

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

17066 *Resolución de 6 de noviembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Palma de Mallorca n.º 8, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de venta de dos fincas rústicas.*

En el recurso interpuesto por don Jesús María Morote Mendoza, notario de Palma de Mallorca, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Palma de Mallorca número 8, don Antonio Coll Orvay, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de venta de dos fincas rústicas.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 27 de abril de 2018 por el notario de Palma de Mallorca, don Jesús María Morote Mendoza, con el número 385 de protocolo, doña C. R. C. vendió a doña C. H. W., de nacionalidad holandesa, casada en régimen legal de comunidad con don J. A. L., una finca rústica sita en el término municipal de Sóller, quien la adquirió para su sociedad conyugal.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 8, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Nombre Autoridad; d. Jesús María Morote Mendoza.
Número de Protocolo: 385/2018.
Población Autoridad: Palma.
N.º de Entrada: 911/2019 N.º de Asiento: 1732.
N.º de Diario: 74.
Fecha de Calificación: 29 de julio de 2019.
Calificación.–

De conformidad con los artículos 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria, extendiendo la presente nota de calificación contra la inscripción del documento, basada en los siguientes hechos:

1. Con fecha quince de abril de dos mil diecinueve, ha sido nuevamente presentada en este Registro, una escritura de compraventa de fecha veintisiete de abril de dos mil dieciocho, otorgada por el Notario de Palma, d. Jesús María Morote Mendoza, –objeto de calificación– con el impuesto debidamente liquidado, prorrogándose la vigencia del citado asiento de conformidad con el art. 432 del Reglamento Hipotecario, retirada a petición del presentante en fecha cinco de junio de dos mil diecinueve y devuelta a esta oficina en fecha doce de julio de dos mil diecinueve.

2- Con fecha quince de abril de dos mil diecinueve, también ha sido nuevamente presentada en este Registro, bajo el asiento 1733 del diario 74, una escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha veintisiete de abril de dos mil dieciocho, otorgada por el Notario de Palma, d. Jesús María Morote Mendoza, con el impuesto debidamente liquidado, prorrogándose la vigencia del citado asiento de conformidad con el art. 432 del Reglamento Hipotecario, retirada a petición del presentante en fecha cinco

de junio de dos mil diecinueve y devuelta a esta oficina en fecha doce de julio de dos mil diecinueve.

2. Se deniega la inscripción del precedente documento por cuanto:

2.1 Con fecha uno de diciembre del 2014, este Registrador denegó la inscripción de una escritura de compraventa bajo condición suspensiva de la obtención de la autorización militar. Dicha nota fue recurrida, y recayó Resolución de la DGRN de fecha cinco de marzo del 2015 por la que se confirmaba el defecto manifestado en la nota. Con posterioridad, ha sido presentada en este Registro esta escritura objeto de la reiteración de la nota de calificación.

Toda vez que el supuesto de hecho contenido en la escritura objeto de calificación, es casi idéntico al calificado negativamente y resuelto por la DGRyN, se reitera por la presente nota, la calificación que en su día fue objeto de recurso, y que es la siguiente:

De conformidad con los artículos 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria, extendiendo la presente nota de calificación contra la inscripción del documento, basada en los siguientes hechos:

1. (...)

2. Se deniega la inscripción del precedente documento por cuanto:

2.1 (...)

2.2 (...)

2.3 En el precedente documento doña C. E. W. –de nacionalidad holandesa y casada en régimen de comunidad de bienes con el señor don J. A. L. del que no consta ni su nacionalidad ni su N.I.E.–, compra una finca rústica que adquiere para su sociedad conyugal.

De la citada escritura de préstamo con garantía hipotecarla, con número de protocolo posterior a la de dicha compraventa, mediante la que los citados consortes doña C. E. W. y don J. A. L., constituyen hipoteca sobre la finca objeto de venta, resulta que el citado don J. A. L., quien comparece en el acto, es de nacionalidad estadounidense, esto es, es una persona extranjera no comunitaria, y por consiguiente no se ha acreditado el otorgamiento de la autorización militar necesaria para inscribir una finca rústica a nombre de un extranjero no comunitario.

En orden a la subsanación del defecto, y de conformidad, con las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 3 de noviembre de 1967, 6 de abril de 1973, y 28 de abril de 1978, la escritura otorgada sin la previa autorización militar es nula de pleno derecho, por lo que será preciso el otorgamiento de una nueva escritura para poder inscribir la adquisición del dominio. En dicha escritura además deberá constar la nacionalidad y el Número de Identificación de Extranjeros –NIE– de don J. A. L., según lo dispuesto en el art. 21.1 de la Ley Hipotecaria y art. 51.9 de su reglamento.

Esta nota se extiende conforme a los siguientes fundamentos de derecho:

2.1 Art. 20 Ley 8/1975, de 12 de marzo. Art. 40,1 RD 698/1978, de 10 de febrero y RDGRyN de 20 de octubre de 1980 y RDGRyN de 5 de marzo de 2.015.

Contra esta calificación puede (...).

El Registrador. Este documento ha sido firmado digitalmente por el registrador: don Antonio Coll Orvay con firma electrónica reconocida.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Jesús María Morote Mendoza, notario de Palma de Mallorca, interpuso recurso el día 7 de agosto de 2019 mediante escrito y con arreglo a las siguientes alegaciones:

«A) Hechos.

a) Documento calificado.—Escritura autorizada por el recurrente el día 27 de abril de 2018, número 385 de protocolo. En ella se formalizó una compraventa de una finca rústica sita en territorio de la isla de Mallorca.

b) Presentación.—Copia autorizada de dicha escritura fue presentada telemáticamente mediante soporte electrónico en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 8 el día 4 de mayo de 2018. Posteriormente, el título fue retirado y presentado nuevamente por el interesado, según figura en la nota de calificación objeto del presente recurso.

c) Nota de calificación.—El documento no ha sido inscrito por haber sido calificado negativamente por el registrador, con fecha 29 de julio de 2019, con notificación al notario autorizante por correo certificado con acuse de recibo el día dos de agosto de 2019, por el siguiente defecto: “(...)”.

El notario aquí recurrente no comparte esa calificación, por lo que se interpone el presente recurso gubernativo contra la denegación de inscripción.

B) Fundamentos de Derecho.

Único.

El Registrador da por supuesto que en el presente caso es necesaria la autorización militar a que se refiere la Ley 8/1975, de 12 de marzo (y su Reglamento de desarrollo). Pero nada más lejos de la realidad, como se va a argumentar a continuación.

El Registrador fundamenta principalmente su nota de calificación denegatoria en la Resolución DGRN de 5 de marzo de 2015, bien conocida por el Notario que suscribe porque fue él precisamente quien instó el recurso que dio lugar a dicha Resolución. Pero el Registrador no parece haberse dado cuenta de la muy diferente situación jurídica que se planteó en aquel caso; y esa diferente situación determina que no se pueda aplicar la doctrina referente a aquel caso al que se presenta ahora.

En efecto, en el caso contemplado en la Rs. 5/03/2015 la adquisición de la finca rústica en territorio de las Islas Baleares (potencialmente sujeta a autorización militar) se realizaba por dos cónyuges, de nacionalidad australiana y nacionalidad francesa, en régimen económico matrimonial de separación de bienes del Derecho australiano. Sin embargo, en la escritura cuya inscripción deniega ahora el Registrador, los adquirentes son dos cónyuges, de nacionalidad holandesa y estadounidense, en régimen legal de comunidad del Derecho holandés.

Es un tópico muy conocido en el Derecho español la muy relevante distinción entre dos tipos de copropiedad, que han sido denominadas por la doctrina bajo los nombres de “comunidad romana” y “comunidad germánica”. Esas categorías conceptuales han sido ignoradas por el Registrador, lo que le ha conducido, a juicio del notario que suscribe, a una errónea conclusión.

A los efectos del presente caso la característica diferencial relevante es que en una comunidad de tipo romano el comunero o partícipe de la comunidad tiene la libre disposición de sus derechos de propiedad (y puede venderlos, hipotecarlos, etc.) de forma autónoma, es decir, sin necesitar del consentimiento del resto de los comuneros (otra cosa es el posible ejercicio del derecho de retracto de los comuneros, pero ello no supone limitación alguna a las facultades autónomas de disposición de su derecho por el comunero, puesto que precisamente el derecho posterior de retracto nace de que previamente el comunero podía disponer de su derecho sin consentimiento previo de los

demás comuneros). Eso se podría expresar diciendo que, en una comunidad romana, cada comunero tiene una “cuota” en los bienes objeto de la comunidad.

En cambio, en una comunidad de tipo germánico, el comunero carece de esa libre disposición de su derecho en la comunidad y no puede disponer libremente de sus derechos indirectos en los bienes en la comunidad, ni los puede transmitir por sí solo como derechos separados, porque carece de “cuota”: sencillamente es miembro de la comunidad, sin cuota alguna en la cosa objeto de la comunidad. En lo que aquí interesa, es universalmente admitido por la doctrina que la “sociedad conyugal de gananciales” (y, en general cualquier patrimonio conyugal en régimen de comunidad) constituye una comunidad de tipo germánico. Por eso se precisa el consentimiento de ambos cónyuges para la transmisión de la propiedad de derechos reales sobre los bienes, sin que uno solo de ellos pueda actuar por sí mismo individualmente, pues ni puede disponer de la parte de la cosa que idealmente le correspondería en la cosa según su “cuota” (puesto que carece de dicha cuota), ni puede disponer de la cuota misma. Hasta el punto de que, incluso para una transmisión hereditaria, con carácter previo a que los causahabientes adquieran los bienes en régimen de comunidad conyugal cuando fallece alguno de los cónyuges, es necesario transformar la comunidad germánica o sociedad conyugal, en comunidad romana; sin esa previa reconversión de un tipo de comunidad en otra no sería posible la transmisión a los causahabientes.

En el presente caso, el régimen económico aplicable al matrimonio es el de comunidad de bienes del Derecho holandés, muy similar, en lo que aquí importa, al régimen de sociedad conyugal de gananciales del Derecho común español. En consecuencia, interesa destacar la consecuencia de que para disponer del bien adquirido en comunidad será necesario el consentimiento de ambos cónyuges, uno de los cuales es ciudadano de la Unión Europea (holandés) y el otro no (estadounidense).

Cabe entonces preguntarse, porque constituye el núcleo del reparo del Registrador: ¿es, en tales condiciones, necesaria la autorización militar para adquirir la propiedad, en atención al hecho de que uno de los cónyuges es estadounidense, teniendo en cuenta que éste carece de facultades de disposición y administración del bien por sí mismo, sin consentimiento del otro cónyuge, que es ciudadano europeo?

A juicio del notario aquí recurrente no es necesaria dicha autorización militar. El artículo 18 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo dispone: “En las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, quedan sujetos al requisito de la autorización militar, tramitada en la forma que reglamentariamente se determine:

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

La cuestión es: cuando adquiere cierta propiedad una sociedad conyugal en régimen de comunidad, ¿está adquiriendo la propiedad cada uno de los cónyuges? La respuesta debe ser negativa; ni siquiera está adquiriendo una cuota de propiedad. Sería afirmativa en caso de separación de bienes, puesto que cada uno adquiere una cuota de propiedad en dicha comunidad romana, pero en una comunidad germánica el comunero no adquiere un derecho propio o autónomo, pues no es disponible por él de forma autónoma y libre.

A título de ejemplo ilustrativo, supongamos que un ciudadano estadounidense obtiene un permiso de residencia en España y pasa a ser vecino de un pueblo que tiene un monte comunal (artículo 11.4 Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes: “Los montes vecinales en mano común son montes privados que tienen naturaleza especial derivada de su propiedad en común sin asignación de cuotas, siendo la titularidad de éstos de los vecinos que en cada momento integren el grupo comunitario de que se trate”). Sería bastante absurdo que se exigiera al ciudadano estadounidense, para constituirse como vecino de dicho pueblo, que obtuviera una autorización militar, por estar adquiriendo ciertos derechos “de propiedad en común” sobre un terreno rústico (como lo es un monte, por su propia definición legal). Y sería absurdo por cuanto la

cualidad de vecino del pueblo confiere un cierto estatus jurídico que lleva anexos ciertos derechos sobre el monte comunal, pero no confiere ningún “derecho real” (y menos aún de propiedad) al ciudadano estadounidense sobre dicho monte.

Claramente el supuesto que aquí contemplamos puede asimilarse al ejemplo propuesto, ya que en la sociedad de gananciales, comunidad germánica, no hay “asignación de cuotas”, a diferencia de la copropiedad en régimen de comunidad romana donde sí la hay. El cónyuge de un matrimonio en régimen de comunidad conyugal no tiene ningún “derecho real” sobre los bienes de titularidad de la sociedad conyugal: simplemente tiene una participación en la sociedad conyugal, que se concretará en la adquisición (ahora sí) de ciertos bienes y derechos cuando la sociedad conyugal se extinga, pero no antes. Si, con motivo de la extinción de dicha comunidad conyugal (por la causa que sea), en el consiguiente reparto de bienes, se acordara que el ciudadano estadounidense (o sus causahabientes si no fueran tampoco ciudadanos de ningún Estado miembro de la UE) se adjudica la finca rústica sita en las Islas Baleares, sería entonces cuando habría que solicitar la autorización militar; naturalmente, si la adjudicataria en dicho acto particional fuera la ciudadana holandesa (o los causahabientes del extranjero no comunitario europeo sí fueran ciudadanos de algún Estado miembro de la UE), sería totalmente prescindible dicha autorización. El Registrador se adelanta a los sucesos futuros y exige ya que se cuente con una autorización militar que puede ser superflua (o no, según el caso), según la nacionalidad del adjudicatario o adjudicatarios de los bienes en el futuro al disolverse la comunidad conyugal previamente existente.

Adicionalmente, la propia Ley 8/1975 ofrece una solución a una situación que podríamos también asimilar analógicamente a la presente. Se trata del artículo 19, que dispone: “Será igualmente exigible la autorización militar en todos los casos que previene el artículo anterior a las Sociedades españolas cuando su capital pertenezca a personas físicas o jurídicas extranjeras en proporción superior al cincuenta por ciento, o cuando, aun no siendo así, tengan tales características que sus inversiones hayan de considerarse como inversiones extranjeras, de acuerdo con la normativa vigente”.

No se pretende aquí que lo que nuestro Código civil llama “sociedad de gananciales” (Capítulo IV del Título III del Libro IV del CC) sea una Sociedad en sentido estricto, principalmente porque esta última tiene personalidad jurídica y la impropia llamada “sociedad conyugal” no tiene esa personalidad, que solo ostentan sus miembros o componentes. Pero es evidente que este artículo 19 puede ser aplicado analógicamente para resolver las dudas que se presentan cuando hay una sociedad conyugal constituida por un ciudadano comunitario europeo y un ciudadano extranjero no comunitario, pues hay identidad de razón: son idénticas en ambos casos las razones estratégicas de la defensa nacional que obligarían, en su caso, a los ciudadanos extranjeros no comunitarios a solicitar y obtener una autorización militar para adquirir determinadas propiedades sitas en España.

Y el artículo 19 citado hace radicar, cuando el adquirente es “colectivo” (como ocurre en el caso de sociedades con personalidad jurídica), la obligación de obtener dicha autorización militar en que el control de dicha persona colectiva sea ostentado por extranjeros no comunitarios, poniendo ese límite en que ostenten más del 50% de la participación en la persona jurídica. Aplicando por tanto ese principio a nuestro caso, parece evidente que, siendo la titularidad de la “sociedad conyugal” ostentada a medias por ambos cónyuges, el cónyuge extranjero no comunitario no puede ejercitar las facultades del dominio sobre la cosa a su libre albedrío, sino que necesariamente debe contar con el consentimiento del cónyuge ciudadano comunitario europeo (o autorización judicial, en defecto de acuerdo entre ambos cónyuges).

Permítase un argumento por reducción al absurdo. Si dos cónyuges, uno de ellos ciudadano de la UE y el otro no, cuyo régimen económico matrimonial sea el de comunidad, constituyen una Sociedad Limitada, las participaciones sociales serán “comunes” (gananciales en terminología de nuestro Código civil). ¿Precisaría esa Sociedad Limitada de autorización militar para comprar una finca rústica en las Islas

Baleares? Claramente no, aplicando el artículo 19 de la Ley, dado que su capital no pertenece a personas físicas o jurídicas extranjeras no comunitarias en proporción superior al cincuenta por ciento. ¿Tiene alguna lógica que si el matrimonio que adquiere la propiedad en la escritura cuya inscripción en el Registro deniega el Registrador, mediante una Sociedad interpuesta cuyas participaciones pertenecen a la sociedad conyugal conseguiría inscribir la adquisición en el Registro sin necesidad de autorización militar, mientras que, si la adquisición de la propiedad se hace directamente, por los propios cónyuges, sin sociedad interpuesta, se precise autorización militar? Se ve claramente lo absurdo de la interpretación que sostiene el Registrador, pues conduce a situaciones potencialmente absurdas como la expuesta como hipótesis a título de ejemplo.

Finalmente, no estará de más hacer una última observación, por si se considerara que la argumentación anterior hace un uso abusivo de la analogía. España tiene un régimen político de libertades y, por tanto, cualquier controversia jurídica debe tener en cuenta (sin perjuicio de otros factores de interés general que concurren en el caso) el denominado principio pro libertate, es decir, la interpretación de las normas debe hacerse de forma que restrinja al máximo la aplicación de las normas prohibitivas y restrictivas de derechos, y, por el contrario, favorezca al máximo, dentro de lo posible, la libertad de los ciudadanos para organizar su vida, en particular realizar las inversiones que más les convengan, sin trabas administrativas inútiles o innecesarias. Ello es aún más aplicable a leyes, como esta de 1975, que se promulgaron antes de la entrada en vigor de nuestra actual Constitución, bajo un régimen autoritario y dictatorial. Naturalmente, eso no quiere decir que todas las leyes españolas previas a la entrada en vigor de la Constitución de 1978 sean inconstitucionales. Pero ciertamente sí quiere decir que habrá que realizar una exégesis de las mismas pro libertate y conforme a los actuales principios constitucionales y demás normas de la Unión Europea asumidas por España.

En el caso que aquí nos ocupa, y ante la laguna normativa de la Ley 8/1975 que no contempla en ningún sitio la existencia de matrimonios entre españoles (hoy ciudadanos de la UE) y extranjeros, en régimen de comunidad conyugal, la laguna normativa debe ser integrada no solo mediante la institución jurídica de la analogía que, como es sabido, cumple precisamente en nuestro sistema hermenéutico de las normas la función de integrar lagunas del derecho positivo, lo que fácilmente puede hacerse en este caso mediante el uso de la analogía con otros preceptos sí contenidos en la propia Ley 8/1975, sino también mediante el principio pro libertate.»

IV

El registrador emitió informe el día 17 de agosto de 2019, ratificándose íntegramente en el contenido de la nota de calificación impugnada, y remitió el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 392 a 400 y 1344 del Código Civil; 18 y 20 y la disposición adicional de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional; los artículos 37 y 40 del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional; la Orden del Ministerio de Justicia de 21 de octubre de 1983; la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2000 en el caso Albore (asunto C-423/98); las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de septiembre de 2000, 8 de febrero de 2007, 8 de febrero de 2016 y 17 de enero de 2017, y de, Sala de lo contencioso-administrativo, 2 de marzo de 1994; el Auto del Tribunal Constitucional número 428/1989, de 21 de julio, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de octubre de 1980, 23 de

marzo de 1981, 5 de marzo y 16 de octubre de 2015, 19 de octubre de 2017, 6 de junio de 2018 y 22 de marzo de 2019.

1. Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada la propietaria de una finca rústica sita en el término municipal de Sóller (isla de Mallorca), la transmite a título de compraventa a una ciudadana de nacionalidad holandesa, residente en Estados Unidos, casada en régimen legal holandés de comunidad con un ciudadano que, según resulta de la escritura de préstamo hipotecario presentada junto con la escritura de compraventa, es de nacionalidad estadounidense, adquiriendo la compradora la finca para su sociedad conyugal.

El registrador suspende la inscripción por no haberse acreditado la obtención de la correspondiente autorización militar al encontrarse ubicada la finca transmitida en una zona de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros y ser uno de los cónyuges adquirentes de nacionalidad extracomunitaria, conforme a lo previsto en los artículos 18 y 20 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional.

El notario recurre la calificación alegando que no resultan aplicables al presente caso las limitaciones derivadas de los citados preceptos al estar casados los adquirentes bajo el régimen económico-matrimonial legal de comunidad propio del Derecho holandés, que, afirma, es similar a la sociedad de gananciales del Derecho español, por lo que el cónyuge de nacionalidad estadounidense no adquiere la propiedad de ninguna cuota indivisa sobre la finca que le permita su disposición de forma autónoma.

2. En el presente recurso no se discute ni el hecho de que la finca transmitida esté ubicada en una zona de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros no comunitarios, ni el hecho de que la compradora, de nacionalidad holandesa, está casada bajo el régimen legal de comunidad propio del Derecho holandés (integrado por un sistema de comunidad universal, en el que los actos de disposición requieren el consentimiento de ambos cónyuges o la obtención de una autorización judicial supletoria, conforme a los artículos 1:93 a 1:97 del Código civil holandés).

El debate se centra en si en las circunstancias del presente caso, atendiendo a que el citado régimen económico-matrimonial genera una comunidad de tipo germánico similar a la sociedad de gananciales del Derecho español, sin atribución de cuotas indivisas de copropiedad, y siendo necesario para disponer del bien adquirido el consentimiento de ambos cónyuges, uno de los cuales es ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea y el otro extracomunitario, son o no aplicables las restricciones impuestas por la legislación sobre zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional para la adquisición de derechos de propiedad u otros derechos reales sobre bienes inmuebles por parte de extranjeros que no ostenten la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea.

3. La Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, como pone de manifiesto su Exposición de Motivos, trató de sistematizar en un cuerpo normativo coherente el conjunto de disposiciones de distinto rango que, con el remoto precedente de un Real Decreto de 17 de marzo de 1891, contenía la normativa hasta entonces vigente relativa a las limitaciones que afectan a la propiedad privada por imperativos de la Defensa Nacional. A la salvaguardia de estos imperativos se encamina la finalidad a que responde la citada Ley 8/1975, de 12 de marzo, y que proclama su artículo 1 conforme al cual «para salvaguardar los intereses de la Defensa Nacional y la seguridad y eficacia de sus organizaciones e instalaciones, quedarán sujetos a las limitaciones previstas en esta Ley los derechos sobre bienes situados en aquellas zonas del territorio nacional que en la misma se configuran», zonas que a su vez se clasifican, con un distinto grado de intensidad en cuanto a las limitaciones que comportan, en tres grupos distintos: zonas de interés para la Defensa Nacional; zonas de seguridad de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar; y finalmente zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, que es la que interesa específicamente a los efectos del presente expediente.

Estas zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros se caracterizan genéricamente en el artículo 4 de la ley como «aquéllas en que por exigencias de la Defensa Nacional o del libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado resulte conveniente prohibir, limitar o condicionar la adquisición de la propiedad y demás derechos reales por personas físicas o jurídicas de nacionalidad o bajo control extranjero, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley», zonas cuya determinación, delimitación y fijación del porcentaje máximo de propiedades y otros derechos reales en favor de extranjeros dentro de cada una de ellas se realiza por Decreto aprobado en Consejo de Ministros (cfr. artículo 17), y en las cuales la extensión total de los bienes inmuebles pertenecientes en propiedad o gravados con derechos reales a favor de personas físicas o jurídicas extranjeras no podrá exceder del 15% de su superficie, sin incluir en el cómputo la superficie ocupada por los núcleos urbanos, existentes a la entrada en vigor de la ley, de poblaciones no fronterizas o sus zonas urbanizadas o de ensanche (cfr. artículo 17).

A fin de garantizar el cumplimiento de tales restricciones la ley establece un régimen jurídico particular para dichas zonas (al margen de las disposiciones comunes para las tres categorías de zonas) que se contiene en el Capítulo Tercero de la ley, en el que se ubican sistemáticamente los artículos 18 y 20 invocados por el registrador en la calificación objeto del presente recurso, de los que resulta un régimen de fiscalización administrativa previa respecto de los actos y contratos de adquisición del dominio y demás derechos reales sobre los inmuebles ubicados en dichas zonas, y de control notarial y registral de la obtención de la correspondiente autorización administrativa que, en su caso, sea concedida como consecuencia de un resultado positivo en dicha fiscalización administrativa previa.

En concreto dispone el artículo 18 de la ley que «en las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, quedan sujetos al requisito de la autorización militar, tramitada en la forma que reglamentariamente se determine: a) La adquisición, cualquiera que sea su título, por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras, de propiedad sobre fincas rústicas o urbanas, con o sin edificaciones, o de obras o construcciones de cualquier clase. b) La constitución, transmisión y modificación de hipotecas, censos, servidumbres y demás derechos reales sobre fincas, a favor de personas extranjeras (...). Y con objeto de garantizar la efectividad de esta norma añade el artículo 20 de la misma ley que «a los efectos establecidos en los artículos anteriores, los Notarios y Registradores de la Propiedad deberán exigir de los interesados el acreditamiento de la oportuna autorización militar, con carácter previo al otorgamiento o inscripción, respectivamente, de los instrumentos públicos relativos a los actos o contratos de transmisión del dominio o constitución de derechos reales a que dichos preceptos se refieren». Si bien según su disposición adicional, introducida por el artículo 106 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, «1. Las limitaciones que para la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como para la realización de obras y edificaciones de cualquier clase, son de aplicación en los territorios declarados, o que se declaren, zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, en virtud de las previsiones contenidas en las disposiciones que integran el capítulo III, no regirán respecto de las personas físicas que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea (...). En el mismo sentido, los artículos 37 y 40 de su Reglamento, aprobado por el Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero.

4. En el supuesto de hecho del presente expediente no hay duda de que la exención al régimen de restricciones legales reconocida en la disposición final de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, introducida por la citada Ley 31/1990, a favor de las personas físicas que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea, beneficia a la compradora de nacionalidad holandesa, pero, por el contrario, no pueden extenderse también a favor de su cónyuge de nacionalidad estadounidense.

La posición impugnativa del recurrente se basa en la tesis de que al estar casada la compradora en un régimen económico-matrimonial de comunidad similar, en lo que aquí

interesa, al régimen propio de la sociedad de gananciales del Código Civil español, por dar lugar a la formación de una comunidad de tipo germánico y no de tipo romano o por cuotas indivisas, los cónyuges no adquieren de presente ninguna cuota de copropiedad sobre el inmueble adquirido, adquisición que queda diferida a la liquidación del régimen una vez concurrida una causa de disolución del mismo. Esta tesis, en lo que se refiera a su conclusión de exoneración del requisito de la autorización militar previa, sin embargo, no puede ser acogida favorablemente por este Centro Directivo.

Dada la similitud invocada por el recurrente, y admitida por el registrador, entre el régimen legal de comunidad consorcial propio del Derecho holandés y el régimen de la sociedad de gananciales del Derecho español, en relación con la naturaleza jurídica de la titularidad de los bienes adquiridos por los esposos que pasen a formar parte de la masa común o consorcial, resulta oportuno traer a colación la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo y la doctrina de esta Dirección General sobre dicha cuestión. Como recordaba la reciente Resolución de 6 de junio de 2018, el Tribunal Supremo ha abordado reiteradamente esta materia en diversas ocasiones recientes. Así sostiene el Alto Tribunal en su Sentencia de 8 de febrero de 2016 que «el artículo 1344 CC, según la redacción dada por la Ley de 13 de mayo de 1981, ligeramente modificada por la Ley de 1 de julio de 2005, ofrece el concepto legal del régimen de sociedad de gananciales, por el que, en principio, se hacen comunes entre uno y otro de los cónyuges las ganancias obtenidas durante el matrimonio. Se forma, por tanto, una masa común para ambos cónyuges, junto a los bienes privativos de cada uno de ellos. Ello ha motivado diferentes tesis doctrinales respecto de su naturaleza jurídica. Fundamentalmente son: las que han venido sosteniendo que tenía personalidad jurídica propia; que se trataba de una copropiedad ordinaria; que se está ante una copropiedad germánica o en mano común. Es esta última teoría la que ha recibido una mayor acogida por la doctrina española, la jurisprudencia y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado, por cuanto ninguno de los cónyuges puede disponer, como privativos suyos, de la mitad indivisa de los bienes comunes. En la sociedad de gananciales ambos son indistintamente titulares de un patrimonio sin que ninguno de ellos tenga un derecho actual a una cuota que pueda ser objeto de enajenación ni pueda dar lugar a la acción de división a salvo los supuestos de liquidación del régimen económico. Así lo ha venido reiterando la Sala en sentencias, entre otras, de 6 junio de 1966, 17 de abril de 1967, 25 de mayo de 1976, 13 de julio de 1988 y 4 de marzo de 1994. En esta última se declara que “Esta doctrina jurisprudencial es acorde cuando explica, que durante el matrimonio el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil al faltar por completo el concepto de parte, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, ni atribuible a la mujer, viviendo el marido y no habiéndose disuelto la sociedad conyugal,... La situación jurídica de la mujer respecto a los bienes gananciales, es la propia de una propiedad en mano común de tipo germánico, que no permite la división en cuotas ideales, impidiendo que cualquiera de los esposos tenga la consideración de terceros”». Se reitera esta doctrina en las Sentencias de 1 de septiembre de 2000 y 8 de febrero de 2007. Y añade a modo de conclusión la citada Sentencia de 8 de febrero de 2016 que «se colige de lo expuesto que existe un patrimonio común, una masa patrimonial dotada de autonomía, aunque sin llegar a alcanzar personalidad jurídica propia. Como sostiene la sentencia de 26 de marzo de 1979, es preciso puntualizar, desde el punto de vista del derecho sustantivo y civil que “la sociedad legal de gananciales, o más en concreto del patrimonio ganancial, no tiene personalidad jurídica propia capaz de contraer deudas como tal y por sí, sino sólo a través de los cónyuges titulares del mismo, cuyos actos, según las normas del Código Civil, son las que vinculan y fijan la responsabilidad de la sociedad”».

Más recientemente, la Sentencia del mismo Tribunal de 17 de enero de 2018 establece estos presupuestos: «1.º) Sociedad de gananciales: Atribución de la titularidad sobre los bienes comunes. En la sociedad de gananciales, puesto que no surge una nueva persona jurídica, ambos cónyuges son titulares de los bienes comunes, pero los diversos objetos no les pertenecen proindiviso, sino que integran el patrimonio común,

una masa patrimonial que pertenece a ambos cónyuges. Ambos cónyuges son los propietarios de cada cosa, de modo que el derecho de uno y otro, unidos, forman el derecho total, pero no son titulares de cuotas concretas sobre cada bien. Esta forma de atribución de la titularidad sobre los bienes comunes comporta, además, por lo que interesa en este proceso, que los cónyuges y sus sucesores, mientras no liquiden la sociedad, no pueden disponer sobre mitades indivisas de los bienes comunes».

Por tanto, al margen de las diferencias, sobradamente conocidas, entre la titularidad dominical de los partícipes en una comunidad romana, ordinaria o por cuotas indivisas, y la resultante de una comunidad germánica, y la diversidad de regímenes jurídicos que en relación con la administración, disposición y responsabilidad de los bienes objeto es propia de una y otra modalidad de comunidad, lo que en ningún caso cabe negar es que, incluso antes de la disolución y liquidación de las comunidades consorciales de tipo germánico (como la sociedad de gananciales española y la comunidad universal holandesa), los bienes adquiridos bajo dichas modalidades de comunidad pasan a ser de la titularidad conjunta de ambos cónyuges, y no de una sociedad o comunidad carente de personalidad jurídica, como una propiedad en mano común de tipo germánico. Como afirma el Tribunal Supremo en la sentencia de reciente cita «ambos [cónyuges] son indistintamente titulares de un patrimonio sin que ninguno de ellos tenga un derecho actual a una cuota (...) Ambos cónyuges son los propietarios de cada cosa, de modo que el derecho de uno y otro, unidos, forman el derecho total».

Es decir, el hecho de que no exista atribución de cuotas indivisas en el caso de la comunidad de tipo germánico, ni en consecuencia posibilidad de enajenar dichas cuotas, ni tampoco la de ejercitar una inexistente acción de división, no excluye en modo alguno que los cónyuges sujetos a los citados regímenes consorciales pasen a ser indistintamente titulares del bien adquirido, ni excluye tampoco la condición y cualidad dominical de dicho derecho (lo mismo cabría decir de cualquier otro derecho real limitado, igualmente sujetos al régimen de restricción adquisitiva impuesto por el artículo 18 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo), sin que a ello se oponga en modo alguno el hecho de que el régimen de disposición en el caso de las comunidades germánicas sea, en vía de principios, conjunto por ambos cónyuges. Así resulta también del propio título calificado, que no niega sino que afirma la correlativa transmisión y adquisición del dominio del inmueble de presente, y no diferido al tiempo de la liquidación de la comunidad universal de los compradores, al declarar en la primera estipulación que «doña C. R. C vende y transmite el pleno dominio de la finca (...) a doña C. E. W., que en este acto la compra y adquiere, para su sociedad conyugal (...)».

Es más, incluso en el caso de las comunidades ordinarias cabe la modalización de las reglas dispositivas del Código relativa al régimen de administración, disposición y división. Así, como afirmó la Resolución de este Centro Directivo de 8 de junio de 2011, si bien la titularidad plural de los derechos reales queda sujeta en Derecho común, como disciplina básica, al régimen de la comunidad de bienes contenido en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, lo que excluye en principio la admisión de titularidades dominicales solidarias, «la autonomía de la voluntad se constituye empero en elemento básico para su regulación (cfr. artículo 392), y sólo en su defecto se establecen una serie de normas relativas al disfrute de la cosa común (cfr. artículos 393 y 394); a la administración y disposición (cfr. artículos 396, 397 y 398) y a la división (cfr. artículos 400 y siguientes)».

Este mismo criterio es el que aplicó este Centro Directivo en la Resolución de 19 de octubre de 2017 en un supuesto de aportación de una finca a una sociedad de gananciales, confirmando la calificación registral en la que se exigía la acreditación de la autorización prevista para los supuestos de adquisición de propiedades inmobiliarias en Ceuta, conforme a lo previsto en la disposición final primera del Reglamento que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo (cuyo ámbito objetivo, en cuanto a los actos y contratos adquisitivos afectados, se define por remisión a los supuestos previstos en el artículo 37 del citado Reglamento, que se corresponde, a su vez, con el del artículo 18 de la misma ley).

5. Ninguno de los argumentos invocados de contrario por el recurrente puede enervar la conclusión anterior. La alusión al régimen propio de los montes vecinales en mano común conforme al artículo 11.4 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, no resulta pertinente pues, al margen de las limitaciones específicas a que se encuentran sujetos tales bienes (relativas a su indivisibilidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, cfr. a lo previsto en la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de montes vecinales en mano común), la causa jurídica o título atributivo de la condición de cotitular en dicha «propiedad en común» sobre los montes vecinales a favor de «los vecinos que en cada momento integren el grupo comunitario de que se trate» (cfr. artículo 11.4), es la propia Ley al tratarse de una adquisición «ope legis», por lo que (sin prejuzgar ahora la aplicación o no a estos supuesto del artículo 18 de la Ley 8/1975, en relación con el 609 del Código Civil, en cuando se refiere a «la adquisición, cualquiera que sea su título (...) de propiedad sobre fincas rústica o urbanas (...)), resulta evidente que la eventual exención de la exigencia de previa autorización militar para la adquisición de tales propiedades no podría extrapolarse al caso de los títulos adquisitivos integrados por un contrato o negocio jurídico fruto de la autonomía de la voluntad de las partes.

Además, el control notarial y registral sobre la previa obtención de la autorización militar se limita, por la propia delimitación del ámbito funcional de la actuación de notarios y registradores, a los casos de los actos o contratos adquisitivos que requieran su formalización pública, según se desprende con claridad del artículo 20 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, que se refiere a la exigencia por parte de notarios y registradores de la oportuna autorización militar «con carácter previo al otorgamiento o inscripción, respectivamente, de los instrumentos públicos relativos a los actos o contratos de transmisión del dominio o constitución de derechos reales a que dichos preceptos se refieren», circunstancia que no concurre en el caso contemplado por el artículo 11.4 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

Las consideraciones del recurrente basadas en el régimen previsto en el artículo 19 de la citada Ley 8/1975 respecto de las adquisiciones del dominio y demás derechos reales sobre fincas (ubicadas en zonas de acceso restringido por parte de extranjeros) por parte de sociedades españolas, tampoco alcanza a desnaturalizar el fundamento de la calificación recurrida. En primer lugar, porque tal precepto se refiere a un supuesto de hecho distinto, relativo a la adquisición por parte de una persona jurídica de nacionalidad española, a la que se extiende el régimen de restricción y fiscalización previa propia de los extranjeros en el caso singular a que se refiere la norma, esto es, cuando su capital pertenezca a personas físicas o jurídicas extranjeras, no nacionales de un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, en proporción superior al 50%, pero también (extremo éste obviado por el recurrente) «cuando aun no siendo así, los socios extranjeros no comunitarios tengan una situación de dominio o prevalencia en la empresa, derivada de cualquier circunstancia que permita comprobar la existencia de una influencia decisiva de los mismos en la gestión de la Sociedad; dicha comprobación se verificará conforme al procedimiento que reglamentariamente se establezca».

Extender esta previsión automáticamente al caso objeto de este expediente, además de obviar las diferencias entre un supuesto de hecho y otro, implica desconocer que para los supuestos contemplados en el artículo 19 (que, insistimos, se refiere a adquisiciones por parte de personas jurídicas de nacionalidad española) se prevé la aplicación de un procedimiento previo de verificación de que, aun no concurriendo el requisito de la mayoría de capital señalada en la norma, no se produce la situación de dominio o prevalencia en la empresa derivada de cualquier otra circunstancia, procedimiento que, siendo una imposición legal para el supuesto previsto en la norma, con no menor motivo habría de aplicarse en caso de aplicación extensiva o analógica de la misma a un supuesto de hecho distinto del previsto específicamente en la misma.

Finalmente las alusiones al carácter preconstitucional de la Ley 8/1975, de 12 de noviembre, y a la necesidad de interpretarla de conformidad con la normativa propia de la Unión Europea, tampoco pueden dispensar de su aplicación al caso presente. En

cuanto a lo primero porque ninguna tacha de inconstitucionalidad cabe oponer en sede notarial o registral, ni en vía de recurso, contra una ley que no ha sido declarada inconstitucional por los cauces y órganos legal y constitucionalmente previstos para ello. Es más, en el presente caso dicha hipótesis de contradicción con la Carta Magna está expresamente excluida tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional. Así la Sentencia 2 de marzo de 1994 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo vincula la regulación de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, con diversos preceptos constitucionales que le dan amparo, en concreto con los artículos 8, 97 y 149, de la Constitución (conforme a los cuales «las Fuerzas Armadas tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España (...)», «el Gobierno dirige la política interior y exterior y la defensa del Estado», y «el Estado tiene competencia exclusiva, sobre defensa y fuerzas armadas (...)»). A su vez, el Auto número 428/1989, de 21 de julio, del Tribunal Constitucional, inadmite un recurso de amparo respecto de determinada actuación administrativa del Gobierno basada en la aplicación de la Ley 8/1975, que vincula a la competencia exclusiva del Estado en materia de Defensa conforme al artículo 149.1.4.^a de la Constitución, sin formular reproche alguno de inconstitucionalidad contra dicha ley.

Finalmente en cuanto a la conformidad de la reiterada ley con el Derecho de la Unión Europea, hay que recordar que precisamente con objeto de alinear el citado cuerpo legal con las exigencias derivadas del Derecho comunitario, y en particular con el principio de la libre circulación de capitales, se aprobó la reforma introducida por el artículo 106 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, que exime a las personas físicas que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea de las limitaciones previstas en la Ley 8/1975 para la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Con ello se dio cumplimiento a las exigencias derivadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en concreto en la Sentencia de 13 de julio de 2000 (Asunto Albore).

Como puso de manifiesto la Resolución de este Centro Directivo de 19 de octubre de 2017, «la eventual imposición por razones de defensa militar de la necesidad de autorización para nacionales españoles y para comunitarios, por igual (esto es sin discriminar entre nacionales y comunitarios), para acceder a la propiedad de inmuebles en determinadas zonas consideradas estratégicas no se opone a la Constitución Europea, no siendo ocioso recordar que ya con referencia a su antecedente, el artículo 73.B) del Tratado de la Unión Europea, se determinó por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de julio de 2000 (Asunto Albore), sobre la cuestión planteada por la Corte de Apelación de Nápoles a propósito de la exigencia de autorización para la adquisición de inmuebles por dos alemanes en zona estratégica militar italiana, cuando no se exigía este requisito para los nacionales italianos, que el citado artículo 73.B) se oponía a la legislación nacional de que se tratara cuando por razones de defensa militar dispensara a los nacionales de dicho Estado, y sólo a ellos, del deber de solicitar una autorización administrativa para adquirir un inmueble situado en zona declara de importancia militar». El principio de equivalencia del Derecho comunitario, que impone evitar incurrir en dicha discriminación entre los propios nacionales y los restantes ciudadanos de la Unión Europea en los ámbitos cubiertos por el citado Derecho europeo, inspiró la aludida reforma introducida por la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, por lo que ninguna tacha en esta materia cabe imputar a la legislación española ni, en consecuencia, a la calificación registral impugnada que la aplica.

Como ya señaló este Centro Directivo en las Resoluciones de 20 de octubre de 1980 y 23 de marzo de 1981, y ha reiterado más recientemente la Resolución de 5 de marzo de 2015, la autorización señalada debería haberse exigido ya en el mismo momento de la autorización notarial. La ausencia de tal autorización en el momento de prestarse el consentimiento contractual constituye una causa de ineficacia del contrato; como señalaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1983 «entre los grados de invalidez de los contratos se distingue la inexistencia y la nulidad radical o absoluta,

según que al contrato le falte alguno o alguno de sus elementos esenciales señalados en el artículo mil doscientos sesenta y uno del Código Civil o que haya sido celebrado, aun reuniendo esos elementos esenciales, en oposición a leyes imperativas cuya infracción da lugar a la ineficacia; situaciones jurídicas distintas de aquella otra en que la ineficacia deviene a consecuencia de vicios del consentimiento en la formación de la voluntad o falta de capacidad de obrar en uno de los contratantes o falsedad de la causa, casos de la de nominada nulidad relativa o anulabilidad».

Quedando pues comprometida la plena validez y eficacia del contrato adquisitivo que ha sido formalizado infringiendo la exigencia de la previa obtención de la autorización militar impuesta legalmente, debe confirmarse necesariamente la calificación impugnada.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 6 de noviembre de 2019.—El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.