

Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA Y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

REGISTRO MERCANTIL

1. **EXTRANJEROS.—INVERSIONES EXTRANJERAS.—NO SE REQUIERE LA AUTORIZACIÓN DEL CONSEJO DE MINISTROS, QUE PRECEPTÚA EL ARTÍCULO 5.º DEL DECRETO-LEY DE 27 DE JULIO DE 1959, PARA EL CASO DE QUE LA PARTICIPACIÓN EXTRANJERA EXCEDA DEL 50 POR 100 DEL CAPITAL DE LA EMPRESA, CUANDO ESTA PARTICIPACIÓN CORRESPONDE A EXTRANJERO RESIDENTE EN ESPAÑA Y LA INVERSIÓN SE HACE CON CAPITAL ÍNTEGRAMENTE ESPAÑOL. EN ESTE CASO, EL RÉGIMEN APLICABLE ES EL DE LIBERTAD ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.**

Resolución de 22 de julio de 1970 («B. O.» de 9 de septiembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura de 4 de diciembre de 1962, otorgada ante el Notario de Barcelona, don José Gramunt Subiela, se constituyó la Compañía mercantil "Nativa, S. A.", que fue inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona el 2 de junio de 1964, con un capital de 500.000 pesetas, representado por 200 acciones de 2.500 pesetas cada una, de las cuales 197 pertenecían a don Roger Cantaloup Bruno, de nacionalidad francesa, y residente desde hacía tiempo en Barcelona, donde ejercía el comercio; una acción pertenece a doña Simone Rossignol de Cantaloup, otra a doña Suzanne Camps de Rossignol y la acción restante a "Prenatal, S. A."; que en Junta general extraordinaria

celebrada el 2 de marzo de 1967, con asistencia de todos los socios de "Nativa, S. A.", se acordó aumentar el capital social en 500.000 pesetas, representadas por 200 nuevas acciones de 2.500 pesetas cada una, que se adjudicaron, previa renuncia de los otros accionistas al ejercicio del derecho de suscripción preferente, en su totalidad, al citado don Roger Cantaloup Bruno, por la aportación de un establecimiento mercantil de su propiedad, que venía funcionando legalmente bajo el nombre de "Galerías Maldá", en la calle del Pino, número 5, de Barcelona, modificándose, en consecuencia, el artículo 5 de los Estatutos sociales, referente al capital social, que se fijó en un millón de pesetas, representado por 400 acciones ordinarias al portador, de 2.500 pesetas cada una; que el 3 de marzo del mismo año se expidió certificación en que constan los anteriores acuerdos y la autorización al Presidente del Consejo de Administración, don Roger Cantaloup Bruno, para otorgar la correspondiente escritura, y que, en cumplimiento de lo dicho, el mismo 3 de marzo de 1969 se otorgó, ante el Notario de Barcelona, don José María Vilar y de Orovio, el procedente instrumento público.

Presentada en el Registro primera copia del mencionado documento fue calificada con nota que en la parte que interesa dice lo siguiente: "No practicada operación alguna respecto al aumento de capital, suscripción y desembolso de acciones y modificación del artículo 5 de los Estatutos sociales, por superar la participación extranjera en el capital de la Sociedad el 50 por 100 del mismo y no acreditarse la previa autorización del Consejo de Ministros, preceptuada por el artículo 5 del Decreto-ley de 27 de julio de 1959".

El Procurador don Ramón Barbany Pons, en representación de la Compañía mercantil "Nativa, S. A.", interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que cuando el señor Cantaloup Bruno era titular del establecimiento mercantil "Galerías Maldá", de la calle del Pino, número 5, de Barcelona, dada su calidad de extranjero "residente", estaba plenamente autorizado para ejercer el comercio en España, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 del Código de comercio, el cual no impone limitación alguna en cuanto a capital extranjero, pero sin que pudiera transferir en divisas fuera del país los beneficios de dicho negocio; que, por tanto, al aportar tal negocio a la Sociedad, el señor Cantaloup no ingresaba en la misma capital procedente de transferencia a España de divisas extranjeras, sino bienes consistentes en un establecimiento mercantil adquirido en España con dinero español y legalmente autorizado, sin estar comprendido, por consiguiente, en las limitaciones del Decreto-ley de 27 de julio de 1959; que hay que tener en cuenta que el citado Decreto-ley modificó en sentido liberalizador la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional de 24 de noviembre de 1939, la cual establecía limitaciones de capital extranjero en cuanto a industrias, pero sin que contuviese ninguna prohibición respecto al comercio, como lo demuestra el hecho de que en el período de tiempo comprendido en los años señalados se inscribieron múltiples sociedades comerciales, sin ninguna limitación de capital extranjero; que la repetida disposición elevó al 50 por 100 la participación autorizada de capital extranjero en las industrias, pero sin duda por un error de terminología sustituyó la palabra "industrias" por "empresas", lo que produjo el lógico confusiónismo, y que no es lógico que si con anterioridad las Entidades comerciales no tenían limitación alguna en cuanto a participación de capital extranjero, sufran la restricción de un 50 por 100 en virtud de una disposición liberalizadora que se proponían estimular la afluencia de capital extranjero para favorecer el desarrollo español.

El Registrador mercantil mantuvo su calificación por los siguientes

fundamentos: Que el primer razonamiento del recurrente es perfectamente admisible, pero inaplicable al presente caso por oponerse al contenido normativo del artículo 5 del Decreto-ley de 27 de julio de 1959, cuyas razones pueden ser de tipo extraeconómico, y que la aplicación de las disposiciones legales ha de ajustarse a su texto, sin que quepa presumir que el legislador quiso decir algo distinto a lo dijo, por lo cual siempre que la participación extranjera en el capital de una Empresa supere el 50 por 100, hay que exigir la previa autorización del Consejo de Ministros, cualquiera que sea el origen de aportación.

El 11 de febrero de 1970 se acudió en consulta a la Oficina de Inversiones Extranjeras de la Presidencia del Gobierno, acerca de si un extranjero residente en España puede participar en una Sociedad española con aportación superior al 50 por 100, sin necesidad de la previa autorización del Consejo de Ministros, cuando el capital aportado es íntegramente español por su origen, contestando dicho Organismo el 10 de abril del mismo año que no era necesaria dicha autorización por no encontrarse comprendido dentro de los supuestos que la requieren en la legislación vigente (Decreto-ley de 27 de julio de 1959), y que si se quería incluirlas era indispensable dictar una disposición legal de igual rango, que haga extensivos expresamente sus preceptos a tal supuesto.

Y, por fin, la Dirección General de los Registros y del Notariado acordó revocar la nota del Registrador (1) considerando lo siguiente:

B) *Doctrina de la Dirección.*—En este expediente se plantea la cuestión de si la previa autorización del Consejo de Ministros está establecida en el artículo 5.º del Decreto-ley de 27 de julio de 1959, para “el caso de que la participación extranjera exceda del 50 por 100 del capital de la Empresa”, se requiere, igualmente, en los supuestos en que esta participación tiene lugar mediante aportación hecha por extranjero residente en España y con capital íntegramente español.

El Decreto-ley de 27 de julio de 1959 significó un profundo cambio respecto de la legislación entonces en vigor (Ley de 5 de noviembre de 1939, de Protección a la Industria Nacional), en cuanto que pretendió, según declara en su preámbulo, “adoptar las previsiones oportunas para obtener el máximo rendimiento a las aportaciones de capital extranjero” y, por eso, en el artículo 1.º somete la transferencia a España de capitales en moneda extranjera para la modernización, ampliación o creación de empresas españolas “en igualdad de condiciones que los nacionales residentes en España y de acuerdo con lo establecido en este Decreto-ley”; en cuyo artículo 5.º exige la previa autorización del Consejo de Ministros cuando la participación extranjera exceda del 50 por 100 del capital de la Empresa objeto de la inversión.

Del estudio y análisis del citado artículo 1.º del Decreto de 27 de julio de 1959, juntamente con el también artículo 1.º del Decreto de 24 de diciembre del mismo año, que enumera las formas que puede revestir la inversión de capital extranjero, resulta que esta variada y abigarrada legislación se aplica exclusivamente a los supuestos en que el sujeto activo aportante sea un español con residencia habitual en el extranjero, o un extranjero o persona jurídica extranjera de naturaleza privada, siempre que el objeto de la aportación proceda además del exterior, pero sin que se encuentren comprendidos los casos en que la inversión lo es de moneda o capital nacional.

Esta conclusión aparece avalada por el informe de la Oficina de Inversiones Extranjeras de la Presidencia del Gobierno, al que se hizo

(1) *Vistos:* Los artículos 15 del Código de Comercio; 1 y 5 del Decreto-Ley 16/1959, de 27 de julio; 1.º del Decreto 2.320/1959, de 24 de diciembre, y la Orden de 15 de marzo de 1962.

antes referencia, que indica no cabe una aplicación extensiva del Decreto-ley de 27 de julio de 1959, dado su carácter restrictivo, sin olvidar por otra parte que la Exposición de Motivos se refiere reiteradamente a las aportaciones de capital extranjero y que cuando el legislador ha querido referirse a personas extranjeras lo ha matizado perfectamente, como ocurre en el Decreto de 22 de marzo de 1962, que prohíbe la transmisión a extranjeros de determinados bienes inmuebles de naturaleza rústica, o en la Orden de 15 de marzo del mismo año, sobre inversiones extranjeras por compra de valores mobiliarios españoles, en donde, tras establecer un régimen similar al del Decreto-ley de 1959, establece que "las personas físicas extranjeras residentes en España podrán realizar dichas adquisiciones con pesetas, si bien no gozarán de los derechos de transferencia de beneficios y capitales que para los otros casos se establece".

En consecuencia, al no estar comprendido el supuesto de este expediente dentro de la limitación del artículo 5.º del Decreto-ley de 27 de julio de 1959, tantas veces citado, el régimen aplicable al súbdito extranjero con residencia en España que quiere invertir capital íntegramente nacional en sociedades españolas, será el general establecido en el artículo 15 del Código de Comercio, que sanciona el sistema de libertad, salvo lo establecido en Tratados y Convenios internacionales.

C) *Comentario.*—1. *La nota del Registrador se apoya exclusivamente en el artículo 5 del Decreto-ley de 27 de julio de 1959. Su informe, aunque considera perfectamente admisible el primer razonamiento del recurrente, se limita a insistir en el texto del referido precepto: no cabe presumir que el legislador quiera decir algo distinto a lo que dice.*

2. *Las alegaciones del recurrente pueden resumirse en dos:*

1.ª *Que la aportación se hace con un capital consistente en un establecimiento mercantil sito en España, sin que ingrese en la Sociedad capital procedente de transferencia a España de divisas extranjeras, porque el establecimiento aportado fue adquirido en España con dinero español. Alega, pues, sencillamente, que la limitación del artículo 5 del Decreto sólo juega en el ámbito previamente delimitado por el artículo 1.º del mismo.*

2.ª *Que la limitación de la Ley de 1939 se refería solamente a la industria y una norma de liberalización, como la del Decreto de 1959 (elevar del 25 al 50 por 100 la participación exenta de autorización gubernativa), no podía incluir supuestos nuevos, por lo que la sustitución de la palabra industrias por la de empresas debe considerarse un intrascendente "lapsus".*

3. *La Dirección General no recoge en ningún sentido la alegación segunda. Acaso por considerar superadas las discusiones doctrinales sobre el ámbito del Decreto-ley de 1959, o por no estimar justificado que "Nativa, S. A." sea una Sociedad mercantil estrictamente mercantil por su objeto (2). Toda la argumentación de la Resolución se orienta en la dirección del alegato primero del recurrente.*

(2) Estas discusiones sobre el ámbito del Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 fueron el primer problema que planteó el mismo. Aunque la resolución no tome en consideración la segunda alegación del recurrente, al menos para desecharla, no podemos estimar el problema resuelto, ni la doctrina unánime. Los argumentos de interpretación legal de Miguel JUSTO IRIBARREN («Revista Jurídica de Cataluña», 1960, pág. 255) y VALLET DE GORTISOLO (Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1960, II, pág. 593) siguen teniendo valor. Para estos autores la

Queremos adelantar que estamos plenamente conformes con el fallo de la Resolución y con el contenido sustancial de los considerandos. A pesar de ello consideramos conveniente colocarnos primero en una postura de crítica de éstos.

El considerando primero comienza por consagrar un concepto jurídico cuya validez, desde el punto de vista de las normas limitativas de los derechos del extranjero, es precisamente la duda que el caso plantea: el concepto de capital íntegramente español de un extranjero.

El considerando segundo está dedicado a exponer la idea fundamental del Decreto-ley de 1959: beneficiar a la economía nacional con las aportaciones o inversiones de capitales en moneda extranjera, poniendo el obstáculo de la autorización gubernativa solamente a la aportación superior al 50 por 100 del capital de la Empresa.

El tercero, apoyándose en el artículo 1.º del Decreto-ley de 27 de julio de 1959, sienta la doctrina de que todas las disposiciones de esta variada y abigarrada legislación restrictiva de las inversiones extranjeras se aplican siempre que el objeto de la aportación proceda del exterior, pero

idea fundamental continúa en la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional y el emplear la palabra empresas el Decreto-Ley de 1959, y no el de Industrias, no puede significar, a la vista del Memorandum dirigido por el Gobierno al Fondo Monetario Internacional y a la O. E. C. E. y de las mismas frases de la Exposición de Motivos del mismo Decreto-Ley, que se pretendiese introducir una limitación que no tenían las Sociedades mercantiles no industriales. La más completa argumentación contraria la podemos encontrar en V. GARCÉS BRUSÉS (*Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*, Madrid, 1962, págs. 48 a 60). Una Orden de 10 de febrero de 1960, creando un Registro de valores y participaciones industriales en poder de extranjeros, alentó la tesis de excluir del Decreto-Ley al comercio, y otra Orden de 15 de marzo de 1962, al derogar la Orden anterior y sustituir dicho Registro especial por declaraciones a la Oficina de Estadística del Ministerio de Comercio fue haciendo prevalecer la tesis defendida por GARCÉS BRUSÉS.

PELAYO HORE (*«Revista de Derecho Notarial»*, tomo LII, año 1966, pág. 246) sigue encontrando desprovista de fundamento la opinión de que la nueva legislación de inversiones se extiende por igual a las sociedades y empresas cuyo objeto sea el comercio que a las industriales, opinión extendida por una interpretación rigorista de la reseñada Orden de 1962. Y añade que después del Decreto de 18 de abril de 1963 se podrá constituir una industria siderúrgica con capital extranjero sin limitación, pero no una modesta tienda de comestibles.

También Lucas FERNÁNDEZ [obra citada, en nota (6), pág. 290] encuentra justificadas las protestas de PELAYO HORE, pero se resigna a reconocer que en la práctica jurídica se viene entendiendo aplicable a las sociedades y empresas comerciales la restricción del 50 por 100 de participación de extranjeros en ellas.

La solución definitiva de este problema, a la que la Dirección General se ha resistido a contribuir, suponemos que la dará el futuro texto refundido de inversiones extranjeras, al cubrir las lagunas advertidas y regular los problemas de derecho transitorio.

Seguramente en este campo la antigua separación de agricultura, industria y comercio ha dejado de tener actualidad. Una resolución del I. E. M. E. de 19 de julio de 1961, cuando limita las operaciones al débito de las llamadas cuentas extranjeras en pesetas interiores, admite las encaminadas a la adquisición de fincas para uso y disfrute del titular extranjero que no representen inversiones con fines de orden comercial, industrial o agrícola. Este unitario trato de las tres ramas de la economía es un significativo indicio de que también en materia de inversiones extranjeras la arcaica clasificación trimembre de ramas de la economía ha dejado de ser eficaz. Si la inversión extranjera se pretende canalizar hacia sectores concretos con preferencia a otros, los criterios no pueden ser tan simples como el de distinguir agricultura, industria y comercio. Por ello estimamos que la futura refundición debe tener un planteamiento amplio, precedido de un cuidadoso análisis de la muy diversa finalidad de todas y cada una de las disposiciones vigentes referentes a los extranjeros y no limitarse a la mejora y puesta al día del Decreto de 1959.

no cuando la inversión es de moneda o capital nacional. Esta conclusión deriva de interpretar todo el Decreto como un conjunto armónico en el cual el artículo 5.º, directamente conectado con el 1.º, llama participación extranjera, única y exclusivamente, a la que ha contemplado en éste, o sea, la participación por inversión de un capital en moneda extranjera transferida a España desde el exterior. Esta puede ser una interpretación razonable, pero como deja carente de regulación el régimen de la participación de los extranjeros en las empresas españolas cuando la aportación no derive de ninguna transferencia a España de moneda extranjera, este considerando debía descartar previamente la interpretación contraria que el Registrado mantuvo, según la cual el artículo 5.º tendría una sustantividad propia, derivada de su texto literal, desconectada del artículo 1.º, y un ámbito diferente y más amplio, pues se referiría a toda participación de un extranjero con o sin transferencia a España de moneda extranjera.

Donde parece quedar descartada esta interpretación es en el considerando cuarto por medio de tres argumentos de muy diversa naturaleza:

1. El criterio de la Oficina de Inversiones Extranjeras de la Presidencia del Gobierno, contenido en el informe evacuado en la consulta hecha por la Dirección General, y que da carácter restrictivo al Decreto-ley.

2. La Exposición de Motivos del Decreto-ley que se refiere reiteradamente a las aportaciones de capital extranjero.

3. El conjunto de la legislación restrictiva de las actividades económicas de los extranjeros y residentes en el extranjero dentro de la cual hay que distinguir las normas que, como el referido Decreto-ley, se refieren a las aportaciones de capital extranjero y aquellas otras que hacen referencia a personas extranjeras, como el Decreto de 22 de marzo de 1962 (sobre adquisiciones de fincas rústicas) o la Orden de 15 de marzo de 1962, en la que se hace expresa referencia a las adquisiciones de títulos mobiliarios con pesetas por las personas físicas extranjeras residentes en España. En toda esta legislación cuando no se matiza perfectamente que se está tratando de la persona extranjera por su simple carácter de extranjero hay que entender que se está refiriendo a su aportación de capital extranjero (transferencia a España en divisas).

El valor de estos tres argumentos es muy desigual. No puede desconocerse la autoridad de la Oficina de Inversiones para opinar sobre materia tan íntimamente relacionada con su competencia específica. La Exposición de Motivos habla dos veces de aportaciones de capital extranjero y llama Decreto-ley sobre inversiones extranjeras a la disposición que nos ocupa; pero no da ninguna definición de capital extranjero ni de inversión extranjera. El argumento decisivo debe ser el análisis del conjunto de la legislación sobre extranjeros y residentes en el extranjero, tan imprecisa sobre el punto que tratamos de averiguar que hace imposible toda afirmación segura. Así, por ejemplo, la alegación que el considerando cuarto hace del artículo 1.º de la Orden de 15 de marzo de 1962, para separar extranjero de capital extranjero no es concluyente. Lo que ocurre es que dicho artículo considera las pesetas del extranjero pasadas por el tamiz de la clasificación y manejo diverso de pesetas convertibles transferibles e interiores, clasificación que no cabe desconocer para ese intento de deslinde entre restricciones legales derivadas de la mera condición de extranjero de aquellas otras derivadas de la mera introducción de divisas en España. Con ello no queremos decir que en dicha Orden no haya elementos valiosos (prescindiendo de su rango como norma

jurídica) para dar luz sobre el régimen de los extranjeros residentes en España cuando manejan pesetas no procedentes del contravalor de divisas extranjeras.

4. La cuestión planteada en el recurso, consiste simplemente en dilucidar si los artículos 1.º y 5.º del Decreto-ley de 27 de julio de 1959 están totalmente coordinados de tal manera que la autorización del Consejo de Ministros, establecida por el 5.º, sólo es necesaria cuando la participación extranjera (además de exceder del 50 por 100) se efectúa con el contravalor de divisas resultantes de la transferencia a España de capitales en moneda extranjera. O si, por el contrario, la limitación del artículo 5.º, sin perjuicio de aplicarse ante todo al referido supuesto del artículo 1.º (no obstante, las palabras "invertir libremente", deslizadas en él), tiene un ámbito mayor, que se extiende a toda aportación de capital hecha por un extranjero, aunque no haya implicado ninguna transferencia (mediata o inmediata) de moneda extranjera (3).

Si entendemos lo primero, el Decreto-ley tiene más armonía, pero deja sin regular las aportaciones del segundo tipo, salvo que se entienda que para ellas sigue vigente la regulación y el límite (25 por 100) de los artículos 5 y 6 de la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria de 24 de noviembre de 1939, lo cual no parece muy defendible dados los términos de la norma derogatoria contenida en el artículo 13 del Decreto-ley de 1959. Al no admitir la subsistencia del límite del 25 por 100, la consecuencia de aquella interpretación primera será que las inversiones extranjeras no procedentes de transferencia de moneda extranjera quedan libres de la autorización gubernativa. Esto a pesar de que no desentonaría de la tónica de la exposición de motivos del Decreto-ley, no ha parecido muy lógico a muchos autores.

(3) Ante la imposibilidad de dar el texto ni siquiera la referencia de la copiosa legislación sobre inversiones extranjeras, cuyo desarmonico conjunto ha de manejarse en el intento (fallido) de encuadrar nuestro caso, nos limitaremos a transcribir para comodidad del lector los tres preceptos más inmediatamente decisivos, entre los citados en el «vistos» de la Resolución:

Art. 1.º del Decreto-Ley de 27 de julio de 1959:

Los españoles con residencia habitual en el extranjero, los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras de naturaleza privada podrán transferir a España sus capitales en moneda extranjera admitida a cotización en el mercado español de divisas, para invertir libremente su contravalor, según las modalidades que reglamentariamente se señalen, en la modernización, ampliación o creación de empresas españolas en igualdad de condiciones que los nacionales residentes en España y de acuerdo con lo establecido en este Decreto-Ley.

Art. 5.º del mismo:

Para que la participación extranjera exceda del 50 por 100 del capital de la empresa objeto de la inversión, se requerirá la previa autorización del Consejo de Ministros.

Art. 1.º del Decreto de 24 de diciembre de 1959:

Las inversiones de capital extranjero para la modernización, ampliación o creación de empresas españolas, a que se refiere el Decreto-Ley de 27 de julio de 1959, podrán revestir las siguientes modalidades, conjunta o separadamente:

a) Transferencia a España de divisas extranjeras, admitidas a negociación en el mercado español, para aportar directamente su contravalor en pesetas a la empresa española.

b) Aportación directa a la empresa española de equipo capital de origen extranjero cuya valoración será la que se fije a efectos de derechos arancelarios.

c) Aportación directa... de pesetas... transferibles...

d) Aportación directa... de pesetas... convertibles...

e) Aportación directa a la empresa española, previa autorización y valoración por el Ministerio competente, de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación.

5. *La doctrina española no es ni diáfana ni uniforme al enfrentarse con este problema. Trataremos de resumir algunas autorizadas opiniones que se refieren más o menos directamente a nuestro caso.*

a) *Entre las opiniones que nos parecen contrarias a la doctrina sentada por la Resolución destacaremos las de PELAYO HORE, GARCÉS BRUSÉS y LUCAS FERNÁNDEZ.*

— PELAYO HORE (4) dice que el Decreto-ley de 1959, etc., mantiene, en lo que se refiere a la participación extranjera en empresas españolas, el criterio de la nacionalidad prescindiendo del de residencia; pero en lo que se refieren a tráfico de divisas o moneda extranjera, si bien en principio sigue rigiendo el de residencia, no se mantiene con la misma crudeza que en la Ley de Delitos Monetarios de 23 de diciembre de 1938, puesto que la posibilidad de importar capitales se otorga también a los extranjeros residentes en España (sólo el español residente en España no disfruta de tal beneficio). No ve claro PELAYO que se permita a los extranjeros residentes en España la importación de divisas y moneda extranjera y la tenencia de pesetas tanto convertibles como normales; el ser extranjero residente en España es más favorable que ser español residente en España o ser residente en el extranjero (español o extranjero). Pero este régimen favorable se refiere al tráfico de divisas y a la posibilidad de tener en España pesetas convertibles o normales; pero a efecto de rebasar los topes de participación extranjera en empresas españolas (el 50 por 100), el español, aunque resida en el extranjero, sigue siendo español y el extranjero, aun residiendo en España, sigue siendo extranjero. Las restricciones en materia de política monetaria están inspiradas en el criterio de residencia; por el contrario, las restricciones en materia de control de empresas están inspiradas en el de nacionalidad; no tienen nada que ver con la moneda, sino con el control de la industria y afectan a los extranjeros aunque residan en España, más no a los españoles aunque residan en el extranjero. Sin embargo, la claridad de este criterio diferencial quedó empañada en el Decreto-ley de 18 de abril de 1963 que, confundiendo ambas cosas en lugar de contraerse a los extranjeros (residentes o no) se refirió también a los españoles residentes en el extranjero.

— GARCÉS BRUSÉS (5) aborda directamente el problema y dice que el legislador de 1959 al enfrentarse con el tema de las inversiones procedentes del exterior ha atendido, como factor determinante de la extranjería de las mismas, más que a la nacionalidad de los inversionistas al origen extranacional de los bienes aportados, guardando silencio respecto de las aportaciones en pesetas ordinarias de los extranjeros residentes en España y de los españoles residentes en el extranjero. Este autor descarta, por absurdo, tanto el dar carácter exhaustivo a la enumeración de modalidades de inversión del artículo 1.º del Decreto de 24 de diciembre de 1959, con lo que resultarían prohibidas tales aportaciones, como el dejar estas aportaciones fuera del ámbito del Decreto-ley de 27 de julio de 1959 (sin derecho a sus beneficios pero también sin sus restricciones; limitación del porcentaje). Y como no estima lógico que las aportaciones de pesetas no convertibles ni transferibles se beneficien de un régimen de total libertad, ve la solución correcta en someter este tipo de inversiones a las restricciones cuantitativas privándolas del derecho de transferencia al exterior de beneficios y capitales. Esta solución afirma que

(4) SANTIAGO PELAYO HORE: *Inversiones de capital extranjero en España*, «Revista de Derecho Notarial», enero-marzo 1966, pág. 229.

(5) VENTURA GARCÉS BRUSÉS: *Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1962, págs. 91 a 94.

es la recogida para las inversiones de cartera por la Orden de 15 de marzo de 1962 y que parece conforme con el criterio de la Oficina de Información de la Presidencia del Gobierno.

— LUCAS FERNÁNDEZ en la reciente edición de su obra (6) distingue los siguientes apartados:

a) *Sociedades en las que el extranjero no puede tener participación alguna.*

b) *Sociedades en las que el extranjero puede tener participación minoritaria.*

c) *Sociedades en las que el extranjero puede tener una participación hasta del 50 por 100 del capital social.*

d) *Sociedades en las que el extranjero puede tener participación superior al 50 del 100 del capital social.*

e) *Sociedades en las que el extranjero puede tener una participación que ha de determinar la Presidencia del Gobierno.*

Las sociedades cuyo objeto no sea industrial, sino el ejercicio del comercio y las sociedades en general (no incluidas en las listas de los restantes apartados) las incluye en el apartado c). Según esto, le sería aplicable a la sociedad de nuestro caso el régimen de autorización gubernativa, porque según el autor al que nos referimos el extranjero residente que se mueva (en el ámbito de las inversiones) dentro de los porcentajes autorizados según la clase o actividades de la sociedad, no precisa autorización alguna; pero si el extranjero, residente o no residente, pretende una inversión directa en sociedades españolas que exceda de los porcentajes autorizados, precisa obtener una autorización previa a tenor de lo dispuesto en el Decreto de 24 de diciembre de 1959. Parece, pues, que LUCAS FERNÁNDEZ, prescindiendo de la autorización del I. E. M. E., que estudia por separado en relación con la clase de aportación, considera que en la autorización del Gobierno no hay distingos entre extranjeros residentes o no residentes ni tampoco por razón de la transferencia o no transferencia de moneda o capital del exterior.

b) *Otros autores mantienen criterio contrario:*

— VALLET DE GOYTISOLO (7) opinó que el artículo 1.º del Decreto-ley de 24 de diciembre de 1959 no se refiere a inversiones hechas por extranjeros, por lo que unificando este Decreto-ley con el de 27 de julio y Decreto de 30 de septiembre, ambos del mismo año, el ámbito de la legislación sobre inversiones extranjeras queda así acotado: 1.º Positivamente; únicamente afectará a las inversiones de residente en el extranjero consistentes en capital procedente del extranjero. 2.º Negativamente: quedan fuera las inversiones que aun siendo efectuadas por extranjeros (o españoles residentes en el extranjero) consistan en capital español (pesetas que no sean contravalor de divisas, industria situada en España, etcétera); estas inversiones se regirán por las disposiciones generales y sólo necesitarán la autorización del I. E. M. E. si el inversionista reside en el extranjero.

— BENZO MESTRE (8), al exponer las ventajas de esta interpretación de VALLET, parece adherirse implícitamente a ella. FRAGUAS MASIP se limita a destacar la laguna legislativa sin proponer ninguna solución (9).

(6) FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ: *La contratación en España por extranjeros*, Madrid, 1970, págs. 275 y sigs.

(7) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Las inversiones extranjeras en el Derecho notarial español*, Conferencia Centro de Estudios Tributarios, 1960.

(8) RAFAEL BENZO MESTRE: *Inversiones de capital extranjero en empresas españolas*, «Revista de Derecho Notarial», 1962, núm. 35, pág. 323.

(9) RAMÓN FRAGUAS MASIP: *Inversiones de capital extranjero*, «Revista de Derecho Notarial», 1967, núm. 55, pág. 45.

6. *Aparentemente son más defendibles las opiniones de quienes mantienen que toda aportación de un extranjero a una Empresa nacional necesita obtener la autorización gubernativa, si rebasa el 50 por 100, sin distinguir la naturaleza que el numerario aportado tenga desde el punto de vista de la legislación reguladora del tráfico de divisas, porque las restricciones en materia de control de empresas (influencia de los extranjeros en nuestra economía) deben inspirarse exclusivamente en el criterio de la nacionalidad del inversor. Para comprender esto, basta pensar que las restricciones a las inversiones extranjeras pueden estimarse imprescindibles también, cuando la política monetaria aconsejable fuera la de absoluta libertad de tráfico y convertibilidad de divisas. Por eso debe entenderse con ciertas reservas las expresiones de los considerandos que hacen referencia a la moneda, capital o inversión íntegramente españoles de un extranjero. Los bienes, patrimonio, dinero, pesetas o capital de un extranjero podrán tener un determinado trato ante la Ley española; este trato podrá verse muy alterado por disposiciones de defensa de la peseta o de defensa de la economía nacional, pero siempre nos entenderemos mejor los juristas partiendo de la imposibilidad de considerar íntegramente españoles a tales objetos de derecho propiedad de un ciudadano extranjero.*

El que en una determinada fase legislativa se haya puesto el acento de la protección contra la influencia exterior en el problema de las divisas no debe hacernos perder de vista la idea de que, por muchas concomitancias que haya entre éste y el de la protección general de la economía, en cualquier circunstancia concreta deben tomarse en consideración las motivaciones específicas para un trato diferencial al extranjero simplemente por serlo. Cosa diferente es que tales motivaciones deban acomodarse a la evolución histórica de la condición jurídica del extranjero siempre tendiendo hacia el principio de igualdad real, aunque evitando siempre que un exceso de igualdad (igualdad aparente) encubra el privilegio del ciudadano de país desarrollado al actuar en otro subdesarrollado o en vías de desarrollo.

7. *En mi modesta opinión en principio, tanto para una aportación en pesetas (normales, no interiores) como para una aportación como la del caso resuelto (bienes muebles o inmuebles, etc.), debe prevalecer el criterio de los autores incluidos en el apartado a). Pero esto no quiere decir que nuestro criterio sea contrario al fallo de la Resolución, porque creemos que en el caso se daban las siguientes circunstancias que hacían innecesaria la autorización del Gobierno:*

1.^a *Que nos encontramos ante un complejo caso de derecho transitorio sin regular expresamente y derivado de una modificación legislativa (1959) que no fue suficientemente consciente y previsor del giro que venía dándose en la normativa referente a los extranjeros. Este giro descansa en tres puntos: La defensa ante el extranjero (con minúscula) se transforma en defensa contra el Extranjero (con mayúscula); el criterio de nacionalidad se va sustituyendo por el de residencia; la defensa frente a la influencia económica exterior se centra en la defensa de la moneda por el control de las entradas de divisas, que se estiman a la vez peligrosas y deseadas, y de las salidas siempre temidas.*

Este giro de tantas variables hubiese exigido meticulosas normas de derecho transitorio; pero ante el silencio del legislador era justo dar un benévolo trato al señor Cantaloup por una aplicación indudable, aunque no fácil de precisar, del principio de respeto a los derechos adquiridos. Si al legislador no le han preocupado, al dicta el Decreto-ley de 1959, los movimientos de un capital extranjero introducido en España anteriormente, es porque ha considerado el tiempo Jordán purificador de sus

peligros y suficientemente controlado en su día por las normas de vigilancia de la moneda. En este aspecto vuelve además a cobrar interés el problema de la no inclusión del comercio en las normas restrictivas anteriores de defensa de la Industria.

2.^a *La aportación de un Establecimiento que se hace en la escritura calificada, en realidad no es más que una mera fusión o agrupación de dos capitales o negocios a los que debemos dar idéntica naturaleza desde el punto de vista del derecho de extranjería. Si consideramos integralmente nacional al Establecimiento "Galerías Maldá" y también española a "Nativa, S. A.", es claro que no deberá tener aplicación el artículo 5 del Decreto-ley de 1959. Pero si consideramos al primero extranjero por razón de su titular, lo que al menos en cierto sentido es más razonable; también debemos considerar extranjera a "Nativa, S. A." y tampoco deberá tener aplicación dicho artículo dictado para controlar y limitar la inversión extranjera en las empresas españolas.*

Ni la moneda ni la economía nacional pueden verse peligrosamente afectadas porque el señor Cantaloup decida ahora agrupar, fundir o unificar dos negocios o empresas que individualmente debieron recibir en su día el refrendo o "placet" de los organismos y disposiciones encargadas de la defensa de la peseta y de la economía nacional. De la misma manera que las normas restrictivas de las adquisiciones de inmuebles por los extranjeros (Decreto-ley de 22 de marzo de 1962, Ley de 23 de octubre de 1935 y Decretos complementarios y Ley de 12 de mayo de 1960), no deben ser aplicadas en principio (10), a la mera agrupación de dos o más fincas, en cuya adquisición se cumplieron en su día las autorizaciones y requisitos preceptuados por las correspondientes disposiciones; tampoco parece necesario exigir la autorización del Gobierno para la reunión de dos elementos componentes del patrimonio de un extranjero situados en el país de su residencia.

3.^a *El objeto social de "Nativa, S. A." no resulta en ningún momento del texto de la Resolución. De la alegación del recurrente parece deducirse que su objeto era exclusivamente el ejercicio del Comercio. Por ello no se hace en ningún momento alegación del Decreto de 18 de abril de 1963, que concedió una autorización genérica o con carácter general para las inversiones en determinados sectores económicos. El Decreto exime de la autorización del Gobierno, aunque se rebase el tope del 50 por 100, siempre que se trate de industrias productivas que se hallen comprendidas en los sectores que enumera (hasta 18). Posiblemente "Nativa, S. A." se dedicaba al comercio de mercancías totalmente ajenas a los sectores indicados en el Decreto; pero queremos dejar planteado un problema más en esta espinosa cuestión de las inversiones extranjeras: ¿Es seguro que la autorización general del Decreto se limite a las industrias productivas de ese sector excluyendo al comercio sobre el mismo sector, cuando a nivel de Leyes y Decretos-leyes tanto se ha discutido si las normas restrictivas de las inversiones extranjeras debían limitarse a la industria?*

8. *En resumen, la Resolución que comentamos, marcando un criterio benévolo en cuanto a la necesidad de autorización gubernativa, en casos como el por ella contemplado, no solamente es justa, sino que deberá tenerse en cuenta cuando se trate de mejorar la legislación sobre extranjeros; pero creemos que de ella no deben sacarse conclusiones que indudablemente no ha pretendido:*

(10) Al afirmar esto, no excluimos que la agrupación pueda estar afectada en algún aspecto por las normas especiales de la legislación de adquisiciones de fincas por extranjeros.

— No puede deducirse de ella que toda inversión de un extranjero ha de ser totalmente libre de control gubernativo simplemente por hacerse con bienes que no sean directa e inmediatamente procedentes de moneda extranjera.

— Tampoco, que la defensa de la economía nacional tenga que vincularse definitiva y totalmente al terreno del Decreto-ley de 1959 (artículo 1.º), o sea, al de control de entradas y salidas de moneda extranjera.

— Sólo con grandes reservas y al solo efecto de dialéctica dentro del caso, es posible admitir la afirmación de que puedan ser íntegramente españoles los bienes, patrimonio o capital de un extranjero aunque sea residente en España.

La mejora e institucionalización de la abigarrada legislación sobre extranjeros y concretamente sobre inversiones extranjeras resulta necesaria y urgente en opinión de todos. El Boletín Oficial de las Cortes de 17 de octubre de 1969 (págs. 26.191 y sigs.) publicó un escrito de ruegos y preguntas de un Procurador, así como la contestación del Gobierno, en la cual se manifestaba que el mandato recibido como consecuencia del artículo 16 de la Ley de 11 de febrero de 1969 aprobando el II Plan de desarrollo, "está a punto de ser cumplido, ya que se encuentra en estado muy avanzado un proyecto de texto refundido de inversiones extranjeras, que sistematiza la legislación vigente, suprime ciertas clases de duplicidades, aclara y define conceptos básicos sobre la materia y, sobre todo, cubre las lagunas que se han advertido en la aplicación de la legislación vigente" (11).

Indudablemente, la tarea que debe implicar tal proyecto es de una gran complejidad; laten en el fondo de la refundición y puesta al día de esta legislación gravísimos problemas económicos e incluso políticos, porque, en definitiva, las relaciones internacionales de un país se configuran a través de la normativa jurídica de la contratación de los extranjeros. Esa complejidad, quiero que disculpe lo ambiguo y mediocre de este comentario (12).

B) Aunque según resulta de los Antecedentes, "Nativa, S. A." está a punto de ser una sociedad de socio único ("One man's Company"), el Registrador no podía basar en esta circunstancia un segundo defecto. No sólo porque, al menos formalmente, había otros socios, aunque de mínima participación, sino porque la doctrina española se muestra cada vez más reacia a considerar la reunión en una sola mano de todas las acciones o participaciones sociales como causa de extinción de la sociedad.

Aprovechamos la ocasión para unir nuestras lamentaciones a las quejas de los que ansian ver luz definitiva en una cuestión tan importante como discutida. El problema es espinoso como demuestra la variedad legislativa sobre la materia. Las vacilaciones del apartado VIII de la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Anónimas, la variedad

(11) LUCAS FERNÁNDEZ: Obra citada, págs. 1 a 15.

(12) Las dificultades de la legislación sobre inversiones extranjeras no deriva de peculiaridades de la España «diferente», sino que son las mismas a nivel internacional. El tema puede decirse que es de Derecho internacional. Antonio RODRÍGUEZ SASTRE (*Los regímenes jurídicos de las inversiones extranjeras y sus aspectos fiscales*, 1966), refiriéndose a los intentos (también poco fecundos) de codificación internacional de las inversiones extranjeras, dice que los dos factores principales que las dificultan son el confusiónismo (no se puede legislar sobre la materia sin un previo concepto claro de inversión) y el interés (sólo se suele contemplar el interés del inversor sin tener en cuenta los intereses del Estado que recibe la inversión).

de opiniones doctrinales y las dificultades para extraer un principio jurisprudencial de las varias sentencias que han resuelto casos concretos, son prueba de la dificultad de la cuestión. Pero es urgente hacer un complejo estudio del derecho comparado para decidir sobre la normativa que más probabilidades tenga de prevalecer a nivel internacional adaptándola en sus detalles a nuestro derecho de sociedades mercantiles y coordinándola claramente, en el sentido que corresponda, con el principio de responsabilidad patrimonial universal si se decide admitir la sociedad de un socio con todas sus consecuencias.

En este estudio de derecho comparado, como en cualquier otro de tal naturaleza, hay que huir de los escarceos superficiales. Estos son más peligrosos que prescindir totalmente de lo que digan las legislaciones extranjeras (13).

Los autores (14) suelen citar como Jurisprudencia sobre la materia la Resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de abril de 1945 y las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1891, 7 de abril de 1922, 3 de marzo de 1954 y 19 de noviembre de 1955.

T. C. G.

(13) Por vía de ejemplo vamos a hacer un resumen de determinados artículos del Código civil italiano. Nos bastará para comprender que aquel estudio del Derecho comparado a que me refería no puede limitarse a la afirmación de que las legislaciones latinas rechazan la sociedad de un solo socio y las germánicas y anglosajonas la admiten.

De los artículos 27, 2.272, 2.308, 2.223, 2.362, 2.448, 2.464 y 2.497 del Código italiano resulta:

Las asociaciones se extinguen cuando vienen a faltar todos los asociados.

La sociedad ordinaria (simple), la colectiva, y la comanditaria simple se extinguen cuando falta la pluralidad de socios, si en el término de seis meses ésta no se reconstituye.

No se incluye esta causa de extinción, tratándose de las sociedades por acciones, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada.

En las sociedades de estas tres últimas clases, en caso de insolvencia de la sociedad, de las obligaciones sociales nacidas en el período en el que las acciones o cuotas resultan pertenecientes a una sola persona, ésta responde ilimitadamente.

(14) Joaquín GARRIGUES: *Curso*, 1936, I, pág. 327; *Tratado*, 1949, I-3, página 1.220; *Curso*, 1968, I, pág. 484.

GARRIGUES-URÍA: *Sociedades Anónimas*, II, pág. 699.

LANGLE: *Derecho mercantil*, I, pág. 403.

SOLÁ CAÑIZARES: *La Ley española de Sociedades de responsabilidad limitada* página 84.

HÉCTOR CÁMARA: *Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles*, Buenos Aires, 1957.

Jesús RUBIO: *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 1964.

F. BOTER: «Revista de Derecho Privado», enero 1947, pág. 31.