

LOS DERECHOS CIVILES Y MERCANTILES DE LOS
EXTRANJEROS EN ESPAÑA

CIVIL AND COMMERCIAL RIGHTS OF FOREIGNERS
IN SPAIN

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 16-55



Aurora
LÓPEZ
AZCONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de enero de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 29 de enero de 2015

RESUMEN: El presente trabajo versa sobre una cuestión de gran importancia práctica y que apenas ha merecido la atención de la doctrina, como es la concerniente al tratamiento que dispensa el Derecho español a los extranjeros en materia de derechos de naturaleza civil y mercantil. Aunque lo cierto es que en esta materia rige, como regla, el principio de equiparación entre españoles y extranjeros, no obstante es objeto de importantes excepciones tanto por vía legal como vía convencional.

PALABRAS CLAVE: Derecho de extranjería, extranjeros, derechos civiles y mercantiles, equiparación, excepciones.

ABSTRACT: This paper deals a matter of great practical importance but has barely attracted the doctrine attention, the treatment that dispenses the Spanish immigration law on the rights of civil and commercial nature. But the truth is that in this matter governed, as a rule, the principle of equality between spaniards and foreigners, however it is subject to important exceptions therefore legal as conventional procedure.

KEY WORDS: Immigration law, foreigners, civil and commercial rights, equal rights, exceptions.

SUMARIO.- I. Planteamiento.- II. Los derechos civiles de los extranjeros en España.- 1. El principio de equiparación en cuanto al goce de los derechos civiles del art. 27 Cc.- 2. La incidencia del sistema conflictual español.- 3. Excepciones a la equiparación en cuanto al goce de los derechos civiles.- 3.1. Excepciones de índole legal.- 3.1.1. Supuestos de prohibiciones y restricciones.- 3.1.1.1. En la adquisición de la propiedad u otros derechos reales inmobiliarios.- A) Restricciones por razón de interés para la defensa nacional.- B) Restricciones derivadas de la legislación sobre inversiones extranjeras.- 3.1.1.2. En Derecho de familia.- 3.1.1.3. En Derecho sucesorio.- 3.1.2. Supuestos de sometimiento al principio de reciprocidad.- A) Arrendamientos urbanos.- B) Arrendamientos rústicos.- C) Propiedades especiales.- a) Propiedad intelectual.- b) Propiedad industrial.- 3.2. Excepciones de índole convencional.- III. Los derechos mercantiles de los extranjeros en España.- 1. El principio de igualdad del art. 15 Cco.- 2. La capacidad para ejercer la actividad empresarial.- 3. Las consecuencias del ejercicio de la actividad empresarial.- 4. Permisos requeridos a los extranjeros para ejercer la actividad empresarial en España.- 4.1. Régimen general.- 4.2.- Regímenes especiales.- 4.2.1. Los refugiados y apátridas.- 4.2.2. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.- 4.2.3. Los “emprendedores”.- 5. Excepciones al principio de igualdad.- 5.1. Supuestos de prohibiciones y restricciones.- 5.2. Supuestos de sometimiento al principio de reciprocidad.- 6. Régimen convencional.

I. PLANTEAMIENTO.

Una cuestión de indudable importante práctica y que apenas ha merecido la atención de la doctrina iusprivatista es la concerniente a la posición de los extranjeros en España en materia de derechos privados; esto es, el tratamiento que dispensa el Ordenamiento jurídico español a los extranjeros respecto a los derechos de índole civil y mercantil.

A *priori* interesa advertir que tres son las posibles soluciones a adoptar por el legislador en esta materia, si bien ninguna de ellas se encuentra materializada de modo absoluto en ningún Ordenamiento jurídico moderno. La primera consiste en negar el reconocimiento de derechos privados a los extranjeros; esta opción es propia de momentos históricos muy primitivos y en la actualidad sólo opera en cuestiones muy concretas. La segunda consiste en acudir al principio de reciprocidad, esto es, atribuir a los extranjeros los derechos privados que en su país reconocen a nuestros nacionales. Y la tercera y última consiste en admitir el principio de igualdad o equiparación de derechos privados entre los nacionales y extranjeros.

• Aurora López Azcona

Acreditada a Titular de Universidad y Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Zaragoza, donde ha desarrollado su carrera académica: licenciatura (1990) y doctorado (2005) con la obtención del Premio extraordinario de Doctorado. Directora del Diploma de Extensión Universitaria en protección y derechos de la infancia on line y Secretaria del Instituto de Derecho Agrario de la Universidad de Zaragoza. Miembro del Grupo Consolidado de Investigación y Desarrollo del Derecho aragonés (dtor: J. Delgado Echeverría). Especialista en Derecho de familia, sus publicaciones se pueden resumir en tres libros (uno en prensa), diecinueve capítulos de libros y dieciocho artículos, centrados en esta materia, sin olvidar sus incursiones en materia de Derecho patrimonial y Derecho Agrario (a consultar parcialmente en <http://dialnet.unirioja.es>). Correo electrónico: alopez@unizar.es.

De las soluciones descritas ha sido la tercera la que tradicionalmente se ha venido adaptando en Derecho español, de tal modo que es posible identificar en nuestro Derecho histórico una tradición de reconocimiento de plenitud de los derechos privados a los extranjeros. Es cierto que existían ciertas limitaciones, tales como prohibiciones a los extranjeros para comerciar con las Indias o para comprar o adquirir en garantía naves españolas. Pero, en cualquier caso, se trataba de restricciones excepcionales, basadas más en la catolicidad que en la nacionalidad.

Este principio de equiparación es el que pasó al Código civil, toda vez que su art. 27 en su redacción originaria preveía que "los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden a los españoles, salvo lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución del Estado [de 1876] o en Tratados internacionales".

De este modo, el Código civil se mantuvo fiel a la tradición jurídica española, prescindiendo en este punto del criterio del Código civil francés de 1804 favorable a la reciprocidad (art. 11: "L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra").

Es más, a la luz de este precepto se elaboró una jurisprudencia que otorgó un alcance máximo al principio de equiparación. Resulta significativa a este respecto la declaración contenida en la STS 27 noviembre 1950 a continuación transcrita: "de los dos criterios que cabe seguir para la determinación de los derechos de los extranjeros, o sea, el de igualdad de los nacionales, o el de reciprocidad, acogido en el Código Napoleón, la legislación española ha adoptado como principio general en cuanto a los derechos civiles o privados el más progresivo y generoso de la igualdad, proclamado en los arts. 27 del Código civil y 15 del Código de Comercio".

Posteriormente, el tenor del art. 27 Cc fue modificado por la Ley de 15 de julio de 1954 a fin de sustituir la referencia a la derogada Constitución de 1876 por una genérica a la legislación civil especial, pero sin alterar en ningún caso el principio de equiparación, ya que, según puede leerse en su Exposición de Motivos, "aun cuando tan generosa declaración no suele ni aun en los ordenamientos jurídicos que se precien de atender con mayor solicitud al extranjero, no había razón para abandonar una directriz que tan elocuentemente muestra cuál es la actividad de España respecto del concierto universal".

A partir de entonces la redacción del art. 27 Cc quedó fijada en los siguientes términos, sin que haya sido objeto de modificación ulterior: "Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los tratados".

El mismo criterio fue adoptado por el Código de comercio de 1885 respecto de los derechos de índole mercantil y, en particular, en relación con el ejercicio de la actividad empresarial por los extranjeros en España. Así, su art. 15, precepto que permanece inalterado desde su redacción originaria, reconoce la posibilidad de que un extranjero, ya sea persona física o jurídica, pueda ejercer el comercio en España, “con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiere a su capacidad para contratar; y a las disposiciones del Código de comercio, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio nacional, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación”. Ello “sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados o Convenios con las demás potencias”.

Este planteamiento no se vio modificado, sino, por el contrario, reforzado por la Constitución de 1978, toda vez que en su art. 13.1 dispone que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título [Título I] en los términos que establezcan los tratados y la ley”. No obstante, añade en su aptdo. 2º que sólo los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23 (esto es, el derecho al acceso a la función pública y el derecho de sufragio activo y pasivo), salvo que, bajo régimen de reciprocidad con otro Estado, se disponga otra cosa.

Del art. 13 CE resulta, por consiguiente, que corresponden a los extranjeros todos los derechos contemplados por el Texto Fundamental, salvo los derechos políticos y las limitaciones que puedan derivarse de las leyes y los tratados. Desde la perspectiva del Derecho privado -que es la aquí interesa-, entre tales derechos se encuentra, como es sabido, el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16), el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18), el derecho de libre circulación y elección de residencia (art. 19), la libertad de expresión (art. 20), el derecho de asociación (art. 22), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24), el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32), el derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33), el derecho de fundación (art. 34), el derecho al trabajo (art. 35), y la libertad de empresa (art. 38).

Con todo, para la interpretación del contenido y alcance del art. 13 CE resulta obligado, como es sabido, acudir a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, en la que establece una triple clasificación de derechos, basada en la distinción entre titularidad de los derechos y ejercicio de los mismos, también presente, como se verá más adelante, en el Código civil. De este manera, puede identificarse un primer grupo de derechos que se atribuyen por igual a los españoles y a los extranjeros y cuya regulación ha de ser la misma para ambos, en cuanto derechos inherentes a la dignidad de la persona

(tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a libertad ideológica o a la tutela judicial efectiva). En segundo lugar, están los derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros que no son otros que los derechos políticos contemplados en el art. 23 CE. Y en tercer y último lugar, existen otros derechos que corresponden (o no) a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio; así sucede, por ejemplo, con el derecho al trabajo, en cuanto su ejercicio se encuentra condicionado a la obtención de las oportunas autorizaciones previstas en la legislación de extranjería.

La misma toma de postura favorable a la equiparación de los extranjeros se ha vista reflejada ulteriormente en la legislación de extranjería. Así, el art. 3.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social -en adelante, LOEX- dispone, en coincidencia con el art. 13 CE, que “Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en esta ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”. Por añadidura, el precitado art. 3.1 LOEX fija el criterio interpretativo general según el cual, “los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta ley en condiciones de igualdad con los españoles”. Este principio general previsto en el art. 3.1 LOEX se completa con dos importantes precisiones incluidas en el apartado 2º del mismo precepto que se exponen a continuación. En primer lugar, el art. 3.2 -cuyo tenor reproduce casi literalmente el mandato del art. 10.2 CE- precisa que las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros “se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias vigentes en España”. Todo ello, según matiza el mismo precepto en su segundo inciso, “sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas”.

II. LOS DERECHOS CIVILES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

1. El principio de equiparación en cuanto al goce de los derechos civiles del art. 27 Cc.

El art. 27 Cc constituye el precepto clave a tener en cuenta a la hora de abordar el análisis de los derechos civiles de los extranjeros en España. Dicho artículo consagra el principio de equiparación en cuanto al goce de los derechos civiles por los extranjeros en España, aunque dejando a salvo las posibles excepciones legales y convencionales.

Son diversas las razones a las que obedece la inclusión de este precepto en el texto codificado, entre las que cabe destacar, de una parte, la tradición jurídica española, la ideología liberal imperante en el momento de redacción del Código civil y la influencia del Código civil italiano de 1865 en este punto (art. 1.3: "Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini").

De cualquier modo, para dilucidar el sentido del artículo indicado, tres son las cuestiones que conviene clarificar: el significado que debe darse al término *extranjeros*; los derechos a que se refiere con la expresión *derechos civiles*; y el sentido del verbo *gozan*.

a) En lo que atañe a la primera cuestión, cabe afirmar que el término *extranjeros* utilizado por el precitado art. 27 hace referencia a una categoría global, comprensiva de todas aquellas personas, ya sean físicas o jurídicas, que no tengan la condición de nacionales, por lo que debe ser entendida, en principio, en su sentido más amplio, sin que quepan discriminaciones por razón de la procedencia de los extranjeros. Ahora bien, el art. 27, al aludir en su segundo inciso a los tratados, deja abierto un resquicio para que pueda existir una discriminación positiva, por la que, en virtud de convenio bilateral, los nacionales de ciertos países puedan gozar de una situación más ventajosa en cuanto a sus derechos civiles que el resto de los extranjeros, de tal manera que respecto a ellos no van a jugar las excepciones al principio de equiparación que admite el Derecho español y, por consiguiente, van a tener la condición de extranjeros privilegiados.

Al margen de los convenios internacionales, también pueden calificarse de extranjeros privilegiados en nuestro país los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, puesto que las excepciones al principio de igualdad que se admiten en Derecho civil español no pueden operar respecto a ellos en todo lo que contraría las libertades propias de la Unión. Junto a ello, no puede obviarse que la situación de privilegio de los extranjeros procedentes de la Unión Europea ha incidido positivamente en el estatuto jurídico del resto de los extranjeros, ya que algunas liberalizaciones efectuadas en nuestro Derecho de Extranjería en previsión del ingreso en la Unión Europea posteriormente se han extendido total o parcialmente al resto de los extranjeros, lo que ha sucedido por ejemplo en materia de adquisición de inmuebles.

De otra parte, existen ciertas categorías de extranjeros, los refugiados y los apátridas, a los que nuestro Ordenamiento jurídico trata de compensar de su situación de especial desprotección, suprimiendo para ellos algunas de las excepciones que en el sistema jurídico español se admiten al principio de igualdad, así como ofreciéndoles alguna pequeña ventaja en cuanto a la adquisición de la nacionalidad española.

b) Sentado lo anterior, procede concretar en segundo lugar el ámbito objetivo del art. 27 Cc o, lo que es lo mismo, precisar qué clase de derechos incluye la expresión *derechos civiles*. Es obvio que tal expresión no alude a los derechos de carácter político, administrativo y laboral, los cuales tienen su propio régimen legal especial y diferenciado, y respecto de los cuales la jurisprudencia ha negado sistemática y reiteradamente la aplicación del principio de equiparación establecido en materia civil. Tampoco se refiere a los derechos de carácter mercantil, ya que éstos también tienen su propia reglamentación en el art. 15 Cco, el cual, según se ha visto, mantiene un criterio coincidente con el art. 27 Cc, favorable a la equiparación de derechos. Del mismo modo, el art. 27 Cc tampoco hace referencia a los derechos fundamentales y libertades públicas, en cuanto que están dotados de su propio marco legal, ajeno a dicho precepto e integrado, en concreto, por el art. 13.1 CE, desarrollado por la LOEX, lo cual no significa que estén vedados a los extranjeros, sino todo lo contrario. En definitiva, el art. 27 Cc sólo se refiere a derechos de naturaleza civil, entendiendo por tales, con IRIARTE ÁNGEL, aquellos derechos que hacen directa referencia a la persona en cuanto titular de un patrimonio y de unas relaciones familiares¹. Puede afirmarse, por consiguiente, que los extranjeros gozan en España de los derechos de familia y, entre ellos, del derecho al matrimonio (incluido entre personas del mismo sexo: Resolución-Circular DGRN de 29 julio 2005), pueden celebrar contratos civiles de todo tipo, pueden ser titulares de cualesquiera derechos reales y gozan de capacidad testamentaria activa y pasiva.

La jurisprudencia, por su parte, ha contribuido a ampliar el alcance del art. 27 Cc. De hecho, el Tribunal Supremo ya en su temprana STS 1 febrero 1912 atribuye "espíritu expansivo" a dicho precepto, a la par que lo califica de "principio fundamental" y "garantía de derechos internacionales", para hacer extensivo a los extranjeros el beneficio de pobreza.

Posterior en el tiempo, la STS 27 noviembre 1950 acude, de nuevo, al art. 27 Cc para reconocer a un extranjero los beneficios derivados de la legislación arrendaticia urbana en aquel momento vigente -Ley de Arrendamientos Urbanos de 1944- y, en particular, el derecho de prórroga forzosa. Así, argumenta que "a la obligada aplicación del principio de igualdad entre españoles y extranjeros establecido en el artículo 27 del Código sustantivo sólo podría oponerse en su caso alguna de estas excepciones; que el artículo 2 de la Constitución a que el precepto se refiere [Constitución española de 1876] estuviese vigente y estableciese trato desigual entre españoles y extranjeros o bien que existiera un tratado internacional que, asimismo, se opusiera a la igualdad establecida como principio, y no dándose en éste ninguna de esas condiciones es ineludible declarar que los extranjeros tienen derecho a la prórroga que otorga el artículo 70 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, lo que impide estimar la acción de desahucio deducida por la actora".

¹ Cfr. IRIARTE ÁNGEL, J. L.: *Los derechos civiles de los extranjeros en España*. Madrid (1988): La Ley, p. 86.

E igualmente, puede traerse a colación la STS 10 octubre 1960 en la que se reconoce, con base en el art. 27 Cc, el derecho de los extranjeros a detentar títulos nobiliarios españoles en los siguientes términos: "en ninguna de las disposiciones de la referida Ley [de 4 de mayo de 1948] se excluye a los extranjeros de la posible aplicación a los mismos de dicha legislación sobre títulos nobiliarios y, consiguientemente, del posible disfrute de los mismos, previa su pertinente reclamación en legal forma, cuando por legítima sucesión les corresponda; materia ésta que el derecho sucesorio regula y a la que, por ende, son las disposiciones del artículo 10 del Código civil las verdaderamente aplicables al caso; complementadas éstas todavía, en beneficio de los extranjeros por lo estatuido en el artículo 27 del mismo cuerpo legal".

En fechas más recientes se refieren, asimismo, al alcance general del art. 27 Cc las SSTs de 11 julio 1985, de 2 octubre 1987 y de 19 noviembre 1990.

Al amparo de esta jurisprudencia, puede defenderse, con IRIARTE ÁNGEL, que el art. 27 Cc concede a los extranjeros, en términos de equiparación con los nacionales, los derechos civiles contenidos no sólo en el Código civil, sino en la legislación civil en general, sin que quepan otras excepciones que las previstas en las leyes civiles especiales y en los tratados. Por tanto, si una ley civil no especifica nada al respecto habrá que interpretarla en el sentido que los extranjeros gozan de los derechos reconocidos en la misma en los mismos términos que los nacionales².

Finalmente, queda un último problema a resolver en relación con el ámbito objetivo del art. 27 Cc. Y es que, desde el momento que en el Estado español coexiste una pluralidad de Derechos civiles -como es sabido, el Derecho civil estatal y los Derechos civiles territoriales-, se plantea la cuestión relativa a si los extranjeros pueden gozar de los derechos concedidos ya no sólo por el Código civil y las leyes civiles especiales, sino por los Derechos civiles territoriales, forales o especiales. Ocasionalmente se ha respondido afirmativamente con base a una antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 13 febrero 1920, en la que el Alto Tribunal declaró la validez del testamento otorgado por un mejicano ante un notario de Barcelona de acuerdo con las formalidades del Derecho civil catalán. No obstante, el razonamiento de esta sentencia, aunque correcto respecto del caso enjuiciado, no puede predicarse con carácter general, ya que, en atención a lo dispuesto en los aptdos. 1 y 8 del art. 9 Cc, así como en el art. 11 del mismo cuerpo legal, hay que distinguir entre aspectos formales y sustanciales de los testamentos, de tal modo que, si bien los primeros se rigen por la ley del lugar de otorgamiento -en el caso enjuiciado el Derecho civil catalán-, no puede decirse lo mismo de los segundos, que están sometidos a la ley personal del causante, que en el caso de un extranjero nunca podrá ser un Derecho civil territorial. Ello es así, en cuanto que los arts. 15 y 16 Cc se rigen por el principio

2 Cfr. IRIARTE ÁNGEL, J. L.: *Los derechos civiles*, cit., p. 87.

según el cual el extranjero mientras no adquiere o no recupera la nacionalidad española no puede acceder a la vecindad civil que, como es sabido, es la que determina el sometimiento a uno de los Derechos civiles que coexisten en España. Por consiguiente, no parece que pueda afirmarse que los extranjeros gocen, como regla, de los derechos reconocidos por los Ordenamientos civiles territoriales; ello sin perjuicio de alguna salvedad, p.e. en materia de medidas urgentes de protección de menores e incapaces, siempre de ámbito territorial (art. 9.6 Cc).

c) Una vez delimitado el alcance subjetivo y objetivo del art. 27 Cc, resulta necesario aclarar el significado del término *goce* que utiliza el mencionado precepto, por influencia del art. 3 del Código civil italiano de 1865, al referirse a los derechos civiles de los extranjeros en España. En concreto, interesa precisar si dicho término puede interpretarse (o no) como sinónimo de *ejercicio*. Pues bien, si atendemos al criterio de la doctrina mayoritaria, la respuesta ha de ser negativa. En efecto, la mayor parte de los autores destacan a este respecto que, si bien el art. 27 Cc concede a los extranjeros el *goce* de los derechos civiles, el art. 9.1 del mismo cuerpo legal establece que la ley personal de cada persona es la que regula su capacidad y estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte, y, por consiguiente, de esa ley nacional dependerá el efectivo *ejercicio* de los derechos civiles. Por todo ello hay que concluir que el art. 27 Cc equipara a los extranjeros con los nacionales en cuanto al *goce* de los derechos civiles, concediendo a los no españoles la facultad de acceder a los mismos derechos que los españoles -o *capacidad jurídica*-, pero sometiendo el *ejercicio* efectivo de tales derechos -o *capacidad de obrar*- a la ley designada por nuestro sistema conflictual que, en principio y de acuerdo con el art. 9.1 Cc, será la de la nacionalidad del sujeto. En otras palabras, será el Ordenamiento jurídico designado por las normas de conflicto españolas el que determine el ejercicio y configuración del derecho civil de que se trate. De este modo, podemos encontrarnos ante situaciones paradójicas. Así, puede darse el caso de un extranjero que pueda acceder a un derecho civil en nuestro país, porque el art. 27 Cc le reconoce esa aptitud, pero no pueda ejercerlo, porque su ley personal no le atribuya la capacidad necesaria para su ejercicio. En concreto, el problema se ha planteado en la práctica respecto de los matrimonios entre personas del mismo sexo, siendo una de ellas española y la otra extranjera, cuya ley personal no se lo permita. Finalmente la cuestión ha sido resuelta por la Resolución Circular DGRN 29 julio 2005 en sentido favorable a su validez en España, tanto se haya celebrado en España como en el extranjero, invocando para ello los siguientes argumentos: a) la analogía con la figura de las parejas de hecho homosexuales reconocidas y reguladas por un amplio número de leyes autonómicas españolas que, bien como criterio de conexión bien como elemento delimitador de su ámbito de aplicación, acuden preferentemente a la vecindad administrativa, concepto vinculado a la residencia habitual de sus miembros; b) la proximidad *forum-ius*; c) el principio del *favor matrimonii*; d) la consideración del *ius nubendii* como derecho constitucional (art. 32 CE), puesto en conexión con la

extensión de la prohibición de toda discriminación por razón de *orientación sexual*, acogida expresamente en el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 diciembre 2000; e) la vinculación del ejercicio efectivo del derecho al matrimonio con el principio del libre desarrollo de la personalidad reconocido en el art. 10.1 CE; e) el criterio interpretativo de la realidad social del art. 3 Cc; y f) la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante los años de vigencia de la Ley del divorcio de 2 marzo 1932, favorable al divorcio de españoles casados con extranjeros nacionales de países que no reconocían en la época esta institución.

2. La incidencia del sistema conflictual español.

En atención a la circunstancia de que el Ordenamiento jurídico reclamado por el sistema conflictual español conforma la extensión y contenido de los derechos civiles reconocidos a los extranjeros, interesa hacer una breve aproximación al sistema conflictual español en materia de estatuto personal.

A este respecto, y según se ha indicado, la regla de base se encuentra formulada en el art. 9.1 Cc, cuyo tenor es el siguiente: "La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior".

De la lectura de este precepto resulta, por consiguiente, que es la ley de la nacionalidad la que rige el estatuto personal. En particular, dentro del estatuto personal, la ley nacional rige la capacidad y estados civiles, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. Esta regla se ve confirmada en los siguientes apartados del art. 9, sin perjuicio de ciertas matizaciones.

Así, de acuerdo con su aptdo. 4, es la ley nacional la que rige el carácter y contenido de la filiación y las relaciones paterno-filiales.

También se rigen, como regla, por la ley de la nacionalidad la tutela y demás instituciones de protección de los menores e incapacitados (art. 9.6 Cc).

La sucesión *mortis causa* se regula, en principio, por la ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento. No obstante, existen dos excepciones en orden a la aplicación de la última ley nacional del causante, a saber: primera, los testamentos y pactos sucesorios otorgados conforme a la ley nacional del causante en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra su nacionalidad en el momento de su fallecimiento; y segunda, los derechos que ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del

matrimonio. En todo caso, y sin perjuicio de lo anterior, la legítima se regirá siempre por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento (art. 9.8 Cc).

También la ley nacional juega un papel importante en materia de adopción. Así, el art. 19 de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional -a la que se remite el art. 9.5 Cc- dispone que la ley nacional del adoptando rige en lo referente tanto a la capacidad de éste como a los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción en dos supuestos, a saber: primero, cuando el adoptando tenga su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción; y segundo, cuando el adoptando no adquiriera la nacionalidad española en virtud de la adopción.

Igualmente, la nacionalidad común de las partes actúa como punto de conexión principal en las normas de conflicto formuladas en los aptdos. 2 y 7 del art. 9 Cc que prevén no uno sino varios puntos de conexión jerarquizados entre sí. En concreto, con arreglo al art. 9.2, la ley nacional de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio rige los efectos tanto personales como patrimoniales del mismo; en defecto de la misma, los contrayentes pueden recurrir a la autonomía de la voluntad, eligiendo de común acuerdo, en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio, entre la ley nacional o de la residencia habitual de cualquiera de ellos; a falta de elección se aplicará la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio; y, en su defecto, la ley del lugar de celebración del matrimonio.

También, en relación con la ley aplicable a la obligación legal de alimentos, el art. 9.7 Cc utiliza como conexión principal la nacionalidad común del alimentista y alimentante, si bien este precepto ha sido desplazado por la ratificación por España del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, donde se fija como punto de conexión principal, en lugar de la nacionalidad común, la residencia habitual del alimentista.

En definitiva, de lo expuesto hasta ahora resulta que el criterio generalizado que rige en Derecho español es el de aplicación de la ley de la nacionalidad al estatuto personal. No obstante, el propio Código civil contempla una serie de excepciones en que esta regla general no entra en juego, de tal manera que la ley personal es desplazada por la ley española.

Así, en primer lugar, y con carácter general, debe excluirse la aplicación de la ley extranjera cuando sea contraria al orden público español (art. 12.3 Cc). En este sentido, a partir de la Constitución española de 1978 se consideran contrarias al orden público aquellas normas extranjeras que contravengan o lesionen los derechos fundamentales o las libertades públicas contempladas en la Carta Magna, tales como la libertad religiosa, la igualdad entre los cónyuges, la libertad de empresa

o el derecho de propiedad. En concreto, el recurso al orden público español ha sido utilizado por la Dirección General de Registros y del Notariado para rechazar la aplicación de la ley extranjera en los siguientes supuestos: a) leyes extranjeras que admiten los matrimonios poligámicos, no reconociendo capacidad matrimonial a las personas ya ligadas por anterior matrimonio no disuelto (entre otras, Resoluciones DGRN 14 diciembre 2000 y 6 mayo 2010); b) leyes extranjeras que prohíben contraer matrimonio entre personas de distintas religiones, en particular respecto de las leyes que limitan el derecho de la mujer musulmana a contraer matrimonio con varón no musulmán (Resoluciones de 7 junio 1992 y 1ª de 10 junio 1999); c) leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre transexual con persona de su mismo sexo biológico, pero distinto sexo legal por no reconocer el cambio de sexo declarado judicialmente en España (Resolución 3ª 24 enero 2005); d) leyes extranjeras que admiten el matrimonio entre menores que no hayan alcanzado la edad a partir de la cual el impedimento de edad es dispensable (Resolución 3ª 15 junio 2004); y e) leyes extranjeras que autorizan el matrimonio sin necesidad de la voluntad libre y real prestada por cada uno de los contrayentes o aún en contra de la voluntad de los mismos (Resolución 1ª 7 julio 2005).

Al margen de lo anterior, es posible identificar una serie de supuestos de aplicación de la ley española en detrimento de la ley nacional, algunos de los cuales se exponen a continuación:

a) En materia de separación o divorcio: El art. 107.2 Cc, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, prevé que la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio; y si los cónyuges tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio, siempre que uno de ellos resida habitualmente en dicho Estado en el momento de la presentación de la demanda. Pero en todo caso se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: a) si no resulta aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas; b) si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o divorcio se pide de mutuo acuerdo; c) si las leyes anteriormente mencionadas no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.

b) En materia de adopción: De acuerdo con el art. 18 Ley de Adopción Internacional -a la que, como se ha indicado, se remite el art. 9.5 Cc-, la adopción constituida por la autoridad competente española se rige por la ley española bien cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción, bien cuando haya sido o vaya ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en nuestro país.

Tales criterios se mantienen en el nuevo art. 18 en su redacción dada por el Proyecto de Ley de Protección a la infancia, si bien en el art. 19 se introduce una importante matización, a mi juicio muy acertada, referente a la denegación de la constitución de la adopción en el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción (como es el caso p.e. del Código de Familia marroquí)³, salvo cuando el menor se encuentre bajo la tutela automática de la Administración española.

c) En materia de tutela y demás instituciones de protección de menores e incapacitados: El art. 9.6 Cc fija la aplicación de la ley española en tres casos: primero, en cuanto a las medidas provisionales o urgentes de protección a adoptar respecto de los menores e incapacitados que residan habitualmente en España; segundo, en cuanto a las formalidades de constitución de la institución protectora de que se trate, cuando en la misma intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas; y tercero, para adoptar las medidas de protección respecto de los menores e incapacitados abandonados que se encuentren en territorio español.

d) En materia de derechos reales: Según resulta del art. 10.1 Cc, respecto de los bienes muebles e inmuebles sitos en España rige la ley española en lo referente a las siguientes cuestiones: a) clasificación general de los bienes y distinción entre bienes muebles e inmuebles; b) clases de derechos reales y límites a la autonomía de la voluntad en la creación de derechos reales en un sistema de numerus apertus como es el español; c) contenido del derecho real, efectos entre las partes y oponibilidad frente a terceros; d) modos de adquisición y transmisión de los derechos reales; y e) formas de publicidad mobiliaria e inmobiliaria.

e) En materia de contratos de adhesión: La Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación es aplicable a los extranjeros que hayan prestado su adhesión al contrato en territorio español y tengan en éste su residencia habitual, aunque el contrato esté sometido a la legislación extranjera (art. 3.2, en su redacción dada por la Ley 44/2006 de mejora de la protección de los consumidores y usuarios).

f) En materia de protección de consumidores y usuarios: Del art. 67 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias en su redacción dada por la Ley 3/2014 resulta la aplicación imperativa de las normas españolas de protección tanto frente a las cláusulas abusivas como en materia de garantías, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, siempre que éste “mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo”.

3 Sobre el particular puede consultarse mi trabajo “La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí”, ADC (2013), núm. 3, pp. 1045-1107.

3. EXCEPCIONES A LA EQUIPARACIÓN EN CUANTO AL GOCE DE LOS DERECHOS CIVILES.

Según resulta de la lectura del art. 27 Cc, el principio general de equiparación entre españoles y extranjeros en cuanto al goce de los derechos civiles puede ser objeto de excepciones en virtud de lo dispuesto en las *leyes especiales* y en los *tratados internacionales*. De este modo, se establecen dos tipos de excepciones, las legales y las convencionales. A su vez, dentro de las excepciones de índole legal, puede distinguirse entre los casos en que existen prohibiciones, restricciones o controles específicos, y los supuestos de sometimiento al principio de reciprocidad. todo, la evolución del Derecho español en las últimas décadas ha traído consigo que las excepciones al principio de equiparación sean cada vez menos numerosas y de menor entidad. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que tanto cuando la legislación española impone prohibiciones o restricciones como cuando acude a la reciprocidad está estableciendo excepciones a un principio general como es el de la equiparación entre nacionales y extranjeros en materia de goce de derechos civiles, las cuales por su carácter excepcional deben ser interpretadas restrictivamente.

3.1. Excepciones de índole legal.

3.1.1. Supuestos de prohibiciones y restricciones.

3.1.1.1. En la adquisición de la propiedad u otros derechos reales inmobiliarios.

Dentro del ámbito de los derechos civiles es, sin duda, en la cuestión relativa a la adquisición de inmuebles donde los extranjeros están sujetos a mayores limitaciones por la legislación española. En su mayoría estas restricciones aparecieron en la década de los años treinta del siglo pasado, motivadas por la crisis del liberalismo y por la inseguridad política que vivía Europa en los momentos previos a la II Guerra Mundial y que impelía a todos los Estados a reforzar su legislación en materia de protección de la seguridad nacional. Por añadidura, en lo que hace a España esta legislación restrictiva se vio reforzada tras la Guerra civil, ya que la ideología imperante entonces en nuestro país propugnaba la autarquía económica y, por tanto, era partidaria de cerrarse a las inversiones extranjeras. Con todo, la progresiva liberalización de las inversiones extranjeras a partir de la década de los ochenta del pasado siglo ha determinado la paulatina desaparición de las trabas existentes a la adquisición de inmuebles por parte de los extranjeros, de tal modo que en la actualidad sólo puede hablarse propiamente de restricciones por razón de la defensa nacional.

A) Restricciones por razón de interés para la defensa nacional.

Las limitaciones a la adquisición de inmuebles ubicados en zonas de interés para la defensa nacional fueron introducidas en Derecho español por la Ley de 23 de

octubre de 1935 y su Reglamento de 28 de febrero de 1936, fruto de la tensión política que se vivía en aquel momento en Europa y que se hacía especialmente patente en España. La precitada Ley en su art. 1 exigía la previa autorización del Ministerio de la Guerra para la adquisición por extranjeros de la propiedad de fincas o terrenos situados en zonas de interés militar; así como para la constitución a su favor de derechos reales limitados sobre los referidos inmuebles. Tras la Guerra civil, el contenido de esta regulación fue completado por la Orden de 26 de diciembre de 1949, los Decretos de 8 de junio de 1956 y de 21 de marzo de 1958 y la Ley de 21 de mayo de 1960. Con posterioridad, la Ley de Inversiones Extranjeras de 31 de octubre de 1974 confirmó en su art. 17 la vigencia de esta normativa, remitiéndose a la misma y no alterando su contenido. En fechas más recientes, las limitaciones que operan en este sector pasaron a ser reguladas por la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional y su Reglamento de desarrollo aprobado por RD 689/1978, de 10 de febrero. Ambas normas continúan en vigor actualmente, si bien hace casi dos décadas el texto legislativo fue modificado por Ley 31/1990, de 27 de diciembre, a fin de excluir de su ámbito a los ciudadanos de la Unión Europea.

De acuerdo con la normativa hoy en vigor y, en particular, en atención al art. 4 Ley 8/1975, que reproduce el art. 4 RD 689/1978, son *zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros* aquellas 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 de los demás derechos reales por personas físicas o jurídicas de nacionalidad o bajo control extranjero.

Dichas zonas, que especifica el art. 32 Reglamento, son las siguientes:

a) *Territorios insulares*: comprenden la totalidad de las islas e islotes de soberanía nacional. En dichos territorios los extranjeros pueden tener propiedades y otros derechos reales inmobiliarios hasta un porcentaje máximo del 15% en islas de superficie igual o superior a Formentera. En islas de superficie inferior a la indicada se les niega el acceso a la propiedad y demás derechos reales.

b) *Zona de Cartagena*: porcentaje máximo de adquisición por extranjeros, el 15%

c) *Zona del Estrecho de Gibraltar*: porcentaje máximo de adquisición por extranjeros, el 10%.

d) *Zona de la bahía de Cádiz*: porcentaje máximo de adquisición por extranjeros, el 10%.

e) *Zona fronteriza con Portugal*: porcentaje máximo de adquisición por extranjeros, el 15%.

f) *Zona de Galicia*: porcentaje máximo de adquisición por extranjeros, el 15%.

g) *Zona fronteriza con Francia*: porcentaje máximo de adquisición por extranjeros, el 15%.

h) *Territorios españoles del Norte de África no insulares*: porcentaje máximo de adquisición por extranjeros, el 5%.

La principal restricción a que están sujetos los extranjeros en estas zonas radica en que no pueden adquirir libremente propiedades ni cualquier otro derecho real inmobiliario, toda vez que la extensión total de los inmuebles que les puede pertenecer en propiedad o que pueden ser gravados con derechos reales limitados a su favor no puede exceder del porcentaje indicado en cada caso (art. 33 RD 689/1978). En orden a las consecuencias de la vulneración de dicha prohibición, el art 23 Ley 8/1975 y el art. 44 RD 689/1978 prevén que, si bien no afectará al estado jurídico y fáctico de las propiedades que hubiesen adquirido los extranjeros, éstas podrán ser objeto de expropiación forzosa sin ulterior derecho de reversión si se estima necesario para salvaguardar los intereses de la defensa nacional.

Al margen de los porcentajes máximos de adquisición indicados, la normativa examinada impone a los extranjeros una prohibición consistente en que no pueden adquirir por usucapión o prescripción adquisitiva la propiedad ni otros derechos reales que tengan por objeto inmuebles ubicados en tales zonas (art. 26 Ley 8/1975 y art. 48 RD 689/1978).

Por añadidura, la adquisición de la propiedad u cualquier otro derecho real por los extranjeros en las zonas de acceso restringido está sujeto a un doble mecanismo de control, uno a cumplir con carácter previo al acto transmissivo o constitutivo del derecho real de que se trate, y otro de modo ulterior:

En primer lugar, los no nacionales deben solicitar y obtener autorización militar previa a la formalización del acto no sólo para acceder a la propiedad de los inmuebles ubicados en estas zonas, sino también para la constitución, transmisión y modificación de cualesquiera derechos reales limitados a su favor, e incluso para construir obras o edificaciones de cualquier clase (art. 18 Ley 8/1975 y art. 37 RD 689/1978). En concreto, dicha autorización ha de solicitarse al Ministerio de Defensa -o a las autoridades militares en quien delegue éste- por el procedimiento previsto en los arts. 79 a 87 RD 689/1978. En todo caso, la autorización es necesaria, cualquiera que sea el título oneroso o lucrativo, *inter vivos* o *mortis causa* en virtud del cual se verifique la adquisición de la propiedad o la constitución de derechos reales limitados, según se desprende del art. 25 Ley 8/1975 y del art. 46 RD 689/1978.

Las sanciones previstas legalmente a la ausencia de autorización militar son la demolición, total o parcial -entiéndase, de la construcción efectuada en su caso- o la expropiación forzosa, a acordar alternativamente por el Ministerio de Defensa en función de las circunstancias del caso, junto a la posible imposición de sanciones pecuniarias en atención a la importancia objetiva de la infracción cometida y a la intencionalidad de sus autores (art. 29 Ley 8/1975 y art. 91 RD 689/1978. Vid. SSTs de 21 febrero 2001 y de 23 octubre 2002). Excepcionalmente, el régimen sancionatorio descrito no resulta aplicable a las transmisiones *mortis causa* verificadas a favor de extranjeros sin autorización militar; toda vez que respecto de las mismas el art. 25 Ley 8/1978 contiene una previsión especial -que reproduce el art. 46 del Reglamento-, según la cual de no solicitar el adquirente dicha autorización en el plazo de tres meses a contar desde la adquisición de la herencia, deberá proceder a la enajenación del inmueble o inmuebles adquiridos en el plazo de un año a computar, igualmente, desde aquel momento. Transcurrido el año sin haber procedido a la enajenación de aquéllos, o el mismo plazo desde la denegación de la autorización, el Ministerio de Defensa podrá proceder a su expropiación forzosa. En cualquier caso, no parece que el acto verificado sin la oportuna autorización administrativa adolezca de nulidad, ya que, en atención a lo dispuesto en el art. 6.3 Cc, los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, como es el caso⁴.

Como segundo mecanismo de control se impone la inscripción obligatoria en el Registro de la Propiedad de los actos y contratos que tengan por objeto la constitución, reconocimiento, transmisión o extinción a favor de extranjeros de la propiedad u otros derechos reales sobre inmuebles situados en las zonas de acceso. De no practicarse la inscripción en el plazo de dieciocho meses a contar desde el otorgamiento del acto o contrato de que se trate, la sanción prevista es la nulidad absoluta (art. 21 Ley 8/1975 y art. 41 RD 689/1978)⁵. Por añadidura, según resulta del art. 20 de la Ley y del art. 40.1 del Reglamento, la inscripción no podrá practicarse en defecto de previa acreditación de la oportuna autorización militar; sin que sea admisible la subsanación mediante su ulterior obtención y presentación ante el Registro de la Propiedad una vez transcurrido el plazo fijado (Resoluciones DGRN de 28 enero y de 29 enero 2004).

4 Cfr. LORENZO SERRA, L.: "Adquisición por extranjeros del dominio y derechos reales sobre inmuebles en zonas de acceso restringido. Autorización militar. Inscripción en el Registro de la Propiedad" (URL: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/autorizacion-militar.htm>, consultada el 18 febrero 2015).

5 LORENZO SERRA, L.: "Adquisición por extranjeros del dominio", cit., se desvincula del tenor literal de los preceptos indicados para defender la validez del acto no inscrito en el plazo fijado legalmente por considerar esta interpretación más acorde con las normas del Cc sobre requisitos esenciales del contrato. De este modo, el acto conserva su validez, si bien requerirá una nueva autorización militar por no haberlo inscrito en plazo. Personalmente, discrepo de esta interpretación con base, de nuevo, en el art. 6.3 Cc.

En cualquier caso, actualmente las limitaciones y mecanismos de control descritos no afectan a todos los extranjeros, sino sólo a los nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea -ya sean personas físicas o jurídicas, según precisan el art. 18 Ley 8/1975 y el art. 37 RD 689/1979-, toda vez que los ciudadanos de la Unión Europea fueron excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 8/1975 en virtud de su Disposición Adicional incorporada por la Ley 31/1990, de 27 de septiembre -vid. STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 junio 1992 y STSJ de Andalucía de 26 septiembre 2003-. Y ello, como advierte atinadamente DE LUCAS FERNÁNDEZ, con independencia de que el extranjero pueda merecer la condición de sujeto de inversión extranjera, ya que en la normativa aquí examinada las limitaciones se imponen, no por razón de control de cambios o de inversión extranjera, sino por razones de defensa nacional⁶. Obviamente, ello no obsta a que adicionalmente hayan de observarse las normas sobre inversiones extranjeras en caso de que el adquirente tenga la condición de inversor extranjero. Junto a los extranjeros, dichas limitaciones afectan, igualmente, a las sociedades españolas que se encuentren en una de las dos situaciones que se describen a continuación: bien que su capital pertenezca en más del 50% a personas físicas o jurídicas extranjeras no nacionales de Estados miembros de la Unión Europea; bien que, aun siendo la participación extranjera menor, los socios nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea tengan una situación de 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 (art. 19 de la Ley 8/1975, en su redacción dada por la Ley 31/1990).

Con todo, las restricciones impuestas a los extranjeros por razones de seguridad nacional no se aplican excepcionalmente en dos supuestos. El primero de ellos se da cuando el inmueble de que se trate esté situado en los núcleos urbanos o en las zonas urbanizadas o de ensanche de poblaciones no fronterizas, entendiéndose por tales las ubicadas en términos municipales no colindantes con una frontera. Este supuesto, de acuerdo con el art. 16 Ley 8/1975 y el art. 35.1 RD 689/1978, queda fuera del ámbito de aplicación del régimen jurídico relativo a las zonas de acceso restringido, de lo que resulta que todas las disposiciones que lo integran, y no sólo las referentes al porcentaje máximo de adquisición por los extranjeros, son inaplicables a tales núcleos o zonas, según matiza la Dirección General de Registros y del Notariado en su Resolución de 27 marzo 1979. Ahora bien, como aclara la Resolución DGRN de 30 julio 1986, la excepción a que nos hemos referido "tiene una importante dimensión temporal que no es posible desconocer; por cuanto las sucesivas ampliaciones del suelo urbano que se realicen no pueden comprometer los intereses de la defensa nacional y así el citado precepto señala que la excepción es plena para los terrenos que la fecha de la entrada en vigor del citado Reglamento

6 Cfr. DE LUCAS FERNÁNDEZ, F.: "La nueva regulación de las inversiones exteriores. Inversiones extranjeras en España. Adquisición de inmuebles en zonas estratégicas", *Revista de Derecho Notarial* (2002-I), p. 187.

merezcan aquella consideración, pero no para las que con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento se produzcan en virtud de Planes Urbanísticos que no hayan sido informados favorablemente por el Ministerio de Defensa”.

La segunda excepción opera respecto de los inmuebles ubicados en un centro o zona declarada de interés turístico nacional. En este supuesto, según prevén el art. 18 Ley 8/1975 y el art. 38.1 RD 689/1978, se entenderá concedida la autorización militar, salvo que el Ministerio de Defensa disponga otra cosa previamente a la declaración de interés turístico (vid. Resolución DGRN de 20 octubre 1980).

B) Restricciones derivadas de la legislación sobre inversiones extranjeras.

La posición poco favorable hacia las inversiones extranjeras característica del anterior régimen político tuvo su incidencia en la adquisición de inmuebles por extranjeros, dando lugar a importantes restricciones. De hecho, todavía en el Texto Refundido de las disposiciones legislativas sobre inversiones extranjeras en España de 31 octubre 1974 (arts. 18.1 y 19) y en su Reglamento de la misma fecha (arts. 22.1 y 23) se configuraba un régimen muy restrictivo en cuanto a la adquisición por extranjeros de la propiedad u otros derechos reales sobre inmuebles sitos en España, ya que tal adquisición se condicionaba, como regla, a la obtención de previa autorización administrativa cuando tuviese por objeto inmuebles rústicos, solares o más de tres viviendas de un mismo inmueble. Por añadidura, se predicaba el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos transmisivos de inmuebles rústicos a favor de extranjeros (art. 18.2 de la Ley y art. 22.2 del Reglamento).

Así las cosas, no es hasta mediados de los ochenta del pasado siglo cuando se inicia en nuestro país, fruto de las nuevas circunstancias políticas y socio-económicas, un importante proceso liberalizador en materia de inversiones extranjeras, resultando decisivo en este punto el RD Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica y el RD 1042/1985, de 29 de mayo, por el que se liberaliza el régimen de autorización de las inversiones extranjeras en España. Según se hace constar en sus respectivas Exposiciones de Motivos, los objetivos perseguidos por ambas disposiciones eran los siguientes: primero, estimular las inversiones extranjeras en España para que fuesen motor de recuperación económica de nuestro país; y segundo, adaptar la legislación española en la materia a la entonces Comunidad Económica Europea, preparando así nuestro ingreso en la misma en cuanto a la libre circulación de capitales y las libertades de establecimiento y prestación de servicios. Ello se tradujo, en lo que aquí interesa, en la sustitución del trámite de la autorización administrativa por el de la verificación administrativa (según resulta de la lectura conjunta del art. 6 del RD Ley 2/1985 y del art. 2 del RD 1042/1985), cuya ulterior concreción se operó en virtud del RD Legislativo 1265/1986, de 27 de junio, sobre inversiones extranjeras en España y del RD 2077/1986, de 25 de septiembre, por

el que se aprueba el Reglamento de inversiones extranjeras en España. En efecto, ambas normas -que derogan la Ley de 1974 y su Reglamento- exigen la verificación administrativa de aquellas inversiones que tengan por objeto la adquisición por personas jurídicas extranjeras o por personas físicas extranjeras no residentes en España de las siguientes clases de inmuebles: inmuebles de naturaleza rústica, solares, locales comerciales y más de tres pisos ubicados en un mismo edificio o, en general, más de tres unidades de una misma división horizontal (art. 13.2 del RD Legislativo 1265/1986 y art. 12.2 RD 2077/1986).

El siguiente paso en el proceso de liberalización de las inversiones extranjeras en nuestro país viene representado por la Ley 18/1992, de 1 de julio y el RD 671/1992, de 2 de julio, que derogan respectivamente el Decreto Legislativo 1265/1986 y el RD 2077/1986. En lo que aquí interesa, el RD 671/1992 consagra en su art. 13 la absoluta libertad de las inversiones extranjeras en inmuebles, salvo en dos únicos supuestos en los que se mantiene la exigencia de la verificación administrativa previa: a) cuando el importe total de la inversión supere los 500 millones de pesetas; b) cuando la inversión, con independencia de su importe, proceda de paraísos fiscales, entendiéndose por tales los relacionados en el RD 1080/1991. Adviértase, por lo demás, que el precitado Decreto, a efectos de calificar una inversión de extranjera, prescinde del criterio de la nacionalidad del sujeto inversor presente en la legislación anterior para adoptar, en su lugar, el criterio de la residencia, en coherencia con la Directiva 88/361/CEE. Así, de acuerdo con su art. 2, pueden ser titulares de inversiones extranjeras en España las personas físicas no residentes en España, entendiéndose por tales los españoles o extranjeros domiciliados en el extranjero o que tengan allí su residencia principal; e, igualmente, las personas jurídicas domiciliadas en el extranjero.

Con posterioridad, esta materia ha sido nuevamente reformada en virtud del RD 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, al objeto de garantizar una completa adecuación de nuestro Ordenamiento interno a las nuevas previsiones de la Unión sobre libertad de movimientos de capital caracterizadas por la ausencia de controles administrativos previos. De este modo, en dicho Decreto se suprime el trámite de la verificación administrativa previa para sustituirlo, en su lugar, por un trámite de declaración de las inversiones al Registro de Inversiones Extranjeras del Ministerio de Economía y Hacienda con el único objeto de facilitar el conocimiento administrativo, estadístico y económico de tales operaciones, haciendo uso así de la facultad reconocida a los Estados miembros por el Tratado de Maastricht en su art. 73D. En concreto y en lo que aquí interesa, están sometidas a la necesidad de declaración al referido Registro únicamente la adquisición de inmuebles cuyo importe total supere los 500 millones de pesetas o su contravalor en euros o, cuando independencia de su importe, proceda de paraísos fiscales (art. 3.e. RD 664/1999). La declaración debe verificarse con posterioridad a la realización de la inversión con arreglo a las reglas fijadas en el art. 4.2.b. RD 664/1999, salvo que tenga

por objeto una inversión procedente de paraísos fiscales, en cuyo caso habrá de efectuarse con carácter previo, según prevé el art. 4.2.a. RD 664/1999. Por lo demás, el RD 664/1999 mantiene el criterio del domicilio del sujeto inversor; presente ya en el RD 671/1992 -al que, por cierto, deroga expresamente- como determinante para calificar una inversión de extranjera.

Esta evolución normativa se cierra a fecha de hoy con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización que, al objeto de facilitar las inversiones en España, dispensa un tratamiento especial en materia de permisos de residencia a aquellos extranjeros -no nacionales de la Unión Europea- que se propongan entrar en España a fin de realizar una "inversión significativa", entendiéndose por tal, conforme a su art. 62.2: a) una inversión inicial por un valor mínimo de 2 millones de euros en títulos de deuda pública española o por valor mínimo de 1 millón de euros en acciones o participaciones sociales de empresas españolas o depósitos bancarios en entidades financieras española; b) la adquisición de bienes inmuebles en España con una inversión mínima de 500.000 euros; c) un proyecto empresarial de interés general, considerándose como tal aquél que implique la creación de puestos de trabajo, la realización de una inversión con impacto socioeconómico relevante en el ámbito geográfico en el que se vaya a desarrollar la actividad y/o la aportación relevante a la innovación científica y/o tecnológica. En cualquier caso, el art. 62.3 Ley 14/2013 prevé que los extranjeros podrán verificar la inversión de capital directamente o través de una persona jurídica que no esté domiciliada en un paraíso fiscal, siempre que posean en ésta mayoría de los derechos de voto y puedan nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

Tales inversores podrán solicitar un visado de residencia por un periodo de un año (art. 63 Ley 14/2013). En caso de que deseen residir en España durante un periodo superior al de vigencia de su visado, podrán solicitar la concesión de una autorización de residencia para actividad empresarial, válida para todo el territorio nacional y con una vigencia temporal de dos años renovables, siempre que cumplan los requisitos previstos legalmente y, en particular, mantener la inversión inicial y estar al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social (arts. 66 y 67 Ley 14/2013).

En todo caso, el acceso a este trato especial se supedita al cumplimiento de los requisitos generales que exige la legislación de extranjería para residir y trabajar por cuenta propia en España, esto es: a) no encontrarse irregularmente en territorio español; b) ser mayor de 18 años; c) carecer de antecedentes penales; d) no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido; e) contar con un seguro de enfermedad; y f) contar con recursos económicos suficientes para sí y para los miembros de su familia durante su periodo de residencia en España (art. 62.3 Ley 14/2013).

3.1.1.2. En Derecho de familia.

Tradicionalmente, la legislación española ha venido imponiendo, asimismo, algunas limitaciones a los extranjeros en el ámbito del Derecho de familia. No obstante, hoy en día estas restricciones han desaparecido en razón de las profundas transformaciones acaecidas en la materia por imperativo de la CE de 1978.

En particular, la principal limitación para los extranjeros en materia de Derecho de familia se encontraba formulada, hasta la reforma del Código civil por la Ley 13/1983, en el núm. 12 del art. 237 que establecía que no podían ser tutores ni protutores los extranjeros que no residiesen en España. Esta limitación fue introducida en el Código civil en su redacción originaria sin que motivase discusión alguna en la Comisión General de Codificación, lo que demuestra que hubo una general aceptación de su utilidad, probablemente porque se creía que un extranjero no residente en España no podía ejercer un cargo tutelar al estar apartado de la persona sometido al mismo. Por esta misma razón, de la lectura conjunta de los arts. 237 y 298 Cc en su redacción anterior, resultaba que el extranjero no residente en España no podía formar parte del Consejo de Familia. En todo caso, la reforma de 1983 hizo desaparecer las discriminaciones que afectaban a los extranjeros en materia de tutela, por no tener correcto encaje las mismas en el nuevo régimen de la institución. Ello es así dado que el legislador de 1983 sustituyó el *sistema de tutela de familia* por el que optó originariamente el Código civil por un *sistema de tutela de autoridad judicial*. Así, mientras el *sistema de tutela de familia* se caracterizaba por concebir la tutela como una institución familiar, de tal manera que su organización se encomendaba a una asamblea parental -el *Consejo de familia*-, con intervención excepcional de los poderes públicos, el *sistema de autoridad judicial* hoy vigente se caracteriza por concebir la tutela como una institución pública, de tal manera que se encomienda al juez su constitución y fiscalización (arts. 216, 231 y 233 Cc). De este modo, actualmente resulta indiferente, en principio, que un extranjero residente fuera de España sea tutor; aunque si su lejanía implica mal ejercicio de su cargo deberá ser removido del mismo por la autoridad judicial (art. 247 Cc).

Otra restricción atinente al Derecho de familia que afectaba a los extranjeros hasta hace unas décadas, si bien de menor trascendencia dado su reducido ámbito, era la contenida en la Ley de 22 de julio de 1961 (art. 2.1ª) y en el Decreto de 13 de enero de 1977 (art. 16) que condicionaban la celebración del matrimonio de los funcionarios de la carrera diplomática y de los candidatos a la misma con persona de nacionalidad distinta a la española, hispanoamericana, filipina, portuguesa o brasileña a la obtención de previa dispensa ministerial. La misma exigencia operaba para los militares y los alumnos de las carreras militares para contraer matrimonio con persona de nacionalidad distinta a las indicadas en virtud de la Ley de 13 de noviembre de

1957. En cualquier caso, estas limitaciones fueron suprimidas respectivamente por el RD/1982, de 17 de marzo y por la Ley 85/1978, de 28 diciembre.

3.1.1.3. En Derecho sucesorio.

Los extranjeros, en principio, no pueden ser testigos en los testamentos de cualesquiera clase otorgados en España, salvo que entiendan el idioma del testador. Así se desprende de lo establecido en el art. 681.3º Cc, lo que constituye, más que una restricción por razón de extranjería, una limitación en base a la falta de aptitud para ser testigo por no entender el idioma del testador.

Por otra parte, la extranjería tampoco constituye una causa de incapacidad para testar; ya que a ella no se alude en el art. 663 Cc. No obstante lo anterior, el art. 684 Cc contempla una serie de garantías que deben acompañar al extranjero que quiere testar en España y hacerlo en su propio idioma cuando opte por el testamento abierto (art. 679 Cc) o cerrado (art. 680 Cc).

En concreto, en relación con el testamento abierto otorgado por extranjeros, el art. 684 Cc dispone que, cuando el idioma en que el testador exprese su voluntad no sea conocido por el notario, se requerirá la presencia de un interprete, elegido por el testador, que traduzca la disposición testamentaria a la lengua oficial en el lugar de otorgamiento -esto es, castellano o lengua oficial de la respectiva Comunidad Autónoma, habida cuenta de la pluralidad de lenguas existentes en el Estado español-. Como garantía adicional, el notario, conozca o no la lengua extranjera en que ha expresado su voluntad el testador, habrá de redactar el testamento en las dos lenguas, en la del testador y en la oficial del lugar de otorgamiento, con indicación de cuál ha sido la empleada por el testador.

Esta exigencia de redacción en las dos lenguas -la extranjera del testador y la oficial del lugar de otorgamiento- rige, asimismo, respecto del acta de otorgamiento del testamento cerrado que debe extender el notario sobre la cubierta del mismo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 707.4º Cc.

Ningún requisito adicional se exige, en cambio, para el caso de que el extranjero opte por el testamento ológrafo. Así resulta del art. 688.4 Cc, según el cual "los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma".

3.1.2. Supuestos de sometimiento al principio de reciprocidad.

En ocasiones las leyes civiles especiales han sometido y someten el principio de igualdad de los extranjeros a los españoles en cuanto al goce de los derechos civiles al principio de reciprocidad; esto es, subordinándolo a que en el país de la

nacionalidad del extranjero se reconozca igualmente el mismo criterio de igualdad. Así sucede en los supuestos que se analizan a continuación.

A) Arrendamientos urbanos.

En la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, art. 7, se supeditaba el reconocimiento de los beneficios de la ley (prórroga forzosa, irrenunciabilidad de derechos, etc) a los arrendatarios extranjeros a que éstos acreditaran la existencia de reciprocidad en sus países respectivos a favor de los arrendatarios españoles. Precisamente, con base en este precepto y, por ende, en el principio de reciprocidad, la STS 11 julio 1985 reconoció el derecho de prórroga forzosa contemplado en el art. 57 LAU de 1964 a un arrendatario de nacionalidad marroquí contra el que se interpuso demanda de desahucio.

De esta regla general y, por ende, de la aplicación del principio de reciprocidad eran, sin embargo, exceptuados los refugiados y apátridas, para atribuirles los mismos beneficios concedidos por la legislación arrendaticia urbana a los españoles (art. 2 del Decreto de 22 de febrero de 1957, declarado vigente expresamente por la Disposición Final 2ª de la LAU de 1964).

En cualquier caso, la previsión contenida en la LAU de 1964 en la actualidad rige únicamente como mero Derecho transitorio respecto de los contratos sometidos a la anterior legislación arrendaticia urbana, ya que la vigente LAU de 1994 ha suprimido esta subordinación al principio de reciprocidad, de tal manera que actualmente los extranjeros en nuestro país gozan de los mismos derechos derivados de la legislación arrendaticia urbana que los españoles.

B) Arrendamientos rústicos.

De igual modo, la anterior Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 en su art. 14.2 negaba la condición de arrendatarios de fincas rústicas a las personas y sociedades extranjeras, exceptuando únicamente a los nacionales de países que aplicasen a los españoles el principio de reciprocidad y a los ciudadanos de la Unión Europea.

En este caso, y a diferencia de lo sucedido en materia de arrendamientos urbanos, el principio de reciprocidad no está en vía de extinción, ya que no sólo será aplicable, vía Derecho transitorio, a los contratos sometidos a la LAR de 1980, sino también a los contratos sujetos a la vigente LAR de 2003, en cuanto que su art. 9.7 -en su redacción dada por la Ley 26/2005- prohíbe ser arrendatario rústico a las personas y entidades extranjeras, excepción hecha de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, de las extranjeros con autorización de residencia de larga duración y de los nacionales de

Estados que reconozcan el principio de reciprocidad en esta materia o **con** los que exista un convenio internacional favorable a la equiparación de los nacionales de los Estados signatarios en esta materia.

C) Propiedades especiales.

a) Propiedad intelectual.

El art. 163 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 -en su redacción dada por la Ley 23/2006, de 7 de julio y cuyo tenor no ha sido modificado por la reciente Ley 21/2014, de 4 de noviembre-, tras equiparar, a efectos de la protección brindada por la misma, a los autores españoles con los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (art. 163.1.1), con los nacionales de los países parte del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas (art. 163.3, primer inciso) y con los extranjeros de nacionalidad diferente a los anteriores que residan habitualmente en España (art. 163.1.2.a), hace extensiva dicha protección a los nacionales de terceros países respecto de las obras publicadas por primera vez en territorio español, si bien faculta al gobierno español a restringir el alcance esta protección cuando entienda que no se da el requisito de reciprocidad (art. 163.1.2.b). Una solución similar adopta el legislador, como caso especial, para determinar el régimen aplicable al derecho de remuneración correspondiente a los autores de obras audiovisuales por su proyección. Y es que, con arreglo al apartado 2º del precitado art. 163, el reconocimiento de este derecho a todo autor audiovisual, cualquiera que sea su nacionalidad, tiene como límite el trato equivalente a los autores españoles, correspondiendo al gobierno determinar si nos encontramos en una situación de no equivalencia, pudiendo en tal caso destinar las cantidades recaudadas a fines de interés cultural. Finalmente, para los extranjeros que no se encuentren en ninguna de las dos situaciones anteriores se exige, en todo caso, el régimen de paridad o reciprocidad, ya que el art. 163.3 prevé en su segundo inciso que "los nacionales de terceros países (...) estarán equiparados a los autores españoles cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales del país respectivo".

El principio de reciprocidad también está presente en la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, en cuanto que su art. 2 sólo reconoce tal derecho a los autores nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea que no tengan residencia habitual en España "cuando la legislación del país del que el autor sea nacional reconozca a su vez el derecho de participación a los autores de los Estados miembros de la Unión Europea y sus derechohabientes".

b) Propiedad industrial.

También acude al principio de reciprocidad la legislación en materia de propiedad industrial. En efecto, el art. 2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de

Invencción y Modelos de Utilidad, tras disponer en su aptdo. 1º que podrán obtener los títulos de propiedad industrial regulados en la misma las personas físicas o jurídicas extranjeras que residan habitualmente en España, que tengan un establecimiento industrial o comercial efectivo y real en territorio español o que sean nacionales de países parte del Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial, en su aptdo. 2º reconoce, igualmente, tal posibilidad a los extranjeros que no se encuentren en ninguna de las tres situaciones anteriormente descritas, siempre que en el Estado del que sean nacionales se permita a las personas físicas o jurídicas de nacionalidad española la obtención de títulos equivalentes. Ello sin perjuicio de la aplicación preferente del Convenio de París o de cualquier otro tratado internacional ratificado por España en todo aquello que les sea más favorable (art. 2.3).

El mismo criterio adoptan la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (art. 3) y la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (art. 4) para permitir a los extranjeros registrar sus marcas y diseños industriales y, por consiguiente, acceder a la protección dispensada por aquéllas.

3.2. Excepciones de índole convencional.

Ciertamente los convenios internacionales de los que España es parte no suelen contener excepciones al principio de equiparación en el ámbito de los derechos civiles. Es más, los convenios suelen elaborarse con la finalidad contraria, esto es, para que las partes recíprocamente supriman las discriminaciones que afectan a sus respectivos nacionales en el territorio del otro Estado signatario. En definitiva, los convenios constituyen más una vía para eliminar las excepciones al principio de equiparación que para crearlas. Un claro ejemplo de esta realidad la encontramos en el ámbito de las propiedades especiales, sector en el que la mayor parte de los numerosos convenios existentes tratan de garantizar que cada Estado signatario extienda en su territorio a los extranjeros afectados por el convenio los mismos derechos y los mismos mecanismos de protección de los que disfrutaban los nacionales⁷.

III. LOS DERECHOS MERCANTILES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

I. El principio de igualdad del art. 15 Cco.

Según dispone el art. 15 Cco -que constituye la norma básica en la materia y que obedece a la misma filosofía que el art. 27 Cc-, el extranjero puede ejercer el comercio en España con sujeción a las leyes de su país en lo referente a su capacidad para contratar; y a las disposiciones del Cco español en lo concerniente a la creación

7 Vid., entre otros, Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 9 noviembre 1886 (ratificado por España el 2 julio 1973), Tratado de la OMPI sobre derechos de autor de 20 diciembre 1996 (ratificado por España el 15 septiembre 1998), Tratado sobre el Derecho de Marcas de 27 octubre 1994 (ratificado por España el 17 diciembre 1998- o Tratado sobre el Derecho de patentes de 1 junio 2000 -ratificado por España el 6 agosto 2013).

de sus establecimientos dentro de territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la Nación.

En otras palabras, en dicho precepto se reconoce la libertad de empresa de los extranjeros en España, ya sean personas físicas o jurídicas, y sólo se establecen unas reglas de conflicto en cuya virtud se determinan los casos en los que respecto a dichos empresarios resultara de aplicación uno u otro de los Ordenamientos jurídicos en conflicto, esto es, el Ordenamiento español o el Ordenamiento del país de la nacionalidad del empresario extranjero. Dichas reglas son dos, a saber:

a) Las cuestiones relativas a la capacidad se rigen por la ley personal del empresario extranjero.

b) La ley española es de aplicación a las consecuencias que se derivan del ejercicio en sí de la actividad empresarial.

Por tanto, cuando un extranjero tenga plena capacidad para ejercer la actividad empresarial con arreglo al Derecho del país del que sea nacional se le aplicará el estatuto jurídico del empresario previsto en la legislación española.

2. La capacidad para ejercer la actividad empresarial.

Como ya se ha indicado, la capacidad de los empresarios extranjeros que ejercen o quieren ejercer su actividad en nuestro país se rige por su ley nacional. El Código de comercio sigue así la línea tradicional del sistema español de Derecho internacional privado, en cuanto somete a la ley nacional las cuestiones relativas a la capacidad, en coherencia con lo dispuesto en el art. 9.1 Cc. Esta capacidad conformada con arreglo a la ley personal debe probarse, de acuerdo con GÓMEZ GÁLLIGO, mediante certificado debidamente legalizado -notarial o consularmente- en el que se acredite la capacidad contractual del empresario con arreglo a su ley nacional⁸.

Ahora bien, la solución del art. 15 Cco, si bien no plantea mayores dificultades cuando se trate de la validez de un acto de comercio aislado, ha sido puesta en entredicho por un importante sector de doctrina de cara su oportunidad cuando una persona extranjera se dedique habitualmente al ejercicio del comercio. En efecto, dado que nos encontramos en un ámbito en el que la rapidez y la seguridad resultan esenciales, no parece, en principio, muy adecuado que la otra parte tenga que hacer depender la validez de su contratación de lo dispuesto en una ley que seguramente desconoce. De hecho, hay tesis que defienden la aplicación de la ley del domicilio comercial, por entender que es la que mejor responde a esas premisas de agilidad y

8 Cfr. GÓMEZ GÁLLIGO, F.G., "El extranjero desde la perspectiva del Derecho privado", en PALOMAR OLMEDA, A. et al.: *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*. Cizur Menor (2004): Thomson Reuters Aranzadi, p. 271.

seguridad en el tráfico jurídico. Con todo, como pone de relieve TRINIDAD GARCÍA, no es previsible que se produzcan situaciones de inseguridad. Y es que en este punto hay que tener presente la llamada *cláusula del interés nacional* contenida en el art. 10.8 Cc, conforme a la cual son válidos, a efectos del Ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, cuando la causa de la incapacidad se encuentre regulada en la ley nacional de modo más restrictivo para la validez del contrato que en la legislación española o bien no esté prevista en Derecho español⁹.

3. Las consecuencias del ejercicio de la actividad empresarial.

Las consecuencias del ejercicio de la actividad empresarial se rigen por la Ley española. Por tanto, cuando un extranjero con plena capacidad y libre disposición de sus bienes según su ley personal ejerza habitualmente y en su nombre el comercio en España adquirirá la condición de comerciante (art. 1 Cco), y quedará sometido a la legislación española en todo lo referente al ejercicio de su actividad dentro del territorio nacional. Se aplicará, por tanto, no sólo el régimen español sobre el ejercicio de su actividad, sino también se regirán por el Derecho español todos los actos de comercio que realice el empresario extranjero dentro de nuestro territorio, que estarán sometidos a la jurisdicción de los tribunales españoles.

En particular, según resulta del art. 37.1 LOEX, el empresario extranjero debe cumplir todos los requisitos que la legislación española vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad empresarial proyectada. Tales requisitos se traducen esencialmente en la obtención de la oportuna licencia de apertura, en causar alta en la Seguridad Social como trabajador autónomo, en la inscripción en el Registro Mercantil y en la llevanza de la contabilidad.

Habida cuenta que el tratamiento que dispensa nuestro Ordenamiento a los extranjeros en orden a la exigencia de los requisitos indicados no difiere del de los españoles, con la única excepción de la inscripción registral, donde es posible encontrar alguna singularidad, interesa exponer cómo se articula este requisito respecto del empresario extranjero. Conviene recordar *ab initio* que la inscripción en el Registro Mercantil tiene carácter meramente facultativo para los empresarios individuales, salvo para los navieros o empresarios dedicados al comercio marítimo (art. 19.1.1 Cco y art. 81.1.a. Reglamento del Registro Mercantil, en adelante RRM). Existe, no obstante, una importante medida para el fomento de la inscripción del empresario individual consistente en que no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil ni aprovecharse de sus efectos legales en el caso de no estar inscrito (art. 19.1.2 Cco). Así las cosas, el empresario extranjero

9 TRINIDAD GARCÍA, M. L.: "La condición jurídica del comerciante extranjero", *Revista de Derecho Mercantil* (1988), p. 523.

que quiera -o deba, tratándose de un naviero- inscribirse en el Registro mercantil habrá de hacer constar su nacionalidad, entre otros datos, a efectos de la debida consignación de este dato en la inscripción registral (art. 38.1.4 RRM). Por añadidura, para el caso que traslade su domicilio a España, deberá hacer constar todos los actos y circunstancias que sean de consignación obligatoria conforme a la legislación española y se encuentren vigentes en el Registro extranjero (art. 309 RRM).

No sucede lo mismo en relación con las sociedades y entidades mercantiles, toda vez que el art. 19.2 Cco y el art. 81.1 RRM prevé su inscripción obligatoria. En concreto y en lo que aquí interesa, el Reglamento del Registro Mercantil establece el carácter obligatorio de la inscripción de las sociedades extranjeras que trasladen su domicilio a territorio español (art. 81.1.1.). A tal objeto, deberán hacer constar, junto a otros datos también exigibles a las sociedades y entidades españolas, su nacionalidad (art. 38.2.3 RRM), así como todos los actos y circunstancias que sean de consignación obligatoria conforme a la legislación española y se encuentren vigentes en el Registro extranjero (art. 309 RRM). Tratándose de sociedades anónimas europeas domiciliadas en España, su inscripción podrá practicarse previa justificación de que ha sido solicitada o realizada la liquidación de los impuestos correspondientes al acto inscribible y, una vez efectuada, se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 7 Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, al que se remite el art. 314 de la misma norma)¹⁰.

Asimismo, es obligatoria la inscripción de las sucursales establecidas en territorio español por sociedades extranjeras (art. 81.1.k. RRM), y no sólo de las sucursales de sociedades mercantiles, sino, como dice el art. 307 RRM, de las "entidades jurídicas con personalidad jurídica y fin lucrativo". A este respecto la Dirección General de los Registros y del Notario mantiene un amplio criterio, según el cual las sociedades extranjeras que inscriban sucursales en España no han de coincidir necesariamente con los tipos societarios establecidos en Derecho español, quedando excluidas únicamente aquellas personas jurídicas que no persigan un fin lucrativo (Resolución DGRN de 29 febrero 2002).

En concreto, con arreglo a lo dispuesto en el art. 300.1 RRM, las sucursales extranjeras se inscribirán en el Registro Mercantil que corresponda al domicilio en

10 La sociedad anónima europea (SE) constituye un nuevo tipo societario creado por el Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre del 2001, como nueva alternativa para los grupos empresariales con actividades en varios estados miembros de la Unión Europea. En concreto, se prevén cuatro formas diferentes de constitución de una SE: a) *fusión*: forma de constitución que solo puede ser adoptada por S.A. de diferentes países de la Unión Europea, y podrá hacerse por absorción entre empresas o por constitución de una nueva sociedad; b) *creación de una sociedad holding*, pudiendo estar implicadas tanto S.A. como S.L. con domicilio social en diferentes países de la Unión Europea o con filiales ubicadas en países diferentes al del domicilio social de la empresa matriz; c) *constitución de una SE filial*: forma de constitución abierta a cualquier tipo de sociedad con domicilio social en la Unión Europea. Se articula mediante la constitución, entre sociedades de diferentes países, de una filial en otro país de la Unión; d) *transformación en SE*: se permite la transformación de una sociedad anónima de un Estado miembro en una Sociedad Europea, siempre que la primera haya tenido una filial en otro país de la UE durante, al menos, dos años.

España de la propia sucursal, debiendo presentarse a tal efecto los documentos debidamente legalizados que acrediten la existencia de la sociedad, sus estatutos vigentes y sus administradores, así como el documento de constitución de la sucursal. En la inscripción se harán constar los datos relativos a la sociedad y a la sucursal en los mismos términos exigidos a las sociedades españolas (art. 300.2 RRM).

En caso de que una misma sociedad extranjera establezca una segunda o posterior sucursal en España, el art. 301 RRM trata de simplificar los trámites para su inscripción registral, de tal manera que no será necesario justificar todos los datos de la sociedad extranjera, sino que bastará una referencia a los que resulten de la primera sucursal establecida.

De acuerdo con el art. 302 RRM, una vez inscrita la sucursal, se irán reflejando en su hoja registral todas las modificaciones posteriores atinentes a la sociedad (tales como el cambio de su denominación o domicilio; el cese, renovación o nombramiento de nuevos administradores; la modificación de sus estatutos; o su disolución y ulterior liquidación) y a la propia sucursal (en concreto, cambios en su mención identificativa: vid. Resolución de la DGRN de 27 julio 2006, en su domicilio, en sus actividades o en sus representantes).

4. PERMISOS REQUERIDOS A LOS EXTRANJEROS PARA EJERCER LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN ESPAÑA.

4.1. Régimen general.

De acuerdo con el art. 36 LOEX, los extranjeros mayores de dieciséis años que pretendan ejercer en nuestro país una actividad laboral o profesional, ya sea por cuenta propia o ajena, deben obtener una autorización de residencia y trabajo, cuya duración se encuentra limitada temporalmente a cinco años (arts. 62 y 103 de su Reglamento de desarrollo, aprobado por RD 557/2011, en adelante RLOEX), así como territorialmente por lo que atañe a la autorización inicial (art. 63 y 104 ROEX). La referida autorización de residencia y trabajo constituye, por tanto, una obligación específica a cumplir por el empresario extranjero, que no le exonera, como ya se ha indicado, del cumplimiento adicional de los requisitos que la legislación española impone a los nacionales para la apertura y explotación de una empresa.

En concreto, y en lo que aquí interesa, el trabajador extranjero que pretenda trabajar por cuenta propia en España deberá presentar personalmente una solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia ante la oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia (art. 106.1 RLOEX). Dicha solicitud deberá ir acompañada de los siguientes documentos: a) copia del pasaporte completo -o documento de viaje- en vigor; b) relación de las autorizaciones o licencias exigidas para la instalación, apertura o funcionamiento de la actividad

requerida, con indicación de la situación en que se encuentren los trámites para su consecución; c) acreditación de la capacitación y, en su caso, cualificación legalmente exigida para el ejercicio de la profesión; d) proyecto de establecimiento o actividad a desarrollar, con indicación de la inversión prevista, rentabilidad esperada y, en su caso, puestos de trabajo cuya creación se prevea; y e) documentación acreditativa de que cuenta con la inversión económica suficiente para la implantación del proyecto o con compromiso de apoyo suficiente por instituciones financieras u otras (art. 106.2 RLOEX).

Una vez presentada la solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, la misión diplomática u oficina consular dará traslado de la misma por medios electrónicos o, de no ser posible, físicos, al órgano competente de la Administración General del Estado (Delegaciones del Gobierno), el cual deberá proceder a la instrucción del procedimiento y a su inmediata tramitación y, en su caso, concesión (art. 106.4 a 6 RLOEX).

A este respecto, la concesión se condiciona a la concurrencia de los siguientes requisitos: a) no encontrarse irregularmente en España; a) cumplir los requisitos exigidos por la legislación española a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada; b) carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia durante los últimos cinco años por delitos previstos en el Ordenamiento español; c) no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido; d) poseer la cualificación profesional legalmente exigida o experiencia acreditada suficiente en el ejercicio de la actividad profesional; e) acreditar la suficiencia de la inversión de la actividad proyectada y la incidencia, en su caso, en la creación de empleo; f) contar con recursos económicos suficientes para su manutención y alojamiento, deducidos los necesarios para el mantenimiento de la actividad; y g) abonar la tasa relativa a la autorización de trabajo por cuenta propia (art. 105.2 y 3 ROEX).

De no cumplirse estos requisitos la concesión será denegada, salvo el relativo a la carencia de antecedentes penales fuera de España, que será valorado por la oficina consular en relación con el visado de residencia y trabajo (art. 106.5.2 RLOEX). A igual resultado denegatorio se llegará cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) presentar documentos falsos, formular alegaciones inexactas o actuar de mala fe para fundamentar la solicitud; b) informe policial desfavorable; y c) concurrencia de una causa prevista legalmente de inadmisión a trámite que no hubiese sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud (arts. 69.1, letras d a f, RLOEX, por remisión del art. 106.5.3 RLOEX).

Ahora bien, pese a los términos imperativos en que se expresa el art. 36 LOEX, no todos los empresarios extranjeros necesitan la específica autorización de residencia y trabajo por cuenta propia. En efecto, aparte de no exigirse a los ciudadanos de

la Unión Europea ni a los denominados “emprendedores” (Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización), existen determinados documentos que homologan para trabajar en España sin necesidad de obtener dicha autorización. Tales documentos son: a) la autorización de residencia de larga duración (art. 32 LOEX); b) la resolución de concesión de asilo o de protección subsidiaria (art. 36.1.c. de la Ley 12/2009 del derecho de asilo y de la protección subsidiaria -en adelante, LDA- y art. 34.3 LOEX) o, en su defecto, la autorización de residencia temporal por razones de protección internacional (art. 37.b. LDA y arts. 125 y 129 RLOEX); c) la tarjeta acreditativa del estatuto de apátrida (art. 34.1 LOEX y art. 13 Reglamento de Reconocimiento del Estatuto de Apátrida aprobado por RD 865/2001, de 20 julio, en adelante RREA); y d) la resolución administrativa de estar exceptuado de la autorización de trabajo que se otorga a quienes desempeñan determinadas actividades profesionales (art. 41.1 LOEX y art. 117 RLOEX).

4.2. Regímenes especiales.

El régimen general descrito en el epígrafe anterior no resulta de aplicación a los refugiados -o en general, las personas necesitadas de protección internacional- ni a los apátridas, en cuanto que tanto los unos como los otros que gozan de un régimen especial previsto en la propia legislación de extranjería, así como en la normativa específica de que son objeto.

De igual modo, están excluidos del mismo los nacionales de los países de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, tal y como se prevé expresamente en el art. 1.3 LOEX.

Por añadidura, desde fechas recientes también se dispensa un trato especial a los denominados “emprendedores”, a fin “de atraer inversión y talento a España”, según puede leerse en el Preámbulo de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores.

Además, dicho régimen general descrito debe entenderse sin perjuicio de los convenios y tratados internacionales sobre la materia suscritos y ratificados en España -a los que se hará una breve referencia en el epígrafe 3.6.-; de hecho, el propio art. 1.2 LOEX formula expresamente el principio de respeto a los tratados internacionales.

4.2.1. Los refugiados y apátridas.

En la actual política migratoria europea, los refugiados -o en general, las personas necesitadas de protección internacional- y apátridas gozan de un régimen especial del que se derivan consecuencias en el ámbito laboral, tratando de compensar así su situación de especial desprotección.

En particular, aquellas personas a los que se les haya reconocido bien la condición de refugiados, bien la condición de beneficiarios de la protección subsidiaria -modalidad de protección internacional incorporada a nuestro Ordenamiento Jurídico en virtud de la Ley 12/2009- no tienen que solicitar autorización para trabajar en España, ya que la concesión de asilo o del derecho a la protección subsidiaria implica la autorización de residencia en España y la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles (art. 36.1.c. LDA y art. 34.3 LOEX). Es más, están autorizados para trabajar durante la tramitación de la solicitud de protección internacional (art. 32 LDA). Y aún denegada la solicitud de protección internacional, podrá concedérseles una autorización de residencia temporal por razones de protección internacional que llevará aparejada una autorización de trabajo en España (art. 37.b. LDA y art. 125 y 129 RLOEX).

Asimismo, los apátridas reconocidos tendrán derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles sin que se les exija otro requisito adicional que la tarjeta acreditativa del reconocimiento de apátrida (art. 13 RREA y art. 34.1 LOEX).

4.2.2. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

Por su parte, y tal y como dispone el art. 1.2 LOEX, los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo se rigen prioritariamente por la legislación de la Unión Europea, siéndoles únicamente de aplicación la legislación española de extranjería en aquellos aspectos que les puedan ser más favorables.

En particular, los tratados, anexos y protocolos que integran el Derecho originario constituyen la base de las diferencias de tratamiento que establece el Derecho español entre los empresarios comunitarios y los restantes empresarios extranjeros. Así, aquellos se encuentran en una posición más próxima al empresario español que al extranjero en virtud de la cláusula *de no discriminación por razón de nacionalidad* fijada por el art. 7 del Tratado de Roma, así como por gozar de la ciudadanía de la Unión que le atribuye el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (arts. 8 y 8A del Tratado de Roma). En aplicación de esta regla, España ha dejado de requerir a los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo el permiso de residencia a los efectos de poder establecerse en territorio español y de poder acceder en el mismo a cualquier actividad por cuenta propia -o ajena-. En suma, los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo pueden residir en España sin más requisitos que poseer su pasaporte o documento de identidad válido y en vigor en el que conste la nacionalidad de su titular y solicitar su inscripción en el Registro Central de Extranjeros para estancias superiores a tres meses (art.

7 RD 240/2007 sobre entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo). Es más, tal derecho adquiere la condición de residencia de larga duración tras haber residido por un periodo continuado de cinco años en España (art. 10.1 RD 240/2007). Asimismo, tiene derecho a la residencia de larga duración el ciudadano de la Unión Europea, que trabajando por cuenta propia, se encuentre en alguna de las siguientes situaciones: a) haber alcanzado en el momento del cese su actividad la edad prevista en la legislación española para acceder a la jubilación con derecho a pensión; b) haber cesado en el desempeño de su actividad por incapacidad laboral permanente, siempre que haya residido en España durante un periodo ininterrumpido de más de dos años; y c) pasar a desempeñar su actividad en otro Estado miembro manteniendo la residencia en España, tras haber residido y desarrollado su actividad en territorio español de modo continuado durante más de tres años (art. 10.2 RD 240/2007).

Junto a dicho principio general, el Tratado de Roma, así como el Derecho derivado del mismo garantizan una serie de libertades económicas en beneficio de todos los ciudadanos de la Unión Europea a respetar por los Estados miembros: libre circulación de mercancías, libre circulación de personas y derecho de establecimiento, libre prestación de servicios y libre circulación de capitales, cuya efectiva puesta en práctica se ha producido con la construcción del mercado interior comunitario de 1993, una vez en aplicación el Acta Única Europea, y mejora con la paulatina vigencia del Tratado de Schengen, incorporado posteriormente al Tratado de Amsterdam.

En lo que aquí interesa, la libre circulación de mercancías implica la supresión en el intercambio de mercancías de los derechos de aduana, de importación y exportación y de cualesquiera exacción de efecto equivalente entre los Estados miembros (arts. 9 a 37 del Tratado de Roma). La libre circulación de personas conlleva la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo (arts. 48 a 51 del Tratado de Roma). La libertad de establecimiento comprende la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales (arts. 52 a 58 Tratado de Roma). La libre prestación de servicios implica la supresión de las restricciones existentes en la prestación de servicios -entendiendo por tales aquellas actividades industriales, mercantiles, artesanales y propias de las profesiones liberales- para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Unión Europea que no sea el del destinatario de la prestación (arts. 59 a 66 del Tratado de Roma). Por último, la libre circulación de capitales supone la eliminación de las limitaciones estatales existentes tanto a la disposición transfronteriza por parte de los ciudadanos comunitarios de sus capitales como a la transferencia de los mismos a terceros países (arts. 67 a 73H del Tratado de Roma).

4.2.3. Los “emprendedores”.

Finalmente, la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización dispensa un trato especial por razones de interés económico a aquellos extranjeros que, no siendo ciudadanos de la Unión Europea ni beneficiarios de los derechos de libre circulación y residencia, tengan la condición de “emprendedores”, en cuanto “facilita su entrada y permanencia en territorio español por razones de interés económico” (art. 61).

En particular, se considera emprendedores a aquellos extranjeros que pretendan iniciar, desarrollar o dirigir una actividad emprendedora, esto es, una actividad económica “que sea de carácter innovador con especial interés económico para España [lo que se traduce prioritariamente en la creación de puestos de trabajo] y, a tal efecto, cuente con un informe favorable del órgano competente de la Administración General del Estado” (arts. 69.1 y 70 Ley 14/2013).

Por añadidura, deberán cumplir los requisitos generales que exige la legislación de extranjería para residir y trabajar por cuenta propia, así como los requisitos que la legislación española impone a los nacionales para el inicio de la actividad empresarial de que se trate (art. 69.2 Ley 14/2013).

Este tratamiento especial se traduce *a priori* en que podrán solicitar un visado de residencia por un periodo de un año, a fin de efectuar los trámites previos que les permita desarrollar su actividad emprendedora (art. 68 Ley 14/2013). En caso de que deseen residir en España durante un periodo superior al de vigencia de su visado, podrán solicitar la concesión de una autorización de residencia para actividad empresarial, válida para todo el territorio nacional y con una vigencia temporal de dos años renovables, siempre que se mantengan las condiciones que generaron su concesión (art. 69.1 Ley 14/2013).

5. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

No obstante lo anterior, existen algunas limitaciones en Derecho español que matizan el acceso igualitario de los extranjeros al ejercicio de una actividad empresarial, pudiendo distinguir dentro de las mismas entre supuestos de prohibiciones y restricciones, y supuestos de sometimiento al principio de reciprocidad.

5.1. Supuestos de prohibiciones y restricciones.

En orden a las prohibiciones y restricciones, cabe señalar que los extranjeros, aunque pueden ser agentes mediadores de comercio en España, carecen de fe pública, en cuanto les está vedado el ingreso en los Colegios de agentes españoles (arts. 89 y 94 Cco). Tampoco pueden ser agentes de la propiedad intelectual, salvo

que sean nacionales de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (art. 157 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad).

Párrafo aparte merece el desarrollo de la actividad bancaria por los extranjeros en España, ya se trate de la creación de bancos bajo control de personas extranjeras o propiamente del ejercicio de la actividad bancaria por entidades crediticias extranjeras. Sobre la primera cuestión, el art. 9 RD 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014 de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito prevé, como requisito adicional a la autorización del Banco de España -necesaria para la creación de cualquier Banco: art. 6 Ley 10/2014,-, la prestación de una garantía que alcance a la totalidad de actividades a desarrollar por el Banco, en caso de que el control del banco vaya a ser ejercido por una o varias personas domiciliadas o autorizadas en un Estado no miembro de la Unión Europea. En lo que atañe a la segunda cuestión, la precitada Ley 10/2014 supedita el ejercicio en España de la actividad bancaria por entidades de crédito de Estados no miembros de la Unión Europea, ya sea mediante la apertura sucursal o en régimen de libre prestación de servicios (sin establecimiento permanente) a la obtención de previa autorización del Banco de España (arts. 6 y art. 13), autorización que podrá ser denegada en caso de incumplimiento de los requisitos previstos en su Reglamento de desarrollo o por aplicación del principio de reciprocidad (art. 17.1 RD 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014 de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito). Esta limitación no afecta, sin embargo, a las entidades crediticias autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea, las cuales, según dispone el art. 12 Ley 10/2014 “podrán realizar en España, bien mediante la apertura de una sucursal, bien en régimen de libre prestación de servicios, las actividades que gocen de reconocimiento mutuo dentro de la Unión Europea” (vid., asimismo, art. 16.1 RD 84/2015), desde el momento en que el Banco de España reciba una comunicación de la autoridad supervisora de del país de origen con la información prevista al efecto en el art. 16.2 RD 84/2015. En cualquier caso, el ejercicio de la actividad bancaria en España por entidades crediticias extranjeras -ya se trate de europeas o de terceros países- requiere, al igual que por parte de las españolas, la correspondiente inscripción en el Registro de entidades de crédito del Banco de España (art. 15.2 Ley 10/2014). Finalmente, conviene reparar en la circunstancia de que los extranjeros -ya sean nacionales de la Unión Europea o de terceros países- tienen impedido el acceso a los órganos rectores tanto del Banco de España (art. 24 Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España) como del Instituto de Crédito Oficial (arts. 6.3 RD 706/1999, de 30 abril); no así, en cambio, a los de la Banca privada, sin perjuicio de que se les exija los requisitos de idoneidad previstos en la legislación española (vid. art. 14 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito).

5.2. Supuestos de sometimiento al principio de reciprocidad.

En otras ocasiones el libre acceso de los extranjeros a la actividad empresarial se hace depender de que nuestros nacionales reciban en el país de origen de los interesados el mismo trato. Así, por ejemplo, el principio de reciprocidad opera en el ámbito de la banca privada y, en concreto, en lo relativo a la creación de filiales de entidades de crédito extranjeras (art. 7 del RD 1144/1988 sobre creación de bancos Privados e instalación en España de entidades de crédito extranjeras); en materia de seguros privados (art. 2.2 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 octubre); así como en el ámbito de la propiedad industrial y de la propiedad intelectual, ya examinado.

6. RÉGIMEN CONVENCIONAL.

Para finalizar este trabajo, no puede obviarse la importante incidencia en el desarrollo de la actividad empresarial por los extranjeros en España de los convenios bilaterales de los que España forma parte en materia de comercio. Aunque su elevado número hace improcedente un tratamiento pormenorizado de los mismos, sí parece oportuno exponer brevemente las cláusulas comúnmente empleadas respecto de la materia que nos ocupa, de acuerdo con la doctrina internacionalista:

a) la *cláusula de la nación más favorecida*, en virtud de la cual los países signatarios adquieren el compromiso de ofrecer a los nacionales de la otra parte el mejor trato del que gocen los nacionales de otros países en el propio (como es el caso de los celebrados con países iberoamericanos).

b) la *cláusula de asimilación*, a través la cual los países signatarios se comprometen a ofrecer a los nacionales de la otra parte el mismo trato que sus nacionales.

c) la *cláusula de reciprocidad*, mediante la cual los países signatarios se comprometen a ofrecer a los nacionales de la otra parte el mismo trato que sus nacionales, siempre que exista un tratamiento recíproco.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ PIÑA, J. F.: "La adquisición de inmuebles por extranjeros", *La Ley* (1985-1), pp. 1060-1072.

ABARCA JUNCO, A. P. et al.: *Inmigración y extranjería: Régimen jurídico básico*. Madrid (2010): Colex.

ÁVILA NAVARRO, P.: *El Registro Mercantil*. Barcelona (1997): Bosch.

COIG MARTÍNEZ, J. M.: *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*. Madrid (2004): Universitas Internacional.

DÍAZ CREGO, M.: "El derecho a no ser discriminados por razón de nacionalidad: ¿un derecho de los extranjeros?", *Revista Española de Derecho Constitucional* (2010), núm. 89, pp. 115-155.

DE BENITO, J.: "Modificaciones en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio", *La Administración Práctica* (2009), núm. 10, pp. 953-959.

ESPLUGUES MOTA, C.: *Comentarios a la Ley de Extranjería*. Valencia (2006): Tirant lo Blanch.

HERNÁNDEZ CABALLERO, M. J.: "Virtualidad actual del principio de equiparación del status del extranjero con el nacional ante los derechos civiles", *La Ley* (2005), núm. 3, pp. 1754-1757.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.): *Derecho mercantil*. Madrid (2010): Tecnos, 14ª ed.

IRIARTE ÁNGEL, J. L.: *Los derechos civiles de los extranjeros en España. El art. 27 del Código civil*. Madrid (1988): La Ley.

IZQUIERDO ESCUDERO, F. J.: "La adquisición del dominio y derechos reales por extranjeros sin autorización militar y sin inscripción: ¿cuándo el contrato es nulo?", *La Ley* (1998), núm. 4, pp. 1542-1544.

LORENZO SERRA, L.: "Adquisición por extranjeros del dominio y derechos reales sobre inmuebles en zonas de acceso restringido. Autorización militar. Inscripción en el Registro de la Propiedad" (URL: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/autorizacion-militar.htm>).

LUCAS FERNÁNDEZ, F. DE: "La nueva regulación de las inversiones exteriores. Inversiones extranjeras en España. Adquisición de inmuebles en zonas estratégicas", *Revista de Derecho Notarial* (2002), núm. I, pp. 93-202.

MARÍN LÓPEZ, A.: "Los derechos civiles, públicos, laborales, económicos y culturales de los extranjeros en España", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (2003), núm. 6, pp. 389-433.

MARIÑO MENÉNDEZ, F. (dctor): *Derecho de extranjería, asilo y refugio*. Madrid (2003): Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2ª ed.

MARTÍN VILLAREJO, A.: "Comentario al art. 163 de la Ley de Propiedad Intelectual", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. Rodríguez Tapia). Madrid (2007): Thomson-Civitas, pp. 930-935.

MENÉNDEZ, A. y ROJO, Á. (dtores.): *Lecciones de Derecho mercantil*. Madrid (2014): Thomson-Civitas, 12ª ed.

MULLERAT, R.: "La adquisición de bienes inmuebles por extranjeros en España. Especial consideración de las normas sobre control de cambios", *Revista de Derecho Privado* (1979), pp. 318-344.

PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*. Cizur Menor (2004): Thomson Reuters Aranzadi.

PAZ-ARES, C., BERCOVITZ, R., DÍEZ-PICAZO, L. y SALVADOR CODERCH, P. (dtores.): *Comentario del Código civil*. Madrid (1993): Ministerio de Justicia.

RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO MÉNDEZ, C. (coords.): *El nuevo Derecho de Extranjería. Estudios acerca de la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Granada (2001): Comares.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho mercantil*. Cizur Menor (2014): Thomson Reuters Aranzadi, 36ª ed.

TRINIDAD GARCÍA, M. L.: "La condición jurídica del comerciante extranjero", *Revista de Derecho Mercantil* (1988), pp. 487-538.

URÍA Y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho mercantil*. Madrid (2006-2007): Thomson-Civitas, 2ª ed.

VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. I. Barcelona (1991): J.M. Bosch Ed.