* 16.ª ed., pág. 309, no se opone a mantener la anterior dualidad de órganos administrativos) y se incluye como modalidad autónoma formalmente la delegación estatutaria de facultades. Se mantiene pues la pluralidad de opciones organizativas pero con algunas diferencias.

c) La existencia de una reserva estatutaria sobre la fijación de "la estructura del órgano" de administación impide que tenga cabida en el nuevo sistema reglamentario la llamada cláusula de órgano alternativo. Con ello se acoge más claramente la tesis del sector doctrinal mencionado que ya conforme a la LSA de 1951 entendía que la estructura de administración ha de quedar precisada en los estatutos, sin que quepa establecer un repertorio de posibilidades dentro del cual la Junta pueda elegir en cada caso el sistema a aplicar (GARRIGUES, en GARRIGUES-URÍA, *Comentario* II, 21).

d) Atendiendo a la composición (unipersonal o plural) y a los modos de funcionamiento del órgano cuando la composición es plural los distintos tipos de organización de la actividad administrativa pueden reconducirse a la siguiente clasificación: administración unipersonal y administración pluripersonal. En este segundo caso la administración puede ser solidaria o conjunta (colectiva), según que la facultad de administración corresponda separadamente a cada uno de los administradores o se atribuya colectivamente al conjunto de los componentes del órgano. En este último caso debe diferenciarse entre la conjunta no colegial o mancomunada, que presupone el consentimiento unánime de los administradores y la colegial, que se basa en el seguimiento de un determinado procedimiento (el colegial) para la formación de la voluntad del conjunto de los miembros como voluntad unitaria del órgano imputable a la sociedad.

En caso de composición plural es claro que se debe coordinar la exigencia de unidad y coherencia de la gestión con la facilidad decisoria, que pide la actividad de administración. Las mencionadas modalidades privilegian uno u otro aspecto (conjunta no colegial, el primero y solidaria, el segundo) o buscan una combinación armónica de ambos (colegial). El legislador sólo se ha ocupado (con carácter mínimo) del funcionamiento colegial, faltando cualquier previsión sobre las características funcionales básicas e inderogables, en el ámbito de la facultad de administración, de las otras opciones y sobre el consiguiente ámbito de libertad estatutaria para establecer mecanismos correctores de eventuales problemas funcionales y conflictos inherentes a cada modalidad, en particular en el caso de

la administración solidaria, que, como veremos (III.2), el resto de ordenamientos europeos no consideran conveniente para las características tipológicas de la sociedad anónima (otra cosa sucede en relación con las SRL) y que sin embargo la generalidad de la doctrina española, de forma acrítica, viene admitiendo a partir de la LSA de 1951, interpretando a contrario *sensu* que el término "conjuntamente" del antiguo 73 (LSA 1951), abre la posibilidad de administración disyuntiva de varias personas. El RRMM de 1956 consolidó esta interpretación al mencionar expresamente la administración solidaria [art. 102.*h)*].

e) Dentro de la actividad de administración en sentido amplio y que como es obvio corresponde al órgano de administración en sus diversas formas organizativas, se trata separadamente de la actividad de representación, que presenta ciertas particularidades no sólo en el contenido del poder sino también en las modalidades de su atribución y ejercicio que, sin embargo, quedan fuera del objetivo de este trabajo. (Véase ESTEBAN VELASCO, "Modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación", de próxima publicación en los *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Dr. D. José Girón Tena).*

f) De todo ello resulta que, en relacion con la organización de la administración, resulta un sistema de amplia libertad estatutaria, salvo para el supuesto de administración conjunta de más de dos personas que deberán constituir Consejo de Administración. Al mismo criterio obedecía el Anteproyecto de LSA de 1979 salvo que como ya se ha indicado admitía la administración dualista y la conjunta confiada a tres administradores. En concreto la administración podría adoptar alguna de las siguientes formas: administrador único; dos o más administradores con facultades solidarias; dos o tres administradores con facultades conjuntas de actuación; un Consejo de administración, integrado por un mínimo de tres y un máximo de once miembros; un Consejo de vigilancia y una Dirección unipersonal o colegiada (art. 88) *(vid.* BROSETA, "La reforma del Derecho de S.A.", 195).

Sin perjuicio de las consideraciones que hagamos al tratar de cada una de esas posibilidades se puede afirmar que esas opciones corresponden a las de más frecuente utilización en nuestra realidad. Una cierta rigidez aflora al tratar de la organización del poder de representación y la correlación con las facultades de gestión. Pero este aspecto tiene que quedar remitido al estudio de esta materia. Dentro de esos márgenes corresponde a los socios (órganicamente aquí se pone de manifiesto la posición preeminente de la Junta General) elegir y conformar aquella modalidad que mejor se adapte a las peculiares características del tipo de empresa, pero sin olvidar que la determinación de la estructura organizativa tiene trascendencia no sólo para los socios sino también para los terceros, interesa-

dos en un claro y seguro sistema de identificación de personas responsables de una diligente y ordenada administración y facultadas para vincular a la sociedad.

III. ESTRUCTURA DEL ORGANO DE ADMINISTRACION (*)

1. ADMINISTRADOR ÚNICO

La posibilidad de conferir la administración a un "administrador único" [art. 124.1.*a)* RRM], utilizada en sociedades cerradas o de pequeñas dimensiones, se reconoce también en la legislación comparada, salvo en aquellos ordenamientos que imponen la formación del Consejo con un número mínimo de tres *(vid. infra,* III, 4.1) o exigen, un número mínimo de administradores en relación con el capital social o por tratarse de una sociedad sujeta a un régimen especial (art. 76.2 *AktG* 1965).

El proyecto modificado de V Directiva en su redacción de 1983 establece, en el caso del sistema monista, una composición dual del órgano de administración, con miembros directivos y no directivos, exigiendo que el número de los últimos sea divisible por tres y superior al de los primeros. De prosperar esta redacción se impediría la composición unipersonal del órgano de administración (art. 21a, 1a). El curso de los debates en el Grupo de trabajo del Consejo parece indicar que finalmente, atendiendo a propuestas de algunas Delegaciones nacionales, se llegara a admitir el administrador único en las sociedades de menores dimensiones, delimitadas conforme al criterio del artículo 11 de la IV Directiva sobre cuentas anuales (78/660/CEE).

Obviamente el administrador único, como titular exclusivo de las funciones y facultades de administración atribuidas genéricamente por ley al órgano de administración, no se ve afectado en la adopción de decisiones por las limitaciones funcionales derivadas de la composición plural en cualquiera de las modalidades, como tendremos ocasión de ver en los próximos apartados. Pero no existe ningún obstáculo para que los estatutos o la Junta General en el ámbito de su lícita intromisión en la esfera de la actividad de administración establezcan limitaciones a su poder de gestión con efectos internos. En cambio no parece admisible la cláusula estatutaria que después de haber confiado la administración de la sociedad a un administrador único, limite la facultad de realizar las operaciones

(*) Sobre los tipos de estructura del órgano de administración elegidos por las sociedades en la fundación, vea los datos recogidos en el Apéndice.

típicas inherentes a la actividad del objeto social (operaciones de compraventa, libramiento, aceptación o aval de letras de cambio o cheques, disposición de fondos, etc.) exigiendo la intervención conjunta de un determinado socio no administrador. En este caso no se trata de establecer una reserva de autorización por otro órgano (la Junta General) de los actos de mayor importancia, que resulta admisible en tanto no se vacíe de contenido la función y posición del órgano responsable de la administración, sino que se atenta a la precisa identificación de la estructura del órgano de administración. En realidad en este supuesto se está buscando en la sustancia de una administración conjunta y la exigencia de claridad y seguridad de los terceros en la identificación de los titulares del poder de administración pide que se configure como tal *(vid.* en este sentido la RDGRN de 16 de diciembre de 1982).

No cabe la delegación de facultades en sentido estricto (art. 141 TRLSA), ya que ésta presupone por su naturaleza y función la existencia de órgano colegiado. En cambio, nada impide el recurso al mecanismo de la representación voluntaria, nombrando apoderados incluso de carácter general (p. ej. Gerente o Director General) *(vid.* en este sentido entre otras, Resoluciones de la DGRN de 21 de noviembre de 1985 y de 9 de junio de 1986).

2. Varios administradores solidarios

Los fundadores o, en su caso la Junta, con los requisitos de modificación de los estatutos, pueden confiar la administración a "varios administradores que actúen individualmente" [art. 124.1.*b)* RRM]. Al tratar del poder de representación del texto [124.2.*b)*] utiliza, en cambio, la terminología tradicional de "administradores solidarios" que empleaba el artículo 102.*h)* RRM de 1956 y que nosotros conservamos precisamente porque tal denominación es la que se ha acreditado en mayor medida en la práctica de contraponer, en particular en el ámbito de la representación, la actuación solidaria frente a la conjunta (aunque como es sabido no son infrecuentes en la doctrina las referencias a la administración-representación disyuntiva, separada, indistinta o individual).

Aunque se suele afirmar que constituye una modalidad de escasa utilización en la práctica (lo que constrasta con la información recogida en el Apéndice), lo cierto es que se sigue ofreciendo como modalidad autónoma en el elenco de tipos de organización de la administración, frente a lo que sucede en el derecho comparado de las sociedades anónimas, que en caso de composición pluripersonal tiende a imponer el funcionamiento colegial *(vid.* Bonelli, *Gli amministratori* 21 y ss. y más ampliamente,

ZANARONE, "La clausola di amministrazione disgiuntiva", *passim;* GRIPPO, *Deliberazione e collegialita, passim;* CALANDRA BUONAURA, *Amministrazione disgiuntiva, passim;* singular es el ordenamiento germánico que establece la actuación conjunta cuando los estatutos no dispongan otra cosa). En nuestro ordenamiento no se plantea pues un cuestión de licitud, sino de régimen. Sin embargo, la norma reglamentaria se limita a la determinación del supuesto: "la actuación individual", es decir, que cada administrador tiene facultad-deber para cumplir por separado las funciones y actos que pertenecen a la competencia del órgano de administración. Y, si exceptuamos alguna disposición de alcance registral, como la facultad de certificar las actas y acuerdos [art. 109.1.*b)* RRM] no encontramos en nuestro ordenamiento disposiciones específicas que se refieran a los problemas singulares que esta estructura del órgano de administración plantea y tampoco la doctrina ha prestado atención suficiente al supuesto, estableciendo las características y límites del sistema en el marco de las sociedades de capital (en relación con las sociedades personas *vid* por todos, GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades* I, 450 y ss.). En el contexto de nuestro estudio sólo interesa el ámbito de la libertad estatutaria para atender esos problemas de régimen.

La adopción de este tipo de administración sólo parece estar destinada a casos de sociedades de base accionarial restringida, que permitan establecer una composición personal del órgano con suficiente homogeneidad de criterios para no adoptar políticas de gestión o medidas concretas dispares que perjudiquen o paralicen a la sociedad. Sin embargo, este riesgo de conflictos no está excluido y debemos plantearnos los eventuales mecanismos estatutarios de solución e incluso, a falta de esta previsión, la posición del administrador acorde con su deber de administrador diligente y consiguiente responsabilidad.

Parece que, por exigencias de la unidad y coherencia de la gestión, es perfectamente admisible que, para el caso de falta de la normal coordinación espontánea de los administradores solidarios, pueda preverse en los estatutos, un derecho de oposición de los disconformes con las medidas proyectadas por alguno de ellos. Esta oposición sólo desplegaría sus efectos en el ámbito interno (en el mismo sentido para esta posibilidad, CÁMARA-LORA-TAMAYO-BOLAS, *La representación orgánica,* 144, n. 167). Asimismo, cabe que se disponga que en ese caso, cualquiera de los administradores podrá recurrir a la decisión mayoritaria de los administradores e incluso a la Junta General para que resuelva sobre el conflicto planteado.

La licitud del recurso a la Junta General (sin perjuicio de las facultades de revocación de los administradores y de la modificación estatutaria del sistema de administración) se fundamenta en que en nuestro ordenamiento

no está excluida la intervención de aquélla en la actividad de administración siempre que sea ocasional y para asuntos de especial importancia (ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión,* 495 y ss.). Sin embargo, en ningún caso la intervención de la Junta General puede llevar a que los administradores se transformen en meros ejecutores de la voluntad de aquélla. Estimamos que a falta de cláusula estatutaria el derecho de oposición del administrador solidario deriva del deber de administrar con la diligencia de un ordenado empresario y consiguiente responsabilidad (arts. 127 y 133-135 TRLSA). Sobre cada administrador recae un deber de mutua información y vigilancia sobre la respectiva actuación y podrá exigirse responsabilidad por no haber impedido actuaciones perjudiciales *(vid)* en el mismo sentido, con referencia a la hipótesis de delegación disyuntiva, RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados,* 344 y ss.; en contra, CÁMARA-LORA-TAMAYO-BOLAS, *loc. cit.),* aun sin necesidad de acudir a la analogía de las sociedades de personas (en favor de la aplicación analógica de los arts. 130 del C. de Comercio y 1.693 del C. civil, para las SRL, URÍA, *Derecho mercantil,* 15.ª ed. 393; en el mismo sentido para el supuesto de delegación solidaria, IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación,* 294 y ss.). Con aquel fundamento debe considerársele un instrumento de superación de eventuales conflictos en orden a salvaguardar la coherencia de la gestión en todos los casos de administración solidaria. Asimismo debe reconocerse *ex lege* a cada administrador solidario la posibilidad de convocar a la Junta General para que se resuelva sobre el asunto conflictivo *(vid.* en la doctrina italiana, con ulteriores referencias, CALANDRA BUONAURA, *Amministrazone disgiuntiva,* 65 y ss.). En una dirección similar nos parece que se mueve la STS de 9 de mayo de 1986 (Ar. 2674) que reconoce la existencia de una mutua obligación de información y rendición de cuentas entre los administradores solidarios derivada de la responsabilidad establecida en el artículo 79 LSA 1951 (conforme en su "Comentario" a dicha sentencia, QUIJANO, 3643 y ss. y en *Responsabilidad,* p. 251 n. 6). Es claro que un ejercicio abusivo del derecho de oposición es también fuente de responsabilidad.

Por otro lado, la propia norma reglamentaria [art. 124.2.*b)* RRM] admite la licitud de cláusulas estatutarias o acuerdos de la Junta General, que, con efecto interno, establezcan una distribución de funciones entre los administradores solidarios por zonas geográficas o sectores de actividad.

Corresponde a los estatutos determinar el número de administradores solidarios o al menos el máximo y el mínimo, de forma que el número concreto lo determine entonces la propia Junta General [arts. 9.*g),* 123 TRLSA y 124.3 RRM].

3. DOS ADMINISTRADORES QUE ACTÚEN CONJUNTAMENTE

La nueva regulación de la Ley y del RRM terminan con las dudas y problemas de interpretación que surgían con la legislación anterior, a que ya se ha hecho referencia. Por un lado se dispone que "cuando la administración se confía conjuntamente a más de dos personas, éstas constituirán el Consejo de Administración" (art. 136 TRLSA) y de conformidad con esto se admite expresamente la administración conjunta no colegial confiada a dos administradores [art. 124.1.*c)* RRM]. Fuera de este supuesto si se quiere actuación conjunta, el ordenamiento impone el método de funcionamiento colegiado. Se trata de una opción discutible de política jurídica. ¿Por qué no admitir la actuación conjunta de más, p. ej. de tres? Recuérdese el modelo legal germánico, sin duda pensando para supuestos de Dirección (en el sistema dualista) de composición reducida. Debe tenerse en cuenta que obligar a actuar conjuntamente implica establecer un rígido sistema de control entre los administradores, carente de flexibilidad al hacer necesario el acuerdo unánime o la adhesión de todos. El método tiene, frente al sistema visto en el apartado anterior, las mayores garantías para evitar el riesgo de adopción de medidas contradictorias o no concordadas, pero grandes inconvenientes para practicar una gestión ágil que resulte de la ponderación de distintos puntos de vista y de opciones razonables. (Sobre el funcionamiento en general del sistema de administración conjunta *vid.* en la doctrina alemana, por todos, MERTENS, *Kölner Kommentar,* § 77 NM 7 y ss.). Nuestro ordenamiento teniendo en cuenta los riesgos de bloqueo funcional que supone la administración conjunta privilegia, en el plano de la administración, el método colegiado, que permite resolver más satisfactoriamente la tensión entre las exigencias de unidad y coherencia de gestión y facilidad decisoria. A esto sólo se hace excepción en caso de dos administradores. Quizá en la fijación del número exista un punto de excesiva rigidez si tenemos en cuenta la aplicación a la SRL*(vid* en este sentido RR de la DGRN de 3 de noviembre de 1980 y de 7 de abril de 1981, que contemplan supuestos de administración mancomunada de tres, admisible bajo la legislación anterior) y con ocasión del proceso de reforma en curso sobre la SRL deba de replantearse de forma general o específicamente para las SRL.

Algún autor considera admisible el nombramiento de más de dos administradores, pero con la exigencia-limitación de la "intervención de dos cualesquiera de los administradores" (ARANGUREN URRIZA, "Los órganos de la S.A.", 470). Los antecedentes de la admisión de la modalidad de dos administradores conjuntos y la relación entre la administración conjunta y la colegial en nuestro sistema inclinan a pensar que más bien el modelo legal sólo tolera un "órgano compuesto de sólo dos" del total de que se

componga. Las eventuales exigencias de la práctica pueden atenderse bajo la fórmula del Consejo con atribución o delegación de facultades en diversas combinaciones.

El ejercicio de la actividad administrativa exige, por definición, el concurso de los cotitulares de la facultad de administración. La concurrencia no necesariamente ha de ser simultánea. No cabe la delegación en sentido propio. Pero es posible la autorización del uno al otro para actos concretos o tipos de negocios de una determinada clase. En cambio no es admisible que un miembro otorgue por anticipado al otro su autorización para todos los negocios que realice en el futuro, por ser contrario al principio de la gestión conjunta (*vid.* en la doctrina alemana por todos, HEFERMEHL, en GESSLER y otros *Aktiengesetz,* § 77 NM 2). En todo caso esas eventuales autorizaciones no afectan a su responsabilidad.

La terminación en el cargo por cualquier causa de alguno de los administradores debe resolverse mediante la cobertura del puesto. Es discutible la admisión de la cláusula estatutaria de órgano sucesivo (distinta de la de órgano alternativo) que estableciera que en caso de cese de uno de los administradores se produciría una transformación en administrador singular.

Los administradores conjuntos podrán nombrar apoderados, incluso de carácter general, salvo prohibición estatutaria. Ellos son los titulares conjuntos de la actividad de administración y pueden tomar esta decisión organizativa. No se despojan de sus facultades interna ni externamente e institucionalmente se mantiene el régimen de responsabilidad *in eligendo, in instruendo e in vigilando (vid.* QUIJANO, *La responsabilidad,* 322 y ss.). Expresamente el Anteproyecto de LSA de 1979 admitía el nombramiento de apoderados generales y disponía que "si uno de ellos obstaculiza el funcionamiento de la administración conjunta podrá el otro u otros administradores (no existía la limitación a dos) convocar la Junta general para su revocación o para la adopción de la decisión que corresponda" (art. 105). No parece que existan dificultades para defender esa facultad del administrador conforme al derecho vigente al amparo de su posición de administrador diligente.

4. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

4.1. *Composición y actuación colegial*

Ya hemos tenido la oportunidad de señalar que constituye una modalidad de frecuente utilización en la práctica y la podemos calificar de opción legal preferente en caso de administración pluripersonal colectiva.

Como hemos dicho, el legislador en el artículo 136 del TRLSA impone el funcionamiento colegiado cuando hay atribución de la gestión conjuntamente a más de dos personas y dicta una serie de normas sólo aplicables al caso de administración pluripersonal colegiada, sistematizadas por el texto refundido en una nueva sección separada de la general sobre los administradores (arts. 136-143). La opción del legislador parece justificada si tenemos en cuenta que mediante este procedimiento, basado en el predominio de la voluntad de la mayoría, se facilita la adopción de decisiones al mismo tiempo que asegura una gestión más coordinada, eficiente y consecuente con el principio de la responsabilidad solidaria (sobre la función del método colegial, *vid.* en el debate reciente en la doctrina italiana los estudios ya citados de BENELLI, ZANARONE, GRIPPO y CALANDRA BUONAURA, con ulteriores referencias).

Frente a la actuación conjunta no colegial, en la que el acto del órgano resulta de la coincidencia de voluntades sin sujeción a un procedimiento, la esencia de la actuación colegial reside en que la voluntad del órgano se forma respetando un procedimiento que requiere la convocatoria, la reunión, la discusión y una votación que arroja el resultado. Este procedimiento jurídico tiene el efecto de producir una voluntad unitaria no por la suma de la de los componentes del órgano sino por una particular combinación *(vid.* autores y obras ult. cit.).

La exigencia de un número mínimo de tres es una solución coherente (aunque no esencial) con el método colegial, impuesta también por la legislación de algunos Estados miembros de la CEE (arts. 89.1 de la Ley francesa de 1966; art. 55.1 de Leyes coordinadas belgas de 1935; art. 51 de Ley luxemburguesa de 1915). Con su introducción en la reciente reforma de 1989 [art. 9.*h)* TRLSA] se ha pretendido separar con nitidez la administración mancomunada pura de dos de la colegial, excluyendo de su ámbito la administración bipersonal (sobre el funcionamiento colegial del Consejo de dos, incluso en la hipótesis de voto dirimente del presidente, *vid.* CALANDRA BUONAURA, *Amministrazione bipersonale,* 653 y ss., con ulteriores referencias).

En los debates actuales del Grupo de trabajo de la CEE sobre el Proyecto de V Directiva la tendencia es, revisando la propuesta modificada de 1983, establecer como principio general, para el sistema monista, un órgano de administración compuesto de al menos tres miembros, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan permitir que las sociedades que reúnan los requisitos del artículo 11 de la Directiva 78/660/CEE y que no estén sujetas a la participación de los trabajadores puedan tener un órgano de menos de tres miembros. Debe apuntarse que la cuestión sigue abierta y no debe descartarse que finalmente se prescinda de imponer un número mínimo de tres.

Algún autor no ve ninguna dificultad para que en los estatutos se contemple expresamente la facultad de la Junta de elegir entre los administradores (que actuarían mancomunadamente) de tres o más (que constituiría Consejo), ya que nos mantenemos dentro de la estructura de administración conjunta y la Junta se limita a ejercitar una competencia conferida por los Estatutos según la previsión legal (en este sentido ARANGUREN URRIZA, "Los órganos de la S.A.", 470). En nuestra opinión no parece admisible esta modificación indirecta de la estructura administrativa. En primer lugar, porque no cabe que los estatutos fijen el número máximo y mínimo con referencia a una estructura indeterminada de órgano de administración, sino que esa posibilidad y la consiguiente facultad de la Junta sólo juega en el caso de administradores solidarios y de Consejo. Y en segundo lugar, porque es claro que se trata de una auténtica modificación de estructura administrativa que exige respetar las garantías de modificación estatutaria al existir una reserva estatutaria sobre la materia.

Es válida la cláusula estatutaria que en caso de paridad de votos otorga carácter dirimente al voto del presidente o de cualquier otro miembro, tal como viene reconociendo la jurisprudencia (RR de DGRN de 17 de julio y de 5 de noviembre de 1956). La reciente RDGRN de 27 de abril de 1989 no admite una cláusula de remisión a la institución del arbitraje para la solución de los empates en el Consejo de Administración al considerar "que los empates que se pretenden dirimir por vía arbitral se desenvuelven en el seno del proceso de formación de la voluntad social; ... no hay en los empates, todavía, contienda conflicto litigioso, ni pretensiones merecedoras de tutela judicial y no procede, por tanto, la intervención de la jurisdicción ni tampoco la aplicación de la institución del arbitraje". En cambio, sí acepta, fuera del genuino arbitraje, el recurso al arbitrio de un tercero (arbitrador), ya que "admitido que para ser nombrado Administrador no se requiere la cualidad de accionista, no puede haber obstáculo para que un tercero sea llamado a decidir en hipótesis especiales en las que en la medida que completa el proceso formativo de la voluntad social viene a desempeñar funciones de administrador".

El Consejo, como colegio, toma por regla general sus decisiones "por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión" (art. 140.1 TRLSA). No ofrece dudas la licitud de las cláusulas que imponen mayorías reforzadas para todos o algunos acuerdos. Discutible es en cambio para algunos autores que ese reforzamiento pueda llegar hasta exigir la unanimidad (así ARANGUREN URRIZA, ob. cit. 469) pues pudiera pensarse que es incompatible con el procedimiento colegial, fundamentado en el principio de la mayoría. No parece que en el plano de los principios constituya un elemento absolutamente esencial e ineliminable de la colegialidad la

formación de la voluntad por mayoría, sino que cabe y puede resultar oportuno en algunos casos, por la trascendencia del acto, pedir el concurso unánime de la voluntad de todos los concurrentes e incluso de los componentes del Consejo (en este sentido GARRIGUES en GARRIGUES-URÍA, *Comentario,* II, 150; IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación,* 315; MINERVINI, *Gli amministratori,* 388; GOURLAY, *Le conseil d'administration,* 191). La adopción de acuerdos por escrito y sin sesión no precisa autorización estatutaria, ya que la propia ley admite este procedimiento cuando ningún consejero se oponga (art. 140 TRLSA). En este caso se conserva el principio mayoritario pero se prescinde de otros elementos esenciales del método colegial: la reunión y la deliberación.

4.2. *Delegación de facultades por acuerdo del Consejo*

En caso de Consejo de Administración, el modelo legal parte, como regla general, de la actuación según el método colegial. Sin embargo, al mismo tiempo atribuye al Consejo la facultad, controlada por los estatutos, de adoptar, en función de las exigencias y circunstancias del caso, un modo distinto de organización y ejercicio de la actividad administrativa. En efecto, el artículo 141.1 TRLSA, establece que "cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el Consejo de administración podrá designar... de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más Consejeros delegados" y de acuerdo con ello la norma reglamentaria dispone que cuando los estatutos confíen la administración a un Consejo lo harán (si no disponen otra cosa) "sin perjuicio de la facultad de delegación prevista en el artículo 141 de la LSA" [art. 124.1.*b)* RRM].

A través de un acto de delegación, de contenido organizativo, el propio Consejo puede dar lugar a una estructura de la administración más flexible y ágil, consistente en la simplificación o la eliminación del funcionamiento colegial, a través de la delegación de facultades en una Comisión ejecutiva y/o en uno o más Consejeros delegados. Con ello, de acuerdo con la caracterización que nos parece más correcta *(vid* en nuestra doctrina las excelentes monografías de IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación,* 367 y ss. y de RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados,* 411 y ss.), se constituye un nuevo órgano, no en el sentido del que se cree una esfera autónoma y distinta de competencias exclusivas frente al Consejo, sino que se les faculta en el ámbito de la delegación para desarrollar la misma función orgánica (es decir sometida a un régimen y no al de mandatarios) que incumbe al Consejo, con la particularidad de ser un órgano subordinado al Consejo. Interesa en este lugar subrayar este aspecto para evitar equívocos sobre las consecuencias de la delegación respecto de la estructura de la administración, que es el tema que nos ocupa en este lugar.

La delegación no carece de consecuencias importantes en cuanto al modo de funcionamiento y consiguiente régimen de responsabilidad. La delegación altera parcialmente el contenido de la obligación de administrar de los administradores no delegados (transformándola realmente, en condiciones normales, en relación con el ámbito delegado, en una obligación de control de la administración), pero siguen siendo administradores y responden por falta de control y/o no adopción de las medidas convenientes para evitar el daño (art. 133.2 TRLSA) *(vid.* QUIJANO, *La responsabilidad,* 277 y ss.). De la naturaleza de la delegación y del régimen de responsabilidad se desprende que, de acuerdo la doctrina mayoritaria, la delegación no priva al Consejo de sus facultades de administración, sino que, por el contrario: *a)* conserva competencia concurrente con la del o de los órganos delegados; *b)* puede sustituir a éstos en el cumplimiento de los actos comprendidos en las funciones delegadas; *c)* tiene la facultad de modificar o revocar (antes de su conclusión) los actos de administradores delegados; *d)* impartir instrucciones y *e),* salvo que existan condicionamientos estatutarios en los términos que veremos, revocar a los administradores y suprimir la delegación o modificar su contenido.

Recientemente, en cambio, se ha avanzado con cautela por un sector cualificado de la doctrina española la tesis de la separación de competencias con la consecuencia de que "una vez nombrada la Comisión ejecutiva o el Consejero delegado el Consejo no podrá inmiscuirse en la gestión de la una o del otro ni llevar a cabo actos, prescindiendo de aquéllos, de los comprendidos en la delegación. Subsistiría claro está la posibilidad de *recuperar* esas facultades sin más que revocar la delegación. Con ello se aproximaría la figura del Consejo de Administración a la del llamado en otras legislaciones Consejo de vigilancia aunque tampoco se diera una plena y cabal identificación" (CÁMARA-LORA-TAMAYO-BOLAS, *La representación orgánica,* 154). Sin entrar en un análisis detenido que no tiene cabida en este lugar entendemos que, ciertamente, con la delegación se corrige la estructura monista pura del Consejo, pero no se traspasa el umbral del sistema dualista, pese a la clara aproximación funcional resultante. Téngase en cuenta que caracteriza a la institución de la delegación dentro del sistema unitario en nuestro derecho vigente la necesaria condición de miembro del órgano de administración de los delegados, mientras que en el sistema dualista se establece la incompatibilidad de la condición de miembro de forma simultánea de los dos órganos: Dirección y Consejo de vigilancia. Y que, por otra parte, el órgano de vigilancia en el sistema dualista tiene unas facultades más limitadas en orden a la actividad de administración que las que jurídicamente corresponden al Consejo de administración, tal como se ha expuesto sintéticamente.

Tal vez como viene configurada la facultad de delegación del Consejo,

no se precisa autorización estatutaria ni de la Junta General para su ejercicio, frente a lo que es común en otros ordenamientos. Se trata de una facultad atribuida *ex lege* al Consejo (en este sentido RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados,* 191; en contra IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación,* 139 y ss.). El control de los socios interesados y legitimados para disponer sobre la organización de la actividad administrativa se produce de forma indirecta o negativa en nuestro ordenamiento, ya que los estatutos pueden prohibir la delegación si aquéllos consideran que debe ser el colegio de todos los administradores quien actúe sin la mediación de la delegación, evitando de esta forma las consecuencias propias de esta institución en el plano del funcionamiento y de la responsabilidad que ya se han apuntado.

Los estatutos pueden moverse dentro de una serie amplia de posibilidades adaptando el modelo legal a las necesidades de la sociedad en cuestión. No es raro que simplemente se limiten a reiterar la autorización legal de la delegación sin más contenido que la reproducción del texto legal. En este caso carecen de relevancia normativa. Pero también, en posición extrema a la de la prohibición, pueden imponer la delegación obligatoria delimitando las respectivas competencias del Consejo y del órgano delegado. En este caso nos situamos ante una modalidad organizativa que en la norma reglamentaria se recoge separadamente [art. 124.1.*e)* RRM] y cuyo análisis efectuamos en un apartado distinto. Opciones intermedias en relación con las anteriores constituyen aquellas cláusulas estatutarias que confíen la creación de órganos delegados a la Junta General, atribuyendo también la competencia para la designación de las personas a la Junta (en otro caso corresponde la designación al Consejo). En este caso frente al modelo legal se sustrae al Consejo uno o varios aspectos de su competencia organizativa, pero conserva la posición prominente en los términos antes esquematizados (competencia concurrente, modificación o revocación de los actos de los delegados, posibilidad de instrucción) *(vid.* más ampliamente sobre las distintas cláusulas estatutarias IGLESIAS PRADA, *ob. cit.,* 152; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *ob. cit.,* 200).

Aunque es un temario que queda fuera del ámbito de los estatutos y por ello fuera de nuestra consideración en este estudio, debe mencionarse que pertenece al contenido del acuerdo de delegación del Consejo determinar las facultades delegadas (art. 149.1), respetando los límites legales sobre las facultades indelegables (art. 141 TRLSA), así como establecer la composición del o de los órganos delegados y las modalidades de actuación, para lo que hay que remitirse a la ya mencionada literatura especializada.

5. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN Y DELEGACIÓN ESTATUTARIA DE FACULTADES

Finalmente, los estatutos pueden prever que la administración corresponda a un Consejo de Administración y a una Comisión Ejecutiva o a uno o más Consejeros delegados, debiendo indicar sus respectivas competencias [art. 124.1.*e)* RRM]. La doctrina es coincidente en reconocer, al amparo del antiguo artículo 77 de la derogada LSA de 1951, la validez de las cláusulas estatutarias que imponían la delegación de facultades determinando su contenido. Si ello es así, parece que estamos ante una estructura de administración solo formalmente distinta de la anterior y no sustancialmente autónoma. La fundamentación y los límites de la delegación obligatoria se encuentran en que los estatutos pueden "disponer de otra cosa" (art. 141.1 TRLSA), es decir, que no sea el Consejo quien acuerde la delegación y demás elementos de su contenido. La opción de los redactores de formular por separado esta modalidad tal vez pueda dar lugar a equívocos sobre su alcance y por ello nos parece conveniente señalar las diferencias con el supuesto de delegación potestativa por acuerdo del Consejo.

Según la citada disposición reglamentaria no sólo es preciso que se imponga la creación del o de los órganos delegados con su composición y régimen de actuación, sino que se fijen las competencias respectivas. Entendemos que deben indicarse cuáles son las facultades que, en principio, de acuerdo con el modelo legal coresponden al órgano administrativo y que en caso de Consejo pueden delegarse (art. 141 TRLSA). No será entonces el acuerdo del Consejo, como para este supuesto exige el artículo 149.1 RRM, el que deberá contener "bien la enumeración particularizada de las facultades que se delegan, bien la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables", sino los propios estatutos. En otro caso, no estaremos ante el supuesto de la letra *e)* del artículo 124 RRM. Pero los estatutos al delimitar las llamadas equívocamente "respectivas competencias", deben dejar a salvo lo dispuesto en el artículo 141 TRLSA, sobre los límites de la delegación. En nuestra opinión sólo hay una diferencia de grado (ciertamente relevante en las relaciones entre Consejo y Organos delegados) respecto de la delegación potestativa. En el caso de la estatutaria obligatoria se sustrae del poder del Consejo la decisión sobre la creación o supresión del o de los órganos delegados y sobre la atribución y eventual modificación de las facultades delegadas. Desde el punto de vista de los intereses de los socios parece razonable que puedan plasmar aquella estructura que consideren más conveniente, simplificando o suprimiendo el funcionamiento colegial a través de la delegación y determinando en los estatutos su contenido. Ahora bien, también

en el caso de la delegación obligatoria, el Consejo conserva sus facultades plenas de administración para decidir en el ámbito de lo delegado y poder intervenir con cuantos medios están a su alcance como suprema instancia de la administración, tal como demanda su riguroso régimen de responsabilidad. Entender que las facultades delegadas constituyen un círculo de competencia exclusiva de los administradores delegados (en este sentido se pronuncia ARANGUREN URRIZA, *ob. cit.*, 472), contraría, en nuestra opinión, la posición y responsabilidad que incumbe al Consejo, mientras no se modifique la estructura administrativa por un acto del legislador.

Por tanto, tampoco esta modalidad organizativa supone el reconocimiento de una "dualidad orgánica" en el sentido del sistema dualista germánico, ni existe contradicción con la exigencia legal [art. 9.*h)* TRLSA] de que se determine la estructura "del órgano" en singular. Aun cuando se incide de forma importante en la facultad organizativa del Consejo y sus consiguientes poderes de control y reacción frente a los administradores delegados.

APENDICE

Me parecen de interés y tal vez sean significativos —aunque para poder afirmarlo con seguridad sería precisa una más amplia investigación sobre la praxis estatutaria— los datos proporcionados por el Registro Mercantil de Madrid sobre los tipos de estructura de órganos de administración elegidos por las sociedades de capital en el momento de la constitución.

1. SOCIEDADES ANÓNIMAS CONSTITUIDAS EN EL AÑO 1989

Porcentajes de estructura administrativa, elegida sobre un muestreo de 400 sociedades anónimas:

Consejo de Administración, 50 por 100.

Consejero/s delegado/s, 65 por 100.
Mancomunados, 40 por 100.
Solidario/s, 60 por 100.

Administrador único, 26 por 100.
Administradores solidarios, 15 por 100.
Administradores mancomunados, 7 por 100.
Gerente, 2 por 100.

2. Sociedades de capital constituidas del 1 de enero al 30 de junio de 1990

Porcentajes de estructura elegida sobre un muestreo de 500 sociedades, de las cuales resultaron ser:

Sociedades anónimas, 30 por 100.
Sociedades de responsabilidad limitada, 70 por 100.

A) *Sociedades anónimas*

Consejo de Administración, 47 por 100.

Consejero/s delegado/s, 67 por 100.
Mancomunados, 37 por 100.
Solidario/s, 63 por 100.

Administrador único, 26 por 100.
Administradores solidarios, 25 por 100.
Director Gerente, 2 por 100.

B) *Sociedades de responsabilidad limitada*

Consejo de Administración, 11 por 100.

Consejero/s delegado/s, 56 por 100.
Mancomunados, 23 por 100.
Solidarios, 77 por 100.

Administardor único, 30 por 100.
Administradores solidarios, 47 por 100.
Administradores mancomunados, 4 por 100.
Gerente/s solidario/s, 6 por 100.
Gerentes mancomunados, 2 por 100.

En relación con estos datos, transcritos tal cual se nos han facilitado, conviene tener en cuenta lo siguiente:

1.º Que para el período anterior a 1990 sólo se ofrecen datos sobre sociedades anónimas. El porcentaje de SRL constituidas es muy reducido (en todo caso inferior el 20 %). En el período de 1990 que se toma para el muestreo se ha producido una significativa inversión de tendencia en la elección de forma jurídica de sociedades, sin duda provocada por las nuevas exigencias (en capital mínimo y otros aspectos) de la regulación de las sociedades anónimas, y por ello se presentan por separado los datos relativos a unas y otras sociedades.

2.º Que aun no respetando la terminología legal, se admite la figura del Gerente o Director Gerente que constituye el órgano administrativo, bien en forma unipersonal o pluripersonal no colegiada. Se trata, pues, de administradores que, en realidad, habría que reconducir a las correspondientes estructuras de administración distintas de las del Consejo de Administración. Debe también advertirse que en el caso de ejercicio solidario en las sociedades de responsabilidad limitada se presenta conjuntamente el supuesto de Gerente único y de varios propiamente solidarios. La misma observación debe hacerse en relación con el porcentaje de los Consejeros delegados de ejercicio solidario.

Deseo expresar mi agradecimiento a don Valentín Barriga, Registrador Mercantil de Madrid, ya que por su interés y amabilidad he podido disponer de estos datos.

GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO

Profesor Titular de Derecho Mercantil
de la Universidad Complutense de Madrid

BIBLIOGRAFIA

ARANGUREN URRIZA: "Los órganos de la sociedad anónima", en GARRIDO DE PALMA y otros: *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación,* Madrid, 1990, 433.

BONELLI: *Gli amministratori di società per azioni,* Milano, 1985

BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil,* Madrid, 1985

BROSETA PONT: "Reforma del Derecho de Sociedades Anónimas", en AA.VV.. *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil,* Madrid, 1979, 183.

CALANDRA BUONAURA *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali,* Milano, 1984.

CALANDRA BUONAURA. *Amministrazione bipersonale, metodo collegiale e clausola di prevalenza del voto del presidente,* Giur. Comm., II, 1985, 653.

CÁMARA ALVAREZ: *Estudios de Derecho mercantil,* I, Madrid, 1977.

CÁMARA-LORA-TAMAYO-BOLAS: *La representación orgánica y la representación voluntaria en el ámbito internacional,* Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo del Notariado, 1989.

ESTEBAN VELASCO. *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español,* Madrid, 1982.

ESTEBAN VELASCO: "Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital", en AA.VV.: *La reforma del Derecho español de sociedades de capital,* Madrid, 1987, 389.

GARCÍA DE MESA y GARCÍA-PITA LASTRES: "Distintas modalidades en la organización de la administración de la sociedad anónima", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* 10 (1983), 435

GARRIGUES-URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas,* II, Madrid, 1976.

GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952.
GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976.
GOURLAY: *Le Conseil d'administration de la société anonyme*, París, 1971
GRIPPO. *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, 1979.
HEFERMEHL, en GESSLER y otros. *Aktiengesetz, Kommentar*, München, 1973, §§ 76-94.
IGLESIAS PRADA: *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid, 1971.
MERTENS, en *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 2.ª ed., Köln, 1989
QUIJANO GONZÁLEZ: *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima*, Valladolid, 1985.
QUIJANO GONZÁLEZ: "Comentario a la STS de 9 de mayo de 1986", *CCJC*, 11 (1986), 3637.
RODRÍGUEZ ARTIGAS: *Consejeros delegados, Comisiones ejecutivas y Consejos de Administración*, Madrid, 1971.
SÁNCHEZ CALERO. *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1988.
URÍA: *Manual de Derecho Mercantil*, 15.ª ed., Madrid, 1988; 16.ª ed., Madrid, 1989.
VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I, 1986.
ZANARONE: "La clausola di amministrazione disgiuntiva nella società a responsabilità limitata", *Riv. Soc.*, 1979, 90.