

Inversiones extranjeras en España (*)

ALFREDO GARCIA-BERNARDO LANDETA

SUMARIO: I. CUESTIONES.—II. PLAN.—III. LAS RESERVAS ECONOMICAS. DEL ORO A LAS DIVISAS.—IV. LOS SUJETOS DE LAS RELACIONES JURIDICAS DE INVERSIONES EXTRANJERAS.—A) SOCIEDADES ESPAÑOLAS CON PARTICIPACIÓN EXTRANJERA.—a) *La nacionalidad de la persona jurídica.*—b) *Teoría del control. La filial.*—c) *Sociedades españolas con participación extranjera.*—B) PERSONAS JURÍDICAS

(*) En este trabajo se estudian solamente las cuestiones de inversiones y sus inseparables conexiones, como son las aportaciones dinerarias exteriores o interiores, transferencias al exterior, Registro de Inversiones Extranjeras, etc. Su estudio se hace desde la promulgación del Texto Refundido de las disposiciones legislativas sobre inversiones extranjeras en España, aprobado por el Decreto 3021 de 31 de octubre de 1974 (en adelante se citará L.) y del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España, aprobado por el Decreto 3022 de 31 de octubre de 1974 (en adelante R.).

Las largas y numerosas circulares dictadas sobre esta materia se citan única y exclusivamente para confirmar la práctica en alguna cuestión, mas su valor no es vinculante para el jurista que aplica la legislación; por otra parte, no puede oscurecerse un estudio con instrucciones que tienen un valor interpretativo jerárquico e interno, pero que no obligan a Jueces, Notarios, Registradores, Abogados..., a quienes incumbe interpretar las disposiciones legales o aquellas destinadas a ejecutarlas. Hasta el año 1975, estas circulares pueden leerse en la obra de ALVAREZ PASTOR Y EGUIDAZU, *Control de cambios*. Editorial "Rev. D. Priv.". Madrid 1975, Apéndice III.

No se estudian las demás transacciones con el extranjero, tales como las importaciones, exportaciones, las transacciones llamadas invisibles, etc., que pueden leerse en PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.* y tampoco se estudian las inversiones españolas en el extranjero.

Además de las abreviaturas citadas emplearemos las siguientes:

CB = Circular del Banco de España.

CD = Circular de la Dirección General de Transacciones Exteriores.

CI = Circular del Instituto Español de Moneda Extranjera.

D = Decreto.

DGTE = Dirección General de Transacciones Exteriores.

IEME = Instituto Español de Moneda Extranjera.

O = Orden Ministerial.

RIE = Registro de Inversiones Extranjeras del Ministerio de Comercio.

Res. = Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores.

EXTRANJERAS Y PERSONAS FÍSICAS EXTRANJERAS O ESPAÑOLAS RESIDENTES EN EL EXTRANJERO CON ESTABLECIMIENTOS SECUNDARIOS EN ESPAÑA. MULTINACIONALES.—C) PERSONAS JURÍDICAS EXTRANJERAS.—D) ESPAÑOLES RESIDENTES EN EL EXTRANJERO.—E) EXTRANJEROS RESIDENTES EN EL EXTRANJERO.—F) EXTRANJEROS RESIDENTES EN ESPAÑA.—V) CUENTAS QUE REFLEJAN DIVISAS Y CUENTAS DE PESETAS.—A) APORTACIÓN DINERARIA EXTERIOR.—B) CUENTAS EXTRANJERAS DE PESETAS INTERIORES.—C) NORMAS COMUNES A LAS CUENTAS EXTRANJERAS.—D) PESETAS ORDINARIAS.—a) *Extranjeros residentes en España.*—b) *Establecimientos secundarios en España de personas residentes en el extranjero.*—c) *Emigrantes.*—VI. INVERSIONES EN EMPRESAS.—A) INVERSIONES EN EMPRESAS DE EMPRESARIO SOCIAL.—a) *Inversiones directas y de cartera.*—b) *Modalidades de las inversiones directas.*—a') *Aportaciones en especie de origen extranjero.*—b') *Aportación en especie de origen nacional.*—c) *Normas comunes a las inversiones directas y de cartera en el capital de las sociedades. Topes.*—B) INVERSIONES EN EMPRESAS DE UN SOLO DUEÑO: ACTIVIDAD EMPRESARIAL.—a) *Actividad empresarial de los no residentes.*—b) *Actividades empresariales de los extranjeros residentes.*—C) INVERSIONES A TRAVÉS DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN Y OTRAS FORMAS DE INVERSIÓN EN EMPRESAS.—a) *Cuentas de participación.*—b) *Otras formas de inversión en empresas.*—VII. LAS INVERSIONES EN INMUEBLES.—A) CLASIFICACIÓN DE LAS FINCAS.—B) INVERSIONES EN FINCAS RÚSTICAS.—a) *Españoles residentes fuera de España.*—b) *Las personas jurídicas españolas controladas por extranjeros.*—c) *Las personas jurídicas extranjeras.*—d) *Personas físicas extranjeras residentes en el extranjero.*—e) *Extranjeros residentes en España.*—C) FINCAS URBANAS.—a) *Españoles residentes en el extranjero.*—b) *Extranjeros residentes en España.*—c) *Personas jurídicas extranjeras.*—d) *Personas físicas extranjeras residentes en el extranjero.*—D) FINCAS CON DESTINO INDUSTRIAL.—E) CUESTIONES COMUNES.—a) *El precio.*—b) *La constancia o reflejo en la escritura pública.*—VIII. PRESTAMOS.—IX. CONTRATOS DE EJECUCIÓN DE OBRA.—X. AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS.—XI.—DECLARACIÓN DE LAS INVERSIONES.—XII. TRANSFERENCIA AL EXTERIOR DE LOS BENEFICIOS DE LA INVERSIÓN O DEL PRODUCTO DE SU LIQUIDACIÓN.—A) INVERSIONES DIRECTAS.—B) INVERSIONES DE CARTERA.—a) *Inversiones efectuadas con aportación dineraria exterior.*—b) *Inversiones efectuadas con aportación dineraria interior.*—a') *Pesetas interiores.*—b') *Pesetas ordinarias.*—C) INVERSIONES EN EMPRESAS O ACTIVIDAD EMPRESARIAL.—D) CUENTAS EN PARTICIPACIÓN Y OTRAS INVERSIONES EN EMPRESAS DE EMPRESARIO SOCIAL O INDIVIDUAL.—E) INVERSIONES EN INMUEBLES.—a) *Adquisición con aportación dineraria exterior.*—a') *Fincas urbanas.*—b') *Fincas rústicas.*—b) *Adquisición con pesetas interiores.*—F) EMIGRANTES.—XIII. ACTOS CONTRARIOS A LA LEGISLACIÓN DE INVERSIONES O EN FRAUDE DE ELLA.—A) LA SUPREMACÍA DE LA LEY.—B) CONTENIDO DE LAS LEYES QUE SANCIONAN CON LA NULIDAD SU CONTRAVENCIÓN.—a) *Libertad de contratación y divisas.*—b) *Derecho de asociación de los extranjeros.*—c) *Establecimiento de extranjeros en España.*—d) *Inversiones en cuentas*

de participación y otras formas de inversión en empresas.—e) *Inversión en inmuebles.*—a') *Fincas rústicas.*—1. Actos contrarios a la Ley de 23 de octubre de 1935.—2. Actos contrarios a la Ley 8 de 12 de marzo de 1975.—3. Actos contrarios al artículo 18-2 de la Ley de Inversiones extranjeras.—b') *Fincas urbanas.*—c') *Fincas industriales.*—C) LOS ACTOS EN FRAUDE DE LA LEY.

I. CUESTIONES

Desde el punto de vista de las inversiones, las cuestiones fundamentales son dos: divisas e independencia nacional. La última en sus dos vertientes de defensa nacional o independencia militar e independencia económica. La Política y la Economía juegan sustancialmente. En las divisas predomina la Economía, ya que son los recursos o reservas de la nación, en la independencia, la Política, aunque la defensa nacional no se anda con contemplaciones económicas para salvar la independencia militar.

Las divisas cuando se materializan en inversiones de empresas o en adquisiciones de fincas por extranjeros, provocan un conflicto, pues la adquisición de las divisas por el Estado es tan sana como tener recursos o reservas y la posesión por extranjeros tanto de empresas como de fincas implica un control extranjero que es nocivo, porque no contempla el interés nacional, sino el del extranjero, de ahí lo delicado de esta cuestión.

Para transparentar la realidad social, que pretende encauzar la legislación de inversiones extranjeras, tenemos que escudriñar el substracto económico y política normativizado; en otro caso, no podemos usar de la interpretación teleológica, que es también histórica, además de ser primordialmente lógica.

Las inversiones extranjeras inciden en interesantes problemas jurídico sustantivos, algunos de los cuales chocan con las categorías vigentes y otros presentan matices especiales para nuestro derecho tradicional, así: la nacionalidad de las personas jurídicas referida especialmente a los hombres que están detrás de ellas; las sociedades controladas, incluso en su versión tipificada de las filiales; las sociedades multinacionales con establecimientos secundarios en España, en sus variantes de sucursales, agencias, delegaciones y centros materiales de explotación; el problema de la ruptura del encasillamiento de los inmuebles en rústicos y urbanos por otra clase de inmuebles como los ferrocarriles, canales, canteras, minas, escombreras, que llamaremos industriales y que desintegran esa polaridad tradicional de las fincas; la actividad empresarial como objeto social, etc.

II. PLAN

Las peculiaridades derivadas de las inversiones que afectan a las divisas, serán objeto de una mera introducción económica y en epígrafes posteriores desarrollaremos los problemas de Derecho sustantivo.

Principiaremos con una introducción referida a las divisas en su aspecto de reservas dinerarias económico-nacionales y a las inversiones, en cuanto dependencia del extranjero. Seguiremos con los capítulos destinados a las diversas clases de sujetos; a las aportaciones dinerarias exteriores o de pesetas convertibles, aunque esta última denominación no sea hoy una expresión técnica depurada, aportaciones dinerarias interiores o de pesetas interiores, todas ellas de no residentes y ambas con sus respectivas cuentas corrientes acreditativas del manejo de las dos clases de pesetas y a las aportaciones dinerarias interiores en pesetas ordinarias de los extranjeros residentes en España o de los establecimientos secundarios de sociedades extranjeras o de personas físicas no residentes en España. A continuación estudiaremos las inversiones hechas en empresas con empresario social o de sociedades y en empresas de empresario individual y en bienes inmuebles. Mencionaremos los préstamos. Por último, aludiremos a las autorizaciones administrativas, RIE, transferencias al exterior de capitales o beneficios y a los actos contraventores de la legislación de inversiones.

III. LAS RESERVAS ECONOMICAS. DEL ORO A LAS DIVISAS

La interdependencia económica de los pueblos se desarrolla notoriamente con los avances técnicos en transportes, información, conocimientos, descubrimientos..., lo que se evidencia en el ascenso constante de las cifras del comercio internacional.

El patrón oro implicaba la definición por los Estados de su unidad monetaria en oro, como acto de poder. Cuando varios países adoptan el patrón oro, la relación entre sus monedas se llama paridad (1), cosa distinta de la cotización, que no es acto rígido de poder, sino fluctuación del mercado o precio de las divisas. El patrón oro obligaba al país que lo aceptaba a convertir sus billetes o moneda fiduciaria en oro. Cuando había que hacer un pago en el extranjero, se hacía en la moneda del país del súbdito acreedor, comprando las divisas previamente. Si la peseta sufría una baja en la cotización, el importador español convertía en oro sus pesetas y pagaba en oro (2).

El patrón oro no pudieron sostenerlo la mayoría de los Estados después de la primera guerra mundial. Solamente Estados Unidos e Inglaterra conservaron la convertibilidad en oro de sus monedas, los demás ligaron su unidad monetaria a paridades fijas del dólar o de la libra esterlina que, como eran convertibles, equivalían a divisas oro (3).

La convertibilidad en oro y más tarde en oro, dólares o libras ester-

(1) La O. de 25 de agosto de 1959 sobre el funcionamiento del mercado de divisas, en su norma 4.^a dice: "El IEME en funciones de organismo estabilizador, señalará los cambios límites compradores y vendedores teniendo en cuenta la paridad oficial de la peseta con el dólar de U.S.A. y la de éste con cada una de las monedas del mercado".

(2) PÉREZ DE ARMIÑÁN, *Economía para Juristas*. Colegio Universitario de San Pablo. Madrid 1972, pp. 352 y ss.

(3) PÉREZ DE ARMIÑÁN, *ob. y loc. cit.*

linas y después y ahora en divisas, no implica en el fondo grandes diferencias, porque las reservas sean de oro, de dólares o de otras divisas, se agotan, si las corrientes de ingresos y salidas de un país están varios años consecutivos en desequilibrio fuerte, superando éstas a aquéllas, lo que no ocurre es que se vuelvan inconvertibles por insolvencia del país deudor de las divisas. Oro, dólares o divisas cumplen idéntica función, la de reservas económicas. Con ellas se corrige un desequilibrio en la Balanza de Pagos, pero si el desequilibrio persiste, hay debilitamiento en la economía del país, que puede ser grave, si las reservas, sean de oro o de divisas, se agotan, pues ya no se puede corregir el déficit de la Balanza de Pagos, ya que no hay reservas y hay que acudir a correctores político-económicos, v. g., restricción de las importaciones o aumento de las exportaciones.

La convertibilidad absoluta se tiene, cuando cualquiera persona puede tener sobre la valuta nacional divisas de otro país para operaciones financieras o comerciales y se contrapone a la convertibilidad limitada: 1) Sólo para operaciones comerciales. 2) Sólo se puede obtener de determinados países, no de otros. 3) Convertibilidad exterior o en relación con los sujetos, es decir, limitada a los no residentes sean españoles o extranjeros, que es el sistema actual de España (4).

Por divisas hay que entender las letras de cambio, cheques, transferencias, cupones vencidos, saldos de cuentas corrientes, siempre que sean pagaderos en moneda extranjera. Los billetes representativos de moneda extranjera son también divisas (5), aunque rechazadas por el legislador español para muchas operaciones, porque no pueden controlarse. La divisa es cualquier medio de pago con moneda extranjera, según Ascarelli (6).

La cotización de las divisas se fija en el mercado internacional, que puede ser libre o intervenido. Las fuerzas que fijan el precio o cotización, aparte del poder político en los mercados intervenidos, son: la oferta, constituida por la moneda extranjera, cheques, saldos de cuentas corrientes con los cuales se pagan las exportaciones, turismo extranjero, transferencias de emigrantes, dividendos, intereses y amortizaciones de capitales invertidos fuera del país, y capitales extranjeros importados; y la demanda, formada por las peticiones de dinero extranjero, por importaciones de mercancías, turismo al extranjero, exportadores de capital nacional, intereses, dividendos y amortizaciones de capitales extranjeros, etc. (7). Todo esto es el objeto de la Balanza de Pagos.

«La oferta de divisas está constituida por las cedidas por todos

(4) PÉREZ DE ARMIÑÁN, *ob. cit.*, p. 350.

(5) Véase la núm. 13 de la O. de 25-VIII-1959, ya citada, que está destinada a los billetes de banco extranjeros. Con anterioridad el D. de 18 de enero de 1930 decía: Por divisas se entenderán los billetes de banco, letras de cambio, cheques, haberes de bancos extranjeros, y cualquier otro documento de giro o crédito sobre el extranjero.

(6) *Studi giuridici sulla moneta*. Milán. Giuffré. 1952, pp. 40 y ss. y 59 y ss.

(7) Véase PÉREZ DE ARMIÑÁN, *ob. cit.*, p. 347 y las normas 6.^a, 8.^a, 9.^a y 13 de la O. citada de 25-VIII-1959.

aquellos residentes que las han obtenido del exterior como consecuencia de la exportación de mercancías, los servicios prestados al extranjero (transporte, turismo, asistencia técnica...), las remesas de emigrantes, las transferencias recibidas del extranjero, los rendimientos de las inversiones españolas en el exterior, la repatriación de las inversiones y, finalmente, la inversión extranjera en España. La demanda de divisas está formada a su vez a partir de las transacciones análogas en dirección inversa, y la sustentan todos aquellos residentes que necesitan hacer pagos al extranjero, por cualquier concepto, más aquellos que realizan inversiones en el exterior» (8).

Es interesante destacar la intermediación de la Banca (9) en los mercados de divisas para poner en contacto a los compradores con los vendedores, ya que el contacto directo entre exportadores e importadores, por ejemplo, sería muy difícil. Los Bancos relacionan a unos y otros y compensan sus peticiones primeramente dentro de cada Banco y con cada país, después se ponen en contacto los Bancos entre sí y también con cada país y el saldo que resta con un país es el que se cobra o se paga (10).

Las operaciones de divisas hay que centralizarlas, no sólo para las compensaciones referidas, sino también para que el Estado pueda conocer sus reservas y formular su Balanza de Pagos (11).

Desde que fracasó el intento de Calvo Sotelo, siendo Ministro de Hacienda a finales de la década de los años veinte, para restablecer el patrón oro, se disolvió el Comité Interventor de los Cambios, creado por el Decreto-ley de 25 de julio de 1928 con las finalidades de estabilizar el tipo de los cambios y con vistas a la implantación del patrón oro. Ante la nueva baja de nuestra valuta, de nuestra peseta, se crea en 1930 por Argüelles, Ministro de Hacienda, el Centro Regulador de Operaciones de Cambio como sucesor del Comité referido y al efecto de intervenir en los cambios, procurando la estabilidad, lo cual fue insuficiente. Wais, nuevo Ministro de Hacienda, defendía la necesidad de monopolizar estatalmente el mercado de divisas y centralizar todas las operaciones de compra y venta con el extranjero, para lo cual los únicos comitentes debían ser los Bancos y banqueros establecidos en España; a estos fines y por Decreto de 30 de agosto de 1930 creó el Centro Oficial de Contratación de Moneda, cuyo Centro, por Orden de 21 de mayo de 1931, absorbió el Centro Regulador de Operaciones de Cambio. Estos organismos y el Comité de Moneda Extranjera creado en 1937, fueron el antecedente del IEME, creado por Ley de 25 de

(8) PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.*, p. 185.

(9) Así se desprende de las normas 1.^a, 5.^a y 13 de la cit. O. de 25-VIII-1959.

(10) PÉREZ DE ARMIÑÁN, *ob. cit.*, pág. 349 y s.

(11) La citada O. de 25 de agosto de 1959 impone en su norma 10.^a a la Banca delegada la obligación de comunicar diariamente al IEME, a efectos estadísticos y de comprobación, las divisas compradas y vendidas el día anterior; la norma 11.^a obliga a las oficinas de cambio reguladas por O. de 28-VII-62, que adquieran divisas por cuenta del IEME, a comunicar a dicho Instituto las adquiridas durante la semana.

agosto de 1939, cuyas misiones fueron controlar las operaciones de divisas en el mercado internacional, autorizar las operaciones necesarias para la economía nacional, impidiendo las operaciones especulativas y prohibiendo la evasión de capitales y administrar nuestras divisas (12).

Extinguido el IEME, por el D.-L. 6 de 27 de julio de 1973, se atribuyeron sus funciones al Ministerio de Comercio y al Banco de España (13). El artículo 2.º del D. de 26 de julio de 1973 asignó al Banco de España las funciones enumeradas en los apartados a) a h) que por D. de 24 de noviembre de 1939 tenía el IEME, entre las que destacan: «Centralizar de modo exclusivo la compra y venta de divisas en España» (14), comprar y vender oro, plata, títulos extranjeros o españoles de cotización internacional, constituir depósitos de ellos o de divisas, intervenir como prestatario o prestamista de divisas, abrir cuentas corrientes en moneda extranjera y todas las operaciones necesarias para realizar lo anterior, además la publicación de los cambios y, especialmente, «la centralización de las reservas metálicas y de divisas, el movimiento de los pagos exteriores» y la autorización de créditos financieros.

Esta vigilancia, control (15) y administración de las divisas son importantísimos para la economía nacional en su dependencia internacional y comprende todas las corrientes de entrada y salida de divisas, importancia que se acentúa en las épocas de crisis natural o provocada. La trascendencia económica de las divisas exige a los correlativos resortes del Poder o del Gobierno, su vigilancia, control y administración y que están reflejados claramente en la Ley de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938 (16), en la justificación de la salida de divisas por la necesidad de la operación, que habrá de ser comercial y no especulativa; en el control de las divisas (17), y en la información de la Balanza de Pagos (18).

(12) Véase TAMAMES, *Estructura económica de España*. Guadiana de Publicaciones, S. A. Madrid 1972, págs. 541 y ss.

(13) Sobre organización administrativa, véanse PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.*, págs. 79 y ss.

(14) Lo cual tenía su precedente en la centralización consagrada en las RR. OO. de 14 de junio y 6 de septiembre de 1930 y en el R. D. de 31 de agosto de 1930.

(15) La norma 10 de la Res. de 19 de julio de 1961 dice: "A efectos de que pueda ser ejercido el oportuno control y obtener la imprescindible información estadística sobre el movimiento reflejado en las cuentas extranjeras en sus diversas categorías, el Instituto dictará, mediante circular a la banca delegada, las instrucciones pertinentes".

(16) Antecedentes de la misma son la L. 17-XII-32 y el D.-L. 14-III-37 y complementarias de ella la L. de 4-5-48 y el D.-L. de 21-7-59.

(17) Instrumentos para esa vigilancia y control que aludimos en el texto, son las comunicaciones que deben darse por la Banca delegada a la DGTE de las inversiones directas y de las desinversiones de la misma clase (modelos T.E.1 y T.E.2), de las globales de entrada y salida de las inversiones de cartera (modelos T.E.9 y T.E.10), de los traspasos de títulos entre entidades delegadas (modelo T.E.3), de exportación de títulos mobiliarios al extranjero (modelo T.E.4) de las actividades empresariales e inversiones en fincas (modelo T.E.7) y sus desinversiones (modelo T.E.8) también a estos fines interesan los modelos T.E.11, que resume pe-

Expuesto a grandes rasgos el movimiento de las divisas desde un punto de vista predominantemente económico, vamos a esbozar aquellos bienes en que se materializan de un modo permanente y que llamamos inversiones.

Por inversiones entendemos las adquisiciones de empresas integradas en la economía española hechas por extranjeros residentes en España y por residentes en el extranjero, sean personas físicas españolas o no, sean personas jurídicas extranjeras, bien se haga la adquisición a título de empresario individual, bien a título de empresario social o ac-

riódicamente los modelos de inversiones directas y de cartera, y principalmente el modelo T.E. 12, que refleja semanalmente las diferencias de los saldos de las inversiones directas y de cartera y de los traspasos a otras entidades delegadas, véase para esto las normas 6.^a a 26.^a de la Res. de la DGTE de 25 de enero de 1975 y la Circular del Banco de España a la Banca privada de 14 de enero de 1975, especialmente en sus instrucciones 60 a 63 para los modelos T.E.11 y T.E.12.

(18) La Balanza de Pagos, es un registro sistemático de todas las transacciones económicas durante un año y en un país entre sus residentes y los de países extranjeros (TAMAMES, *ob. cit.*, pág. 599 y PÉREZ DE ARMIÑÁN, *ob. cit.*, p. 365).

Esta balanza se descompone en las siguientes (TAMAMES, *ob. cit.*, páginas 562 y ss. a quien sigo en la exposición de esta nota):

Balanza comercial, donde se contienen las exportaciones que implican ingresos de divisas y las importaciones que suponen salidas de ellas. En esta partida se incluyen las inversiones por aportaciones de equipo-capital, que son inversiones directas.

Balanza de servicios, cuyas partidas más relevantes son: fletes, seguros, transportes de mercancías y de viajeros, turismo y viajes, todas ellas desdobladas en partidas activas o de entrada de divisas y pasivas o de pagos o salidas, pero las que más nos interesan son, la renta de inversiones, que comprende la transferencia de los beneficios de las inversiones directas y de cartera e intereses de deudas o préstamos y unas y otros en ambas direcciones, de España al extranjero y del extranjero a España, las inversiones tecnológicas, de patentes y marcas y las de asistencia técnica también en sus dos vertientes de ingreso y salida, que estudiaremos en las inversiones. Estas últimas no implican ingreso directo de divisas, ya que se hacen directamente desde el extranjero, si bien se valoran, como veremos al estudiar esta clase de inversiones.

Balanza de transferencias, que comprende hoy como partida más interesante las remesas de los trabajadores españoles en Europa, antes estas remesas, procedían de los emigrantes españoles a América. Constituye un importante ingreso. Para esta partida se creó la cuenta de "Ahorro del Emigrante". Al pasivo de esta balanza irán los envíos a los emigrantes españoles, parte del salario de los trabajadores extranjeros fronterizos o estacionales, referidos en la Res. del IEME de 10 de agosto de 1968.

Balanza de movimiento de capital, cuyos ingresos proceden de los préstamos a empresas españolas por otras extranjeras y otros préstamos y las salidas de amortización de capitales y pago de intereses. En esta balanza se comprenden también las inversiones y desinversiones que más interesan, o sea, las inversiones directas y de cartera, en fincas rústicas y urbanas y también se comprenden los anticipos sobre buques en construcción y repatriación de capitales, el oro monetario, las reservas de libre utilización y las operaciones con el Fondo Monetario Internacional, etc.

La balanza de pagos es imprecisa como lo demuestra su última partida, la de equilibrio, que se salda con dos partidas una de superávit o déficit y otra llamada de errores u omisiones.

cionista de una S. A., socio de una S. R. L., socio de una sociedad colectiva o de una sociedad comanditaria o interesado en la empresa en virtud de un contrato de cuentas en participación u otro contrato atípico o innominado. También la inversión se materializa en fincas rústicas y urbanas sitas en territorio patrio e incluso en la cualidad de obligacionista o de prestamista.

Estas adquisiciones de empresas o fincas tendrán por contraprestación, aportación dineraria exterior (divisas) o aportación de capitales interiores, bien en pesetas interiores, bien en pesetas ordinarias, según los casos; pero la inversión puede hacerse sin intermediación de divisas ni pesetas, aportando a la empresa «in natura» el bien «extranjero» sea equipo-capital, sea transferencia tecnológica (patentes, marcas, dibujos, licencias de fabricación extranjera) o, según la L. y el R., prestando asistencia técnica a la empresa.

No son inversiones extranjeras las derivadas del comercio internacional, turismo, emigrantes, etc., que no se materializan en fincas o empresas, aunque las divisas jueguen respecto de ellas y puedan originar abonos o ingresos en las cuentas de divisas e incluso cuentas especiales, como las de los emigrantes, que después justifican la inversión extranjera, o la transferencia al extranjero del capital en caso de desinversión o de los beneficios, intereses o renta, mientras dura la inversión en España.

IV. LOS SUJETOS DE LAS RELACIONES JURIDICAS DE INVERSIONES EXTRANJERAS (19).

Los elementos personales de estas relaciones jurídicas son: personas jurídicas españolas con participación extranjera (20), personas jurídicas extranjeras con o sin establecimientos secundarios en España.

Españoles o extranjeros residentes en el extranjero con o sin establecimientos secundarios en España.

Extranjeros residentes en España.

De estas personas resaltaremos la manera de acreditar su situación y las relaciones que les afectan, sean las dinerarias con su proyección en la pertinente cuenta corriente (cuentas extranjeras A o B o de Ahorro del Emigrante) sean las de inversiones en empresas o fincas, la cuestión de la transferencia al exterior de capitales, beneficios rentas o intereses y la carga de declarar al RIE.

Previamente, sin embargo, voy a analizar algunas cuestiones que la doctrina pasa sobre ascuas y que tienen un relevante interés, como son la nacionalidad de la sociedad española con socios extranjeros y el

(19) AVELLO ESTRADA en sus interesantes notas sobre *Inversiones Extranjeras en España*, publicadas en el "Boletín del Colegio Nacional de Registradores" de enero de 1975, págs. 5 y s. añade un supuesto real, el contemplado en el artículo 29-2 del R.

(20) Véase LUCAS FERNÁNDEZ, *Inversiones extranjeras en España*. Editorial "R. D. Priv.". Madrid 1975, págs. 14 y ss.

problema del control de la sociedad por sus socios extranjeros, que explica la normativa referente a las sociedades españolas con participación extranjera. Los establecimientos secundarios de personas jurídicas, manifestación plástica de las multinacionales y también los establecimientos secundarios de personas físicas (actividad empresarial), que justifican las precauciones del legislador español para salvar la economía nacional, frente a las inversiones de poderosas sociedades extranjeras. Por último, haremos una breve referencia al objeto social o empresa a que destina su capital la sociedad, porque su exacto conocimiento es inexcusable para evitar fraudes en los que se incurre cuando se toma como objeto social una empresa liberalizada y se cambia después su objeto por otras empresas no liberalizadas.

A) SOCIEDADES ESPAÑOLAS CON PARTICIPACIÓN EXTRANJERA.

a) *La nacionalidad de las personas jurídicas.*

Aunque no hubo unanimidad en la doctrina en cuanto al criterio básico para atribuir la nacionalidad (21), llegándose incluso a negarla, hoy la doctrina (22) más autorizada acepta que las personas jurídicas o morales deben tener una nacionalidad, la cual no es idéntica a la de las personas físicas para las cuales la ciudadanía se funda en la lealtad y en el amor a la patria, expresando el vínculo jurídico que las une a ella y determinando su «status»; mientras que para las personas jurídicas, la nacionalidad se funda, según Batiffol (23), en «que la mayor parte de los derechos concedidos a las sociedades como tales son económicos y (en) que una sociedad puede ser considerada legítimamente francesa, si ella pertenece a la economía francesa, lo que los tribunales admiten cuando la sede social está en Francia». La nacionalidad de las personas jurídicas no predetermina una ciudadanía, sino la constitución y el funcionamiento de las mismas, con lo cual tenemos resueltos los problemas de su existencia, domicilio, capacidad de obrar u órganos competentes o legitimación material y procesal, responsabilidad, funciones o fines, etc.

Como anticipamos al reproducir la frase de Batiffol, el criterio prevalente en la doctrina más autorizada para atribuir la nacionalidad, es el de la sede social.

Por ello se descarta el criterio de determinar la nacionalidad a través de los hombres que están detrás de las sociedades, o sea, de sus so-

(21) AGUILAR NAVARRO, *Derecho Civil Internacional*. Madrid 1973, enumera sucintamente en la pág. 164, hasta seis criterios.

(22) AGUILAR, *ob. y vol. cit.*, págs. 161 y ss. BATIFFOL, *Droit international privé*. Paris Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence. 1970, vol. I, págs. 235 y s. SERICK, *Apariencia y realidad de las Sociedades Mercantiles*. Barcelona. Ariel 1958, págs. 155 y ss. VANHAECKE, *Les groupes de Sociétés*. Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1962, págs. 217 y ss.

(23) *Ob. y vol. cit.*, págs. 245 y ss.

cios (24), porque como dice BATIFFOL (25) sería impracticable si no hay mayoría, aunque sea relativa, por otra parte, si los títulos son al portador, los socios serían desconocidos, y, por último, la nacionalidad cambiaría con la cesión de los títulos, o sea, de las acciones o participaciones.

«La actividad social, continúa este autor, debe vincularse a un Estado en atención a sus caracteres intrínsecos, que la localicen en un país determinado», y estos caracteres nos los da la sede social, o «punto central de su administración» (26), o sea, donde residen la dirección, la representación de la sociedad, que es el órgano que decide la marcha de la misma. Ahora bien, la sede social, punto central de la administración, o domicilio de la sociedad, ha de ser real, no ficticia (27).

En el Derecho español creemos que son españolas las sociedades constituidas con arreglo a la legislación civil o mercantil española, o sea, que tengan «el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código civil» (Art. 28). Si la sociedad está domiciliada en el extranjero, el propio art. 28 la considera extranjera, por tanto, el domicilio en España es un requisito para la constitución de una sociedad española, conforme a nuestro C. c. Este domicilio habrá de ser real y no ficticio, porque la ficción sería fraudulenta e impugnabile por vía del art. 6.º-4 del C. c.

El domicilio como lugar de localización de las sociedades, como lugar para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, habrá de ser el punto donde esté la representación de la sociedad, el órgano que celebra sus contratos, la administra y dirige, y ese punto, ese lugar, habrá de estar en territorio español, como exige el art. 28 del C. c. y confirma el art. 4.º-1 de la L. de S. R. L. de 17-VII-1953 que dice: «La sociedad de nacionalidad española tendrá *necesariamente* su domicilio en territorio español» enmendando la desafortunada dicción del art. 5.º de la L. S. A. de 17-VII-1951 (28).

En síntesis las sociedades tendrán nacionalidad española, si se han constituido conforme a nuestra legislación, la cual exige que estén domiciliadas en España.

La nacionalidad de sus socios, de las personas físicas que están detrás de la sociedad o de las sociedades socios, aunque todos sean extran-

(24) Véase VANHAECKE, *ob. y vol. cit.*, p. 218, que resume la tesis negativa de DE VAREILLES-SOMMIERES y también SERICK, *ob. y vol. cit.*, p. 160.

(25) *Ob. y vol. cit.*, págs. 237 y s. y también SERICK, *ob. y vol. cit.*, pág. 163.

(26) Como certeramente le llama SERICK, *ob. cit.*, pág. 165.

(27) Así lo resaltan acertadamente VANHAECKE, *ob. cit.*, pág. 220 y BATIFFOL, *ob. cit.*, pág. 240.

(28) Para otros puntos de vista y otras cuestiones sobre la nacionalidad de las sociedades españolas véase CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*. Madrid. Centro de Estudios Tributarios. 1972, vol. I, pp. 484 y ss. y también BÉRGAMO, *Sociedades Anónimas (Las acciones)*. Vol. I. Talleres Prensa Castellana. Madrid 1970, págs. 189 y ss. sobre todo la nota bibliográfica, GARRIGUES Y URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid. Imprenta Samarán. S. f. Prólogo de mayo de 1953, vol. I, págs. 129 y ss. y PUIG BRUTAU en sus notas a la *ob. cit.* de SERICK, págs. 345 y ss.

jeros, no altera la nacionalidad, mas puede llevar, en ciertos momentos o circunstancias, a un trato excepcional.

Francia y otras naciones beligerantes en la guerra de 1914-1918 se enfrentaron con sociedades cuyos socios controladores eran súbditos de naciones enemigas, las cuales fueron colocadas bajo secuestro durante el conflicto. Posteriormente se volvió a tener en cuenta la nacionalidad de las personas que estaban detrás de la sociedad para el pago de las indemnizaciones de guerra (29). En estos supuestos derivados de una situación como la guerra y del control de la sociedad por súbditos de países enemigos, sólo se justifican, como resalta Batiffol (30), medidas excepcionales, como el secuestro, que elimina el control extranjero, apoyándose la medida en la condición de los extranjeros, ya que «un extranjero establecido en Francia no goza de algunos de los derechos concedidos a los franceses y no debe gozar del derecho de asociarse con otros», más adelante dice: «parece preferible tratar como sociedades francesas las que están constituidas con arreglo al Derecho francés...». Por tanto el control extranjero no altera la nacionalidad de una persona jurídica y sólo justifica algunas medidas excepcionales como el secuestro.

Este parece el pensamiento de la doctrina dominante (31), digo parece, porque a excepción de Vanhaecke (32) y Serick (33), quienes niegan rotundamente que la nacionalidad de las personas que están detrás de la sociedad, afecte a la nacionalidad de ésta, los demás no son tan rotundos, aunque hay que descartar, que en casos excepcionales y sólo en ellos, admitan que la nacionalidad de la persona jurídica, sea la de los socios extranjeros.

El control de sociedades por socios de nacionalidad distinta de aquellas, o sea, el dominio por extranjeros de sociedades nacionales, aunque sean de potencias amigas, hará más difícil la coincidencia de los intereses de la sociedad dirigida por extranjeros, con los intereses de la economía nacional extraños a los extranjeros, lo cual encierra un peligro no sólo en materia económica, sino también militar. Esta cuestión, como es evidente, afecta de plano y en primer término, a las inversiones extranjeras y le afecta en un doble sentido en materia de personas jurídicas: uno relativo a la admisión o no de participación extranjera en el capital de una sociedad, y en caso afirmativo, cuantía o proporción, y otro, la participación de los extranjeros en una sociedad española mediante la interposición de una persona jurídica española, controlada por extranjeros. La participación de los extranjeros en el capital de una sociedad española, es objeto de estudio en el capítulo de las inversiones en empresas de sociedades con empresario social. Las inversiones de una sociedad española con participación de extranjeros,

(29) Véase especialmente SERICK, *ob. cit.*, págs. 169 y ss.; BATIFFOL, *ob. y vol. cit.*, págs. 242 y ss., y VANHAECKE, *ob. y vol. cit.*, págs. 225 y ss.

(30) *Ob. y vol. cit.*, págs. 245 y ss.

(31) BATIFFOL, *ob. y lug. ult. cit.*; AGUILAR, *ob. y vol. cit.*, pág. 171 y ss.; SERICK, *ob. cit.*, págs. 168 y ss.; VANHAECKE, *ob. cit.*, págs. 238 y ss., y CÁMARA ALVAREZ, *ob. y vol. cit.*, págs. 485 y s.

(32) *Ob. y loc. ult. cit.*

(33) *Ob. y loc. ult. cit.*

si está controlada por extranjeros, vulneraría, como de hecho ha ocurrido, las limitaciones impuestas a los extranjeros, por la legislación de inversiones, lo que revela la importancia de esta cuestión, centrada fundamentalmente en el concepto y naturaleza del control de las sociedades, que nosotros aplicaremos al control por extranjeros de personas jurídicas españolas (siendo la persona jurídica, una persona española interpuesta, una máscara de nacionalidad) y también en los datos que nos indiquen el control.

b) *Teoría del control. La filial.*

Ha sido estudiado por internacionalistas (34) y, principalmente, por mercantilistas (35). En mi exposición seguiré fundamentalmente a Champaud, quien conoce y estudia críticamente la doctrina, incluida la obra de Vanhaecke, editada el mismo año que la suya.

Champaud (36) resalta que en los estudios hechos hasta ahora, el control ocupa un lugar importante, pero accesorio; el control es considerado como la base de nociones de la nacionalidad de las sociedades a cuya cuestión acabo de referirme, las filiales, los grupos de sociedades, etc., que son los fenómenos o las instituciones estudiadas a título principal.

Principia Champaud (37) anticipando con carácter provisional, la noción del control: «es el poder de dirigir la actividad social», noción en la que insiste dos páginas adelante en estos términos: «el control es el poder efectivo de dirección de los negocios sociales».

El control puede ser orgánico, es decir, inserto en cláusulas estatutarias o en pactos escriturarios; v. g., designación de los administradores al constituirse la sociedad, acciones de voto plural; mas las leyes de los distintos países, prohíben o limitan la validez de estas estipulaciones, si bien en las sociedades personales pueden tener un amplio alcance, especialmente en las sociedades comanditarias por acciones.

Sin embargo, lo frecuente es el control inorgánico, o sea, el margen de la escritura social y procede de una participación en el capital social mayoritaria o minoritaria, que controla la sociedad ante la pasividad de la mayoría de los accionistas o en virtud de contratos parasociales; v. g., sindicatos de accionistas destinados a manipular los votos en las Juntas Generales, o mediante sociedades con participaciones recíprocas entre ellas o poseyendo una de ellas paquetes de acciones de otras sociedades, etc., también el control puede hacerse dominando el órgano ejecutivo de la sociedad.

El control puede ser directo, si el gerente es la misma persona que detenta una fuerte participación en el capital o el cargo de Admi-

(34) Véase BATIFFOL, *ob. y vol. cit.*, pág. 242 y ss., y AGUILAR, *ob. y vol. cit.*, págs. 171 y ss.

(35) VANHAECKE, *ob. cit.*, págs. 53 y ss.; CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration la société par actions*. Sirey. París 1962, págs. 150 y ss. y 259 y ss.

(36) *Ob. cit.*, pág. 158.

(37) *Ob. cit.*, pág. 105.

nistrador con carácter irrevocable (38) o indirecto, si se hace por medio de un testafarro.

Rechaza Champaud (39) tanto las definiciones formales o cuantitativas; v. g., las fundadas en una participación mayoritaria en el capital, como las sustanciales o cualitativas, ¿quién ha fundado la sociedad?, ¿quién detenta sus acciones?, ¿quién ocupa los puestos de la administración?, ¿quién financia las operaciones sociales?, porque se fundan más en las manifestaciones por las cuales se reconoce el control, que en los atributos esenciales de éste y es, como ya anticipamos, que para llegar a esas definiciones, estudian el control, no a título principal, sino accesorio, embebido en una cuestión de grupo de sociedades, de filiales, de nacionalidad de las personas jurídicas.

Más adelante (40) afirma que, la mayor parte de los autores y de los jueces, conciben el control como el dominio de una persona física o moral. Controlar es dominar una sociedad, mas esto es consecuencia de una concepción antropomórfica o exageradamente realista de la persona jurídica.

Lo que interesa al controlador o controlante no es dominar a la frágil persona jurídica, sino dominar su patrimonio. Esto es muy interesante, porque el control hay que situarlo en el derecho de bienes, en el derecho patrimonial, ya que «el control es un poder muy intenso sobre bienes ostentado por quienes no son ni sus poseedores ni sus propietarios» (41).

Examina Champaud (42) las tres condiciones para la existencia del control: 1.^a Un patrimonio cuyo titular se encuentre en la imposibilidad física de regir los bienes que lo componen y de los cuales es propietario, condición que se da cuando el patrimonio pertenece a una persona moral. Que se considere a la persona jurídica como la máscara de la propiedad colectiva o como una propiedad colectiva, no interesa aquí, lo importante es que los bienes de una persona jurídica están sustraídos a la propiedad individual, por eso habla el autor de propiedad colectiva.

El propietario de estos bienes tiene una existencia intelectual, todos los actos de propiedad deben ejecutarlos personas físicas. A diferencia de lo que sucede con los individuos, el recurso del titular del patrimonio a terceros encargados de la Administración, no es excepcional, accidental o temporal, sino natural, permanente y definitivo. La existencia de un patrimonio colectivo no entraña necesariamente la aparición del control, aunque crea una situación que facilita su establecimiento: «La disociación entre la propiedad y la administración de los bienes».

2.^a La necesidad de delegar los poderes es la consecuencia de la necesidad de confiar a personas físicas la gestión del patrimonio de las

(38) Caso del artículo 132 del C. de c.

(39) *Ob. cit.*, págs. 151 y ss.

(40) *Ob. cit.*, pág. 158.

(41) CHAMPAUD, *ob. cit.*, pág. 156.

(42) *Ob. cit.*, págs. 156 y ss.

personas jurídicas. Ahora bien, si la gestión fuese colectiva o por unanimidad, la persona jurídica no tendría interés, porque sería muy difícil avanzar con base en el consentimiento unánime de todos los socios, de ahí que la verdadera gestión de los bienes colectivos sólo pueda ser unitaria, a través del órgano o del representante según la teoría que se prefiera, quienes tendrán sus poderes por delegación de la voluntad colectiva. Esta necesaria delegación de poderes produce una concentración de la autoridad sobre los bienes sociales, que no es todavía control, pero que va a permitir revelarlo y establecerlo. Poderes excesivamente amplios son conferidos a los órganos o representantes y bastaría alterarlos para que estos poderes se conviertan en un imperio absoluto.

3.^a La otra condición consiste en la alteración de los poderes para la gestión de los bienes colectivos. Esto es fácil en las sociedades y particularmente en las anónimas, no tanto por regir el principio de mayoría, como por la formación de esta mayoría, que no es real, sino censataria o de lista, es decir, que esta mayoría no es de todas las acciones, sino de las acciones votantes y estas acciones encarnan la voluntad colectiva, lo cual conduce a concentrar en las manos de las mismas personas físicas, o sea los prebostes o representantes, las prerrogativas de mandante y mandatario, cuyas personas físicas se encuentran de hecho dispensadas de las obligaciones que el mandato impone al mandatario. El resultado es evidente, los prebostes o representantes de la sociedad, tienen las prerrogativas de la propiedad sobre los bienes sociales.

Control es una noción paralela a la de propiedad, sin embargo, no hay una plena identidad, porque el «*ius abutendi*» del propietario no tiene el límite del controlador, ya que los actos de disposición de éste no pueden tener por efecto hacer desaparecer el objeto social. Esta desaparición entrañaría la de la persona jurídica, cuyo patrimonio debería ser liquidado. El uso del control no puede consumir el objeto del control. Señala Champaud (43) que esta diferencia no debe exagerarse, de una parte, los estatutos definen ampliamente el objeto social, de suerte que no es imposible vender la empresa sin extinguir la sociedad; y de otra, la soberanía e irresponsabilidad de los propietarios han sido objeto de tales restricciones, que la diferencia puesta de relieve se esfuma en la realidad.

«El atributo esencial del control, es idéntico al elemento fundamental de la propiedad». El control realiza en beneficio de unos individuos el desmembramiento de una propiedad colectiva.

Dice Champaud: el control «es el derecho de disponer de los bienes ajenos como un propietario».

«Controlar una empresa es detentar el control de los bienes que le han sido afectados (derecho de disponer como un propietario) de tal suerte que dirija libremente su actividad económica.»

«Controlar una sociedad es detentar el control de los bienes que le han sido afectados (derecho de disponer como un propietario) de tal suerte que sea el dueño de la actividad económica de la empresa social».

(43) *Ob. cit.*, págs. 160 y s.

Estamos ante una definición de control, no ante criterios que nos lleven a presumir o probar su existencia, cosa frecuente en los conceptos elaborados por los juristas en materia de control.

La filial es una sociedad encasillada por la noción de control. Champaud (44) dice que la filial debe ser distinguida de la sociedad controlada. Una sociedad puede estar controlada por personas físicas y permanecer independiente de modo que la política económica de la empresa está elaborada en el seno mismo de la sociedad por sus controladores, mas, independientemente de toda autoridad exterior.

Por el contrario, una sociedad pierde su independencia cuando está controlada por una o más sociedades. En este caso estamos ante la filial, es decir, ante una sociedad controlada por otra sociedad o por otras sociedades. La política económica de la filial se forma fuera de su seno. La sociedad controladora se llama sociedad matriz, a la que hace referencia el concepto de filial. La filial es una sociedad con autonomía patrimonial como tal sociedad, pero subordinada económicamente a la matriz (45). La filial será frecuentemente una sociedad fundada por la sociedad matriz y desde este punto de vista no será más que un patrimonio desmembrado de la sociedad fundadora, pero un patrimonio autónomo; más también será filial aquella otra sociedad cuyas participaciones de su capital hayan sido adquiridas en su mayoría por otra sociedad.

¿Cuál será la cuantía de la participación en el capital reservado o adquirido para que se pueda hablar de filial? Creemos que no puede fijarse con carácter general un porcentaje, pues depende del «quorum» que se exija en la escritura para la constitución válida de la Junta «soberana» y de la mayoría absoluta o relativa exigida para aprobar el acuerdo, v. g., si se sigue el criterio de nuestra L.S.A., bastará un 67 por 100 de las acciones al portador pero si el «quorum» es de 4/5 partes del capital y la sociedad controladora no posee esa cuantía, el socio o socios que posean el resto pueden impedir que las decisiones sean adoptadas por la sociedad controlante, o sea, que puedan ser adoptadas fuera del seno de la sociedad matriz (46).

El estudio de los grupos de sociedades en sus diversas modalidades de radiales, circulares, piramidales, etc. (47), no tiene relevancia en materia de inversiones extranjeras después de la nueva legislación.

(44) *Ob. cit.*, págs. 259 y ss., donde contrapone la filial a la sociedad matriz. En otro lugar (págs. 96 y ss.) distingue la filial de la sucursal. Puede verse también sobre sociedades filiales SERICK, *ob. cit.*, pág. 114 y ss.; VANHAECKE, *ob. cit.*, págs. 53 y ss. y 207 y ss.

(45) Este último carácter la aproxima a la sucursal, pero la autonomía patrimonial la separa de ella, como resalta CHAMPAUD (*ob. cit.*, páginas 263 y 265).

(46) Cuando la filial está controlada por dos o más sociedades, se la denomina filial común, pero debe existir una entente entre esas sociedades de suerte que formen un grupo con unidad de dirección, en otro caso, no habrá control.

(47) Véase CHAMPAUD, *ob. cit.*, págs. 211 y ss.; VANHAECKE, *ob. cit.*, págs. 41 y ss.; CÁMARA, v. II *cit.*, págs. 214 y ss.; PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.*, págs. 676 y ss.

c) *Las modificaciones estatutarias de las sociedades controladas por extranjeros*

La autorización administrativa para rebasar los porcentajes de participación extranjera en el capital de la sociedad habrá sido concedida en atención a la magnitud económica de la empresa, que reflejará su capital social, a la naturaleza de esta empresa, que consagrará el objeto social, a la constitución y funcionamiento de los órganos sociales, etcétera.

Esto implica que, a su vez, la autorización es un control de la sociedad, el cual sería inoperante si la sociedad pudiese aumentar su capital, ampliar o alterar su objeto social, sustituir el consejo de administración por un administrador único, al margen de la autorización administrativa, etc.

El objeto social es la modificación más interesante y que ya ha ocasionado fraudes en esta materia y puede seguir ocasionándolos.

El objeto social, como dice Zanelli (48), es el punto de contacto más penetrante entre la sociedad y la empresa.

La empresa es normalmente (49) la actividad económica que constituye el objeto social, y por empresa se entiende (50) una actividad económica organizada para la producción y distribución de bienes y servicios en las formas y según las leyes del mercado.

En nuestro derecho el objeto social es la traducción jurídica de la actividad económica que aúna a los socios en la sociedad; el objeto social se realiza, se hace realidad, en la empresa (51).

Una ampliación o un cambio de objeto lleva consigo un cambio de la empresa, y si la nueva empresa a la que va a dedicar ahora, después del cambio, el capital en todo o en parte la sociedad, es una empresa vital para la economía nacional, con el cambio de objeto se deja inoperante la autorización administrativa, concedida no en atención a la sociedad, sino a su empresa, cristalizada escriturariamente en el objeto social. La empresa a que destina su capital la sociedad, es la actividad considerada para autorizar la participación extranjera y su cauce jurídico es el objeto social que no puede cambiarse sin autorización.

Estas son las razones de la exigencia de nueva autorización administrativa para variar el objeto social, aumentar el capital o incrementar el porcentaje de participación extranjera, impuesto por los artículos 5-2 de la L. y del R.

(48) *La nozione di oggetto sociale*. Milan Giuffré 1962, págs. 39 y ss.

(49) Sobre actividades que pueden ser materia de objeto social como las agrupaciones de artesanos, profesionales liberales, artistas, etc., véase ZANELLI, *ob. cit.*, págs. 123 y ss.

(50) ZANELLI, *ob. cit.*, págs. 172 y s.

(51) Las operaciones a que destina su capital (arts. 122-2.^a y 151 derogado del C. de c.) las operaciones mercantiles (arts. 132, 135, 136, 137 y 148) son la actividad económica, la empresa de la sociedad a la que se refieren con meridiana claridad el artículo 122-3.^a del C. de c., hoy derogado, al decir "denominación apropiada al objeto o empresa a que destine sus fondos" y el artículo 76 de la L. S. A.

d) *Sociedades españolas con participación extranjera*

La teoría de la nacionalidad de las personas jurídicas, la teoría del control y el cambio de estatutos sociales que ocupan los epígrafes anteriores, han sido expuestas en atención a los artículos 1-3, 5. 2 y 7 de la L. y de su R. a los artículos 4.º y 16 y ss. de la L. 8 de 12-III-75, que regulan las inversiones de las sociedades españolas con participación extranjera.

La filial es la manifestación más intensa del control, que no interesa como figura para explicar la preocupación del legislador por las sociedades españolas con participación extranjera, pero que debe estudiarse en este epígrafe, ya que la filial es una modalidad tipificada de la sociedad controlada y que nos será útil para examinar las sucursales.

Nuestra legislación sigue la construcción doctrinal dominante de considerar o calificar de españolas a las sociedades constituidas con arreglo a legislación española siempre que estén domiciliadas en España. La circunstancia de que sean extranjeros los propietarios de todo o una parte del capital, no altera la nacionalidad de la sociedad, no influye en la nacionalidad de la persona jurídica; pero, si la participación extranjera es de una cuantía tal que haga fundadamente pensar en el control de la sociedad por extranjeros, o más exactamente en que son los extranjeros quienes de hecho administran y disponen del patrimonio social, entonces el legislador tiene en cuenta a las personas físicas que están detrás de esas personas jurídicas. Si esas personas físicas son extranjeras y controlan o disponen del patrimonio social como propietarios, teme racionalmente el legislador que, siendo la sociedad española por estar integrada en la economía nacional, los intereses económicos no coincidan con los nacionales y los sujete al mismo control que a las inversiones de extranjeros. La nacionalidad de la sociedad no cambia por el hecho de ser sus socios extranjeros, pero justifica una disposición excepcional, en materia de inversiones extranjeras, o sea, la dictada en los arts. 7.º de la L. y de su R., que tratan como inversión extranjera la hecha por una persona jurídica española.

El legislador español sigue un criterio cuantitativo para fijar el control y le es indiferente que la participación la adquieran los extranjeros en el momento fundacional, mediante aportaciones dinerarias o «in natura», o posteriormente en una ampliación de capital o comprando acciones o participaciones (arts. 1.º-3 de la L. y de su R.).

Si el porcentaje de la participación es superior al 50 por 100 del capital, la sociedad española se equipara a la extranjera, es decir, a este solo efecto se considera a la sociedad española sociedad extranjera, como dispone el art. 7.º-2 del R. (52).

Si la cuantía es inferior al 50 por 100 y superior al 25 por 100, la inversión extranjera se computa en proporción al porcentaje del capital extranjero; v. g., si éste es de un 40 por 100 y adquiere mil acciones,

(52) La Res. de 17 de abril de 1975 enumera las sociedades españolas donde la participación extranjera excede de un 50 por 100 del capital.

se consideran 400 de pertenencia a extranjeros y 600 a españoles (art. 7.º-3). En el caso de que los socios extranjeros tengan una influencia decisiva en la gestión de la sociedad; v. g., siendo extranjero el único administrador, se considera extranjera la sociedad y la total inversión extranjera (art. 7.º-3-1).

En los casos de los párrafos anteriores se considera española la inversión siempre que el estado español, bien directamente, bien a través del Instituto Nacional de Industria o de otro Organismo Autónomo, participe en el capital (art. 7.º-4-b).

Esta excepción puede fundarse en un control orgánico directo o indirecto del Estado sobre la administración de la sociedad.

En los casos en que la participación extranjera no exceda del 25 por 100 del capital, la sociedad se la considera española, incluso desde el prisma de las inversiones (art. 7.º-4-a).

Estas restricciones afectan únicamente a las inversiones, incluso atípicas, en empresas sociales, o sea, pertenecientes a sociedades (arts. 7.º-1 y 5), no a la creación, adquisición o ampliación de empresas, cuando pase a la sociedad española con participación extranjera su titularidad, ni a la adquisición de fincas urbanas no fronterizas, en cuyos supuestos no hay restricción alguna. Sin embargo, la adquisición de fincas urbanas fronterizas y rústicas sitas en las «zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros», zonas delimitadas por exigencias de la Defensa Nacional o del libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado, están sujetas a restricciones dictadas para las personas jurídicas bajo control extranjero, conforme a los arts. 4.º y 16 y ss. de la L. 8 de 12-III-1975 y a las que aludiré al estudiar las inversiones extranjeras en inmuebles.

La contraprestación de estas inversiones, en los casos de que no sean «in natura», se hará con pesetas ordinarias.

En materia de préstamo, si el porcentaje del capital de la sociedad perteneciente a extranjeros supera el 25 por 100, puede obtener en pesetas ordinarias créditos a medio o a largo plazo en el mercado interior hasta un 50 por 100 del capital desembolsado más las reservas, sin perjuicio de que el Ministerio de Hacienda, previo informe del Ministerio de Comercio, pueda señalar las condiciones en que puedan obtener crédito en cuantía superior (art. 8.º del R.).

Para informar de las sociedades españolas con participación extranjera el art. 32 del R. ordena a la DGTE la publicación en el «B. O. del E.» de las Res. pertinentes conteniendo las listas de las mismas. La Res. de 17-IV-1975 publicó la lista de las sociedades españolas con participación extranjera mayoritaria, o sea, de más del 50 por 100 de participación extranjera en el capital.

B) PERSONAS JURÍDICAS EXTRANJERAS Y PERSONAS FÍSICAS EXTRANJERAS O ESPAÑOLAS CON ESTABLECIMIENTOS SECUNDARIOS EN ESPAÑA. MULTINACIONALES.

La actividad empresarial de los no residentes, es otra novedad también certera de la nueva L., que exige un previo estudio de las difusas

figuras jurídicas con que se revisten algunas manifestaciones económicas de las empresas.

Son varias las aclaraciones o puntualizaciones que exige el epígrafe.

1.^a Los sujetos o personas afectados son: las personas físicas españolas o extranjeras no residentes que tengan en España comercios, explotaciones, industrias u otras actividades empresariales. Las personas jurídicas extranjeras que tengan sucursales, agencias o delegaciones con las cuales revistan jurídicamente a las empresas radicadas en España o que tengan también en España unidades de explotación económica sin revestirlas de su forma jurídica propia.

No afectan las limitaciones por actividad empresarial a las personas físicas españolas o extranjeras que residan en España, tampoco a las personas jurídicas españolas, aunque estén controladas por extranjeros ni a las personas jurídicas extranjeras que no sean titulares exclusivas de empresas radicadas en España.

2.^o Los substratos económicos de estas figuras jurídicas, es decir, la realidad que traducen estas formas jurídicas, que englobamos en la denominación de «establecimientos secundarios», no tienen una clara tipicidad en el Derecho mercantil. Sin pretensiones matemáticas podemos decir que la independencia económica no se refleja en una independencia jurídica y que la unidad real es una unidad económica, la empresa, unidad de producción, circulación o cambio de bienes. Esta unidad es un centro económico, que llamamos empresa, el cual tiene vida propia. Sin embargo, pueden estos centros económicos estar agrupados entre sí por conexiones entre ellos, que van desde la extracción de la materia prima, su industrialización, transporte y venta, originando nuevas unidades, e incluso otro tipo de unidad puede nacer de analogías entre los productos explotados, o entre los productos fabricados o vendidos, existiendo en ambos casos una unidad económica. La unidad del centro material de explotación es una unidad natural, mientras que las otras derivan de la identidad de la materia prima que se transforma y vende después o de la analogía entre los productos.

3.^o La comparación de estas unidades económicas harán de una parte surgir el concepto de establecimiento principal en contraposición a establecimientos secundarios, radicando en aquél la unidad económica más importante y en éstos las menos importantes y dentro de las unidades secundarias, habrá una jerarquía jurídica que repercutirá en las formas que revistan las empresas, reservando la forma jurídica de sucursal para el más importante establecimiento después del principal y la de agencia y delegación, para otras inferiores, incluso cabrá la explotación sin forma jurídica representativa para los terceros, la cual se limitará a enviar la producción a un establecimiento principal o secundario, que la representará jurídicamente frente al mundo exterior.

La contraposición entre establecimientos principales y secundarios es paralela a la existente entre una casa matriz y filial, la distinción es profunda en el campo jurídico y superficial en el ámbito económico. No es preciso advertir que establecimiento secundario puede tenerlo una persona física, mientras que la filial, sólo existe en materia de personas jurídicas.

En la realidad los establecimientos secundarios son frecuentísimos, una sociedad minera puede tener explotaciones en varios lugares y las distintas minas pueden encarnarse jurídicamente en una Sucursal, Agencia o Delegación o simplemente carecer de representación jurídica frente a terceros (clientes o proveedores) estando representados por la casa principal, o un establecimiento secundario y teniendo el centro material, no una representación, sino una administración restringida a asuntos internos, como son el pago de las nóminas, y otros pagos análogos. Esto es lo que los franceses llaman centro material de explotación. Lo mismo puede decirse de una sociedad destinada a la transformación de materias primas o fábricas, que puede tener en lugares distintos sus establecimientos, o de una sociedad que tenga dos o más comercios en una o dos poblaciones.

Esto puede ocurrir también respecto a las personas físicas y de hecho ocurre con frecuencia, aunque la sociedad es la evolución normal de la pluralidad de empresas, bien porque la herencia causada por el empresario individual lo impone, bien porque el control es en materia de negocios más idóneo que la propiedad, por ser más barato que ésta, pues no hay que comprar íntegramente la sociedad para controlarla o dominarla.

4.º El establecimiento secundario tiene como modalidad típica, más estudiada, la sucursal (53).

La sociedad tiene gran afinidad económica con la filial, como ha puesto de relieve Vanhaecke (54) afirmando, que «la diferencia entre la sucursal y la filial es pues de orden exclusivamente formal», lo que nos parece exacto (55), ya que el substrato real tanto de la filial como de la sucursal es una empresa desde el punto de vista económico, un centro de explotación material que Champaud (56) define así: «el establecimiento donde se efectúa materialmente la explotación del objeto social» y en la sucursal y en la filial los órganos decisorios de la vida social no están en ese centro de explotación material. En la filial y en la sucursal hay autonomía patrimonial, meramente económica en ésta y jurídica en aquella, pero en ambas hay una subordinación al establecimiento principal encarnado jurídicamente en la sociedad matriz o en la casa matriz de la misma sociedad. Ahora bien, cuando la autonomía económica se convierte en jurídica, tenemos la filial, con la consecuencia de que la filial es un sujeto de derecho, es una persona jurídica dueña de su empresa, de su patrimonio; mientras que si esa autonomía no tiene traducción en la personalidad, tenemos la sucursal que cristaliza jurí-

(53) Véase VANHAECKE, *ob. cit.*, págs. 207 y ss. y 232 y ss. y 276 y ss.; CHAMPAUD, *ob. cit.*, págs. 89 y ss.; GARRIGUES en GARRIGUES y URÍA, *ob. y vol. cit.*, págs. 137 y ss.; RUBIO GARCÍA-MINA, *Introducción al Derecho mercantil*, Ediciones Nauta. Barcelona 1969, págs. 537 y s. BÉRGAMO, *ob. y vol. cit.*, págs. 194 y ss.; CÁMARA, *ob. y vol. cit.*, págs. 527 y ss.

(54) *Ob. cit.*, págs. 206 y ss. y 210.

(55) CHAMPAUD, *ob. cit.*, págs. 98 y ss. critica esta afirmación de VANHAECKE, pero las palabras están contradichas por el razonamiento, pues las diferencias que señala CHAMPAUD son también formales o jurídicas.

(56) *Ob. cit.*, pág. 94.

dicamente en unas facultades internas o de organización y externas, respecto de terceros, clientes y proveedores, es decir, una representación estable en cuanto al giro o tráfico de la empresa. La representación estable es propia de un establecimiento, pero en la sucursal esta representación excluye la autonomía jurídica, por esto la sucursal es un elemento patrimonial de la sociedad, es un objeto de derecho y es propiedad del mismo empresario que la casa principal, notas todas que la contraponen a la filial. En la sucursal hay subordinación jurídica a las decisiones de los órganos de la sociedad, que están en la casa matriz, donde se adoptan las decisiones; mientras que la filial tiene sus propios órganos jurídicos decisorios de la vida social, aunque de hecho las decisiones se adoptan al margen de ellos por la sociedad controladora o matriz. La autonomía y la subordinación, consideradas desde el punto de vista jurídico, son las notas que distinguen la filial de la sucursal. La localización geográfica de una y otra es otra nota de hecho que diferencia a la sucursal de la filial. Esta nota es, que la sucursal radica siempre en plaza distinta del establecimiento principal, mientras que la filial puede estar sita en la misma plaza que la sociedad matriz o en otra distinta.

5.º Diferenciadas filial y sucursal, debemos distinguir ahora ésta de los establecimientos secundarios y de los centros de explotación sin representación jurídica con terceros.

El substrato de todos ellos es un centro de explotación material o establecimiento donde se realizan las actividades materiales y económicas sean mineras, industriales o comerciales.

Es indudable que el Derecho cubre con su mandato jurídico la realidad social trascendente para el bien común y por tanto todo centro de explotación material tiene su traje jurídico o al menos un bolsillo de ese traje. Cuando el centro de explotación material constituye por sí solo una empresa, estará cubierto por el manto jurídico del empresario individual o social y ese manto se verá en los títulos adquisitivos del capital fijo de la empresa o que le dan derecho a utilizarlo, como un usufructo o un arriendo, en los contratos de adquisición con los proveedores de las materias primas o capital circulante, que alimentará al capital fijo, en los contratos de trabajo con el personal que manipulará ambos capitales con fines de producción, en los contratos con los terceros, portadores, aseguradores y clientes, a quienes colocará la mercancía producida. El empresario, persona física o persona jurídica, como organizador de la empresa, polariza todos los actos jurídicos y en este sentido la personalidad es un centro de imputación de relaciones jurídicas.

Sin embargo, puede ocurrir que la sociedad tenga varios centros de explotación en lugares muy próximos y la representación jurídica pueda ser una, que baste una sola sede social, una sola oficina, o por el contrario, que esas unidades económicas estén distantes y las operaciones diarias sea necesario independizarlas de la sede social o lugar donde radica la administración, representación o dirección de la sociedad o del domicilio del empresario, descentralizando los pagos del per-

sonal, los pagos a los proveedores y las ventas a los clientes, surgiendo el establecimiento secundario frente al principal, que si sus operaciones son de la misma índole que las de éste, o sea, se extienden a todo el giro o tráfico del establecimiento principal, tenemos la sucursal (57). Si las operaciones son de menor entidad cuantitativa, en variedad, número o importancia, aparecen la Agencia o la Delegación. Aquélla se caracteriza por estar radicada en la misma plaza que la sede principal o que una sucursal, lo que es patente en materia bancaria y difuso en materia comercial. La Delegación se establece en plazas nuevas para la sociedad (58).

Champaud (59) señala tres signos distintivos de la sucursal, que en nuestra opinión son aplicables a todos los establecimientos secundarios: estar gobernados por un director dotado de poderes que le permiten tratar con la clientela sin referirse ordinariamente al establecimiento principal; tienen una instalación y una organización materiales distintas de las del establecimiento principal; por último, poseen una clientela propia. Caracteres aplicables también a las Agencias y Delegaciones con la salvedad de que los poderes de sus directores suelen ser más restringidos y tienen que acudir con más frecuencia al establecimiento principal o a la sucursal.

6.º La clientela, entendida como expectativa y como expresión de las relaciones jurídicas externas o de mercado de la empresa, es la nota que distingue el establecimiento secundario del centro de explotación material, cuyas relaciones con los clientes no se llevan por el propio personal del centro, sino por medio del establecimiento principal o de una sucursal. El centro de explotación material carece de representación o de administrador con poderes para contratar con los clientes y no tiene establecimiento abierto al público. La representación la ostenta la sede central o una sucursal. El centro de explotación material en el caso de estar sito lejos o fuera de la plaza de la casa principal o de la sucursal, paga los sueldos a los empleados, los salarios de los obreros, las cuotas de la seguridad social, incluso los precios de las materias primas, de los portes, etc., por medio del director del centro, o sea, de la fábrica o de la explotación, de ahí que Champaud (60) contraponga la representación a la dirección técnica, con la consecuencia de que el centro de explotación material al carecer de representación no tiene

(57) En este sentido es interesante la explicación que da CÁMARA (*ob. cit.*, vol. I, págs. 532 y ss.) del administrador de la sucursal, como un factor, a quien se le aplicará el artículo 286 del C. de c. Lo que también explica la autonomía económica y no jurídica de la sucursal.

(58) La doctrina mercantilista se ocupa muy poco del estudio de estas figuras jurídicas, GARRIGUES en GARRIGUES Y URÍA, *ob. cit.*, vol. cit., páginas 226 y s.; CÁMARA, *ob. cit.*, vol. I, pág. 535, este último, duda que pueda aplicarse al administrador de la Agencia o de la Delegación, que llama "semi sucursales", el artículo 286 del C. de c., pues entiende, que hay que concretar el giro o tráfico de estos establecimientos accesorios, a diferencia de la sucursal, que se extiende a todo el giro o tráfico.

(59) *Ob. cit.*, pág. 97.

(60) *Ob. cit.*, págs. 94 y s.

clientela y no puede desligarse del establecimiento principal para constituir una sociedad independiente.

En resumen, los establecimientos secundarios tienen como subtrato económico un centro de explotación material y su administrador está dotado de unos poderes aptos para vincular una clientela, poderes equivalentes al factor en la sucursal y más restringidos en la Agencia o Delegación; mientras que los centros de explotación, sean fábricas, u otros, constituyen ellos mismos su realidad económica y su administrador es un director técnico carente de poderes para vincular una clientela.

Las multinacionales (61).

Estas sociedades constituyen una forma compleja y peligrosa para la economía nacional, porque las decisiones sobre la empresa se adoptan desde el extranjero contemplando los intereses patrimoniales de sus dueños, estas sociedades actúan desde un establecimiento principal cabeza de todas las sucursales que crean y administran. El problema es idéntico al de la persona física extranjera y residente en el extranjero que crea o adquiere empresas en España y presenta alguna analogía con la persona física española que residiendo en el extranjero tiene empresas en España, porque la vida es intimidad y convivencia y la intimidad será española, pero la convivencia es extranjera. Vamos a describir el fenómeno desde el punto de vista de nuestro estudio.

Cuando el establecimiento secundario sito en España pertenece a una persona jurídica extranjera o a una persona física española o extranjera residente en el extranjero, se plantean problemas aún más graves que los examinados respecto de las sociedades españolas controladas por extranjeros, los intereses de la economía nacional no coincidirán con los del extranjero, dueño de la empresa radicada en España. La razón de la creación o adquisición del establecimiento en nuestra patria obedecerá a razones de mercado (no fabricarse el producto en España, evitar el pago de los derechos aduaneros) a la existencia del yacimiento en España y no en el país del establecimiento principal, a una mano de obra barata, etc., pero nunca actuará el extranjero, pensando en las necesidades de nuestra economía. La explotación del yacimiento será una explotación esquiladora, empobrecedora y agotadora; la mano de obra muchas veces contratada por aventureros no le planteará problemas, pero si llegara a plantearlos trasladará la empresa a otro país de mano de obra más barata; v. g., de España a Marruecos, y venderá la empresa, o la abandonará, el mercado ha de serle propicio y si hay otros países con mejores posibilidades de ganancia, procederá también a vender la

(61) TRIGO CHACÓN, *La empresa multinacional*. Editorial Nacional Madrid 1973, tiene o sostiene unas ideas, que no coinciden con las que aquí se definen, pues engloba en este concepto las empresas matrices que actúan en varios países por medio de sucursales, filiales o controlando incluso minoritariamente otras empresas, según se desprende de las páginas 69 y ss. La definición que da en la página 54 de las multinacionales, contradice esas ideas.

empresa. Todo esto llevará y lleva consigo el desmantelamiento o la paralización de la mina, taller o fábrica, con el consiguiente paro obrero, transferencia al exterior de capitales, es decir, con un grave trastorno para la economía nacional. Las inversiones extranjeras para la creación o funcionamiento del establecimiento en España han perjudicado en muchos casos la economía nacional.

Estas son las razones de la prevención contra las multinacionales, o sea, las sociedades extranjeras que tienen empresas o negocios en España (62) y que nuestra legislación de inversiones trata de controlar, exigiendo, como veremos, autorización administrativa, no sólo para que las multinacionales puedan establecer en España sucursales, sino también para que las personas físicas residentes en el extranjero puedan tener establecimiento secundario en España e incluso meros centros de explotación material.

Esta realidad social, que acabo de describir, tiene traducción normativa esporádica en nuestro ordenamiento. El art. 65 de la L.E.c., 212 del Estatuto de la Propiedad Industrial, art. 11-3.^a-e de la L.S.A., art. 7.^o-5.^a de la L.S.R., 21-4.^o del C. de c., art. 6.^o-2 del T. R. del impuesto de sociedades aprobado por el D. 3359 de 23-XII-1967 y 13 y ss. de la L. y de su R., que se limitan a nombrarlas, siendo más explícito el R.R.M. en sus arts. 71-4.^a en relación con el 74-4.^a relativos a la inscripción de las sucursales y agencias de los empresarios individuales, incluso extranjeros, y el 88 en relación con el 97 referente a la inscripción de las sucursales, agencias y delegaciones de las sociedades extranjeras.

Los centros de explotación material no investidos jurídicamente como establecimientos secundarios, no están aludidos, salvo en la legislación fiscal y en la de inversiones extranjeras, porque la relevancia jurídica mercantil o procesal queda absorbida por la casa principal.

Esta modalidad de las inversiones extranjera, está contemplada como típica por la L. y R. en sus art. 3-3 que dice: «Las inversiones extranjeras podrán llevarse a efecto a través de las siguientes formas: ... Ejercicio de actividad empresarial en España de personas físicas no residentes o de personas jurídicas extranjeras, mediante la creación de sucursales o establecimientos».

La L. y su R. cuando se pretende realizar una actividad empre-

(62) En esta materia hay una gran discrepancia terminológica. AGUILAR NAVARRO, (*ob. y vol. cit.*, págs. 187 y ss.) habla de sociedades transnacionales, como sociedad nacional con ramificaciones internacionales, multinacionales, constelación de grupos empresariales implantados en diversos Estados, pero operando bajo el control de una única central o sociedad matriz y sociedad supranacional o sociedad con pretensiones de mundial. Seguidamente cita el concepto de MIGLIAZZA de la multinacional: constelación de sociedades filiales con una sociedad matriz de la cual emanan todas las decisiones y programas y niega que la multinacional sea una auténtica sociedad supranacional o internacional (por ésta entiende la nacida de un acuerdo internacional). Para nosotros el concepto de multinacional como sociedad que tiene negocios o empresas en diversos Estados, es el que presuponemos en el texto: "Una sociedad que tiene en uno o más países extranjeros, establecimientos secundarios. En los casos de las filia-

sarial en España a través de establecimientos secundarios, imponen la autorización administrativa previa, como control de la inversión (63). En la autorización deberá medirse las divisas o capital extranjero que se vaya a traer a España, la parte que va a integrar el capital asignado a la sucursal y la destinada a las reservas (64), el capital que invertirá a fondo perdido, el capital que podrá transferirse a la casa matriz, el capital que recibe en concepto de préstamo de la misma, las cantidades con que habrá de contribuir a los gastos generales de la casa matriz y también los beneficios que podrá transferir al extranjero. Todas estas cuestiones están explícitamente reguladas para las sucursales en la Res. de la D.G.T.E. de 20 de enero de 1975, que desarrolla lo dispuesto en los arts. 13 de la L. y 13, 15 y 16 de su R. (65).

Los establecimientos secundarios de personas jurídicas extranjeras o de residentes en el extranjero no pueden hacer inversiones directas en sociedades, aunque sí inversiones de cartera (art. 14-2 del R.)

Necesitan autorización administrativa previa para acudir al crédito interior, lo mismo que para adquirir inmuebles rústicos o urbanos, con fines ajenos a su empresa, más si se trata de inmuebles para fines industriales, v. g., escombreras, instalación de naves para fábricas, talleres, etc., creemos que no es necesaria la autorización y es dudoso que la necesiten, si el fin es construir viviendas para sus obreros, pero de estos ocuparemos más adelante.

Las pesetas de estas empresas son ordinarias, pues sus productos se venderán en España, normalmente, cobrándose en pesetas ordinarias; las materias primas serán frecuentemente suministradas por empresas españolas y pagadas en pesetas ordinarias; los salarios y sueldos de sus obreros y empleados, que residirán en España, se pagarán también en pesetas ordinarias y lo mismo las cotizaciones a la seguridad social española. Por todo esto hay que entender que la exclusión de los establecimientos secundarios del art. 2-2-1 del R. obedece a que no utilizan pesetas interiores y es necesario incluirlos por analogía en el art. 2.º-2-2 de dicho R., no necesitando autorización administrativa para utilizar estas pesetas, como tampoco la necesitan los extranjeros residentes en España.

Estas pesetas, presentan una peculiaridad, que se lee en la Res. cita-

les radicadas en el extranjero no se trata de una sociedad única, sino de un grupo de sociedades, que una controla a las otras".

(63) MURO DE LA VEGA, *Examen general de las nuevas disposiciones, con consideración especial de las inversiones directas*. Conferencia pronunciada en diciembre de 1974 y publicada en libro "Inversiones extranjeras del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Barcelona", pág. 23, califica este control de "malquerencia desorbitada" a las sucursales, juicio que no compartimos.

(64) Este epígrafe es muy importante para enraizar la sucursal en la economía nacional y principalmente el plan de renovación, ampliación y modernización del capital.

(65) También desarrolla esta Res. a la Disposición Transitoria 2.ª de la L. y de su R. relativa a las empresas de sociedades extranjeras y de personas físicas residentes en el extranjero que ya estuviesen instaladas en España.

da de 20 de enero de 1975, ya que los beneficios, la parte que se les asigne en gastos generales y otras cantidades, pueden transferirlos al extranjero a la casa matriz, previa conversión de las pesetas ordinarias en la divisa correspondiente, lo cual es materia de explícita autorización administrativa previa a su establecimiento N.^a I-4) o durante su funcionamiento (N.^a II-1-b).

C) PERSONAS JURÍDICAS EXTRANJERAS.

Las personas jurídicas extranjeras han de ser de carácter privado, pues si se trata de Gobiernos o Entidades oficiales de soberanía extranjera necesitan autorización especial, conforme a la Dis. Adi. 3.^a y con la limitación establecida en esta Dis.

No plantean cuestión de identidad, que resultará de su escritura de constitución o de los poderes con que actúen sus representantes.

Les afectan los problemas derivados de aportaciones dinerarias de origen extranjero, de pesetas interiores, de equipo-capital, las aportaciones tecnológicas y la cuestión de la asistencia técnica.

No pueden adquirir sin autorización administrativa empresas mercantiles, industriales, comerciales, agrarias o inmobiliarias y si lo hacen, incurrir en el supuesto de las sociedades extranjeras con establecimientos secundarios en España.

En caso de nacionalización caducan las autorizaciones concedidas a las personas jurídicas extranjeras privadas (Disp Ad. 2.^a de la L. y de su R.).

Tienen la carga de declarar su inversión al RIE.

Pueden transferir al extranjero capitales y beneficios.

D) ESPAÑOLES RESIDENTES EN EL EXTRANJERO.

Modos de acreditar su condición:

No necesitan acreditarlo, si la inversión se realiza mediante aportación dineraria exterior, con pesetas interiores o con autorización administrativa, porque ya está acreditado en esos actos previos (N.^a 3-2 de la Res. de 25-I-75).

En los demás casos, con certificación del cónsul de su residencia en el extranjero, pasaporte vigente, documento de identidad consular o poder autorizado por cónsul español, siempre que en dichos documentos conste su condición de residentes en el extranjero (N.^a 3-2 de la Res. últ. cit. y art. 1-1-1 del R.).

Les afectan los problemas derivados de las aportaciones dinerarias de origen extranjero o de pesetas interiores.

Las inversiones en sociedades, salvo de información, no les afectan, ni las inversiones en fincas rústicas ni urbanas, pero sí en materia de establecimientos secundarios y centros de explotación material, como vimos, pues es actividad empresarial.

Tienen la carga de declarar la inversión al RIE.

Pueden transferir al extranjero capitales y beneficios.

E) EXTRANJEROS RESIDENTES EN EL EXTRANJERO.

Acreditan su residencia fuera de España con certificación negativa expedida por la D. G. de S. (art. 1-1-2 del R.)

Les afectan las mismas cuestiones que a los españoles residentes en el extranjero y, además, las inversiones en sociedades y en fincas rústicas y urbanas.

F) EXTRANJEROS RESIDENTES EN ESPAÑA.

Acreditan su residencia con la tarjeta de residencia regulada en el D. 522 de 14-II-1974.

Su aportación dineraria, normalmente, es interior y de pesetas ordinarias, estando equiparados a los españoles residentes (art. 2.2.2 del R.).

En materia de inversiones les afectan las que hagan en sociedades, en fincas rústicas y urbanas por razones estratégicas, de defensa nacional o de costas y fronteras, pero no les afecta la actividad empresarial, si la empresa está liberalizada.

Como invierten en pesetas ordinarias, no tienen la carga de declarar al RIE cuando adquieran inmuebles o realicen actividad empresarial (N.^a 1-1-b del R. y Res. 25-I-75).

No gozan por la misma razón del beneficio de la transferibilidad al extranjero de sus capitales y beneficios.

V. CUENTAS QUE REFLEJAN DIVISAS Y CUENTAS DE PESETAS.

A) APORTACIÓN DINERARIA EXTERIOR.

Es el contravalor en pesetas de divisas convertibles admitidas a cotización en el mercado español, o de pesetas procedentes de saldos de cuentas extranjeras en pesetas convertibles, según se expresa en el artículo 2.º-I-1-a) y b) del R. La aportación dineraria exterior, siendo normalmente de origen extranjero, o sea, teniendo allí su fuente generatriz, afecta a los residentes en el extranjero, sean españoles o extranjeros y éstos personas físicas o jurídicas. Los residentes en el extranjero son las únicas personas que pueden ser titulares de estas cuentas.

El control de las divisas exige que el manejo de las mismas por el residente en el extranjero, se haga mediante cuentas corrientes llevadas por la Banca y las Cajas de Ahorro (66).

(66) El turista, puede cambiar en las Oficinas de Cambio o en la Banca delegada, sus billetes extranjeros por pesetas o cobrar en pesetas sus cheques en divisas, siendo estos organismos de cambio intermediarios en las operaciones, no partes en ellas (así se lee en el D. de 29 de mayo de 1931, artículo 10 y mejor aún en la O. de 25-VIII-1959, que regula el funcionamiento del mercado de divisas), pero como no es inversor, no tiene interés en la transferencia al exterior, porque gasta consumiendo,

Aunque han sido derogados el D. L. de 27 de julio de 1959 y los D. de 30 de septiembre y 24 de diciembre de 1959, según el D. 1497 de 19 de junio de 1975, no lo ha sido el D. de 15 de julio de 1961 (67), que regula la convertibilidad de la peseta, disponiendo que los saldos en pesetas propiedad de personas jurídicas extranjeras o de españoles o extranjeros residentes habitualmente en el extranjero sean libremente convertibles en dólares u otras monedas convertibles y, por tanto, las pesetas convertibles son una realidad jurídica del ordenamiento español, aunque su alcance ha sufrido alguna variación. El D. últimamente citado facultó al IEME para desarrollarlo, lo que hizo en Res. de 19 de julio de 1961, que fue modificada, pero no derogada, por la Res. de 20 de diciembre de 1974 y ésta derogada por la Res. de 30 de julio de 1975 (68).

Estas Res., las de 1961 y 1975, disponen las partidas que pueden sentarse en estas cuentas corrientes abiertas en la banca delegada.

La O. del Ministerio de Hacienda de 16 de marzo de 1973 (69) modificó el sistema de cuentas extranjeras en pesetas convertibles, regulado por la Res. de 19-VI-61, desdoblándolas en dos clases de cuentas A y B. Modificación que tuvo por finalidad reprimir posibles especulaciones provocadas por la debilidad del dólar y que Pastor y Eguidazu (70) explican así: «Por una parte las cuentas B que se nutren de las pesetas recibidas por sus titulares en virtud de operaciones (corrientes o de capital) que gocen de derecho de transferibilidad (bien por estar liberalizadas por una disposición de carácter general, bien porque tal transferibilidad es concedida por la DGTE para el caso concreto). Tales cuentas B tienen carácter de convertibles, y pueden considerarse por tanto las herederas de las antiguas «cuentas extranjeras» en pesetas convertibles» creadas en 1961.

«Por otra parte las cuentas A, no tienen carácter de convertibles, y cuyo saldo debe ser forzosamente utilizado para pagos en España. Tales cuentas se nutren de conceptos que hasta entonces tenían el carácter de convertibles, concretamente el contravalor en pesetas de las divisas cedidas por el titular de la cuenta en el mercado de divisas».

De ahí las operaciones de cargo y abono de ambas clases de cuentas

no invirtiendo, y una vez cambiadas sus divisas por pesetas, éstas son ordinarias, hasta el punto, que puede abrir una cuenta corriente en esta clase de pesetas, conforme a la O. de 2-VI-60 y circular de 14 de julio de 1972 aclaratoria de la circular de IEME 283, de 8-III-1972).

(67) Reconocida la vigencia de la Res. de 19-VII-1961 por el D. 1.497 de 1975, es evidente la vigencia del D. de 15 de julio de 1961.

(68) Como veremos, las normas 3.^a y 4.^a de la Res. de 19 de julio de 1961 están derogadas por la O. de 16 de marzo de 1973, que regula las cuentas extranjeras en pesetas no interiores.

(69) El D. 1.497 de 19 de junio de 1975 silencia la O. de 16 de marzo de 1973, no diciendo si está vigente, modificada o derogada. La práctica bancaria (véase la Instrucción 1.^a de la circular del Banco de España a la Banca privada de 14-I-75), la doctrina y la Res. de la DGTE de 25 de enero de 1975 (norma 4.^a), la de 20 de junio de 1975 (norma 2.^a implícitamente) y la de 30 de julio de 1975 norma 4.^a, párrafo 3) reconocen sin lugar a duda su vigencia.

(70) *Ob. cit.*, pág. 115 y s.

extranjerías, que son: Cuentas A. Abonos o ingresos: contravalor en pesetas de divisas convertibles cedidas en el mercado español; trasposos de otras cuentas A o B e intereses. Adeudos o débitos: Cualquier pago en pesetas a favor de personas jurídicas españolas o físicas españolas o extranjeras residentes habitualmente en España; y trasposos a otras cuentas.

Cuentas B. Operaciones de abono o ingreso son: cualquier cobro de pesetas generadas en España transferibles al exterior; transferencias de otras cuentas B, nunca de cuentas A; e intereses de estas cuentas. Operaciones de adeudo o al débito: contravalor en pesetas de divisas adquiridas en el mercado español; trasposos a cuentas A y a cuentas B (71).

Para realizar cualquiera de estas operaciones no se necesita autorización previa (núm. 2.º y núm. 3.º de la O. de 16 de marzo de 1973).

Esta regla es lógica e importante y supone una superación del sistema anterior consagrado en la R. de 19 de julio de 1961 en materia de cuentas extranjeras en pesetas convertibles, derogando sus normas 3.ª y 4.ª, especialmente esta última, que exigía autorización especial para cualquier otra operación de adeudo o abono no enumerada en su N.ª 3.ª. La O. de 16-III-73, regula los cargos o adeudos de las cuentas A y B sin referirse para nada al destino de la operación, ya que habla de pagos o transferencias como algo abstracto, que se concretará al hacerlo. Si el titular de la cuenta puede hacer la inversión bien porque está liberalizada, bien porque hay una autorización general, no va a quedar paralizada la ejecución hasta que se le dé otra nueva autorización para disponer de las pesetas convertibles, basta que las tenga en la cuenta, lo que ya acredita su legítima procedencia. Como la peseta que representa una aportación dineraria exterior es la modalidad de pago de la inversión que el Estado fomenta y prefiere, porque supone un ingreso de divisas y estando legitimado el titular de la cuenta para hacer la inversión, lo está también lógica y naturalmente para pagarla con cargo a su cuenta A (72).

Por esto el sistema de la Res. de 19-VII-61 era algo confuso, pues en rigor lo que autorizaba en materia de cuentas extranjeras en pesetas convertibles era la inversión y no la disposición total o parcial del saldo de la cuenta. Por esta misma razón estimamos superfluo el inciso «mediante aportación dineraria exterior» del primer párrafo de la Res. de 30-7-75, porque lo que debe autorizar esa Res. a las personas físicas no residentes es la compra de los inmuebles, que enumera, no la disposición de las aportaciones dinerarias exteriores, que no necesitan autorización y por esta misma razón se expresaba correctamente el párrafo 1.º de la Res. de 20-12-74, que derogó la Res. criticada.

(71) Las cuentas de pesetas convertibles pasan a tener la consideración de cuentas extranjeras en pesetas convertibles, cuentas B, sin perjuicio del derecho a traspasar a las cuentas A (según expone el núm. 4.º de la O. últ. cit.).

(72) Cosa diversa ocurre con los cargos o adeudos de las cuentas de pesetas interiores, que por no ser producto directo de divisas, es lógico que se exija que la inversión esté autorizada o liberalizada y que se permita su pago en pesetas interiores, que no representen divisas.

La autorización para disponer del saldo de la cuenta debe darse, cuando se trata de cuentas extranjeras en pesetas interiores, que no tienen interés para el Estado. Esto resulta claro en el art. 2 del R., que no habla de la autorización administrativa al referirse a la aportación dineraria exterior y la exige cuando se refiere a la utilización de los saldos de las cuentas extranjeras de pesetas interiores.

Cuentas de «Ahorro del Emigrante».

Están reguladas por el D. 3259 de 29 de octubre de 1970, que las creó, la O. de 21 de diciembre del mismo año y la Res. de la DGTE de 20 de junio de 1975 (73).

Titulares de las cuentas de «Ahorro del Emigrante» pueden ser los españoles que residan y trabajen en el extranjero, incluso pueden solicitar la apertura de estas cuentas, los que tramiten su emigración a través del Instituto Español de Emigración, siempre que su salida tenga lugar dentro de los dos meses siguientes a la solicitud (art. 2.º del D. 3.259 de 20 de octubre de 1970). Estas cuentas se transforman en cuentas de ahorro ordinario por el transcurso de un año contado desde la repatriación del titular (inciso final de este art. 2.º).

Los saldos existentes en cada momento tendrán la consideración de pesetas convertibles (art. 5.º del D.). Los abonos, ingresos o impositivos de estas cuentas «se harán necesariamente en divisas, bien directamente en los Bancos o Cajas o mediante transferencia o giro postal» (Art. 4.º del D.), agregando el cheque del art. 3.º de la O. Los adeudos pueden obtenerse en las mismas divisas ingresadas o en cualquier divisa convertible, si las abonadas tuviesen esa condición, pudiendo disponer, además del emigrante, los parientes de éste hasta el segundo grado por consanguinidad a quienes hubiese autorizado (74) para disponer de la cuenta, si residen en el extranjero. Si dichos parientes no residen en el extranjero o transcurridos seis meses desde que resida en España el emigrante, sólo pueden obtener los saldos en pesetas no convertibles (artículos 3.º y 5.º del D.). Caso de que el emigrante se proponga invertir en España, bien en fincas rústicas o urbanas, bien en inversiones directas o en cartera o de otra forma, el núm. I de la Res. de 20 de junio de 1975 concede una autorización de carácter general para utilizar a estos fines los saldos.

Esta autorización, nos plantea este dilema: ¿autoriza la utilización de los saldos para el pago de cualquiera de las inversiones previstas en la L. y R.?, ¿o autoriza las inversiones? Si autoriza la disposición de los saldos, es absurdo, pues no va a encontrarse el emigrante con sus pesetas, que representan aportaciones dinerarias exteriores, en peor condición para pagar con ellas sus inversiones en España, que los demás españoles no residentes e incluso que los extranjeros. Si la autorización se refiere a las inversiones, es menos incongruente, pues en caso de actividad empresarial, puede el emigrante adquirir una pequeña industria

(73) El IEME dictó para estas cuentas la circular 273 de 18-I-1971.

(74) Esta autorización (poder) contraría abiertamente el artículo 1.280-5.º del C. c., por muy benéfica que sea.

o un local comercial de más de 200 metros cuadrados, etc. Este último sentido de la Res. es el único admisible; de lo contrario se sometería al emigrante a autorización administrativa por actividad empresarial, como si fuera un semejante a la poderosa multinacional.

B) CUENTAS EXTRANJERAS DE PESETAS INTERIORES.

Como anticipamos, de las pesetas de estas cuentas no se puede disponer sin autorización administrativa general o específica, porque son pesetas que no representan divisas, que no son esas importantes reservas económicas que al Estado le interesa poseer. Así lo dispone con carácter general el art. 2-2-1 del R.

La autorización general para los casos que se prefijan está contenida en las Res. de 19 de julio de 1961, normas 5.^a, 6.^a 7.^a, y de la 8.^a solamente los núms. 1 al 6, ya que los núms. 7 al 9 de esa misma norma 8.^a fueron derogados por la Res. de 23-I-75 (75).

Titulares de estas cuentas son las mismas personas que los de las de aportaciones dinerarias exteriores.

Estas pesetas son generadas en España y pertenecen a residentes en el extranjero, llevándose su control por la banca delegada a través de cuentas corrientes, llamadas «cuentas extranjeras de pesetas interiores».

El D. de 5 de julio de 1937 prohibió disponer de sus saldos sin autorización del Comité de Moneda Extranjera, «a cuyo efecto se consignará en la solicitud el destino que ha de darse a los recursos de referencia». La disposición sin dicha autorización fue tipificada como delito monetario por el núm. 17 del art. 1.^o de la Ley de 24 de noviembre de 1938. La apertura de estas cuentas requiere autorización de la DGTE (antes del IEME, conforme al art. 5.^o, apartado K del D. de 24 de noviembre de 1939, cuya función fue atribuida por el art. 1.^o del D. 1.791 de 26 de julio de 1973 al Ministerio de Comercio, no al Banco de España). Ambas autorizaciones para la apertura de la cuenta y para la disposición total o parcial de sus saldos son exigidas en las normas 5.^a y 6.^a de la Res. de 19 de julio de 1961 (76).

Las operaciones al crédito o de abono en estas cuentas extranjeras de pesetas interiores son: tratándose del titular de una cuenta ordinaria que traslada su residencia habitual al extranjero, como esta cuenta se convierte automáticamente en cuenta extranjera de pesetas interiores,

(75) La circular 283 de 8-III-72 se refiere a estas cuentas extranjeras de pesetas interiores y a otra variante de las mismas "las cuentas bancarias de pesetas de Andorra". Nosotros la invocaremos con el valor que tienen las circulares, interno, sólo para funcionarios dependientes del organismo que la dicta, pero que acreditan una práctica.

(76) Sin embargo, si la adquisición con pesetas interiores se hace para uso propio de la persona física residente en el extranjero, aunque tenga establecimientos secundarios o explotaciones en España, hay que entender que puede pagar con pesetas interiores, nunca con las pesetas ordinarias procedentes de la explotación o establecimiento secundario que tenga en España, porque la adquisición no se ha hecho para éste, sino para uso de una persona física residente en el extranjero.

su saldo constituye la primera partida de ingreso, exigiendo la N.^a 7.^a de la Res. de 1961 citada, que se comunique al IEME, hoy a la DGTE. Las partidas normales de abono son: importe de pensiones, sueldos y emolumentos, rentas, dividendos u otros ingresos, que no disfruten del carácter de transferibles, premios o reintegros, de la Lotería Nacional, sobre billetes adquiridos con cargo a la propia cuenta, e intereses (N.^a 8.^a 1 al 4). Las plusvalías en las ventas de valores, participaciones o inmuebles, que no sean transferibles al exterior, así como los precios de venta, dividendos, beneficios o intereses de valores o inmuebles que han sido adquiridos con pesetas interiores, traspasos de otras cuentas extranjeras de pesetas interiores (77). Plusvalías y transferencias son los «otros ingresos» a que se refiere la N.^a 8.^a-2 (78) no se precisa para sus abonos o ingresos en la cuenta autorización administrativa.

Las partidas de adeudo o al débito de estas cuentas son: gastos de estancia en España del titular o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad con el tope de 60.000 (79) pesetas mensuales o de personal directivo de personas jurídicas extranjeras hasta una cantidad máxima de 200.000 (79) pesetas mensuales, cualquiera que sea el número de beneficiarios (N. 8.^a-5 y 6); compra de billetes de Lotería Nacional (N. 8.^a-10); compra de acciones cotizables en bolsa, fondos públicos y títulos privados de renta fija, adquisición de fincas urbanas destinadas a propio uso o disfrute del titular, lo que excluye su alquiler (normas I y II de la Res. de la DGTE de 23 de enero de 1975, que, conforme a los arts. 16-2 de la L. 19-2 del R., debió autorizarse por O. del Ministerio de Comercio). Los españoles residentes en el extranjero, y solamente ellos, pueden adeudar en estas cuentas el precio de compra de fincas rústicas (N.^a II-3 de la Res. citada últimamente). Además, como es lógico, el traspaso a otras cuentas extranjeras de pesetas interiores, lo que reconoce en la práctica la circular 283 de 23 de marzo de 1972 en su N.^a 2.^a-B.

Los problemas que plantea la autorización general contenida en la Res. de 23 de enero de 1975 son, para mí, los siguientes: ¿Las adquisiciones por establecimientos secundarios de personas físicas residentes en el extranjero y radicados en España tienen el mismo tratamiento jurídico que los establecimientos en España de las personas jurídicas extranjeras? Aunque la N.^a II-I no los excluye, hay que entenderlos excluidos de la autorización, porque tienen, como veremos, pesetas ordinarias y no interiores, que son las referidas en la autorización.

La adquisición de fincas urbanas para uso propio, comprende las viviendas, villas o chalets, ya construidos, sin duda alguna, pero no se

(77) En este sentido, AVELLO, *ob. cit.*, pág. 8. La norma 2.^a A-1 y A-4 de la circular 283 de 8-III-1972, nos confirma esta práctica en cuanto a considerar partidas de abono, las plusvalías en la venta de inmuebles y las procedentes del traspaso de otras cuentas.

(78) La vigencia de la Res. de 1961 se prueba en la derogación parcial que de ella hace la norma III de la Res. de 23-I-1975.

(79) Topes suprimidos por la instrucción 2.^a B-1 y B-2 de la circular 283 de 8-III-1972.

pueden adquirir con pesetas interiores inmuebles en construcción ni tampoco el solar para construirlos. Me fundo en lo específica que es la Res. de 30 de julio de 1975. Los españoles residentes en el extranjero pueden comprar con pesetas interiores fincas urbanas para uso propio, como dijimos, y también fincas rústicas N.^a II-3.^a Res. 23-I-1975).

C) NORMAS COMUNES A LAS CUENTAS EXTRANJERAS.

Están contenidas en el núm. 4 de la resolución de 25 de enero de 1975, invocada para las cuentas de «Ahorro del Emigrante» por el núm. 2 de la Res. de 20 de junio de 1975, destinadas a acreditar ante el fedatario el adeudo o pago contra la cuenta extranjera.

El pago se hará por medio de un cheque o de un talón conformados por la entidad bancaria delegada contra la cuenta A, o la cuenta de «Ahorro del Emigrante» o de pesetas interiores, especificándose en su reverso, además de la conformidad con la cuenta extranjera de que se trate, el concepto de pago, desembolso para la adquisición de valores, derechos, inmuebles, con los datos que identifiquen estos últimos. Si en el reverso no cupiesen estos datos, se continuarán en otro documento complementario que se encabezará con el número del talón o cheque. Este medio se usará para inversiones en cartera, compra de inmuebles, cuando el precio sea de presente, pues el art. 1.170 del C. c. no desvirtúa el precio de presente por la suspensión de la acción derivada de la obligación de pago u obligación primitiva.

El pago de las inversiones directas o de cartera y el pago del precio de bienes inmuebles se harán también disponiendo previamente con cargo a la cuenta extranjera y se acreditará con una certificación bancaria, donde constará el inversor, clase de cuenta, si ha sido por transferencia o entrega de divisas convertibles, especificando su clase y cambio aplicado, o sea, la cantidad de pesetas y el concepto, compra de valores, precio confesado del inmueble reseñado.

Al reseñarse el objeto de la inversión, se individualiza el pago y evitan fraudes.

En las inversiones en cartera, puede acreditarse con el adeudo o cargo en la cuenta extranjera de pesetas.

D) PESETAS ORDINARIAS.

Su denominación es suficientemente expresiva, no son divisas traídas, sino dinero generado en España idéntico al de la generalidad de los españoles. No se controlan mediante cuentas corrientes y desempeñan idéntica función tanto si pertenecen a españoles residentes en España como a extranjeros también residentes o a establecimientos secundarios de personas físicas o jurídicas no residentes en España (80).

(80) Cuentas de pesetas ordinarias son también las de los turistas reguladas por la O. de 2-VI-60, núm. 14 de la circular 244 y la circular 283 de 14-VII-72. En esta circular se regulan también las cuentas en pesetas ordinarias para contratistas de obras. La O. de 1-III-1973, que aprueba el Reglamento del Servicio de Cuentas Postales de Ahorro (art. 9.º y Dis. final 3.ª), admite que personas no residentes puedan ser titulares de cuentas en pesetas ordinarias.

Las pesetas ordinarias afectan a los extranjeros residentes en España y a los establecimientos secundarios que las personas jurídicas extranjeras y las personas físicas no residentes tienen en España. Su estudio lo haremos separando los extranjeros residentes de los establecimientos secundarios de no residentes.

a) *Extranjeros residentes en España.*

El art. 2.º.2.2 del R. dice: «Las personas físicas, residentes en España, podrán utilizar con el mismo fin (realizar inversiones mediante la aportación o utilización de capitales interiores), sus fondos en pesetas ordinarias», que son las pesetas que ganan o reciben los extranjeros residentes y no necesitan autorización administrativa para emplearlas, cosa distinta de que la autorización sea necesaria para la inversión que pretenden hacer, v. g., para comprar una finca rústica de más de cuatro hectáreas de regadío, mas no necesitan autorización para adquirir una finca rústica de menor extensión, ni para pagar su precio (81). Los extranjeros residentes en España no pueden invertir en empresas o materias no liberalizadas sin autorización administrativa general o especial, autorización, repito, para invertir, no para pagar la inversión.

Sería incongruente que un extranjero no pueda tener más de un 40 por 100 en el capital de una sociedad naviera y, sin embargo, pueda ser dueño de una naviera cuya empresa no revista la forma de sociedad, en otras palabras, sería absurdo que la hija de Onasis, si viniese a residir a España, pueda ser empresaria individual de una poderosa naviera y no pueda ser empresario social, asociada con españoles y participando en un 41 por 100 del capital solamente.

Desde otro punto de vista tenemos esta gradación: Los extranjeros, residan o no, pueden ser empresarios individuales o sociales en empresas liberalizadas, pueden ser empresarios sociales hasta cierto porcentaje del capital en empresas parcialmente liberalizadas, no pueden ser empresarios individuales ni sociales en empresas sin liberalizar ni pueden ser empresarios individuales en empresas no liberalizadas totalmente, salvo autorización administrativa. Los establecimientos secundarios de no residentes no pueden ser empresarios de ninguna clase de empresa, aunque esté totalmente liberalizada, salvo autorización administrativa (82). La explicación desde este punto de vista afecta a la inversión, no al pago, que se hará normalmente con pesetas ordinarias, si de extranjeros residentes se trata o con aportación dineraria exterior, si se trata de extranjeros no residentes.

(81) La autorización administrativa la exige el artículo 2.º-2-1 a los no residentes en España, sean españoles o extranjeros, y con exclusión de los establecimientos secundarios radicados en España, para pagar la inversión con pesetas interiores, porque estas personas no ganan, no adquieren, normalmente, pesetas, sino divisas, monedas del país de su residencia.

(82) Precisamente pensando en la multinacional y en su control por el Estado español, se impuso la autorización en los artículos 13 de la L. y del R., para evitar los abusos de la implantación de una nueva industria en España por esas sociedades sin entrañas nacionales y que tantos trastornos causan en épocas de crisis, como estamos viendo y viviendo.

En pesetas ordinarias pueden pagar los extranjeros residentes las inversiones de cartera (arts. 2.2.2 y arts. 10 y 11 en relación con el 12 todos del R.) y también las inversiones directas (art. 2.2.2 del R.) con las limitaciones del porcentaje de capital extranjero, si la empresa que constituye el objeto social no está totalmente liberalizada; con pesetas ordinarias pueden comprar sus empresas, si están liberalizadas y pagar el precio de sus fincas rústicas o urbanas.

Por todo lo anterior, no entendemos el alcance de la autorización dada por la Res. de 20 de diciembre de 1974 «a las personas físicas extranjeras residentes en España para destinar fondos interiores en pesetas ordinarias para el ejercicio en nombre propio de cualquier actividad empresarial, de acuerdo con la normativa vigente.» Menos aún entendemos el preámbulo que no invoca el art. 2.º.2.2 del R., sino el 17, que se refiere a las inversiones mediante cuentas de participación y a las inversiones innominadas y atípicas, para las cuales es necesaria la autorización administrativa, después alude el preámbulo a la actividad empresarial, para terminar diciendo, que si la inversión para realizar una actividad empresarial de los extranjeros residentes «se efectúa a través de pesetas ordinarias, no se exige un especial conocimiento, caso por caso, por la Administración, por lo que con el fin de facilitarla, parece conveniente otorgar con carácter general la autorización referida» o sea, la de utilizar las pesetas ordinarias. Pero, ¿qué tiene que ver el pago de la inversión con la forma y clase de inversión? y ¿por qué se concede una autorización para que los extranjeros residentes dispongan de sus pesetas ordinarias?, ¿por qué, si el R. en su art. 2.2.2 no lo exige? y no la exige, porque no tendría otra razón para exigirla que pretender que los extranjeros residentes pagasen con aportación dineraria exterior de la que, normalmente, carecen.

b) *Establecimientos secundarios en España de personas residentes en el extranjero.*

Estos establecimientos ingresan, gastan o pagan y ahorran pesetas ordinarias, de ahí que en principio nada tengan que ver con las divisas, no obstante su establecimiento en España implica una serie de inversiones, que aparte de necesitar autorización administrativa, se pagan con divisas, previamente convertidas en pesetas o con equipo-capital, patentes, etc., procedentes del extranjero.

El art. 2.º.2.1 del R. refiriéndose a la utilización de capitales interiores por personas jurídicas extranjeras, admite que puedan utilizar los saldos de sus cuentas extranjeras en pesetas interiores, excluyendo expresamente a «sus establecimientos en España» (83) y los excluye, porque, como hemos visto, estos establecimientos secundarios disponen sólo de pesetas ordinarias normales, en las cuales venden sus productos, pagan a sus proveedores, obreros y empleados, etc.

(83) También hay que comprender los establecimientos en España de las personas físicas residentes en el extranjero, ya que hay la misma razón para la exclusión y así lo hace el artículo 35-2 del R. y la norma I-I de la Res. 20-I-1975.

Los establecimientos secundarios, una vez que estén autorizados y funcionen en España, dispondrán de pesetas ordinarias para los pagos y cobros propios de su actividad empresarial y para las inversiones que puedan hacer sin necesidad de autorización, como son, las inversiones de cartera (art. 14-2 del R.) pero no para inversiones directas, que no pueden hacer, ni la DGTE está facultada para autorizarlas (art. 14-2 del R.).

Cuando se trata de pesetas ordinarias, su control es superfluo, de ahí que no sea necesario canalizarlos en cuentas corrientes que acrediten el destino que tuvieron.

c) *Emigrantes.*

Ya hemos dicho que las cuentas de «Ahorro del Emigrante» se transforman en cuentas de Ahorro ordinario por el transcurso de un año, contando desde la repatriación del titular, o sea, que sus pesetas serán desde esa fecha, pesetas ordinarias.

VI. INVERSIONES EN EMPRESAS (84).

A) INVERSIONES EN EMPRESAS DE EMPRESARIO SOCIAL.

Estas inversiones plantean dos cuestiones, una, referente a sus clases, inversiones directas y de cartera, y otra, relativa a las modalidades de las inversiones directas.

a) *Inversiones directas y de cartera.*

Los países que mantienen esta distinción, dicen Pastor y Eguidazu (85), aplican la teoría del control para fijar los límites entre una y otra modalidad. Consideran inversión directa la que da al titular de la misma la posibilidad de controlar o ejercer influencia efectiva en la gestión social, en tanto que consideran inversión de cartera, la que únicamente persigue una rentabilidad del capital invertido, lo que suele ocurrir corrientemente en las inversiones realizadas en Bolsa. El D. 487 de 1 de marzo de 1973, que regula las inversiones españolas en el extranjero, considera inversiones directas, las que con carácter permanente se destinen a la creación o adquisición de empresas domiciliadas en el extranjero o a la participación que da al inversor influencia efectiva en la gestión de dichas empresas. Afirman que la nueva legislación de inversiones extranjeras en España únicamente formula esta distinción para dar nombre a los Cap. II y III de la L. y del R., mas su regulación concreta se fija en un criterio accesorio, como es que la inversión se

(84) PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.*, p. 654, afirman que la legislación nacida al amparo del D. legislativo 3.021 de 31-X-1974 prescinde del concepto de empresa. Nosotros creemos que no puede prescindir el legislador de esta realidad económica y social, y que para la aplicación de la legislación de inversiones es imprescindible el manejo del concepto de empresa.

(85) *Ob. cit.*, págs. 673 y ss.

haga adquiriendo títulos cotizados en Bolsa. Concluyen diciendo, que existen diferencias fundamentales en la regulación de ambas modalidades.

Nosotros creemos que el legislador acoge con toda su profundidad la diferencia entre inversiones directas y de cartera, aunque no amojone la frontera entre unas y otras inversiones con el concepto del control, que evidentemente es posible, probable y frecuente en las inversiones que califica de directas y es raro y difícil que se llegue al control por vía de adquisición de acciones en Bolsa.

El legislador se mueve por vía de presunciones (86), considerando inversiones directas aquellas en que hay tendencias controladoras en el inversor e inversiones de cartera las otras en que el inversor pretende una rentabilidad de dividendo o unos lucros de especulación.

Cuando se funda una sociedad, incluso la anónima, de un lado no pueden adquirirse las acciones en Bolsa, porque no se cotizan, y de otro, los fundadores redactan la escritura social en la que pueden plasmar un control orgánico (87); v. g., con el nombramiento de administradores. En esta redacción de estatutos inexcusablemente han de constituir los órganos decisorios de la sociedad, conociendo todos los resortes que darán el control de la misma, pues, normalmente, quienes fundan una sociedad, piensan en la dirección o gestión de la empresa, que constituye su objeto social.

Cuando se adquieren participaciones de socios colectivos de una sociedad personal, los arts. 143 y 148, párrafo 2.º de nuestro C. de c. exigen el consentimiento de todos los socios colectivos, o sea, la misma unanimidad que para extinguir por mutuo disenso la sociedad y constituir otra nueva (88), al menos respecto de los socios colectivos (89).

(86) Las presunciones surgen para superar la dificultad de configurar el supuesto de hecho presumido (en nuestro caso la pretensión de controlar la sociedad), el cual normalmente acompaña al hecho acreditado o demostrado, hecho básico (uno de los cuales es, en nuestro caso, la fundación de la sociedad). El legislador sustituye en el supuesto de hecho de la norma, el hecho presumido, de difícil concepto o configuración y por tanto impreciso, por su índice preciso, el hecho básico, el cual de esta forma se convierte en el hecho presumido. Estas presunciones legales, no llevan el problema al Derecho procesal, porque como ha puesto de relieve CARNELUTTI, "Las presunciones legales constituyen la última frontera del territorio procesal, y, precisamente, de la provincia de las pruebas, cabalgando sobre el confin entre aquel territorio y el del derecho material". (Véase mi trabajo: *Formalismo jurídico y documento notarial*, "R. D. N.", abril-junio de 1962, págs. 106 y s. y 122).

(87) Véase lo que decimos más atrás acerca del control orgánico.

(88) No es que se sustente la tesis que tuvo algún predicamento en la doctrina de que la transmisión de las participaciones sociales en las sociedades colectivas y comanditarias implicaba la extinción de la sociedad y la constitución de otra con el nuevo socio. (Véase sobre esta cuestión RIVOLTA, *La partecipazione sociale*. Milan, Giuffré 1965, págs. 330 y ss. especialmente), sino la relevancia que tiene el ingreso del nuevo socio y la influencia que, normalmente, ejercerá en la sociedad.

(89) Ciertamente que para la constitución de una sociedad comanditaria se exige también el consentimiento de todos los socios comanditarios, mientras que para la transmisión de la posición de un socio colectivo y

En los supuestos de ampliación de capital, con exclusión del derecho de suscripción preferente bien por ser incompatible con las aportaciones por ser estas «in natura», bien porque siendo compatibles exista un interés en la admisión de nuevos socios que imponga la renuncia al referido derecho por parte de los accionistas, en ambos casos el ingreso de nuevo socio irá precedido de unos tratos con la sociedad, que frecuentemente tenderán a la adquisición por el aportante de una posición influyente en la misma (90).

En los tres supuestos anteriores de fundación de la sociedad, transmisión de la cuota de un socio colectivo y aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente, el socio fundador o el nuevo socio tienden, normalmente, a ejercer un control sobre la sociedad y se da por tanto la nota que tipifica las inversiones directas. Estos supuestos están comprendidos en el art. 3-1 del R. al que se remite su art. 4-1.

Cuando un extranjero adquiere en Bolsa acciones cotizables, lo normal es que no piense en controlar la sociedad, estamos ante una inversión de cartera, conforme a los arts. 4-2 y 10 de la L. y del R.

Hay, sin embargo, una zona oscura entre las inversiones directas y de cartera, me refiero tanto a la adquisición de derechos de suscripción, como a la adquisición de participaciones de socios comanditarios, de socios de compañías de Responsabilidad Limitada e incluso de acciones con pacto escriturario restrictivo de la libre transmisibilidad de las mismas.

Los derechos de suscripción hay que equipararlos a las acciones. El art. 3-1-2 del R. debe ser interpretado en relación con los arts. 4-2 y 10-1 de la L. y del R. Los derechos de suscripción son «títulos admitidos a cotización oficial en Bolsa» (Art. 4-2) lo mismo que las acciones y si no hay disposición escrituraria que limite su transmisibilidad, su compra por un extranjero es una inversión de cartera y esto aún contra la letra de los arts. 10-1 de la L. y de R., que se refieren exclusivamente a las acciones como inversiones en cartera.

Nos apoyamos en la equiparación a estos efectos entre la acción y el derecho de suscripción, cuya equiparación es el principio jurídico que debe colmar la laguna causada por la antinomia de los arts. 4-2 y 10-1 ambos de la L. y del R. y además, en el art. 3.1.2 del R. que equipara, como nosotros, los derechos de suscripción a las acciones, según sean o no cotizables en Bolsa. Por tanto, la compra de derechos de suscripción es inversión de cartera, si lo es la de las acciones que de ellos nacen.

para la extinción suele bastar el acuerdo mayoritario de los comanditarios. (Véase el art. 139 del R. del Reg. Mercantil.)

(90) Sobre la exclusión del derecho de suscripción preferente véase MICCIO, *Il diritto di opzione nell'aumento di capitale delle società per azioni*. Jovene Napoles 1957, págs. 72 y ss.; NOBILI, *Contributo allo studio del diritto de opzione nella società per azione*. Milan, Giuffré 1958, págs. 185 y ss. y SÁNCHEZ ANDRÉS, *El derecho de suscripción preferente del accionista*. "Revista de Occidente". Madrid 1974, págs. 304 y ss., por citar las monografías. Para la renuncia al derecho de suscripción preferente véase NOBILI, *ob. cit.*, págs. 262 y ss. y SÁNCHEZ ANDRÉS, *ob. cit.*, págs. 218 y s.

La otra cuestión la plantean las participaciones sociales, cuya transmisión no es libre, bien porque conceden un derecho de prelación a los demás socios y a la sociedad, bien porque exigen el asentimiento de ésta para el ingreso del nuevo socio (91).

Si la cesión de la posición de socio exige el consentimiento unánime o mayoritario de los demás socios, los previos tratos entre estos y el cesionario, serán frecuentes, y estos tratos tendrán la finalidad de encajar al nuevo socio en la sociedad, ya que éste ingresará en ella para influir en las decisiones sociales.

El cesionario celebrará un contrato de venta con el cedente, pero se trata de un contrato efímero; sin embargo, tendrá gran importancia su posición en la sociedad, cedido en ese contrato, cuyo consentimiento se recaba, bien directamente, con la aprobación o asentimiento mayoritario al ingreso del nuevo socio, bien indirectamente, admitiendo su ingreso en la sociedad al no ejercitar ésta el tanteo o prelación, ni previamente los demás socios. Por esto, estas inversiones son directas.

En esta clase de inversiones hay que incluir las hechas en acciones sujetas a restricciones escriturarias (92) a su libre transmisibilidad, porque estas limitaciones se fundan en un cambio de la posición legal del cedido, que es abstencionista en la sociedad anónima y que en honor a la limitación, interviene en la cesión, bien asintiendo al nuevo socio, bien no ejercitando la prelación que excluiría su ingreso e impediría la alteración de la composición personal de los socios en la sociedad.

En defecto de cláusula escrituraria restrictiva en materia de sociedades anónimas, la cesión del contrato, o sea, la posición de socio, no exige el consentimiento del cedido, porque la persona del socio es indiferente a la estructura paradigmática de estas sociedades (93).

(91) Sobre estas cláusulas de prelación y asentimiento, véase BROSETA PONS, *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones*. Tecnos. Madrid 1963, págs. 121 y ss. y sobre todo DE FERRA, *La circolazione delle partecipazioni azionarie*. Giuffrè. Milán 1964, págs. 197 y ss.

(92) Estas limitaciones están cobijadas, no en los estatutos, no en el núm. 3.º del artículo 11 de la L.S.A., sino en la norma 5 del mismo artículo, porque estas restricciones afectan a una de las bases esenciales de las sociedades anónimas, a uno de los más importantes derechos individuales del accionista, cuya modificación le confiere un derecho de separación (art. 85 de la L.S.A.). Por eso son restricciones escriturarias, no estatutarias aunque así las llame sin razón el artículo 46 de la L.S.A. y la doctrina.

(93) Esta es la explicación que da DE FERRA, *ob. cit.*, págs. 31 y ss. y 73 y ss. quien se funda, tanto en la posición de cedido de la S. A. como en el carácter del título de la acción, que no es un puro título-valor, sino un título de legitimación impropio, donde afloran las excepciones de la relación causal y en el que a veces la dualidad contractual crédito-deuda es evidente, como en las acciones no desembolsadas totalmente y otras más discutibles, como en la incorporación a las acciones de prestaciones accesorias. En el mismo sentido que DE FERRA, parece colocarse BÉRGAMO, *ob. y vol. cit.*, especialmente págs. 615 y ss. En general, la doctrina patria, o no se plantea el problema, o lo enfoca como una cuestión de la circulación de los títulos-valores, sin preocuparse del carácter peculiar o no de los representativos de las acciones.

Ahora bien, la cláusula restrictiva a la libre transmisión de las acciones acerca violentamente las sociedades anónimas a las personalistas y, especialmente, a los socios comanditarios de las sociedades en comandita y a los de las sociedades de Responsabilidad Limitada, existiendo la misma razón en todos estos casos para considerar inversiones directas aquellas en que la sociedad cedida debe intervenir en la transmisión de la posición de socio, y ello aunque las acciones se cotizasen en Bolsa.

Aunque la letra de nuestra Ley de Inversiones Extranjeras contradice nuestra interpretación, ésta no se agota en las palabras, sino en su razón, en su espíritu, que es abiertamente favorable a nuestra tesis.

Si las obligaciones o bonos son convertibles en acciones y se cotizan en Bolsa, aunque el artículo 3.4.1 del R. las incluye en los supuestos del artículo 3.1, no decide esta inclusión reglamentaria, ni creo que lo pretende, el carácter de inversión directa, pues este carácter lo acuña el artículo 4 de la L., que excluye como inversiones directas los «títulos admitidos a cotización en Bolsa», que pueden ser tanto las acciones como las obligaciones o bonos convertibles.

Estando liberalizadas las mismas empresas y teniendo idénticos límites para las inversiones tanto directas (art. 5.º de la L.) como para las indirectas o de cartera (11.º de la L.) ¿Qué consecuencias tiene esta distinción?, varias y relevantes: los establecimientos secundarios no pueden hacer inversiones directas, ni la DGTE autorizarlas, porque se agravarían los peligros de las multinacionales, controlando por medio de ellas sociedades españolas y así lo entiende certeramente el artículo 14.2 del R. Las personas físicas residentes en el extranjero y las personas jurídicas extranjeras, pueden hacer inversiones de cartera con pesetas interiores, pues están autorizadas con carácter general por la Resolución de 23-I-75, N.º 1.ª, mientras que para las inversiones directas con pesetas interiores necesitan autorización especial (Art. 2.2.1. del R.). Otra de carácter práctico y menos trascendente es, que las inversiones directas hay que declararlas individualmente y dan lugar a un expediente bancario individual, debiendo hacerse la declaración en el modelo T.E.1 o en el T.E.2 si es de liquidación (núm. 6 y ss. de la Res. de 25-I-1975); mientras que las inversiones de cartera se comunican todos los lunes al RIE por la entidad bancaria en un expediente global (N.º 13-1) y también por los fedatarios, si bien éstos deben especificar los titulares de la inversión, entre otras cosas (N.º 14-1-c), y además no tiene el inversor obligación de declararlas individualmente (N.º 12 de la Res. últ. cit.), salvo si la adquisición supera el 15 por 100 del capital por sí sola, o unida a otras (N.º 14-3). Esto trasluce la diversa preocupación que producen unas y otras, hasta el punto, que sólo cuando se llega a porcentajes de posible control (el 25 por 100 del capital) puede la DGTE pedir a la entidad delegada «el desglose de los datos obrantes en el expediente global».

También son inversiones de cartera y que por no plantear problema de control no tienen límite cuantitativo ni porcentual, las «adquisiciones de fondos públicos, títulos privados de renta fija o participacio-

nes de fondos de inversión mobiliaria» (Arts. 10 de la L. y del R. y 11.2 del R.).

b) *Modalidades de las inversiones directas.*

Estas pueden ser dinerarias o «in natura» y ambas de origen extranjero o en pesetas interiores o en bienes nacionales.

1.—Aportaciones dinerarias. Si es exterior, no plantean cuestión específica y no es necesaria autorización administrativa, salvo si se pretenden rebasar los límites liberalizados y el aportante no es español.

Si la aportación dineraria es interior y en pesetas interiores, es necesaria la previa autorización administrativa. (Arts. 2.1-d de la L. y del R.).

Si la aportación dineraria es interior y en pesetas ordinarias, los establecimientos secundarios de personas físicas residentes en el extranjero o de personas jurídicas extranjeras, no pueden hacerlas como ya anticipé (art. 14.2 del R.), pero los extranjeros residentes pueden hacer inversiones directas, sin necesidad de autorización administrativa, como parece desprenderse del artículo 2.2.2. del R., aunque la cuestión no está muy clara (94).

2.—Aportaciones en especie o no dinerarias. Se la distingue en aportaciones de equipo-capital, tecnológicas o de alguna variedad de la llamada propiedad industrial y de asistencia técnica.

Equipo-capital. Se lo puede identificar con la maquinaria y el utillaje, Garcés Bruses (95) lo define: «bienes idóneos para integrar el activo inmovilizado de la empresa».

Aportaciones tecnológicas. En las que hay que incluir, de acuerdo con el Estatuto de la Propiedad Industrial aprobado por D. de 30-IV-1930, como hace Bérnago (96), las patentes, marcas, modelos y dibujos e incluso el nombre comercial.

Las aportaciones tecnológicas son bienes análogos a los que constituyen el objeto de los derechos reales, recibiendo su titularidad la denominación genérica de propiedad industrial.

Asistencia técnica. Aquí estamos en el campo obligacional, en el de las prestaciones o servicios. Sus notas, según Pastor y Eguidazu (97), son: ayuda prestada para la ejecución de un proceso de producción o distribución de bienes o de servicios, cuya ayuda se desarrolla de forma continuada.

En muchos casos es fácil confundirla con la transferencia de tecnología o transmisión de conocimientos técnicos patentados o secretos. Si están patentados estamos en el campo de la propiedad industrial, si

(94) Caso de prevalecer la tesis contraria, o sea, de que los extranjeros residentes necesitasen autorización administrativa para pagar sus inversiones directas con pesetas ordinarias, tendríamos otra importante razón para la distinción entre inversiones de cartera e inversiones directas.

(95) *Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*, Tecnos, S. A. Madrid 1962, pág. 79.

(96) *Ob. y vol. cit.*, págs. 495 y ss.

(97) *Ob. cit.*, págs. 565 y ss.

son secretos, la diferencia con la asistencia técnica reside en el secreto, que protege el conocimiento lo mismo que la patente. En la asistencia técnica hay predominantemente un servicio, en la tecnología un traspaso de utilidad o propiedad.

En la asistencia técnica hay consultas, desplazamientos de técnicos, preparación de planos y diseños, controles de fabricación, estudios de mercado y formación de personal.

La asistencia técnica ofrece grandes dificultades para constituir el objeto de una aportación social. Como socio industrial, caso de ser admisible, solucionaría la cuestión en las sociedades colectivas y comanditarias, quedando el problema en pie en las de R. L. y en las anónimas, particularmente en estas últimas.

Las prestaciones accesorias (98) no las consideramos una solución, ni aun en las S. de R. L., pues exigen la cualidad de socios con su pertinente aportación dineraria o en especie.

En nuestra opinión, la asistencia técnica tiene dos vías para introducirse: la de la empresa, mediante el pertinente contrato en el que se paguen, alzada o fraccionadamente, los servicios como se pagan los de los otros técnicos; y la del empresario, o sea, la sociedad, bien creando bonos análogos a los de fundador que remuneren durante un período determinado la asistencia prestada con un porcentaje de los beneficios del 10, del 20 o del 30 por 100, bien emitiendo las acciones fundacionales con prima equivalente al precio de la asistencia técnica y facultando al consejo para aumentar el capital y transformar estas reservas (las primas) en acciones a favor de los aportantes de la asistencia técnica, salvando así, y en este caso, el artículo 33 de la L. de S. A. relativo a la integridad del capital social y el derecho de suscripción preferente.

Ahora bien, lo mismo que las aportaciones dinerarias pueden ser interiores o exteriores, las aportaciones en especie también pueden ser de origen nacional o extranjero. La legislación de inversiones sólo contempla expresamente estas últimas, pero no por eso dejan de existir las aportaciones en especie de origen nacional y están aludidas en los artículos 2-d de la L. y del R. Las leyes son los radios del círculo del Derecho y los radios no agotan la superficie de su círculo, aunque unidos a los principios que los inspiran deben colmar su superficie sin dejar lagunas.

a'.—Aportaciones en especie de origen extranjero (arts. 2.b y c de la L. y del R.).

Si se trata de aportaciones de equipo-capital, patentes y licencias de fabricación extranjera (propiedad industrial de origen extranjero), o asistencia técnica, no es precisa licencia administrativa para su aportación; pero a diferencia de las aportaciones dinerarias exteriores, no contienen la medida de su valor, que es pecuniaria, y a efectos de la

(98) Véase VERDELLA TUELLS, *Aportaciones directas extranjeras a Sociedades Anónimas españolas*. "RDM", enero-marzo de 1966, págs. 57 y ss. y SOTILLO MARTÍN, *El contenido de las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*. "R. D. Mercantil", enero-junio de 1975, págs. 91 y ss.

transferencia al exterior de su capital y beneficios, y para evitar fraudes, se exige su valoración (99), que será la que se fije para el pago de los derechos arancelarios en las aportaciones de equipo-capital (artículo 2.1.2 del R.). Este último precepto, en su inciso final, exige la autorización de los organismos competentes para la importación del equipo-capital, autorización que la L. no sólo no exige, sino que excluye, al exigir autorización administrativa para aportaciones que no sean de equipo-capital, tecnológicas ni de asistencia técnica (arts. 2.b.c. y d. de la L.).

La razón de este control administrativo, al margen de la Ley, plantea el difícil problema de la necesidad de la autorización previa a la constitución de la sociedad y de la práctica administrativa de no conceder la licencia de importación sin la constitución de la sociedad, para lo cual se ha recurrido a los expedientes de aumentar el capital para asumir la aportación extranjera, bien mediante una delegación en el Consejo de Administración de la ejecución del acuerdo de aumento de capital o también constituyendo la sociedad bajo condición suspensiva (100), e incluso resolutoria (101). Este obstáculo no tiene fundamento jurídico y ha sido repuesto artificialmente por el R.

Las aportaciones tecnológicas y de asistencia técnica están especialmente reguladas por el D. 2.343 del 21 de septiembre de 1973 y por la O. de 5 de diciembre del mismo año.

La aportación de propiedad industrial de origen extranjero plantea los mismos problemas de valoración y autorización administrativa exigida por el R. (art. 2.1.3) al margen de la L., agravadas con el D. 2.343 de 1973 antes citado, que regula la aprobación de los contratos y su inscripción en el Registro de Industria del Ministerio de Industria (102).

La aportación de asistencia técnica de origen extranjero plantea además el problema de la atribución de la cualidad de socio al aportante, persona física o sociedad, y del que antes nos hemos ocupado.

b'.—Aportación en especies de origen nacional.

Del mismo modo que las pesetas interiores tienen un trato desfavorable en relación con las «convertibles», porque en atención a éstas y no a aquéllas, se permite la ingerencia extranjera en nuestra economía, las aportaciones en especie de origen extranjero tienen un trato preferente respecto a las de origen nacional. Creemos, aunque el legis-

(99) Esta valoración es especial en relación con la norma general contenida en el artículo 32 de la L. de S. A. y debe prevalecer sobre ella, pues esta legislación de inversiones extranjeras no ha sido derogada por aquella ley como acertadamente resalta LUCAS, *La contratación en España por personas naturales y jurídicas extranjeras*. Editorial "Rev. D. Priv.". Madrid 1969, pág. 207.

(100) Véase BÉRGAMO, *ob. cit.*, vol. cit., págs. 507 y ss.; CÁMARA, *ob. cit.*, vol. I, págs. 509 y ss.; LUCAS, *La contratación en España por personas naturales y jurídicas extranjeras*. "R. D. Priv.". Madrid 1969, páginas 207 y ss. PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.*, págs. 666 y ss.

(101) PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. y lug. últ. cits.*

(102) Véase PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.*, págs. 572 y ss., quienes estudian ampliamente el D. y O. citados en el texto.

Jador no se ha pronunciado explícitamente en este problema, que la inversión directa por un extranjero, residente o no, o por una persona jurídica extranjera, no debe ser favorecida, porque las inversiones directas tienden a controlar las sociedades y por ello exigen autorización administrativa expresa, la cual imponen con carácter general los artículos 2.º de la L. y del R.

La razón de la autorización reside en un peligro de control sin contrapartida de divisa.

Habrán casos en que el bien aportado haya sido adquirido con pesetas ordinarias por el extranjero residente y otros con aportación dineraria exterior por la persona física residente en el extranjero o por la sociedad extranjera, pero aun en este último caso entendemos que el peligro de la transferencia al exterior del dinero con que se adquirió el bien que se pretende aportar, no exonera de una autorización administrativa tendente a evitar un control extranjero inoportuno.

Repetimos que los establecimientos secundarios no pueden hacer inversiones directas en sociedades españolas.

c. Normas comunes a las inversiones directas y de cartera en el capital de las sociedades. Topes.

Las inversiones en sociedades afectan a las personas físicas extranjeras, residan o no en España, a las sociedades extranjeras y a las sociedades españolas con participación extranjera reguladas en los artículos 7.º de la L. y su R. La regla general es que los extranjeros pueden participar en el capital de las sociedades españolas, pero con el límite del 50 por 100 (arts. 5 de la L. y del R.). Por consiguiente, interesa reseñar las sociedades liberalizadas y las que tienen un límite diverso que fija su legislación específica y enumera en forma incompleta la Dis. Final 1.ª de la L. y la Dis. final 1.ª del R.

Vamos a enumerar las sociedades que tienen un tope diverso del 50 por 100 de la participación en el capital de la sociedad extranjera, que es la regla general.

No pueden tener ninguna participación los extranjeros en las empresas siguientes: Industrias dedicadas a la Defensa Nacional (103), Información, o sea, empresas periodísticas y editoriales y agencias informativas (104), radiodifusión (105), producción cinematográfica (106), coproducciones cinematográficas (107), aprovechamientos de mercurio (108) y ciertos aprovechamientos de aguas públicas (109).

(103) L. de 24 de noviembre de 1939, artículo 5.º.

(104) L. de 18 de marzo de 1966. Esta ley en cuanto a las empresas periodísticas y agencias informativas afecta también a los españoles residentes en el extranjero, quienes sólo pueden adquirir un 20 por 100 del capital (art. 17) y en cuanto a las empresas editoriales las liberaliza hasta un 50 por 100, no sólo a favor de los españoles residentes en el extranjero, sino también de los extranjeros de lengua española y portuguesa (art. 50).

(105) L. de 16 de junio de 1934, DD. de 18 de diciembre de 1932, 23 de mayo de 1953, 9 de julio de 1954 y 24 de junio de 1965 y O. de 30 de marzo de 1947.

(106) L. de 27 de abril de 1946.

(107) OO. de 28 de abril de 1964 y 19 de agosto del mismo año.

Hay otras sociedades en las que los extranjeros pueden tener una participación en su capital inferior al 50 por 100 sin necesidad de autorización administrativa, tales son: Navieras, hasta un 40 por 100 (110); de servicios públicos, hasta un 25 por 100 (111); sociedades mineras, hasta un 49 por 100 (112); de transporte aéreo, hasta un 25 por 100 (113), y Bancos de nueva creación, hasta un 15 por 100 (114).

Por último, las sociedades totalmente liberalizadas constituyen una excepción a la regla general, que plantean algunas cuestiones. Son tales, las referidas en el artículo 5.º del D. 3.023, de 31 de octubre de 1974, o sea, aquellas empresas cuyo objeto social sea, única y exclusivamente, la fabricación en España de uno o varios de los bienes de equipo comprendidos en la Lista Apéndice del Arancel de Aduanas, salvo que expresamente se haya determinado lo contrario en el momento de su inclusión» (115).

También para nosotros lo son las participaciones de los Fondos de Inversión Mobiliaria, de acuerdo con el artículo II del R., ya que, correspondiendo la administración del patrimonio del Fondo a la Sociedad gestora (116), en la cual deberán ser españoles la mitad más uno de los administradores, no vemos peligro de control por los extranjeros de las sociedades en que invierta el Fondo, máxime si se tiene en cuenta la forma en que ha de distribuir sus inversiones; por otra parte, el artículo 23-4 de la O. de 1.º de diciembre de 1970 lo consagra explícitamente.

Cuestiones plantean, sin embargo, las empresas liberalizadas por el D. de 18 de abril de 1963 al ser derogado por el D. 2.495 de 11 de octubre de 1973, pues si bien en su Disp. transitoria admite el régimen anterior para las empresas que acrediten fehacientemente que la participación extranjera era del 100 por 100 o hayan elevado consulta a la OCYPE o a la Junta de de Inversiones Exteriores, antes

(108) Artículo 90 de la Ley de Minas, núm. 21 de 21 de julio de 1973.

(109) No pueden ser concedidos o transferidos a extranjeros los aprovechamientos de naturaleza hidroeléctrica y los de abastecimiento de poblaciones, cuando los suministrados tengan el carácter de servicio público, así como tampoco los destinados a actividades relacionadas con la defensa nacional (art. 2.º del D. 672 del 7 de marzo de 1966 que modificó el R. D. de 14 de marzo de 1921).

(110) D. de 10 de febrero de 1966.

(111) Artículo 29-I de la L. y 40-I de su R.

(112) Ley de Minas de 21 de julio de 1973, artículo 90.

(113) L. de 21 de julio de 1960, artículos 73 y 80. Sin embargo, en la Compañía Hispania Aviación, S. A., dedicada a la construcción de aviones de combate pueden los extranjeros tener una participación del 45 por 100 en virtud del artículo 2.º de la L. 43 de 4-V-1965.

(114) DD. de 13 de enero de 1972 y 29 de agosto de 1974.

(115) Dicha lista se regula en el D. 2.790 de 20 de septiembre de 1965.

(116) El capital de la Sociedad Gestora, creemos de acuerdo con LUCAS (*Inversiones citadas* nota 57, págs. 58 y s.), que sigue, lo mismo que las Sociedades de Inversión Mobiliaria, la regla general del límite del 50 por 100, que consagraba la O. de 5 de junio de 1965 en su artículo 2.º y que la vigente de 1 de diciembre de 1970 silencia.

del día 12 de octubre de 1973 (fecha fijada por la Comunicación de la DGTE, trasladada por Cir. de la D. G. de lo RR. y del N. de 3 de enero de 1974); pero como el D. últimamente citado ha sido derogado por la L. y su R., lo cual reconoce explícitamente el D. 1.497 de 19 de junio de 1975, se plantea de nuevo la cuestión, que creo que debe resolverse conforme la Dis. transitoria 1.^a de la L. y la 1.^a de su R., las cuales ordenan respetar «las situaciones individuales de inversión anteriores a la vigencia del R. constituidas al amparo de normas vigentes en cada caso..., siempre que no se hayan producido en fraude de la Ley», o sea, que las empresas reguladas en dicho D. de 18 de abril de 1963 tendrán el tope del 50 por 100 cuando en la fecha de 12 de octubre de 1973 los extranjeros tuviesen una participación igual o inferior a dicho 50 por 100, así como las que se constituyan con posterioridad a esa fecha, y estarán totalmente liberalizadas o tendrán un límite superior al 50 por 100 y variable, las que el día 12 de octubre de 1974 acreditasen haberlo rebasado, siempre que no haya habido fraude de Ley.

Las inversiones en las empresas sociales liberalizadas no requieren autorización administrativa para la adquisición de las participaciones o realización de la inversión, lo mismo ocurre respecto a las empresas de sociedades liberalizadas parcialmente, pero sólo hasta el límite máximo de la inversión permitida por la Ley. La inversión nada tiene que ver con la contraprestación con que se paga la adquisición de la participación en la sociedad titular de la empresa donde el extranjero invierte, como hemos dicho repetidas veces.

B) INVERSIONES EN EMPRESAS DE UN SOLO DUEÑO: ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

Es indiferente que se cree la empresa o se adquiera la ya creada o establecida.

Sin embargo, el tratamiento jurídico es distinto, según que el inversor sea un extranjero residente en España o un establecimiento secundario de una persona jurídica extranjera o de una persona física extranjera o española residente en el extranjero.

a) *Actividad empresarial de los no residentes.*

Los extranjeros o españoles residentes en el extranjero y las personas jurídicas extranjeras no pueden invertir en la creación de empresas en España aunque estén liberalizadas totalmente y menos, si solamente lo están parcialmente, así como tampoco en su funcionamiento y operaciones en España, consecuencia de la creación o establecimiento de la empresa, ni adquirir las que ya están establecidas o funcionando, sin autorización administrativa, porque se trata de actividad empresarial, contemplada en los artículos 13 de la L. y de su R., que exigen «siempre autorización administrativa», lo cual es lógico por el temor a las multi-

nacionales, que pueden tener un solo dueño. En efecto, para que una sociedad extranjera pueda tener una empresa en España, tiene que crear un establecimiento secundario, sea una sucursal, sea una delegación, sea otra forma de representación, la cual se contrapone al establecimiento principal o casa matriz, con lo que tenemos una multinacional, de difícil control por el Gobierno, como no sea a través de las condiciones impuestas en la autorización administrativa.

Lo mismo ocurre con los españoles o extranjeros que no residan en España, pues solamente puede ser empresario por medio de establecimientos secundarios al frente de los cuales estarán testaferros, no pudiendo controlar el Estado español la cabeza del negocio, al no residente en España, que puede tener un poder económico tan fuerte como una multinacional.

b) *Actividades empresariales de los extranjeros residentes.*

Los extranjeros residentes en España no necesitan autorización administrativa para ser titulares de empresas liberalizadas, pero sí para adquirir cualesquiera otras empresas que los extranjeros tengan limitada su participación social, o sea, que no estén totalmente liberalizadas y a las que nos referimos al estudiar la inversión en empresas sociales, donde me remito.

El problema más debatido lo plantea el ejercicio del comercio por los extranjeros residentes. Para nosotros la autorización administrativa es necesaria, pues ni las pesetas ordinarias que invertirán para adquirir o crear el establecimiento comercial, ni el ejercicio del comercio supone una actividad económica desconocida por los españoles o que se tenga interés en importar.

El ejercicio del comercio por los extranjeros residentes es una actividad empresarial y una inversión extranjera, que requiere autorización administrativa, conforme al último párrafo de los artículos 3 de la L. y del R. (117).

Nuestra opinión está confirmada legalmente, aunque sea con un parche urgente, por el artículo 5.º del D.-L. 6 de 27-XI-1974 que dice: «El gobierno regulará por D. los requisitos y autorizaciones necesarios para el ejercicio de la actividad comercial dentro del territorio nacional por personas físicas o jurídicas de nacionalidad extranjera».

El sentido de nuestra legislación es claro: las empresas cuyos productos tenemos que importar están liberalizadas, pues la dependencia del extranjero es más débil, si tenemos la empresa y su empresario en España, salvo cuando se trate de multinacionales o residentes en el extranjero, que exigen un control más riguroso, reflejado en la ineludible autorización administrativa.

(117) En contra GABARRO SAMSO, *Régimen especial de la adquisición de inmuebles*, conferencia pronunciada en diciembre de 1947 y publicada en el libro de "Inversiones Extranjeras" del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Barcelona, pág. 69, quien sostiene que el artículo 3.º del R. "no considera inversión extranjera la actividad empresarial en España de extranjeros residentes", pudiendo ejercer libremente el comercio.

C) INVERSIONES A TRAVES DE CUENTAS EN PARTICIPACION Y OTRAS FORMAS DE INVERSION EN EMPRESAS.

Estas inversiones afectan a las personas jurídicas extranjeras, a los extranjeros, residan o no en España, y a las sociedades españolas controladas por extranjeros, aunque no resulte esto último de la letra del artículo 1.3. de la L. y del R., más sí del artículo 7.5. del R., que no deja lugar a dudas. A los españoles residentes en el extranjero no les afecta, salvo si pretenden pagar su participación con cualquier aportación que no sea dineraria exterior. Respecto a las aportaciones en especie de origen extranjero ver lo que decimos al estudiar las aportaciones a sociedades.

a) *Cuentas en participación.*

Estas formas de inversión afectan tanto a empresas de un solo empresario como a empresas de una sociedad (118).

El substrato económico de las cuentas en participación presupone un empresario que para el desenvolvimiento de su empresa necesita de determinadas aportaciones de un tercero, partícipe, bajo la forma de nuevos medios financieros. El mutuo es uno de estos medios, pero en muchas ocasiones se prefiere que el interés no sea fijo, lo que podría alcanzarse con un mutuo parciario, si se admite esta figura, más a veces, la aportación que se pretende es específica, de cosas no fungibles, e incluso que no transmita la propiedad, sino el uso; y desde otro plano puede interesar que el partícipe asuma los riesgos de las pérdidas sobre el capital que aporta, en cuyos supuestos estamos ante un sistema de financiación que reviste la forma de contrato de cuentas en participación (119).

Nuestro C. de c. dedica solamente cinco artículos (239 a 243) a esta figura jurídica (120), siendo amplísima la libertad en este punto.

Esta amplia libertad puede ser utilizada por extranjeros y españoles para dominar empresas nacionales con fórmulas jurídicas que no lograrían plasmar en escrituras sociales. De ahí, que veamos muy atinados los artículos 15 de la L. y 17 del R. que desarrollan los artículos 3.2 de la L. y del R.

(118) Así lo admite explícitamente GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*. Milán, Giuffré 1959, págs. 257 y ss., pudiendo asociarse una sociedad a una persona física o viceversa y dos sociedades entre sí.

(119) Véase GHIDINI, *ob. cit.*, págs. 2 y ss.

(120) Sobre este contrato véase GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*. T. III, vol. 1.º Editorial Rev. de D. Mercantil. Madrid 1964, páginas 181 y ss. y la bibliografía allí citada.

b) *Otras formas de inversión en empresas.*

Descartadas las sociedades de hecho y las irregulares (121), por estar comprendidas en el supuesto de hecho de los artículos 3.1 de la L. y del R. como sociedades que son, quizá se puedan incluir inversiones en sociedades acompañadas de contratos parasociales, que tienden a controlar los órganos decisorios de la sociedad mediante sindicatos de accionistas, donde se determine el ejercicio del voto o sindicatos de bloque que prácticamente restrinjan la libre circulación de las acciones (122).

Sin embargo, al amparo de la libertad de contratación se podrán celebrar contratos innominados o atípicos (123), cuya función o fin práctico sea controlar una empresa con empresario individual o social.

Estos contratos habrá que examinarlos en cada caso concreto y conceder o denegar la autorización, según se estime o no beneficiosa para la economía nacional la inversión y perjudicial o no el control, si lo hubiera (124).

VII. LAS INVERSIONES EN INMUEBLES.

A) CLASIFICACIÓN DE LAS FINCAS.

Algún sobresalto me causó el último párrafo que Roca Sastre (125) dedica a la clasificación de las fincas en rústicas y urbanas: «No obstante hay fincas que se escapan a esta clasificación tales son las concesiones administrativas de ferrocarriles, etc., pero sí atendemos a la sentencia de 8 de mayo (es de marzo, así lo dice en la edición de 1948) de 1944, deben calificarse de fincas urbanas». Que una cantera, una escombrera, un canal, un ferrocarril, una mina, un salto de agua, deban considerarse fincas urbanas, es un encasillamiento que no acaba de acomodarse en mi cabeza.

El tipo básico de la finca por naturaleza lo define así Roca Sas-

(121) Véase GIRÓN TENA, *Las sociedades irregulares*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, octubre-diciembre de 1951, págs. 1291 y ss. y *Los conceptos y tipos de sociedades de los Códigos civil y de comercio y sus relaciones*, en el Centenario de la Ley del Notariado. Sección 3.^a, vol. 4.^o I. E. Reus. Madrid 1963, págs. 88 y ss.; RICCA, *Sui Cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*. Milán, Giuffrè 1965, págs. 98 y ss. y 156 y ss. DE LA OLIVA SANTOS, *La sociedad irregular mercantil en el proceso*. EUNSA. Pamplona 1971, págs. 21 y ss.

(122) Sobre estos sindicatos véase PEDROL, *La anónima actual y la sindicación de acciones*. Madrid. Editorial Rev. D. Priv. 1968.

(123) Sobre contratos atípicos e innominados véase GARRIGUES, *ob. últ. cit.*, págs. 99 y ss.

(124) No examinamos aquí, por no ser cuestión de formas de inversión, sino de licitud de las mismas, los supuestos de interposición de persona para suscribir acciones infringiendo la legislación de inversiones. Véase sobre esto DAGOT, *La simulation en Droit privé*. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. París 1967, págs. 76 y ss. y 117.

(125) *Derecho Hipotecario*. Barcelona. Bosch. 1968, t. II, págs. 417 y ss.

tre (126): «la porción de terreno cerrado por una línea poligonal», que pertenece a una sola persona en propiedad o a varios en copropiedad.

La línea poligonal cerrada delimita la superficie del terreno, los confines horizontales de la finca, pero no el espacio aéreo y el subsuelo, que son también inherentes a la parcela en cuanto el dueño tenga interés en uno u otro; pero el subsuelo, como dice Pugliatti (127): «no se considera cosa autónoma, objeto de derechos, y por ello no es bien autónomo el subsuelo, sino las obras y materiales arqueológicos, las minas o las canteras, los manantiales y otros».

La clasificación de las fincas en rústicas y urbanas apareció en el D. romano para tipificar las servidumbres, que eran urbanas las establecidas en utilidad de los edificios o predios urbanos y rústicas las impuestas en interés del cultivo de los fundos (128), pero esta polaridad ya planteaba la cuestión de su validez en el Derecho romano, lo que ha sido puesto de relieve por Grosso (129), quien expone dos posiciones, una que pretendía mantener exhaustiva la distinción e incluía entre las servidumbres rústicas todas las figuras que no entrasen en la categoría de las servidumbres urbanas y, otra, que sólo consideraba como servidumbres rústicas los cuatro tipos originarios y las demás, que no fuesen urbanas, las incluía en un tercer término de la clasificación. Esta clasificación de las servidumbres en rústicas y urbanas, a pesar de haber sido recogida por el Códice, no tiene hoy relieve y es condenada por la doctrina (130), pero interesa resaltar esta consideración de Biondi (131): «Hablamos también lacónicamente de servidumbres rústicas y urbanas para denotar la utilidad de la servidumbre, de la misma manera que mientras la Ley habla de «destinación industrial del fundo», más brevemente hablamos de servidumbres industriales. La diversa utilidad no da lugar a un carácter diverso ni a una disciplina distinta».

Cierto que la distinción de fincas en rústicas y urbanas no obedece hoy a la trasnochada clasificación de las servidumbres, ni a la proyección urbana del derecho de superficie en contraposición con la rústica de la enfiteusis (132), sino que debe su relevancia a los retratos de

(126) *Ob. y vol. cit.*, pág. 338.

(127) *Beni e cose in senso giuridico*. Milán, Giuffrè 1962, págs. 127 y ss.

(128) La cuestión tuvo gran relevancia en Roma y se estudia hoy ampliamente por los romanistas, como lo prueba la monografía dedicada a este estudio de FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*. Nápoles Jovene 1967, con 253 páginas y la atención que le prestan BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*. Milán, Giuffrè 1954, págs. 200 y ss. y también en *Le servitù*. Milán, Giuffrè 1967, págs. 206 y ss.; GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*. Giappichelli. Turín 1969, págs. 54 y ss. y 167 y ss.

(129) *Ob. cit.*, págs. 55 y ss.

(130) BIONDI, *ob. últ. cit.*, págs. 207 y s. y GROSSO, *ob. cit.*, páginas 172 y s.

(131) *Ob. últ. cit.*, pág. 208.

(132) Véanse JÖRS Y KUNKEL, *Derecho privado romano*, traducción de PRIETO CASTRO. Barcelona, Labor 1937, págs. 216 y ss.; PASTORI, *La superficie nel diritto romano*. Milán, Giuffrè 1962, págs. 39 y ss. especialmente.

colindantes y arrendaticios y al diverso tratamiento jurídico de los arrendamientos rústicos y urbanos e incluso de la inversión extranjera en inmuebles; pero la polarización, a efectos de esta última legislación de las fincas en rústicas y urbanas se rompe, más que con la actividad empresarial (artículos 19 de la L. y 23 del R.), con la adquisición para fines industriales de una finca; v. g., para una escombrera, una nave industrial, una pista de cemento para almacenar la producción o las materias primas, una piscina circundada por terrenos ajenos, etc. Estos inmuebles cuyo destino no es rústico ni urbano sino industrial, no son fincas rústicas ni urbanas y cuando se adquieren para una empresa, deben incluirse en la actividad empresarial autorizada para la creación y funcionamiento de la empresa. Así lo entiende la N.^a III-2-3 de la Res. de 20 de enero de 1975, lo que es muy interesante, porque no es necesaria autorización administrativa, si su valor no supera al capital (133) de la sucursal.

Por tanto, en materia de inversiones extranjeras la polaridad rústica o urbana, referida a las fincas, no tiene validez: hay predios que tienen un destino industrial y quedan absorbidos en la empresa.

En el estudio distinguiremos las inversiones en fincas rústicas, urbanas e industriales y un epígrafe común a todas ellas.

Las prohibiciones y limitaciones en las adquisiciones de inmuebles afectan, aunque en distinta medida, a los extranjeros residentes en España, a los españoles y extranjeros residentes en el extranjero, tengan o no establecimientos secundarios en España y a las personas jurídicas extranjeras con o sin establecimientos secundarios en España (artículos 16 a 18 y 21 de la L. y 19, 21, 22 y 25 de su R.) y también a las sociedades españolas con participación extranjera solamente tratándose de inmuebles sitios en las costas o fronteras (134).

En cuanto al objeto de la inversión, comprende las fincas rústicas y urbanas (artículos 16 de la L. y 19 del R.), pero el destino de la finca, puede ser también industrial y así lo ve la Res. de 20-I-75.

B) INVERSIONES EN FINCAS RUSTICAS

Estas inversiones afectan a los extranjeros residentes en España principalmente, pero también a las personas jurídicas españolas controladas por extranjeros, si bien sólo en cuanto a la Ley de Costas y Fronteras. Los españoles residentes fuera de España también están afectados, cuando la adquisición de fincas rústicas implique actividad

(133) Tratándose de sucursales de sociedades extranjeras de seguros, también pueden adquirirlas, si las destinan a reservas, norma II-3 de la Res. últ. cit en el texto.

(134) Los artículos 4.º y 19 de la L. 8 de 12 de marzo de 1975 sujetan a las personas jurídicas bajo control extranjero a la limitación de adquirir más de un 15 por 100 de superficie en cada zona (arts. 4.º y 16) y entiende por tales sociedades las que su capital pertenezca a extranjeros en más de un 50 por 100 o estén incursas en otros supuestos de hecho de los artículos 7.º de la L. y de su R.

empresarial. Las personas jurídicas extranjeras necesitan autorización administrativa para adquirir fincas rústicas. Los establecimientos secundarios tampoco pueden adquirir fincas rústicas, salvo si es para integrarlas con fines industriales en su empresa.

a) **Españoles residentes fuera de España.**—Pueden adquirir fincas rústicas incluso con pesetas interiores, si van a regresar y disfrutarlas ellos mismos.

Fuera de estos casos también pueden adquirirlas sin necesidad de autorización administrativa, cuando su adquisición no implique actividad empresarial o con ella cuando la constituya. Así resulta claramente del artículo 19 de la L. y 23.1 del R.

Ahora bien, ¿cuándo la inversión en fincas rústicas implica actividad empresarial? No tenemos ninguna orientación legal ni reglamentaria en este caso. Descartamos el criterio de la extensión de las fincas dictado para los extranjeros residentes y nos inclinamos por entender que la empresa agrícola o ganadera es la determinante de la actividad empresarial, decidiendo su existencia los obreros agrícolas, empleados en la empresa, la dirección técnica, los poderes estables a personas que la dirijan y las ventas. En estos casos tenemos una explotación revestida jurídicamente por un establecimiento secundario e incurso en el supuesto de hecho de los artículos 13 de la L. y del R. con los cuales, sin duda, hay que colmar la laguna de los artículos 19 de la L. y 23.1 del R.

b) Las personas jurídicas españolas controladas por extranjeros necesitan autorización del Ministerio Militar conforme al artículo 19 de la L. 8 de Costas y Fronteras de 12-III-1975.

c) Las personas jurídicas extranjeras necesitan siempre autorización administrativa, pues su adquisición se considera actividad empresarial (art. 23.1.2. del R.). Les afectan también las normas dictadas por razón de Defensa Nacional, que expongo en el epígrafe de los extranjeros residentes en España.

d) Personas físicas extranjeras residentes en el extranjero. Lo mismo que las personas jurídicas extranjeras la adquisición de fincas rústicas se la considera siempre actividad empresarial y necesitan autorización administrativa (art. 23.1.1. a del R.). Les afecta también las normas dictadas por razón de Defensa Nacional, que expongo a continuación.

e) Extranjeros residentes en España.

La legislación dictada por razones de Defensa Nacional prohíbe sin la pertinente autorización adquirir fincas sitas fuera de población, sus ensanches o zonas urbanizadas en los lugares del territorio nacional que en dicha legislación estratégica y de defensa nacional se fijan.

Esta legislación se concreta fundamentalmente en las siguientes disposiciones: L. de 23 de octubre de 1935, que prohíbe a los extranjeros adquirir más de un 25 por 100 de superficie de las islas españolas y exige autorización del Ministerio de la Guerra para adquirir obras, fincas o terrenos en las zonas que delimita, de Baleares, Estrecho de Gibraltar y Galicia, desarrollada esta L. por O. circular 25 de enero

de 1936 (135), D. de 28 de febrero de 1936, D. de 25 de abril de 1936 (135), D. de 8 de junio de 1956 y D. de 21 de marzo de 1958, complementada por la L. de 12 de mayo de 1960; respecto a la Zona Militar de Costas y Fronteras, L. 8 de 12 de marzo de 1975, R. D. de 17 de marzo de 1891, R. D. de 14 de diciembre de 1916, D. de 15 de febrero de 1933, D. de 1 de junio de 1933, D. de 5 de junio de 1934, D. 9 de marzo de 1936 y O. de 23 de marzo de 1900. Legislación reconocida como vigente, salvo la L. 8 de 12 de marzo de 1975, que es posterior, por los artículos 17 de la L. y de su R.

Para invertir en los inmuebles referidos en el párrafo anterior es necesaria autorización administrativa, del Ministerio del Ejército o del Ministerio militar (136) y el pago de la misma deberá hacerse con aportación dineraria exterior, como exigen explícitamente los artículos 16 de la L. y 19 de su R. En materia de turismo, hay normas especiales: La declaración de interés turístico nacional, de acuerdo con lo previsto en la Ley de 28 de diciembre de 1963, llevará aparejado el otorgamiento de las autorizaciones exigidas para superar los límites superficiales en materia de fincas rústicas o por motivos estratégicos o de defensa nacional (artículos 20 de la L. y 24 de su R.). El párrafo penúltimo del artículo 18 de la L. 8 del 12 de marzo de 1975 de Zona Militar de Costas y Fronteras sigue el mismo criterio para estas zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros. El D. 4.297 de 23 de diciembre de 1964 en su artículo 62-2 impone al adquirente o al notario autorizante de la escritura la carga de dar cuenta al Ministerio del Ejército o a la Presidencia del Gobierno, según corresponda, de las referidas autorizaciones implícitas que lleva consigo la declaración de centro o zona de interés turístico (136 bis).

En las inversiones en inmuebles en las que el derecho real pleno o limitado recaiga sobre finca rústica, la adquisición comprende todos los títulos adquisitivos por actos «inter vivos» (compraventa, permuta, donación, etc.) no los «mortis causa» (137). La inscripción es constitutiva para la adquisición de fincas rústicas (138). En las adquisiciones «pro indiviso» de fincas rústicas juega también el límite antes de la división, tomando el resultado de multiplicar la superficie por la fracción que representa la cuota (139).

El límite superficial de las fincas rústicas, que afecta solamente a las personas físicas extranjeras residentes en España, objeto de este epígrafe, es de cuatro hectáreas de regadío y veinte de secano (140).

(135) Reconocidas como vigentes por el D. 1.497 de 19 de junio de 1975.

(136) Así se expresan los artículos 16 y 17 de la citada L. 8 de 1975, dando entrada al Ministerio de Marina y también al del Aire.

(136 bis) Véase LUCAS FERNÁNDEZ, *Inversiones cit.*, págs. 258 y ss.

(137) Así resulta de los artículos 18 de la L. y 22 de su R. y de la Disposición adicional 4.^a.

(138) Artículo 1.^o de la L. de 12 de mayo de 1960, 21 de la L. de 12 de marzo de 1975 y 18-2 de la L. y 22-2 de su R. El artículo 4.^o del D.-L. de 22-III-1962 está modificado (D. de 19-VI-1975).

(139) Artículo 22-1-3 del R.

(140) Art. 22-1 del R. y 18 de la L.

La calificación de la finca se hará conforme a los datos del Registro de la Propiedad o de la Contribución Territorial Rústica, prevaleciendo los más recientes, debiendo aportar el vendedor los datos de ambos (141). En el caso de que las fincas fuesen unas de secano y otras de regadío o, tratándose de una sola finca, fuese una parte de secano y otra de regadío, se establece la equivalencia de cinco hectáreas de secano a una de regadío (142). La autorización para rebasar dichos límites corresponde al Consejo de Ministros (143).

C) FINCAS URBANAS.

a) *Españoles residentes en el extranjero.*

Plantean el mismo problema que la adquisición de fincas rústicas por los españoles residentes en el extranjero, o sea, el de la actividad empresarial. Este problema tiene el mismo fundamento jurídico legal: artículos 19 de la L. y 23 del R. en relación con los artículos 13 de la L. y del R.

Nosotros creemos que no es cuestión de número de viviendas adquiridas, ni de número de locales de negocio, sino de la existencia o no de empresa mercantil.

Habrà empresa mercantil, cuando el español sea promotor de viviendas o locales para venderlos o arrendarlos como profesión, a través de un establecimiento secundario en España, deducido de los poderes de quien lo represente aquí y del personal y capital que lo integre.

b) *Extranjeros residentes en España.*

No tienen limitaciones, como se desprende de la lectura de la L. y del R. y confirma la Res. de 25 de enero de 1975 en su N.^a 1-b, que les exime de la obligación de declarar la inversión en el RIE de las pesetas ordinarias que destinen a la adquisición de inmuebles.

c) *Personas jurídicas extranjeras.*

No pueden adquirir fincas urbanas sin autorización administrativa de la DGTE, ya que su adquisición la considera actividad empresarial el artículo 23-1-2 del R. y ello aunque adquiera la finca urbana para fines de recreo, claro es, de sus socios, asociados, beneficiarios, empleados o trabajadores, casos estos en que la adquisición no constituiría una actividad empresarial en España. En el supuesto de que adquiera la finca una sucursal u otro establecimiento secundario de una persona jurídica extranjera y para uso exclusivo de dicho establecimiento secundario, me remito a lo que digo al estudiar las fincas industriales.

(141) Art. 22-1-2 del R. Véase LUCAS, *ob. últ. cit.*, págs. 234 y ss.

(142) Art. 22-1-1 del R.

(143) Art. 25-8.º de la L. y 33-8.º de su R.

d) *Personas físicas extranjeras residentes en el extranjero.*

Caso de que tengan establecimientos secundarios en España, me remito a lo que diré al tratar de las fincas industriales.

La inversión extranjera en fincas urbanas la considera interesante el legislador y la estimula, pero excluye aquellas inversiones que constituyen actividad empresarial del extranjero no residente en España, para las cuales exige autorización administrativa general o especial; así y salvo que se trate de compra para fines industriales, excluye las actividades que puedan ser especulativas, compra de solares, pero autoriza con carácter general la compra para edificar, bien la propia casa o vivienda, bien un edificio agrupado con otros o las inversiones cuantitativamente importantes, que las considera actividades empresariales, aunque autoriza la compra de locales de negocio, como veremos.

La liberalización y las autorizaciones de carácter general en esta materia de fincas están dictadas para atraer divisas y por tanto el pago ha de hacerse con aportación dineraria exterior (artículos 16-1 de la L. y 19-1 del R. y N.^a 1-2-3 de la Res. de 30 del 7 del 75, con la única excepción de la adquisición de fincas urbanas para uso propio contenida en la N.^a II-1 y 2 de la Res. de 23-1-1975).

La Res. de 20 de diciembre de 1974 concedió una autorización general para la adquisición de solares, pero con poco acierto, dejando muchas cuestiones sin resolver (144), hasta el punto que fue derogada por la de 30 de julio de 1975, que estudiamos seguidamente, juntamente con la de 25 de enero del mismo año.

La adquisición de solares, considerados como inmuebles urbanos conforme a la «Ley del Suelo y Ordenación Urbana», por persona física extranjera no residente exige autorización administrativa, por considerarla actividad empresarial el artículo 23-I-I-b del R., más las normas I-1 y 2 de la Res. de 30 de julio de 1975 conceden una *autorización general* a estos extranjeros para adquirir solares o parcelas cuya superficie no supere los 5.000 metros cuadrados y se destinen a la construcción de vivienda unifamiliar, villa o chalet para uso propio del adquirente, es decir, para que el adquirente pase en ella temporadas en España o venga a vivir aquí permanentemente o lo hagan familiares íntimos suyos. El extranjero no residente puede adquirir el solar en virtud de esta autorización general, pero en la escritura deberá hacerse constar el destino, o sea, que lo adquiere para construir por administración o mediante contrato de obras o empresa la vivienda, villa o chalet para habitarla él, para uso propio, no para arrendarla ni para venderla, ya que la expresión uso propio está acuñada por la Legislación de Viviendas de Protección Oficial y tiene ese sentido (145).

Cuestión distinta es la regulada en el artículo 23-2 del R. de *no considerar actividad empresarial* la adquisición de villas, chalets y, en

(144) Véase LUCAS, *ob. últ. cit.*, págs. 240 y s. y especialmente AVELLO ESTRADA, *ob. cit.*, págs. 9 y ss.

(145) Véase mi libro *Sistema jurídico de las Viviendas de Protección Oficial*, E.U.N.S.A. Pamplona 1970, págs. 509 y ss. del vol II, especialmente.

general, la adquisición de viviendas de uso individual o familiar y ello tanto si adquiere el inmueble ya construido como si está en construcción. En este último caso siempre que no sea promotor y pague con aportación dineraria exterior, ya que son los dos requisitos exigidos por la N.^a 27-I de la Res. de 25 de enero de 1975, la cual excluye del concepto de actividad empresarial la adquisición de inmuebles en construcción por los extranjeros no residentes. La ampliación a los inmuebles en construcción hecha por la Res. últimamente citada se funda en que el promotor inicia la construcción y para ello tiene que ser dueño del solar, por esto si fuese promotor (146) el extranjero no residente en España habría adquirido el solar, lo que prohíbe el artículo 23.1.1-b del R. sin autorización administrativa.

También les *autoriza* con carácter general, para adquirir solares para la construcción de viviendas, como promotor agrupado a otros promotores españoles e incluso agrupados a otras personas físicas extranjeras no residentes, siempre que no resulte propietario de más de tres viviendas y su cuota en relación con el valor total del solar o del inmueble, es decir del solar edificado, no supere el cincuenta por ciento y en el caso de ser promotores más de un extranjero no residente y españoles, cada uno de los extranjeros puede ser propietario de tres pisos, pero la suma de las cuotas de los extranjeros no residentes, tanto en el solar como en el edificio, no pueden superar el cincuenta por ciento. La construcción del edificio pueden hacerla por administración o mediante el pertinente contrato de empresa o de obra con el contratista. Se trata de otra autorización para el supuesto de hecho del artículo 23-1-1-b del R. contenido en las normas 1-2 y 2 de la Res. citada de 30 de julio de 1975. La agrupación de promotores no es una comunidad, sino una sociedad de hecho, o mejor irregular, civil o mercantil, según la finalidad de la construcción (147). La titularidad del edificio ha de ser la de una copropiedad «pro diviso», no «pro indiviso», regulada en la L. de 21 de julio de 1960 (148).

Cuestión distinta de autorización, por no implicar actividad empresarial y no necesitarla, es la de adquisición por personas físicas extran-

(146) Promotor es el propietario de un solar sobre el cual construye un edificio por administración o mediante contrato de obras o empresa, aunando en su persona los recursos económicos para el pago de las edificaciones que destinará a vender, arrendar o habitar él con su familia. Para viviendas acogidas véase mi *ob. últ. cit.*, págs. 113 y ss. del vol. I y 155 y ss. del vol. II, primordialmente.

(147) Es una figura contemplada en el artículo 6-a del T. R. de Viviendas de protección Oficial y 22-a de su R. Sobre agrupación de promotores véase mi *ob. últ. cit.*, vol. II, págs. 175 y ss.

(148) La letra de la Ley, rechaza la copropiedad, pero ésta asoma vigorosamente en la cuota, con la exclusión de la "actio communi dividundo", en los estatutos, en los reglamentos, en la junta de propietarios, etc., que evidencian la copropiedad "pro diviso", lo dividido no es la propiedad, que está indivisa, sino el aprovechamiento, uso o disfrute de los pisos o locales. Esta mi tesis, necesita de una monografía y se opone a la tesis de la propiedad singular y exclusiva, que defiende la mayor parte de la doctrina, sin advertir que la letra de la Ley no puede destruir la realidad que encauza.

geras no residentes de una, dos o tres viviendas en un mismo inmueble, pues la adquisición de más de tres viviendas constituye para estas personas actividad empresarial, conforme al artículo 23-1-1-c del R. La adquisición puede realizarse en el inmueble ya construido o también en construcción siempre que el extranjero adquirente no sea promotor, ya que la N.^a 27 de la Res. de 25 de enero de 1975 no considera tal supuesto como actividad empresarial por las razones que dimos al estudiar la adquisición de la villa, chalé o vivienda de uso individual o familiar.

En los casos en que las viviendas referidas en el párrafo anterior y que la persona física extranjera puede adquirir sin necesidad de autorización administrativa por no constituir actividad empresarial, puede hacerlo no sólo con su anejo, el de cada vivienda, sea un garaje en el sótano o en la primera planta, sea un trastero en el sótano o en la buhardilla y también la plaza de garaje, que tenga cuota, que figure como local de negocio o comercial y no como anejo, pues si está en el mismo edificio que la vivienda tiene más de anejo que de local independiente, esté tabicado o solamente separado por una raya pintada en el suelo, pues no se hizo anejo para facilitar su venta al promotor y no porque su configuración repugne a la naturaleza del anejo. Esta plausible exclusión del anejo como actividad empresarial está contenida en la Res. de 25 de enero de 1975 citada, N.^a 27-2, que habla de anejos de viviendas y de plazas de garaje, aunque sean independientes, o sea, tanto anejo inseparable como local independiente.

En materia de adquisición de locales comerciales, la citada Res. de 30 de julio de 1975 en su N.^a 3 confiere una *autorización general* a favor de las personas físicas extranjeras residentes en el extranjero, condicionada a que su número no exceda de tres, la superficie no supere los doscientos metros cuadrados, sumándola en caso de ser dos o tres los locales y que no constituyan actividad empresarial propia del titular, no considerándose tal el alquiler. Para que el extranjero sea promotor del edificio donde se construyan los locales o para comprar éstos en construcción, se requiere autorización administrativa, según mi criterio, tanto si el local no se destina a comercio, como si se destina a industria, e incluso a almacén y esto aunque la Res. hable de locales comerciales y no de locales de negocio.

¿Pueden los extranjeros, personas físicas, residentes fuera de España adquirir tres viviendas en un inmueble y otras u otras dos o tres en otro?, aunque la Res. últimamente citada, lo mismo que el artículo 23-1-1-c, se refieren únicamente a tres viviendas en el mismo inmueble, en el inmueble, y aunque no se impone límite de superficie, a diferencia de lo predicado para los locales comerciales, es claro que no, porque aún destinando las viviendas a alquiler, al aumentar sin tope el número, la actividad sería empresarial, que es precisamente lo que prohíbe el R., o sea, que pueda adquirirse sin autorización rebasando ese tope, ya que se masificaría o, al menos, podría masificarse la adquisición y alquiler de los pisos, lo cual constituye la nota de la empresa.

¿Pueden adquirir las viviendas en edificios distintos? Siempre que los pisos estén en régimen de copropiedad horizontal sí, porque el

límite de tres es negativo de la actividad empresarial, como acabamos de ver.

¿Pueden adquirir las tres viviendas para alquilar y la villa o chalé u otro piso para habitarlo, veraneando o invernando en éstos? Desde luego que sí, porque las tres viviendas constituyen límite negativo de la actividad empresarial y la destinada a habitarla como villa o vivienda de recreo para el extranjero o su familia es uso propio, es recreo y no es actividad empresarial, no pudiendo por tanto sumarse, de ahí que el R. 23-2 y la Res. últimamente citada N.ª I-I-b hablen de uso propio, lo que excluye la venta y el alquiler.

¿Son compatibles las tres viviendas para alquilarlas o venderlas, en su caso, con la villa o vivienda destinada a uso propio y con los tres locales de negocio? Indudablemente, son compatibles. El extranjero no residente, persona física, puede ser simultáneamente propietario de ellos. Me fundo en que la legislación de inversiones extranjeras no considera actividad empresarial ser propietario de tres pisos en régimen de propiedad horizontal y tener además otro, o una villa o chalé, para uso propio, por tanto, la única actividad empresarial, es la autorizada con carácter general, en materia de locales de comercio por la N.ª 3 de la Res. de 30-VII-1975, que no necesita otra autorización.

D) FINCAS CON DESTINO INDUSTRIAL.

La N.ª III-2 de la Res. de 20 de enero de 1975 dice: «Las sociedades extranjeras que tengan establecidas sucursales en España podrán adquirir, mediante pago en pesetas ordinarias, *inmuebles para uso exclusivo de las mismas*, sin que su importe pueda superar el capital asignado a las mismas». Esta norma nos plantea dudas. Que la autorización sea para utilizar pesetas ordinarias en la compra de inmuebles, nos parece algo superfluo, que sea para adquirir inmuebles para sus fines sin más tope en su importe, en su valor, que no supere el capital asignado a la sucursal, discutible, no sólo porque no emplea la palabra autorización, sino también porque en fincas rústicas se cambia la medida del límite, ahora es valor, no superficie y el mismo cambio se opera en las urbanas y, además, en las rústicas la autorización compete al Consejo de Ministros, no a la DGTE, a la cual compete la autorización para la creación de establecimientos secundarios en España de personas físicas no residentes o de personas jurídicas extranjeras. Claro que el inmueble con un destino industrial no es rústico ni urbano y que el hecho de estar afecto al uso exclusivo de la empresa, o sea, vinculado a la actividad empresarial, implica un importante control y dicta una medida distinta de la superficie y del número de locales o viviendas, cuya medida es inexcusable, pues la de superficie es incompatible con las necesidades de la empresa, que son industriales y no agrarias o ganaderas. La frase uso exclusivo de la empresa excluye la adquisición de terrenos para viviendas, centros de recreo y cualesquiera otros fines diversos de los que constituyen la actividad de la empresa y también excluye la adquisición de los pisos, locales, edificios o construcciones.

Ponderando todos los argumentos anteriores, pesan para mí éstos: La DGTE es competente para autorizar el establecimiento de empresas, cuyo dueño sea una persona jurídica extranjera o una persona física española o extranjera no residente en España; el límite, que su valor no supere el capital asignado a la sucursal, es un control (149) complementado por la limitación del destino del inmueble, o sea, su afectación a la actividad empresarial, que impide destinarlo a otros usos y desdibuja la naturaleza rústica o urbana del inmueble o inmuebles, al servir la finca a fines industriales; y, por último, la adquisición con pesetas ordinarias excluye problemas de divisas, por lo cual entendemos que la N.^a III-2 de la Res. últimamente citada, autoriza a las sucursales y a los demás establecimientos secundarios, para adquirir inmuebles destinados al uso exclusivo de las empresas que representan jurídicamente.

E) CUESTIONES COMUNES.

Son dos las que estudiamos, una relativa a las modalidades del precio, cuando consiste en aportación dineraria exterior y otra, la de la constancia en la escritura de no superar los límites liberalizados o comprendidos en una autorización general.

a) *El precio.*

Si se paga al contado o de presente, se acredita con el talón o cheque regulados en el apartado a) de la N.^a cuatro de la Res. de 25 de enero de 1975, si el precio es confesado o se pagó previamente, se acredita con la certificación bancaria referida en el apartado b) de la misma N.^a, mas si se aplaza, no puede acreditarse al hacerse la escritura y plantea una serie de problemas resueltos en la Res. de 30 de julio de 1975 en su N.^a 4.^a en estos términos: «No se necesita autorización administrativa, siempre que las cantidades aplazadas sean pagadas con aportación dineraria exterior, debiendo expresarse en la escritura y en la declaración ante el RIE las cantidades aplazadas y sus vencimientos y acreditarse el pago con la certificación bancaria referida en el citado número 4 de la Res. últimamente citada», mas este párrafo 2 del número 4 es muy oscuro, pues se refiere simultáneamente al precio aplazado total o parcialmente y al confesado o de presente, caso de aplazamiento parcial. Creemos que el sentido de este párrafo 2, es: si no se aplaza todo el precio, o sea, que hay una parte de él confesado o al contado, esta parte del precio se acredita como hemos expuesto para estas modalidades del precio; el pago o pagos de la parte aplazada o de la totalidad del precio, se acreditará al otorgarse la escritura de pago o carta de pago con el cheque o talón o la certificación bancaria establecida para los precios de presente o confesados, ya que el pago tendrá uno de esos caracteres al autorizarse por el notario la carta de pago. En el caso

(149) El capital de las sucursales de sociedades extranjeras debe constar en el Registro Mercantil, conforme al artículo 88 de su Reglamento y lo mismo se dispone respecto de las agencias o delegaciones en el artículo 97, párrafo último de dicho Reglamento.

de que el precio aplazado se incorpore a «letras de cambio, éstas deberán domiciliarse en una entidad bancaria delegada con cargo a una cuenta extranjera para pagos en España (Cuentas A) o cuenta extranjera en pesetas convertibles (Cuentas B)» (párrafo 3 del núm. 4 citado) (150).

Por último, el párrafo 4 del citado núm. 4 admite que las letras puedan descontarse y, cuando el precio no esté incorporado a letras de cambio, admite también la concesión de créditos en pesetas a cuenta de la parte pendiente del precio aplazado.

b) La constancia o reflejo en la escritura pública de no rebasar los límites de las inversiones o la autorización administrativa, en otro caso, debe hacerse de una de estas formas:

Cuando no es necesaria autorización administrativa, el adquirente deberá declarar en la escritura pública que su adquisición es la primera o que sumada a las fincas rústicas que tiene, no supera las superficies liberalizadas.

Tratándose de fincas urbanas, debe manifestar que no rebasa los topes fijados en cuanto a número y superficie, si de locales comerciales se trata, y que no lo destina a una actividad empresarial; que destinará la vivienda, chalé o villa a uso propio; que son las únicas viviendas que tiene en propiedad y no destinadas a uso propio, no superando la cifra unidas a las que tenía, si alguna había adquirido ya; etc.

En el caso de adquisición de inmuebles con un destino industrial y por establecimientos secundarios de sociedades extranjeras o personas físicas residentes en el extranjero, debe manifestar el representante del establecimiento, que lo adquiere para un fin industrial y que su valor no supera el capital asignado en España al establecimiento que representa.

En caso de superar los límites liberalizados, deberá presentar la autorización administrativa, la cual deberá ser reseñada por el notario en la escritura, testimoniarla en la misma o incorporarla, esto último, solamente cuando su objeto coincide con el de la escritura, no debiendo incorporarla, si es más amplia la autorización. Si no puede presentar la autorización, pero está en posesión de ella, lo manifestará así al notario y se hará constar en la escritura y en la declaración al RIE (N.^a 3-1 de la Res. de 25 de enero de 1975). Si estuviese pendiente de obtener la autorización, puede subordinarse la transmisión a *condición suspensiva* consistente en la obtención y presentación de la autorización, cuya obtención puede hacerse constar en la escritura por diligencia, si previamente se hubiese pedido al notario autorizante. El acto escriturado no es contrario a la Ley, sino conforme a ella, ya que la transmisión y correlativa adquisición no se operan hasta que se cumpla la condición; la dificultad reside en la devolución del precio, si la autorización no se obtiene.

(150) No veo armonía entre la domiciliación de las letras en la Cuenta B y la O. de 16 de marzo de 1975, porque las Cuentas A, y no las B, son las de pagos en España.

VIII. PRESTAMOS.

Limitaremos nuestra exposición a una mera alusión de los diversos casos que pueden plantearse (151).

A) Los concedidos por residentes en el extranjero a favor de residentes en España y en moneda extranjera o divisas, requerían autorización administrativa del IEME de acuerdo con el artículo 5.º apartados d), e) y o) del D. de 24 de noviembre de 1939, y hoy la requieren del Banco de España (art. 2.º del D. 1.791 de 26 de julio de 1973).

B) Los otorgados por españoles a favor de sociedades españolas con participación extranjera, se rigen por los artículos 8.º de la L. y del R. desarrollados por la O. 5-III-1975.

C) Los establecimientos secundarios de personas físicas residentes en el extranjero o de personas jurídicas extranjeras, pueden, con autorización administrativa, tomar dinero a préstamo en pesetas ordinarias (art. 14 de la L., 15 de su R. y N.ª III-1 de la Res. de 20 de enero de 1975).

D) Los extranjeros residentes en España pueden concertar préstamos como prestatarios o prestamistas en pesetas ordinarias, sin necesidad de autorización administrativa (152).

E) Los concedidos a residentes en el extranjero sean españoles o extranjeros en divisas o en pesetas requieren autorización administrativa del Banco de España, como dijimos, si lo son en divisas, conforme al artículo 5.º d), e) y o) del D. de 24 de noviembre de 1939 en relación con el artículo 2.º del D. 1.791 de 26 de julio de 1973 y de la DGTE, si el préstamo es de pesetas, de acuerdo con los apartados i), j), m) y n) del artículo 5.º del D. de 24 de noviembre de 1939 en relación con el artículo 1.º del D. 1.791 de 1973. El apartado i) se refiere a la autorización de préstamos, los apartados j) y n) a la cesión de créditos y el m) a la venta de inmuebles e implícitamente a su hipoteca.

En el uso de las facultades que le confieren los apartados i), j), m) y n), que acabo de mencionar, la DGTE en el núm. 5 de la Res. de 30-VII-75, concedió una autorización general a «las personas físicas no residentes para 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», siempre que reúnan estas condiciones:

a) Sólo podrán autorizarse para adquirir inmuebles de nueva construcción o en primera transmisión, es decir, construidos por el prestatario o comprados por éste al promotor, siempre que éste sea un español residente en España.

(151) Para una exposición más amplia y desde otros puntos de vista, véase PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.*, págs. 473-523.

(152) Los concedidos a extranjeros para compra de buques, bienes de equipo de fabricación nacional o aportación tecnológica española se rigen por el D. 1.837 de 26 de junio de 1974, O. de 9 de julio de 1974 y Res. de 16 de julio de 1974. (Véase LUCAS, *ob. últ. cit.*, págs. 273 y ss.)

b) Las condiciones del préstamo no podrán ser más favorables que las que se apliquen con carácter general a créditos análogos concedidos a residentes.

c) La amortización habrá de hacerse con aportación dineraria exterior. El préstamo se constituye en pesetas ordinarias y se extingue en «divisas».

d) El préstamo deberá destinarse al pago del precio del inmueble que se hipoteca.

Subrogación. En caso de venta del inmueble a un no residente, se le concede una autorización general, para subrogarse en el crédito hipotecario, siempre que se cumplan los requisitos b), c), y d) antes referidos. Si el inmueble hipotecado se vende, la hipoteca seguirá gravándole, pero el vendedor responde además personalmente de la deuda, lo que en este caso es interesante, porque su pago ha de hacerse en divisas; mas en el caso de que el comprador sea extranjero, la DGTE no pone obstáculo alguno, para que el vendedor quede desligado de su responsabilidad, siempre que el acreedor hipotecario consienta la asunción de deuda por el comprador (párrafo último del núm. 5 de la Res. de 30-7-75).

La construcción y venta de viviendas en zonas turísticas gravadas con hipotecas se rige por las OO. de 14 de abril y 13 de mayo de 1964 y 9 de agosto de 1974.

F) Los préstamos a emigrantes se pueden solicitar del Banco o Caja de Ahorros transcurridos dos años desde la apertura de la cuenta, cuya cuantía será la que resulte de multiplicar por 30 los intereses acumulados en todo el período de apertura, sin que pueda exceder de 750.000 pesetas, si la cuenta estuvo abierta tres años o menos y 1.000.000, si sobrepasase ese período. El préstamo, que se concede en «pesetas interiores», ha de aplicarse a la adquisición, mejora o ampliación de la vivienda destinada a uso propio del titular de la cuenta; acceso a la pequeña propiedad comercial, industrial o agraria; adquisición de acciones, participaciones y obligaciones que reúnan ciertas condiciones y fondos públicos, de acuerdo con los artículos 7.º y 8.º del D. 3.259 de 29-X-1970. La entidad prestamista puede exigir las garantías que estime necesarias, incluso la hipotecaria (art. 5.º de la O. de 21-XII-1970).

IX. CONTRATOS DE EJECUCION DE OBRAS.

Son aquellos «cuyo objeto es la construcción y conservación de edificios, carreteras, puentes, puertos, etc., ejecutados por empresas especializadas, generalmente a precios alzados, previa adjudicación en concurso o subasta». También se suelen incluir, según Pastor y Eguidazu (153), la construcción de fábricas o plantas completas «llave en mano».

(153) *Ob. cit.*, pág. 599.

Aquí nos interesa solamente una breve noticia (154).

Estos contratos están liberalizados, conforme a la Res. del IEME de 5 de marzo de 1962, pero si el contratista reside en el extranjero, el residente en España «deberá notificarlo a este Instituto (hoy a la DGTE), enviando copia simple de los mismos a efectos de facilitar la ejecución en su día de las transferencias correspondientes». Mientras no se haga esta notificación no nace el derecho a transferir al extranjero las divisas, según la norma 23-6 de la circular del IEME 249 de 10 de agosto de 1968.

En materia de construcción de edificios, villas o chalés referidos en los apartados 1 y 2 del núm. 1 de la Res. de 30-VII-1975 el núm. 2 de esta Res. autoriza a las personas físicas extranjeras no residentes, para contratar la ejecución de las obras «siempre que el pago se efectúe mediante aportación dineraria exterior». Lo cual es importante para resolver esta cuestión en la escritura de declaración de obra nueva.

X. AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS

La autorización administrativa es la resolución emanada del Gobierno u órgano competente que legitima la inversión extranjera o la disposición dineraria para su pago.

Las inversiones liberalizadas son aquellas que los extranjeros, españoles residentes en el extranjero o sociedades españolas con participación extranjera pueden hacer sin límite cuantitativo.

La liberalización procede de una disposición legal; v. g., adquisición de fondos públicos o de una autorización del Gobierno, mediante Decreto, conforme al artículo 6.º de la L., v. g., D. 3.023 de 31-X-1974.

La norma es la liberalización parcial necesitando autorización administrativa para rebasar el límite. También puede estar liberalizada la inversión para unas personas y necesitada de autorización para otras.

La autorización puede ser general; v. g., las de las Res. de 20-XII-1974, 20-I-1975 y 30-VII-1975, o especial para cada caso.

Dos son los órganos a quienes incumbe conceder las autorizaciones, el Consejo de Ministros y la DGTE.

Conforme a los artículos 25 de la L. y 33 del R. «compete al Consejo de Ministros:

1. Autorizar las inversiones extranjeras cuando la participación extranjera exceda del 50 por 100 del capital de la sociedad española.

2. Autorizar las inversiones de sociedades españolas con participación extranjera en otras sociedades españolas, cuando dicha inversión supere el 50 por 100 del capital de las mismas, según el cómputo efectuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo séptimo.

3. Autorizar las inversiones extranjeras cualquiera que sea su porcentaje, cuando así lo disponga expresamente la legislación específica aplicable.

(154) Un estudio más completo puede verse en la *ob. cit.*, de PASTOR Y EGUIDAZU, págs. 599-607.

4. Autorizar con carácter general las inversiones extranjeras, por encima del límite del 50 por 100 en las sociedades que se dediquen a determinados tipos de actividad.

5. Autorizar, en su caso, la modificación del objeto social, el aumento de capital o incremento del porcentaje de participación extranjera, siempre que la inversión extranjera hubiera exigido autorización administrativa del propio Consejo de Ministros.

7. Autorizar las inversiones extranjeras cuando pretendan realizarse en empresas de prestación de servicios públicos, siempre que la inversión extranjera supere el 25 por 100 de capital de la empresa.

8. Autorizar la transmisión por actos inter vivos del dominio o la constitución o cesión de derechos reales, a favor de extranjeros, de inmuebles de naturaleza rústica sitos en el territorio nacional, cuya extensión sea superior a cuatro hectáreas de regadío o veinte de secano...».

Conforme al artículo 35 del R. que desarrolla el 26 de la L, «compete a la DGTE:

1. Autorizar la utilización para efectuar inversiones extranjeras de cualquier otro medio de pago, según lo prevenido en el apartado d), número 1, del artículo 2 del presente Reglamento, así como de los saldos de las cuentas extranjeras de pesetas interiores.

2. Autorizar las inversiones extranjeras destinadas a la creación, funcionamiento y operaciones en España de establecimientos o sucursales de sociedades extranjeras o actividades empresariales que realicen personas físicas no residentes.

3. Autorizar la apertura de créditos en pesetas a residentes en el extranjero o a residentes en España por cuenta o con garantía de residentes en el extranjero.

4. Autorizar las inversiones extranjeras que pretendan realizarse mediante la formalización de contratos de cuentas de participación o a través de formas no previstas en este Reglamento...

6. Autorizar la transmisión de la titularidad de alguna de las inversiones previstas en el artículo 3 de este Reglamento, cuando dicha titularidad haya sido adquirida conforme a lo previsto en la disposición adicional 4.^a...».

XI. DECLARACION DE LAS INVERSIONES.

Están obligados a declarar las inversiones extranjeras los titulares de las mismas, el fedatario que las documente y las entidades bancarias donde se domicilien los cobros y pagos exteriores derivados de la inversión y a través de los cuales se efectúen las correspondientes operaciones (arts. 22 de la L. y 28 de su R.).

Los efectos de la declaración son: Inscripción en el RIE (arts 22 de la L. y 28 de su R.) y derecho a transferir al exterior los capitales, beneficios, rentas o intereses (arts. 23 de la L. y 31 de su R.).

Así como la autorización se proyecta en empresas no liberalizadas o desde que se supera el límite liberalizado, en las que lo están parcial-

mente, la declaración afecta u obliga respecto de las inversiones liberalizadas, las que no lo están y las que no implican inversión, sino adquisición «mortis causa» de la titularidad de alguna de las inversiones previstas en los artículos 3.º de la L. y del R., todo, de acuerdo con los citados artículos 22 de la L. y 28 de su R. Disp. adicional 4.º de ambos textos legales y N.º 28 de la Res. de 25 de enero de 1975.

La declaración, según su clase, deberá hacerse en los modelos regulados en la Res. últimamente citada y a los que aludimos en la nota 17.

Así como hay adquisiciones que no implican inversión y, sin embargo, hay que declarar, como son las comprendidas en la Disp. adicional 4.ª últimamente citada, también hay inversiones que no hay que declarar, como son: las de fondos públicos, títulos privados de renta fija, que no sean convertibles en acciones, las certificaciones o participaciones de Fondo de Inversión Mobiliaria y las que efectuadas en pesetas ordinarias determine la DGTE (art. 28 del R. y N.º 1-1-a de la Res. de 25-I-1976).

La Res. de 20 de diciembre de 1974 y N.º 1-1-b de la Res. de 25 de enero de 1975, determinó, desarrollando el artículo 28 del R., que no estaban obligados a declarar los extranjeros residentes en España las pesetas ordinarias que destinen al ejercicio de actividad empresarial en nombre propio o a la adquisición de inmuebles. Sin embargo, creemos que tienen obligación de declarar los establecimientos secundarios en cuanto a los inmuebles que adquieran.

XII. TRANSFERENCIA AL EXTERIOR DE LOS BENEFICIOS DE LA INVERSIÓN O DEL PRODUCTO DE SU LIQUIDACION.

Distinguiremos los siguientes supuestos de transferencia al exterior de beneficios, rentas o intereses de la inversión y de su liquidación: inversiones directas en sociedades e inversiones de cartera; inversiones mediante contratos de cuentas en participación, u otros atípicos e innominados; inversiones en empresas por sociedades extranjeras o personas jurídicas no residentes; e inversiones en inmuebles. En todos estos casos tendremos que subdistinguir las transferencias de intereses, beneficios o rentas y las de capital y destacar aquellas que no se paguen con aportación dineraria exterior. Por último, destinaremos un subepígrafe para las inversiones de los emigrantes.

A) INVERSIONES DIRECTAS.

Certeramente, los artículos 9.º de la L. y del R. emplean la expresión capital exterior, para comprender tanto la aportación dineraria exterior, como la aportación «in natura» de origen extranjero.

Los beneficios y dividendos legalmente repartidos y el precio de venta de los derechos de suscripción, pueden transferirse al exterior sin limitación cuantitativa alguna (arts. 9 citados) y se transferirán en la

divisa que aportó el inversor, convirtiendo las pesetas que importen los beneficios, dividendos o derechos de suscripción. La Res. de 25-I-1975 no se ocupa de estas liquidaciones, siendo procedente que se ingresen en la cuenta B del inversor, acreditada la titularidad de las acciones o participaciones.

Los capitales invertidos estarán representados por acciones o participaciones, cuyo valor será igual a las pesetas en que se valoró su aportación dineraria exterior o al valor en pesetas que se dio a su aportación en especie de origen extranjero, como previene la N.^a 7-2 de la Res. últimamente citada. El precio de las acciones y de las participaciones, es el que puede el inversor transferir a su país, previa conversión de las pesetas de dicho precio en la moneda del Estado del inversor. Si el precio de venta de las acciones o participaciones es inferior a la cantidad en que se valoró la aportación, es el precio de venta lo que puede transferir al exterior, pues la diferencia con la valoración inicial de la aportación, será en muchos casos consecuencia de haberse «aguado» el valor de la acción a causa de las ampliaciones de capital, que el inversor pudo compensar transfiriendo el derecho de suscripción preferente. Si el precio traducido en divisas es superior a las que éste aportó, o sea, que hay plusvalías, éstas también son transferibles (artículos 9.º de la L. y del R.), pero si el inversor infringió las normas de inversiones, la Administración puede denegar el derecho de transferibilidad al exterior (arts. 9.º-2 de la L. y del R.) (155).

B) INVERSIONES DE CARTERA.

Estas inversiones solo pueden pagarse con aportación dineraria exterior o interior, son incompatibles con las aportaciones en especie y han de realizarse siempre en Bolsa.

a) *Inversiones efectuadas con aportación dineraria exterior.*

El derecho de transferibilidad al exterior de los intereses, dividendos y venta en Bolsa de los derechos de suscripción o títulos, sean acciones, obligaciones, fondos públicos o participaciones de fondos de inversión, se regula en el artículo 12 de la L. idéntico al 12 del R. y el inversor, tiene derecho a transferirlos íntegramente, salvo si los vendió por precio superior al de la cotización, en cuyo caso la Administración puede denegarle el derecho a transferir al exterior.

b) *Inversiones efectuadas con aportación dineraria interior.*

Hay que subdistinguir según se hagan con «pesetas interiores o con pesetas ordinarias.

(155) La liquidación se formalizará en el modelo T.E.2 (norma 5, 10 y 11 de la Res. de 25-I-1975). Las plusvalías procedentes de acciones no cotizables en Bolsa y de participaciones sociales, pueden plantear graves problemas, que transparentan en el artículo 12-2 de la L.

a') *Pesetas interiores.*

Amparándose en el artículo 35-1 del R. que dice, «Compete a la DGTE:

1. Autorizar la utilización para efectuar inversiones extranjeras... de los saldos de las cuentas extranjeras de pesetas interiores», se reconoció el derecho de transferencia al exterior de los intereses, dividendos y derechos de suscripción en idénticos términos que a la aportación dineraria exterior y también el de transferir el importe de la venta de los títulos, siempre que la inversión hubiera permanecido ininterrumpidamente en los mismos títulos durante tres o más años (N.^a I-2 de la Res. de 23-I-1975). Este estímulo bursátil, es para mí, de oscura legalidad, oscuridad que me produce la lectura de los artículos 16-2 de la L. y 19.2 y 26.2 del R.

La protección de las cotizaciones con pesetas interiores mediante su transferibilidad exterior, es una finalidad contraria a las tuteladas en la legislación de inversiones extranjeras en España.

b') *Pesetas ordinarias.*

El artículo 14.2 permite las inversiones de cartera a las sucursales de sociedades extranjeras, que yo creo extensible a todos los establecimientos secundarios, y no sólo de sociedades, sino también de personas físicas españolas o extranjeras no residentes, pero no son transferibles al exterior los intereses dividendos, ni el precio de venta de los derechos de suscripción ni el de los títulos, como se desprende del artículo 16 del R.

C) INVERSIONES EN EMPRESAS O ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

En esta materia rige el artículo 16 del R. desarrollado por la Res. de 20-I-1975.

Hay que distinguir las empresas que se crean, de las que están funcionando.

a) Las inversiones en aquéllas efectuadas con aportación de capitales exteriores, en dinero o en especie, gozan de la facultad de transferir al exterior su participación en los gastos generales de la casa matriz, así como los beneficios obtenidos, de acuerdo con lo establecido en la autorización administrativa (art. 16 del R.). La N.^a I-4-1 especifica que la DGTE, a la vista de los justificantes presentados por la sucursal y el condicionado de la autorización administrativa, decidirá no sólo sobre beneficios y gastos generales, sino también sobre otros conceptos financieros debidos a la casa matriz. La decisión puede ser autorizando la transferibilidad total o parcial o negando la transferibilidad y decidiendo su incorporación a las reservas.

b) En cuanto a los establecimientos secundarios que ya estén funcionando en España, la N.^a II-1-b parece seguir en esta materia idéntico criterio, aunque deberá tenerse en cuenta, respecto a las participaciones en gastos generales y otros conceptos financieros debidos a la casa matriz,

si su fundación se hizo o no con aportación de capital exterior, lo que en muchos casos se desconocerá o será de difícil evaluación por su antigüedad.

En materia de beneficios creemos que deben seguir el mismo trato, ya que éstos se obtendrán con pesetas ordinarias, si sus productos se venden en el mercado español.

D) CUENTAS EN PARTICIPACIÓN Y OTRAS INVERSIONES EN EMPRESAS DE EMPRESARIO SOCIAL O INDIVIDUAL.

Se regulan en el artículo 18 del R. que, por cierto, parte del supuesto de que las inversiones se hacen o harán siempre con aportación dineraria exterior, lo que no es exacto, pudiendo hacerse también en especie o «in natura».

Dicho artículo 18 declara que «gozarán de la facultad de transferir al exterior el importe de los capitales invertidos y, en su caso, de los beneficios obtenidos, dentro de los límites y en las condiciones que se hubiesen establecido en la autorización administrativa».

E) INVERSIONES EN INMUEBLES.

Las variedades de esta materia son: precio pagado con aportación dineraria exterior o con pesetas interiores; y transferencia del precio y de los alquileres o rentas (156) y plusvalías.

a) *Aquisición con aportación dineraria exterior.*

a') *Fincas urbanas.*

Los requisitos para la transferencia al exterior del *precio real*, están regulados en el núm. 6 de la Res. de 30 de julio de 1975, que desarrolla el artículo 26.1 del R. y son:

1. Que el precio se haya pagado con aportación dineraria exterior por el adquirente hoy vendedor.

2. Que este sea una persona física española o extranjera residentes en el extranjero.

3. Que el precio no sea consecuencia de una actividad especulativa, sino precio real, es decir, que es el precio en pesetas traducidas en las divisas del país del vendedor, sea superior o inferior a la cantidad que pagó para comprar la finca que ahora vende.

4. Que el comprador tenga la condición de residente en España. Si no tiene esta condición, para gozar del beneficio de la transferencia del precio real al exterior es necesario que el pago del precio se haga en España y pueda acreditarlo ante el fedatario público que

(156) Digo rentas, porque las fincas rústicas pueden ser adquiridas por españoles no residentes, incluidos los emigrantes y su adquisición no constituir actividad empresarial.

autorice la compraventa con alguno de los medios previstos en el número 4 de la Res. de 25-I-1975, o sea, con el cheque o transferencia bancaria contra una cuenta extranjera A o contra una cuenta extranjera de pesetas interiores, claro es que en este último caso no goza el nuevo comprador del derecho de transferencia al exterior, como se lee en la N.^a II-4 de la Res. de 23-I-75.

En el caso de no residentes con pago del precio en el extranjero, el adquirente tendrá derecho a transferir en su día el importe de la aportación dineraria exterior del primitivo adquirente, siempre que la misma figure en escritura pública y esté inscrita en el RIE. Esto es lógico, el vendedor no puede exigir la transferencia al exterior, porque cobró ya en divisas, que no salieron de España y como el vendedor las ingresó, éstas son las que conceden el derecho de transferencia al comprador de hoy en el extranjero y vendedor de mañana en España.

La prohibición de inscribir en el RIE de esta compra, está fundada en que no hubo aportación dineraria exterior, porque el pago se hizo en el extranjero.

Los alquileres o rentas de fincas urbanas son transferibles al exterior, si se han adquirido con aportación dineraria exterior, su precio está totalmente pagado y el adquirente, nada adeuda al Fisco por razón del inmueble adquirido (art. 27 del R. y N.^a 7-1 de la Res. últimamente citada).

b') *Fincas rústicas.*

En los supuestos que pueden adquirirse, o sea, cuando el comprador sea un español residente en el extranjero, creo que el derecho de transferencia al exterior tanto del precio real como de las ventas debe tener igual tratamiento que el expuesto para los precios y rentas de las fincas urbanas, aunque el R. es poco explícito; mas hay apoyo en él, al menos en cuanto al precio, ya que el artículo 26.1 habla de adquisición de inmuebles y no de fincas urbanas. El artículo 27, sin embargo, habla de alquileres, que más bien hacen referencia a las viviendas, pero creo que no hay razón para excluir de esta expresión defectuosa las rentas de los locales de negocio y la de las fincas rústicas.

La venta de estas fincas plantea el problema del precio, si en ellas se hicieron mejoras, consistentes en plantaciones, obras de riego, edificaciones, etc. Caso de haberse hecho con aportación dineraria exterior equivalente al aumento del precio, la transferencia no ofrece duda, pero en el caso de las plantaciones la cuestión puede ofrecer dificultades, que habrán de examinarse en cada caso.

b'') *Adquisición con pesetas interiores.*

Está prevista en el artículo 26.2 del R., que dispone: el «comprador tendrá el derecho de transferencia al exterior que se determine en la autorización» que podrá dictar el Ministerio de Comercio conforme a los artículos 16.2 de la L. y 19.2 del R.

La DGTE, y no el Ministerio de Comercio, dictó la N.^a II de

la Res. 23-I-1975 (157), negando el derecho de transferencia al exterior, tanto de los alquileres como de los precios de venta. Los alquileres de las fincas urbanas y las rentas de las fincas rústicas (158), no se devengan, porque el destino de las fincas rústicas y urbanas es uso propio, y, por tanto, no pueden arrendarse y no pudiendo arrendarse mal pueden transferirse unas rentas que no existen. En cuanto a los precios, tanto de las fincas urbanas como de las rústicas, se prohíbe la transferencia al exterior (N.^a II-4 de la Res. de 27-I-1975), lo que es lógico, ya que no hay razón para estimular estas inversiones que producen una pérdida de divisas.

F) EMIGRANTES.

A ellos se refiere el núm. 3.^o de la Res. de 20 de junio de 1975 en estos términos: «Los titulares de inversiones efectuadas con este medio de aportación, gozarán de todos los derechos de transferibilidad al exterior que el Reglamento de Inversiones Extranjeras otorga a las realizadas mediante aportaciones exteriores». En rigor, los emigrantes pueden transferir al exterior las inversiones hechas con pesetas interiores, v. g., en valores cotizables en Bolsa, aunque la Res. diga lo contrario en ese número y se contradiga en el mismo, pues al decir «con este medio de aportación», se refiere al regulado en el núm. 2.^o y comprende tanto la aportación dineraria exterior, como la de pesetas interiores. No van a tener los emigrantes un trato peyorativo con relación a los demás españoles residentes en el extranjero.

XIII. ACTOS CONTRARIOS A LA LEGISLACION DE INVERSIONES O EN FRAUDE DE ELLA.

Es una cuestión compleja. Su estudio exige un planteamiento general que nos limitaremos más bien a esbozar por exceder de la índole de este trabajo (159).

La duda no nos la ofrece la letra de las normas de la L. y del R., sino la potestad jurídica que pretende contener su dicción, es decir, si la nulidad decretada por esas normas está dentro de sus atribuciones o las rebasa.

Veámoslas: «De conformidad con lo establecido en los párrafos 3 y 4 del artículo 6 del título preliminar del C. c., serán nulos de pleno derecho los actos contrarios a esta Ley y los realizados en fraude de la misma. (Disp. final 2.^a de la L.). La Disp. final 2.^a del R. es igual,

(157) Confirmada por el núm. 7-2 de la Res. de 30 de julio de 1975.

(158) A las rentas de las fincas rústicas no alude la norma II de la Res. pero hay que equipararlas a los alquileres de las urbanas, ya que su destino sólo puede ser uso propio.

(159) Para otros puntos de vista véanse PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.*, págs. 63 y ss. respecto del Derecho español y los autores que allí cita y también CÁMARA, *ob. cit.*, vol. I, págs. 515 y ss.

salvo que habla de «actos contrarios a este Reglamento y los realizados en fraude *al mismo*».

La L., no es una Ley formal y material, sino un Texto Refundido, dictado al amparo del artículo 53 del T. R. de 15 de junio de 1972, el cual a su vez es refundido de la Ley 22 de 10 de mayo de 1972 y el T. R. del II Plan de Desarrollo Económico y Social, aprobado por el D. 902 de 9 de mayo de 1969 cuyo artículo 53 ordena al Gobierno refundir y complementar las disposiciones vigentes en materia de legislación de inversiones extranjeras, el cual fue dictado en cumplimiento del artículo 16 de la L. 1 de 11 de febrero de 1969, donde nace la autorización legislativa al Gobierno (160). Es indudable que los actos contrarios a una Ley de derecho necesario, imperativa o prohibitiva, si es a la vez Ley formal y material, son nulos, si así lo dispone la Ley, mas cuando el acto contraviene un Texto Refundido, aprobado por Decreto, o un Reglamento, que se aprueba por Decreto o por Orden, la nulidad no se presenta tan clara. La Ley como norma suprema, sí es infringida por un acto cuyo nacimiento pretende impedir, tiene la potestad de hacerlo, aún sin disponer explícitamente su nulidad. La Ley es emanación legítima del Poder legislativo, de la voluntad soberana, es el medio jurídico de expresión de la norma superior, y tiene el carisma de estigmatizar los actos que la contravengan si, siendo imperativa o prohibitiva, así lo dispone expresa o implícitamente.

El Decreto o la Orden emanan del Gobierno o de un Ministerio, y aparte su función organizativa, tienen como misión ejecutar las Leyes. Si se los infringe, no se produce la nulidad del acto, a menos que se demuestre que infringieron la Ley que ejecutan y que la infracción está sancionada con la nulidad, pero entonces la nulidad proviene de la violación de la Ley y no del Decreto u Orden que la ejecutan o reglamentan (161).

Por otra parte, el rigor legal de la sanción de nulidad no es inherente a toda Ley, como se leía en el artículo 4.º derogado del C. c. y

(160) Sobre la naturaleza y valor del Texto Refundido, véase GARCÍA ENTERRÍA, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. Tecnos. Madrid 1970, págs. 79 y ss. y expresamente 130 y ss. GALLEGU ANABITARTE, *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid 1971, págs. 69 y ss., y CERVATI, *La Delegada Legislativa*. Milán, Giuffré 1972 las 226 págs. de la obra.

(161) PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.*, pág. 68 en contra, invocando en su apoyo a DE CASTRO, pero este apoyo no es convincente, porque dan un salto en las citas. Es cierto que DE CASTRO, *Derecho Civil de España. Parte general*, vol. I-I. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1949, pág. 349, incluye dentro del concepto de Ley, refiriéndose al artículo 4.º del C. c. derogado, "las disposiciones dictadas por los órganos estatales en función reglamentaria, delegada o ejecutiva", mas al estudiar la nulidad del artículo 4.º no se refiere DE CASTRO a las disposiciones emanadas del ejecutivo (*ob. cit.*, pág. 536). Por otra parte, tanto la edición que estoy manejando como la de 1955 que utilizan PASTOR Y EGUIDAZU, son anteriores a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado del año 1957, Ley de Procedimiento Administrativo del año 1958 y Ley Orgánica del Estado del año 1967, que consagran de nuevo esta impronta de la Ley respecto de los actos y disposiciones que la contravienen.

se lee hoy en el núm. 3 de su artículo 6.º, que dice: «salvo que en ellas (en las normas) se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». Ahora bien, que el sentido de esta salvedad, sea excepción a la nulidad o regla paralela, es para nosotros indiferente, lo importante es distinguir la sanción.

Cuando el acto privado que infringe la Ley ataca a la persona en su estatuto, en su libertad civil o comercial o en sus derechos fundamentales, la Ley debe ser perfecta en atención al trascendente interés tutelado, en los demás casos, la sanción de nulidad no es inexcusable y el legislador puede evitar el radicalismo de la nulidad.

Dos ideas interesantes se desprenden de lo que antecede: La supremacía de la Ley y la relevancia de las libertades de contratación y de establecimiento y los derechos de propiedad, sucesión y asociación para constituir el contenido propio de Leyes, cuya contravención debe ser fulminada con la nulidad.

A) LA SUPREMACÍA DE LA LEY.

En nuestro ordenamiento la proclamación de la supremacía de la Ley está muy próxima a la jerarquía de las normas, no habiendo una separación tajante:

«Todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas...» (art. 17 del Fuero de los Españoles).

«La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las Leyes...» (art. 41 de la Ley Orgánica del Estado, en adelante L. O. E. y también 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en adelante L. R. J. A. E.). «Serán nulas las disposiciones administrativas que infrinjan lo dispuesto en el párrafo anterior» (art. 41 de L. O. E., 28 de L. R. J. A. E. y 47-2 de Ley de Procedimiento Administrativo, en adelante L. P. A.).

«Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior» (art. 23 de la L. R. J. A. E.).

«Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general...» (artículo 30 de la L. R. J. A. E.).

«No podrán los Jueces, Magistrados y Tribunales: 1.º Aplicar los Reglamentos... ni otras disposiciones de cualquier clase que sean, que estén en desacuerdo con las Leyes» (art. 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante, L. O. P. J.).

«Los Juzgados y Tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional, solamente estarán sometidos al ordenamiento jurídico, respetando, en todo caso, la jerarquía de las normas...» (base 1.ª-4 de la Ley de Bases Orgánica de la Justicia).

Nuestro C. c. en su art. 1.º-2 dice: «Carecerán de validez las disposiciones que contravengan otras de rango superior» y en el 6.º-3: «Los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, son

nulos de pleno derecho». Aplicable al amparo del art. 4.º-3 del mismo Cuerpo Legal: «Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras Leyes».

Del examen de estas normas diremos escuetamente, que no fue un acierto de la reforma del C. c., la sustitución de la palabra «Leyes» usada por el artículo 4.º derogado por la palabra «normas» (162) del artículo 6-3 nuevo. Sin embargo, no ha cambiado el sentido histórico jurídico de la cuestión y las normas referidas en el artículo 6.º-3 son las Leyes en sentido formal y material.

Que la jerarquía de las normas está abiertamente proclamada en los preceptos citados y colocada la Ley en la cúspide. El principio jerárquico es entraña misma del Estado de Derecho, con la consecuencia de subordinación y anulación de las de rango inferior desviadas; mas la jerarquía, no sitúa la nulidad de la norma de rango inferior en el mismo plano que la Ley la del acto jurídico que la contraviene. La jerarquía de las normas se proclama primordialmente en atención a la subordinación entre los órganos del Estado y la nulidad de los actos jurídicos que imponga la Ley se sancionó en atención a los derechos tutelados.

Por último, que del artículo 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y principalmente del artículo 6-3 del C. c., se desprende la consagración del principio de nulidad de los actos jurídicos que contravengan las Leyes que explícita o implícitamente impongan esta sanción.

El Texto Refundido es una norma jurídica con rango de Ley emanada del Gobierno en virtud de una autorización legislativa, en nuestro caso del artículo 16 de la Ley 1 de 11 de febrero de 1969; pero con limitaciones respecto a la Ley: no poder infringir las instrucciones de la Ley autorizante, ni otras Leyes de nuestro ordenamiento jurídico. Además por no ser una Ley en sentido puro, es dudoso que los actos privados que la infrinjan queden estigmatizados de nulidad, aunque lo decrete, porque puede traducir mal la Ley refundida, o porque el Gobierno puede crear la norma del Texto Refundido contraviniendo otra Ley del ordenamiento jurídico.

Por tanto, en materia de inversiones extranjeras la nulidad decretada por la Disp. final 2.ª del Texto Refundido habrá que fundarla en la Ley infringida y acogida en el Texto Refundido.

La nulidad en la Disp. final 2.ª del R. no puede tomarse en consideración, por emanar de un Decreto, que no tiene el poder carismático propio de las Leyes, de estigmatizar los actos jurídicos privados.

(162) "La norma es una regla de conducta obligatoria por exigencias de la vida social" según definición de DE BUEN. (*Introducción al estudio del Derecho Civil*, "Editorial Rev. Der. Priv.". Madrid, s. f. en rigor de 1932, pág. 261); en su concepto cabe la costumbre y su expresión es más académica que propia del Derecho positivo, salvo cuando trata de comprender en la norma, las Leyes, Decretos, Ordenes, de ahí la crítica.

B) CONTENIDO DE LAS LEYES QUE SANCIONAN CON LA NULIDAD SU CONTRAVENCIÓN.

Como dijimos, la trascendencia del interés tutelado exige a la propia Ley destruir el acto que ataca ese interés.

Voy a referirme únicamente a situaciones jurídicas relacionadas con mi estudio y siguiendo el orden sistemático del mismo.

a) *Libertad de contratación y divisas.*

La autonomía privada está explícitamente consagrada en el artículo 1.255 del C. c. en cuanto libertad civil y en el 51 del C. de c. en cuanto libertad comercial y, concretamente, el pago en divisas está admitido en el artículo 1.170 del C. c.: «El pago de las deudas en dinero deberá hacerse en la especie (de moneda) pactada...».

Esta libertad de pagar en divisas sufrió dos trascendentes restricciones legales: una, la legislación de Delitos Monetarios, cuya primera Ley fue promulgada el 17 de diciembre de 1932, que incluyó estas cuestiones en la materia delictiva de contrabando y defraudación, la cual fue sustituida por la Ley de 24 de noviembre de 1938 vigente, complementada por otras. Los números 3 y 8 del artículo 1.º tipifican como delitos monetarios la no cesión de divisas que tengan los españoles residentes en España y la obtención de créditos en divisas, con lo que el español residente que pacte el pago en divisas en cualquier contrato o acto o las reciba en préstamo está infringiendo la Ley e incurriendo en delito. El núm. 5 del mismo artículo obliga a la cesión dentro de los ocho días de las divisas adquiridas por cualquier título oneroso o lucrativo, de lo que se desprende la validez del contrato o acto en que un español residente reciba divisas de un no residente sea extranjero o español, si bien éstos deberán hacer el pago contra su cuenta A en la forma que vimos; mas si paga directamente en divisas no hay, en principio, delito monetario y el contrato es válido.

Otra, la imposición del curso forzoso por la Ley de 9 de noviembre de 1939, cuyo artículo 1.º dispuso: «los bienes del Banco emisor son, preceptivamente, medio legal de pago con pleno poder liberatorio». Pero esta restricción afecta de otro modo distinto a los contratos cuyo pago se pacte en divisas, pues si voluntariamente se ejecutan, no tiene por qué jugar la Ley citada y, si la parte obligada al pago de la divisa se niega a ello, puede liberarse pagando en pesetas, conforme al artículo 1.º citado (163). Para tratar estas cuestiones hay que distinguir,

(163) Estaremos ante un caso de nulidad parcial, que se resuelve con sustitución de una cláusula por el tipo legal previsto. Véase CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*. Milán, Giuffré, 1959, págs. 209 y ss. donde estudia esta solución en el Derecho italiano. En el Derecho francés las soluciones son casuísticas, en unos se suprime la cláusula, en otras se sustituye y en las últimas se reduce cuantitativamente, como puede verse en SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*. Paris Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1969, págs. 33 a 308 inclusive.

según hacemos en el párrafo anterior, es decir, hay que distinguir si hubo o no delito monetario y matizar, considerando la forma de pago.

Los actos o contratos en que alguna prestación sea de divisas y se haya pactado sin observar las disposiciones que hemos reseñado al estudiar las aportaciones dinerarias exteriores, producen estos efectos: 1.º Si constituyen delito monetario, el artículo 1.305 del C. c. dispone la nulidad del contrato y que además, «las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato (se les dé) la aplicación prevista en el Código penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta». Los artículos 48 y 602 del Código penal vigente decretan que sean decomisados los efectos que provengan del delito o falta y los instrumentos con que se hubieren ejecutado; mas creemos que en delitos monetarios hay que aplicar el párrafo 2.º del artículo 7.º de la Ley de Delitos Monetarios, que dice: «Siempre que sea posible y con independencia de las penalidades anteriormente prescritas, el Juez acordará el comiso de las cantidades o efectos que constituyan la materia del delito», pues se trata de una Ley especial y más benigna que el Código penal.

2.º Si el pacto sobre divisas no constituye delito ni falta, el contrato es válido y lícito, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de no haberse observado las normas administrativas relativas a las aportaciones dinerarias exteriores y su disposición bancaria.

b) *Derecho de asociación de los extranjeros.*

Los españoles tienen reconocido el derecho a asociarse en el artículo 16 del Fuero de los Españoles y si bien pudiera afirmarse que su regulación se hace pensando en las asociaciones públicas, ya que está colocado en el mismo párrafo que el derecho de reunión, no creemos que haya fundamento para distinguir entre una asociación económica, sociedad, o una asociación política o cultural. Nuestro C. c. en su artículo 35-2.º habla de «asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles, o industriales...», ya antes, el artículo 2.º-2 de la L. de Asociaciones de 30 de junio de 1887, excluyó de su ámbito a las sociedades civiles y comerciales, lo mismo que el D. 25 de enero de 1941 en su artículo 1.º-1 y que la L. 191 de 2 de diciembre de 1964, que regula hoy las asociaciones, cuyo artículo 2.º, párrafo 1.º excluye también de su ámbito a las sociedades constituidas con arreglo al Derecho civil o mercantil, todo lo cual demuestra que el derecho de asociación referido en el artículo 16 del Fuero de los Españoles comprende las asociaciones políticas, culturales, religiosas y económicas. Pero no se reconoce ni se reconoció en las Leyes constitucionales a los extranjeros el derecho de asociarse, de constituir sociedades o integrarse en ellas y esto es muy importante, porque en esto se funda la legislación de inversiones para prohibir o limitar a los extranjeros la participación en sociedades españolas. Ciertamente que el artículo 27 primitivo reconocía a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los españoles, pero el artículo 13 de la Constitución de 1876 decía: «Todo español tiene derecho... De asociarse para los fines de la vida humana», luego en

la época en que se promulgaron los Códigos civil y de comercio, era muy dudoso que el derecho de asociación fuese considerado un derecho civil.

El artículo 15 del C. de c. no contradice nuestra tesis, por no referirse al derecho de asociación, y el artículo 27 del C. c. que dice: «Los extranjeros gozarán en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las Leyes especiales», tampoco parece comprenderlo, porque el Fuero de los españoles en su artículo 16 lo reconoce solamente a los españoles y no como derecho político exclusivamente, sino como derecho unitario político, cultural y económico, de ahí que la legislación de inversión extranjera puede limitar el derecho de los extranjeros a asociarse en España, porque no tienen reconocido ese derecho en ninguna Ley ni fundamental ni ordinaria, ni en el Código civil ni en el Código de comercio.

Por tanto la infracción de los límites impuestos a los extranjeros en la participación del capital de sociedades españolas será causa de nulidad total si toda la inversión rebasa el límite, o de nulidad parcial por reducción cuantitativa (164), en cuanto al porcentaje en que la inversión rebasa el límite y siempre que la limitación o prohibición venga impuesta por una Ley; v. g., Ley de Minas. Es muy dudoso que el acto sea nulo, si la prohibición se hace por Decreto; v. g., sociedades navieras. El límite general del 50 por 100 procede de un D.-L., que sustituyó los artículos 5.º y 6.º de la Ley de 24 de noviembre de 1939 y si fuese nulo el D.-L., seguirá vigente una Ley más favorable cuantitativamente a la nulidad (164 bis).

En estos casos, cuando el extranjero adquiere acciones o participaciones superando el límite de participación extranjera en el capital de la sociedad, no hay delito ni falta y no juega el artículo 1.305 del C. c. (165). El tratamiento jurídico es el propio de la nulidad, caracterizada por la ausencia del vínculo, efecto esencial del contrato, que en este caso no pudo perfeccionarse por contravenir la Ley, deshaciéndose la apariencia con retroactividad y absolutividad, el aparente contrato desaparece «ex tunc» y «erga omnes» y no tiene posibilidad de confirmación.

c) *Establecimiento de extranjeros en España.*

Me refiero a los casos tanto de los extranjeros residentes en España como de las personas jurídicas o físicas no residentes, que creen o adquieran empresas industriales o comerciales en España.

El problema fundamental nos lo plantea el artículo 15 del C. de c. que dice: «Los extranjeros y las Compañías constituidas en el extran-

(164) SIMLER, *ob. cit.*, págs. 209 y ss. estudia los supuestos de nulidad parcial por reducción, aunque no contempla nuestro caso.

(164 bis) Sobre el valor en nuestro ordenamiento del D.-L., véase lo que decimos al estudiar el epígrafe de fincas rústicas sobre la infracción del D.-L. 11 de 22 de marzo de 1962.

(165) Tampoco puede jugar el 1.306 pensado para supuestos como el juego, la apuesta y otros análogos, cuyo tratamiento es incompatible con los efectos de la nulidad absoluta.

jero, podrán ejercer el comercio en España con sujeción... a las disposiciones de este Código en todo cuanto concierne a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español...» y nos lo plantea al determinar el alcance de la frase «disposiciones de este Código», el cual no regula la cuestión de la creación o adquisición de los establecimientos mercantiles de los extranjeros (166).

Por tanto, ante esta omisión y siendo impensable una laguna en nuestro Derecho positivo, porque el artículo 1-7 del Código civil prohíbe ese pensamiento, tenemos que colmar la omisión. Para ello debemos eliminar el obstáculo que causa la laguna, o sea, la referencia a las disposiciones del Código de Comercio, ya que este cuerpo legal no contiene la regulación del establecimiento de los extranjeros y sociedades extranjeras en España. La interpretación es el medio adecuado para eliminar una laguna causada por omisión o por antinomia, descartando, en nuestro caso, la interpretación gramatical. Tenemos pues que romper la letra de la frase, «a las disposiciones de este Código» para desvelar su espíritu. Este no puede ser otro que la remisión al ordenamiento jurídico, a las Leyes, ya que en otras Leyes y no en el Código de Comercio se regula la actividad empresarial de los extranjeros, sea comercial o industrial y de los establecimientos secundarios de las multinacionales.

Mas no es este el único argumento para demostrar que los extranjeros y las sociedades extranjeras no pueden establecerse libremente en España.

El artículo 27 del C. c. reformado en 1954, suprime la invocación al artículo 2.º de la Constitución de 30 de junio de 1876, que concedía a los extranjeros el derecho a establecerse libremente en territorio español y ejercer en él su industria o profesión. Esta supresión, obedece tanto al hecho de estar derogada la constitución como también al cambio de orientación en cuanto a las actividades económicas de los extranjeros.

El espíritu de la época, año 1954, era contrario a esa libertad de establecimiento de los extranjeros (167).

El nuevo artículo del C. c. sujeta los derechos civiles de los extranjeros a lo dispuesto en las Leyes especiales, entre las que estaba la de inversión. Este artículo deroga en este punto, al menos, al 15 del C. de c., que fue promulgado vigentè el artículo 2.º de la constitución española de 30 de junio de 1876.

(166) No puede entenderse por tal regulación el párrafo último del art. 21 del C. de c. ni la norma destinada a la inscripción de las sucursales contenida en el párrafo último de los arts. 70-6.º y 74-4.º respecto a los extranjeros comerciantes individuales y 88 y 97 en cuanto a las sucursales, agencias o delegaciones, ya que todos ellos regulan el problema de la inscripción registral, no el sustantivo de la creación o adquisición de la empresa en España.

(167) "Los extranjeros podrán establecerse libremente en territorio español y ejercer en él su industria o dedicarse a cualquier profesión..." (art. 2.º de la Constitución de 1876). Ya la constitución republicana de 9 de diciembre de 1931 consagró la libertad de establecimiento de industria o comercio a favor de los españoles, como se desprende del enunciado del Título III y del artículo 33, pero guardó silencio respecto a los extranjeros.

La declaración XII y en cierto modo la VIII del Fuero del Trabajo y el artículo 30 y también el 31 del Fuero de los Españoles, reconocen la «propiedad de la empresa», permítasenos la sintética expresión, a los españoles, no a los extranjeros, lo que es acorde con la negación del libre establecimiento que otorgó a los extranjeros el artículo 2.º de la Constitución de 1876.

Por tanto, los actos que contravengan el Texto Refundido de inversiones extranjeras en cuanto regulan la actividad empresarial de los extranjeros residentes en España y de los establecimientos secundarios de personas físicas extranjeras no residentes o de personas jurídicas extranjeras son nulos, porque infringen Leyes de nuestro ordenamiento jurídico, refundidas en la legislación de inversiones. Piénsese en los artículos 5.º y 6.º de la Ley de 24-XI-1939.

Ahora bien, tratándose de establecimientos secundarios de españoles residentes en el extranjero, el Texto Refundido no se apoya en Leyes de nuestro ordenamiento y los actos que contravengan la Legislación de Inversiones extranjeras no son, en mi opinión, nulos; al contrario, es muy discutible esa legalidad limitativa de la actividad empresarial en España de los españoles residentes en el extranjero.

d) *Inversiones en cuentas de participación y otras formas de inversión en empresas.*

Esta materia debe tener el mismo tratamiento predicado en el subepígrafe destinado a la inversión en sociedades, ya que estamos ante nuevas formas de ejercicio del derecho de asociación por los extranjeros.

e) *Inversión en inmuebles.*

El derecho de propiedad es un derecho civil, es un derecho privado.

El Fuero del Trabajo (declaración XII) y el Fuero de los Españoles (arts. 30 y 31) implícita o explícitamente reconocen a los españoles el derecho de propiedad.

No niega, ni negó el ordenamiento jurídico español, la capacidad a los extranjeros para ser propietarios de bienes españoles, pero no hizo ni hace una proclamación constitucional del derecho de propiedad a favor de extranjeros. El primitivo artículo 27 del C. c. reconocía a los extranjeros el derecho de propiedad, como derecho civil o privado que es, sin más limitación que lo dispuesto en los tratados internacionales. El artículo 27, después de la reforma de 1954, sigue reconociendo a los extranjeros el derecho de propiedad, como derecho civil, pero con las limitaciones que impongan las Leyes especiales y los Tratados.

a') *Fincas rústicas.*

Entre las Leyes especiales, están todas las que reseñamos al estudiar las inversiones en fincas rústicas. Estas Leyes están dictadas por razones de estrategia, de defensa y de la economía nacional. Los actos

que las contravienen tienen un tratamiento jurídico diverso y discutible, como brevemente voy a exponer.

Si en la venta del inmueble se infringiese el núm. 18 del artículo 1.º de la Ley de Delitos Monetarios, el acto será nulo conforme al artículo 1.305 del C. c., que ya estudiamos anteriormente; pero es de observar, que el delito no lo causa la venta sin la autorización del Ministerio Militar, sino solamente la contravención de la legislación de divisas, como vimos. El delito afecta a los españoles o extranjeros residentes en el extranjero, no a los extranjeros residentes en España ni a las personas jurídicas españolas controladas por extranjeros. Esto prueba que la omisión de la autorización del Ministerio no constituye delito.

1. Actos contrarios a la Ley de 23 de octubre de 1935.

Nada dispone la L. de 23 de octubre de 1935 respecto a la compra de fincas o constitución sobre ellas de derechos reales limitados infringiendo a la misma. Sin embargo, la Ley 13 de 12 de mayo de 1960 decreta su nulidad con una técnica deplorable.

El artículo 609 del C. c., que regula con carácter exhaustivo los modos de adquirir la propiedad y demás derechos reales, no puede modificarse oblicuamente, como hace el párrafo último del artículo 1.º de esta última Ley. La inscripción constitutiva contraría la teoría del título y el modo acogido en nuestro C. c. (168) y el C. c. es nuestro primer cuerpo legal, cuyos artículos no pueden modificarse oblicuamente y menos aún para tutelar intereses concretos que además tienen, como veremos, tutela radical en el mismo Código civil.

Los actos que infringen la L. del 23-X-1935 son nulos, porque explícitamente lo dispone el artículo 1.º de una Ley complementaria de la misma, la Ley 13 de 1960, la cual tendrá siempre al menos, valor de interpretación auténtica o legal y el sentido de la nulidad decretada por el artículo 1.º de esta Ley es, el de la sanción de nulidad, nulidad que nace de la infracción de la Ley de 1935 y no de la no inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad, porque ésta se adquiere por el contrato traslativo y la tradición conforme al artículo 609 del C. c., que no puede ser derogado, ni aún para estos casos, por una Ley que no tiene por misión regular los modos de adquirir la propiedad y que además, su objeto es restringir la capacidad jurídica de los extranjeros.

Las inconsecuencias a que da lugar esta deplorable técnica jurídica son evidentes.

Si un extranjero sin autorización ministerial e infringiendo la Ley de 1935 consigue inscribir su adquisición, según la Ley 13 de 1960 es dueño de la finca; mientras que, si el extranjero con autorización

(168) Véase ROCA SASTRE, *ob. cit.*, vol. II, págs. 63 y ss. y también GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*. Ministerio de Justicia. Sección de Publicaciones. Madrid 1948, t. I, páginas 297 y ss. donde se recogen los tres artículos que publicó en la "Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario".

La inscripción en materia de hipotecas es cuestión distinta, porque la hipoteca es un derecho real sin contacto posesorio y la tradición como realidad sería invisible en la hipoteca.

ministerial y sin contravenir la Ley de 1935 citada no inscribe, no es dueño, según el artículo 1.º de la Ley de 1960. Las soluciones como se lee, no pueden ser más desafortunadas. Si se acepta nuestra interpretación, las soluciones son inversas, en el primer caso no adquiere la propiedad el extranjero, porque falta el título, ya que es nulo por contrariar la Ley y en el segundo es dueño el extranjero.

Las restricciones impuestas a los extranjeros en materia de propiedad o mejor de derechos reales inmobiliarios, afectan a su capacidad jurídica y no pueden llevarse por la teoría de los modos de adquirir la propiedad y demás derechos reales, sino como hacemos nosotros por causas de nulidad por infracción de Ley que restringe la capacidad de los extranjeros en materia de adquisición de derechos.

Los actos que contravienen la Ley de 23 de octubre de 1935 son nulos.

2. Actos contrarios a la Ley 8 de 12 de marzo de 1975.

La técnica de esta Ley es también deplorable.

El párrafo 3.º del artículo 21 dispone la nulidad de los títulos adquisitivos del dominio o los derechos reales inmobiliarios sitos en zonas restringidas y a favor de extranjeros, que se otorguen a partir de la vigencia de esta Ley, si no inscriben en el Registro de la Propiedad en el plazo de dieciocho meses, plazo que el párrafo siguiente amplía a veinticuatro, si el título está pendiente de liquidación del Impuesto de Transmisiones o de otra formalidad.

¿Cuándo se adquiere el dominio? ¿Al inscribirse? ¿Con la compraventa y la tradición? Inventar técnicas legislativas para resolver casos concretos tiene estas consecuencias: Si el título adquisitivo se rige, como no es discutible, por el artículo 609 del C. c., al otorgarse la escritura de venta, en la que está embebida la tradición instrumental, adquiere la persona extranjera el dominio o derecho real inmobiliario. Si seguimos el artículo 21 de la Ley 8 del 75, al inscribirse se confirma definitivamente la adquisición y si no se inscribe, se extingue la titularidad real del extranjero, pero ¿cómo se extingue?, ¿por ministerio de la Ley?: o ¿por caducidad?, ¿por incumplimiento de la carga de la inscripción?, si la adquisición se operase por la inscripción mientras ésta no tenga lugar, el vendedor seguirá siendo dueño, sin fundamento alguno.

Como hemos dicho, el trascendente artículo 609 del C. c. no puede modificarse oblicuamente ni por la L. 13 de 1960 ni por la L. 8, de 1975, máxime, como ya dije, porque el artículo 609 regula los modos de adquirir la propiedad y las restricciones en materia de derechos reales inmobiliarios impuestas a los extranjeros es problema de restricción de la capacidad jurídica de éstos. Por otra parte, como expondré, el artículo 21 está en flagrante contradicción con el artículo 29.

En el caso de que la adquisición haya sido anterior al 4 de abril de 1975, fecha de entrada en vigor de la Ley cuyas infracciones estoy estudiando, la Disp. transitoria 1.ª, concede un plazo de dieciocho meses para la inscripción, contados desde la vigencia de la Ley, pero si no se inscriben, no extingue la propiedad o derecho real del extranjero

por ministerio de la Ley, sino que les impone una sanción tributaria, consistente en un incremento anual del 10 por 100 de la contribución territorial.

Nosotros creemos, que los actos que infringen esta Ley, no son nulos, y nos fundamos:

De un lado, en que el artículo 21 no puede modificar el artículo 609 del C. c. en cuanto a los modos de adquirir los derechos reales inmobiliarios, ni confiscar por ministerio de la Ley una propiedad adquirida por no haber cumplido el adquirente con la carga de inscripción. En este último caso, la propiedad se adquiriría conforme al artículo 609 y se extinguiría a los dieciocho meses, si no se inscribe en el Registro de la Propiedad, adquiriéndola el Estado, como bien inmueble vacante (art. 21 del D. 1.022 de 15 de abril de 1964, que aprueba el texto articulado de la Ley 89 de Bases del Patrimonio del Estado, de 24 de diciembre de 1962, cuya base III-2, párrafo primero hace la misma atribución al Estado de los inmuebles vacantes).

De otro, el artículo 29 presupone que la contravención de los artículos 18 y 19 no implica nulidad del acto, al decir: «Las infracciones de las disposiciones prohibitivas o limitativas... que vulneren lo dispuesto en los arts... 18 y 19, de la misma, podrán dar lugar al acuerdo... de expropiación,... sin perjuicio de ser sancionados pecuniariamente según su entidad o importancia objetivas y la intencionalidad de sus autores.»

Si la infracción se sanciona con la expropiación, es a causa de que el extranjero o la sociedad española controlada por extranjeros (equiparada a estos solos efectos a los extranjeros) han adquirido el dominio, porque la expropiación es privación del derecho de propiedad u otro derecho a su titular mediante indemnización y sería absurdo expropiar a quien no adquirió la propiedad. La nulidad proclamada en el artículo 21 es incompatible con la expropiación decretada en el artículo 29, pues si el extranjero no adquirió la propiedad, no puede ser privado de ella.

La Ley 8 de 12 de marzo de 1975, en cuanto a sus artículos 18 y 19, no es una «lex perfecta», porque no sanciona con nulidad la infracción de los mismos, sino «imperfecta», en cuanto a la sanción pecuniaria y «minus quam perfecta» respecto a la expropiación (169).

La forma jurídico legal debió ser la preconizada por nosotros, para la Ley de 23 de octubre de 1935, o sea, decretar la nulidad fundándose en la restricción de la capacidad jurídica de los extranjeros en materia de propiedad inmobiliaria, que expresamente autoriza el artículo 27 del C. c. para imponerla en una Ley especial.

3. Actos contrarios al artículo 18.2 de la Ley.

En este artículo se refunde el artículo 3.º del D.-L. 11 de 22 de marzo de 1962, respetando literalmente su párrafo 1.º, que proclama el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad, más alterando el párrafo último de dicho artículo 3.º, que decla-

(169) Sigo a DE CASTRO, en esta clasificación (*ob. y vol. cit.*, página 533). En otro sentido, define DE BEN (*ob. cit.*, pág. 275) las leyes "imperfecta" y "minus quam perfecta".

raba nulos «de pleno derecho» los actos y contratos que no se inscriban, al sustituirlo en el Texto Refundido por éste: «no tendrán eficacia alguna mientras no queden debidamente inscritos».

Esta cuestión nos plantea varios problemas (170).

1.º El precepto refundido no es una Ley, sino un Decreto-Ley emanado del Ejecutivo, por lo cual los actos que lo contraríen, no infringen una Ley formal.

La cuestión no tendría importancia, si el D.-L. tuviese el tratamiento propio de su carácter urgente y provisional, que tuvo en el artículo 13 de la Ley Constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942, que imponía la elevación del Decreto-Ley a Ley por las propias Cortes (171), y no plantearía problema, porque, aun en su momento de provisionalidad, habría que inclinarse a darle la eficacia de Ley formal. Sin embargo, la reforma introducida por la Ley de 9 de marzo de 1946, según la cual para mantener y perpetuar el D.-L. bastará dar cuenta a las Cortes, lo ha desvirtuado. Los retoques posteriores, el del artículo 10-3 del original Texto Refundido de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, aprobado por D. de 26 de julio de 1957, de cuyo rango para la modificación que introduce, dudan fundamentalmente Garrido Falla (172) y García de Enterría (173) y el retoque del artículo 13 de la Ley Orgánica del Estado, que a pesar de la audiencia de la Comisión de Cortes y de que ésta pueda llamar «la atención de la Comisión Permanente si advirtiera materia de contrafuero» no han de volver al Decreto-Ley su legítima naturaleza jurídica, pues la ingerencia del Ejecutivo en la función legislativa no se legitima por la inexistencia de contrafuero, ya que el D.-L. nace siempre de urgencias que se avienen con la provisionalidad y no con la perpetuidad de la Ley. Por todo esto es muy dudoso, para nosotros, que los actos contrarios a un Decreto-Ley puedan ser estigmatizados de nulidad.

(170) No olvidemos que el Decreto-Ley 11 del año 62 sustituyó y derogó al D. de 16 de febrero de 1932, cuya ilegalidad era evidente, pues el artículo 27 del C. c. reconocía a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los españoles sin excepcionar, como hace ahora, desde la Ley de 15 de julio de 1954, lo dispuesto en Leyes especiales. Creo que en aquella época por Ley podía prohibirse la materia del Decreto de 1932, no por Decreto, que era una ilegalidad manifiesta.

(171) La Constitución de 1876 silenciaba los Decretos-Leyes. La práctica del Decreto-Ley apareció en España al amparo del R. D. de 15 de septiembre de 1923 que facultó al Presidente del Directorio para proponer al Rey Decretos "que tendrán fuerza de Ley, interim en su día no sean modificados por Leyes aprobadas por las Cortes del Reino", con un sentido muy amplio de la provisionalidad. La provisionalidad, consecuencia evidente de la extralimitación de competencias, se resaltó en los artículos 62-2.º y 80 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931, pero con cierta ambigüedad, ya que su vigencia se limitaba al tiempo que las Cortes tardan en resolver o legislar sobre la materia.

(172) *Tratado de Derecho administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1970, vol. I, págs. 268 y ss.

(173) *Curso de Derecho administrativo*. T. I. "Civitas Revista de Occidente". Madrid 1974, págs. 96 y ss. También GARCÍA-TREVIJANO FOS en su *Tratado de Derecho Administrativo*. "Editorial Rev. Derecho. Priv.". Madrid 1968, págs. 260 y s. objeta que el D. L. es de difícil control.

2.º La inscripción constitutiva es un recurso del Decreto-Ley para impedir la adquisición de la propiedad por el extranjero residente, recurso de técnica lamentable, porque al extranjero se le puede restringir la capacidad jurídica para adquirir derechos reales inmobiliarios en España por medio de una Ley y si adquiere contrariando esa prohibición legal, su título es nulo, pero si se pretende modificar la teoría del título y el modo acogida en el artículo 609 de nuestro C. c. por vía oblicua y, además, por D.-L., creemos que la medida jurídica es inadecuada por no traducir la realidad consistente en la posibilidad de restringir la capacidad jurídica de los extranjeros en materia de derechos civiles, lo que por vía de Ley especial autoriza el artículo 27 del C. c., que es el artículo que reconoce los derechos civiles a los extranjeros, e inoperante por su rango legislativo, modificando oblicuamente nuestro primer Cuerpo legal por un Decreto-Ley.

Las consecuencias del tratamiento jurídico derivadas del D.-L. que criticamos, son anormales: un extranjero residente compra una finca rústica de cinco hectáreas de regadío con autorización administrativa, cuya escritura no inscribe. Esta adquisición, según el artículo 18 de la L., es ineficaz, o sea, que el extranjero no adquirió la propiedad de la finca. Por el contrario, un extranjero residente, dueño de una finca de tres hectáreas de regadío inscritas a su nombre, compra más tarde sin autorización otra finca de dos hectáreas de regadío que inscribe. Esta adquisición, según el artículo 18 citado, es eficaz, el extranjero adquiere la propiedad (174).

La solución, para nosotros, en los casos de contravención real del artículo 18 de la L. está en la expropiación forzosa del exceso.

b') *Fincas urbanas.*

La adquisición de fincas urbanas sin la autorización especial en los casos en que sea precisa, por no estar comprendida en los supuestos que no impliquen actividad empresarial o en una autorización general, no obstante lo dispuesto en la Dis. final 2.ª de la L., no es nula, en nuestra opinión, porque el Texto Refundido de Inversiones Extranjeras ha sido aprobado por Decreto y esta Disp. final 2.ª no es refundición de ninguna Ley. Sólo una Ley puede limitar los derechos civiles de los extranjeros, sean o no residentes, conforme dispone el artículo 27 del C. c. Este artículo reconoce a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los españoles, salvo que una Ley especial disponga otra cosa. Un Decreto no puede, por tanto, limitar a los extranjeros el derecho de propiedad.

Sí es necesaria una Ley para restringir la capacidad de los extranjeros no residentes, para modificar la capacidad de los españoles no residentes en materia de adquisición en propiedad de fincas urbanas, será preciso alterar las Leyes Fundamentales o Constitucionales.

(174) El fraude legislativo introducido por el Texto Refundido de Inversiones podría ser remedio para anular esta segunda adquisición, pero, como veremos, su aplicación está llena de dificultades, aun por su verdadera vía, la del artículo 6-3 del C. c.

Por último, lo que decimos en los dos párrafos anteriores, se entiende sin perjuicio de la nulidad del título adquisitivo causada por haber incurrido el español o extranjero en un delito monetario de divisas, que hemos estudiado en el apartado a) del epígrafe B) de este título.

c') *Las fincas industriales.*

Son las destinadas a integrar el activo inmovilizado de una empresa. Ahora bien, las adquiridas por establecimientos secundarios de personas físicas extranjeras para la actividad empresarial que desarrollen en España, si las incorporan a la empresa y no han obtenido autorización administrativa, cuando la necesiten; v. g., si su valor supera el capital asignado a la sucursal de que se trate, tampoco son nulas, porque el Texto Refundido no tiene antecedente de Ley en esta materia y la solución es la expropiación por utilidad social, para la cual daría base la multinacional con sus intereses con frecuencia divergentes de los de la economía nacional.

Si se trata de establecimientos secundarios de españoles no residentes, la validez de la adquisición es indiscutida y muy dudosa que una ley ordinaria pueda restringirles su capacidad, siendo difícil la fundamentación de la sanción administrativa, salvo la de expropiación forzosa en caso de utilidad pública o social.

C) EL FRAUDE DE LA LEY.

La Disp. final 2.^a de la L. declara la nulidad de los actos «realizados en fraude a la misma». Esta disposición no tiene valor jurídico alguno, porque las leyes refundidas no la contenían. Además, es plenamente superflua, porque sin ella los actos fraudulentos a leyes refundidas de inversión extranjera, que tengan carácter imperativo o prohibitivo y sancionen explícita o implícitamente con nulidad los actos que la contravienen, tienen la tutela de la nulidad por «fraus legis» al amparo del artículo 6-4 del C. c.

Para que el acto sea nulo por fraude de Ley es necesario que la Ley sea imperativa o prohibitiva, es decir que se eluda un deber o una prohibición y, además, que la sanción sea la nulidad. Si la Ley no es perfecta y no impone la nulidad de lo actuado contra ella, sino una multa u otra sanción, no creemos que pueda hablarse de fraude de la Ley respecto de los actos que las eludan, apoyándose en otras dictadas con otro fin, porque estas Leyes están rechazando ciertos medios o procedimientos y no los resultados. Las Leyes que condenan los resultados cualquiera que sea el medio empleado para alcanzarlos, son las que no pueden ser eludidas amparando el acto en otra Ley dictada con distinta finalidad (175).

(175) Este sentido parece ser el de DE CASTRO, *ob. cit.*, vol. cit., página 547. Sobre las teorías objetivas y subjetivas para explicar el fraude a la Ley, véase especialmente MORELLO, *Fraude alla legge*. Milán, Giuffré, 1969, págs. 19 y ss.

Por tanto, para que exista fraude de una norma por un acto jurídico, se requiere que éste no la vulnere abiertamente, que se apoye aparentemente en otra dictada para tutelar otro interés, que la Ley sea formal y material e imponga como sanción a su infracción la nulidad del acto.

La violación de Leyes de «*ius voluntarium*», la vulneración de Leyes de «*ius neessarium*», que no decreten la nulidad de los actos que las contraríen, y la infracción de costumbres- Decretos-Leyes, Decretos u Ordenes, no causa la nulidad del acto infractor ni puede alegarse fraude de Ley para estigmatizar el acto que las contraría.

El estudio que hemos hecho de las disposiciones contenidas en el Texto Refundido de Inversiones Extranjeras, para distinguir las que refundieron Leyes en sentido formal y material de las que incorporan Decretos-Leyes, Decretos u Ordenes, o creó el propio Texto, es aplicable a la valoración jurídica de los actos ejecutados en fraude de la Ley y que no reproducimos en este epígrafe para evitar repeticiones.

La legislación de inversiones extranjeras, que he estudiado, está bien concebida y merece elogio en general. Sin embargo, su prestidigitación en cuanto refunde como Ley lo que no es tal, y la sanción emblecadora que impone en la disposición final 2.^a de la L. (176), cuando algún acto la contraría, son inadmisibles, por ser dicha disposición final superflua, pues está vigente el artículo 6.^o 3 y 4 del C. c.; ilegal, pues contraviene el artículo 27 del C. c. usando el Decreto en vez de la Ley y, además, los principios cristalizados en nuestras Leyes Fundamentales de supremacía de la Ley y jerarquía de las normas; y también milagrera al decretar una nulidad que solamente pueden las Cortes legislar.

(176) Me refiero a la Disp. final 2.^a de la L. no del R., que no tiene base jurídica alguna ni aun en el caso de repetición literal de la Ley, porque es una tautología superflua.