

Los préstamos financieros vinculados al sector exterior sometidos al control de cambios: los diversos supuestos en función del estatus residencial de los contratantes *

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: LA ACTUAL INTRANSCENDENCIA DE LA NACIONALIDAD DE LA MONEDA A EFECTOS DE CONTROL DE CAMBIOS.—2. PRESTAMOS Y CREDITOS FINANCIEROS DE NO RESIDENTES A RESIDENTES: 2.1. PRÉSTAMOS DE NO RESIDENTES A RESIDENTES: SUPUESTO GENERAL: A) *Cuestiones preliminares*; B) *La regulación vigente: liberalización bajo control estatal*: Libertad negocial y de pago; Control estatal (intervención bancaria, declaración de la transacción, asignación del NOF y comunicación de pagos y cobros).—2.2. PRÉSTAMOS DE NO RESIDENTES A RESIDENTES: SUPUESTOS ESPECIALES.—3. PRESTAMOS Y CREDITOS FINANCIEROS DE RESIDENTES A NO RESIDENTES: 3.1. BREVE REFERENCIA AL RÉGIMEN ANTERIOR AL REAL DECRETO 1816/1992; 3.2. RÉGIMEN ACTUAL. SUPUESTOS GENERALES Y ESPECIALES; 3.3. CONSECUENCIAS JURÍDICO-CIVILES QUE SE DERIVAN DE LA NECESARIA INSTRUMENTACIÓN BANCARIA DE LOS PAGOS Y COBROS A QUE DAN LUGAR LOS PRÉSTAMOS EXTERIORES.

1. INTRODUCCION: LA ACTUAL INTRANSCENDENCIA DE LA NACIONALIDAD DE LA MONEDA A EFECTOS DE CONTROL DE CAMBIOS

La modificación introducida en el control de cambios español por el Real Decreto 1816/1991, entre otras cosas ha supuesto que la peseta adquiriera plena convertibilidad interna y externa. Hasta su fecha la peseta gozaba

* El presente estudio constituye un capítulo de uno de los trabajos aportados por el autor al IX Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Torremolinos en mayo de 1992.

de convertibilidad externa, en el sentido de que los no residentes que por cualquier concepto resultasen titulares de saldos **bancarios** en pesetas calificados de «convertibles» —es decir, que procediesen de una previa conversión a pesetas de **divisas**— pueden ser libremente convertidas en divisas y transferidas al país de origen. Sin embargo, no existía una correlativa convertibilidad interna, en el sentido de que los residentes titulares de sumas en pesetas no podían convertir libremente las mismas en divisas, sino en los casos en que el destino de las divisas resultantes de la conversión tuvieren por objeto ejecutar un pago derivado de una transacción externa que estuviere previamente liberalizada o autorizada, lo que no ocurría siempre por subsistir transacciones prohibidas y no autorizadas (1). Desde el momento que todas las transacciones exteriores se liberalizan (así lo proclama el art. 1.º del citado Real Decreto), la distinción entre transacciones autorizadas y no autorizadas desaparece, por lo que la peseta puede convertirse libremente en cualquier divisa, pues cualquiera que sea la transacción a cuyo pago atiendan tales divisas será, en todo caso, una transacción liberalizada.

La consecuencia principal que se deriva de esta idea es la de que la moneda en que esté cifrada la obligación generada por la transacción exterior, en nuestro caso el préstamo financiero, ya sea doméstico ya foráneo, ya moneda nacional, ya divisa extranjera, ello constituye un dato irrelevante para el control de cambios que actuará en idéntica forma cuando el objeto de la prestación pecuniaria a que esté obligado un no residente frente a un residente o, a la inversa, sea signo monetario nacional o extranjero. Ello no obstante, el préstamo cifrado en divisa, sea entre residentes, entre no residentes o entre residentes y no residentes, presenta algunas particularidades destacables, y en caso de ser garantizado mediante hipoteca tales especialidades se ponen de manifiesto acusadamente al tiempo de su constitución y al de su ejecución, como veremos más adelante.

Por consiguiente, el único dato que resulta relevante para el control de cambios es que los contratantes intervinientes se encuentren en una situación residencial antagónica, siendo uno residente y otro no residente. *Los conceptos de residente y no residente* son fundamentales en esta materia, resultando los mismos de las respectivas legislaciones **cambiarias** nacionales por remisión de la Directiva 88/361 (2). En el Derecho español tales

(1) Vid. al respecto ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU: *Control de cambios*, Ed. Edersa, Madrid, 1990, págs. 45 y sigs., quienes consideraban como principios básicos de nuestro control de cambios los de la inconvertibilidad interna y la convertibilidad externa de la peseta.

(2) Las «Notas explicativas» de la nomenclatura del anexo I de la Directiva define a sus efectos a los residentes y no residentes como «Las personas físicas y jurídicas, según las definiciones establecidas en la regulación sobre cambios en vigor en cada Estado miembro».

conceptos son definidos legalmente por el artículo 4 de la Ley de Control de Cambios de 1979, complementado por el artículo 2.º del Real Decreto 1816/1991. Como quiera que estos conceptos, que no son coincidentes ni con el del domicilio civil ni con el de la vecindad administrativa, son uniformes en todos los ámbitos en que actúa el control de cambios, incluyendo el sector de las inversiones extranjeras, las cuales en su modalidad de inversiones inmobiliarias son objeto de un estudio monográfico aportado a esta misma ponencia a cargo del destacado especialista en la materia JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD: omito cualquier explicación al respecto, pues los conceptos de residente y no residente son coincidentes con los que son expuestos en el citado estudio (3).

Pues bien, para la mejor exposición de la materia, y a pesar del grado de homogeneidad existente en la liberalización de ambos supuestos, dividiremos la misma en dos partes, según que se trate de un préstamo financiero otorgado por un no residente a un residente o bien un préstamo o crédito concedido por un residente a un no residente. En todo caso, nos referimos a los que hemos denominado préstamos financieros puros, y cualquiera que sea la forma en que se hayan documentado, es decir, tanto si se han formalizado en escritura, en póliza intervenida o incluso si se ha incorporado el crédito de una o más letras de cambio, bajo cuya última modalidad igualmente podrían ser objeto de garantía mediante hipoteca al amparo del artículo 154 de la Ley Hipotecaria relativa a la hipoteca en garantía de títulos al portador y a la orden (4).

2. PRESTAMOS Y CREDITOS FINANCIEROS DE NO RESIDENTES A RESIDENTES

Diferenciamos el supuesto general de préstamos financieros de no residentes a residentes y ciertos supuestos que por presentar alguna especialidad merecen comentario aparte.

(3) Sin perjuicio de las alteraciones incorporadas en materia de sucursales y de acreditación de la condición de residente y no residente por el artículo 2 del Real Decreto 1816/1991, puede encontrarse un profundo estudio de las mencionadas nociones de residente y no residente en: J. A. MIQUEL CALATAYUD: *Estudios sobre inversiones extranjeras en España*, Ed. Bosch, Barcelona, 1989, t. I, vol. 1.ª, págs. 219 y sigs.

(4) Y ello sin perjuicio de diversas particularidades que presentan estas hipotecas en función de la singular naturaleza jurídica de las letras de cambio, cuyas particularidades han sido objeto de una paulatina delimitación a través de una abundante jurisprudencia registral al respecto. *Vid.* Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 1973, 31 de octubre de 1978, 18 de octubre de 1979, 23 de octubre de 1981 y 2 de septiembre de 1983.

2.1 PRÉSTAMOS DE NO RESIDENTES A RESIDENTES: SUPUESTO GENERAL

A) *Cuestiones preliminares*

Hasta la reforma emprendida por el Real Decreto 1816/1991 regía la materia el Reglamento de Control de Cambios de 1980 (5), cuyo artículo 3.º exigía para los préstamos otorgados por no residentes a favor de residentes la preceptiva autorización administrativa previa. A partir de tal premisa general se comenzó a desarrollar un proceso de liberalización parcial que concluyó con la aprobación de la Circular 6/1987, de 13 de marzo, del Banco de España, posteriormente modificada por la Circular 6/1988. El régimen resultante de las mismas conducía a la clasificación de tales préstamos en liberalizados y sometidos a autorización previa. Los primeros habían de cumplir un cúmulo de requisitos consistentes en estar cifrados en divisas admitidas a cotización en el mercado español, en pesetas convertibles o ECUS, pero no en pesetas ordinarias, tener una duración mínima de tres años, no exceder su importe de 1.500 millones de pesetas, o su equivalente, y sin que la prestataria pudiera ser sucursal en España de una persona jurídica extranjera (6). No cumpliendo el conjunto de estos requisitos, el préstamo había de obtener autorización previa del Banco de España, que la podía conceder o denegar discrecionalmente (7).

Aun tratándose de un préstamo liberalizado, había de someterse a la verificación previa del propio Banco de España, quien, realizado este trámite favorablemente, le asignaba un NOF, sin el cual la entidad delegada no podía ejecutar el pago correspondiente a la disposición del préstamo que, por otra parte, había de realizarse en el plazo improrrogable de tres meses a contar desde la asignación del NOF; si a ello le añadimos que la Circular 1/1989 del Banco de España penalizaba estas operaciones, exigiendo la constitución en el mismo de un depósito por el importe equivalente al 30 por 100 de cada préstamo o crédito exterior sin retribución (8), comprenderemos que el alcance real de esta liberalización parcial entonces existente era muy limitada.

La *situación actual tras la aprobación del Real Decreto 1816/1991*, de 20 de diciembre, ha variado significativamente al quedar comprendido este

(5) Aprobado por Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, sobre régimen jurídico del control cambios.

(6) «Rectius»: que la entidad prestataria residente no sea sucursal de la entidad prestamista no residente.

(7) Vid. norma 2.ª de la citada Circular 6/1987, del Banco de España, de 13 de marzo.

(8) Vid. norma 1.ª de la Circular 1/1989, del Banco de España, de 31 de enero, sobre depósito previo sobre determinadas operaciones de financiación exterior.

tipo de préstamos y créditos en el ámbito de liberalización plena consagrada por aquél, sin perjuicio de que las operaciones financieras siguen siendo la categoría de movimiento de capital sujeto a un mayor número de formalidades.

Tres son, en el estado de cosas actual, las normas vigentes que afectan a los préstamos de no residentes: 1.º en primer término, el reiteradamente citado Real Decreto 1816/1991; 2.º en segundo lugar, la Orden de desarrollo del mismo del Ministerio de Economía y Hacienda de 27 de diciembre de 1991, sobre transacciones económicas con el exterior; 3.º y, por último, la Circular del Banco de España número 2/1992, de 15 de enero, sobre préstamos y créditos exteriores, sin perjuicio de otras disposiciones de incidencia colateral.

No obstante, antes de desarrollar el contenido de tales normas, se impone una observación acerca del carácter de *disposición general que revisiten las Circulares del Banco de España* atinentes a esta materia (9) y, entre ellas, la citada Circular número 2/1992. Y es que, en efecto, no puede ello dejar de chocar cuando se repara en la definición que aporta el artículo 1.º de la Ley de 21 de junio de 1980, sobre órganos rectores del Banco de España, es decir, que el Banco de España es una Entidad de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que para el cumplimiento de sus fines actúa con autonomía de la Administración del Estado. Podría, pues, parecer incongruente que una persona jurídica de Derecho público autónoma de la Administración del Estado pueda dictar disposiciones de rango general, puesto que la potestad reglamentaria aparece atribuida por el artículo 97 de la Constitución al Gobierno, en cuya Administración no está integrada formalmente el Banco de España. Sin embargo, la facultad normativa vista la recibe el Banco de España en virtud de una habilitación legislativa específica, cual es la contenida en la disposición adicional octava de la Ley de 28 de julio de 1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, conforme a la cual «el Banco de España, para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuyen ésta u otras leyes, podrá dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo o ejecución... de las disposiciones generales aprobadas por el Gobierno o por el Ministerio de Economía y Hacienda, siempre que, además, dichas normas le habiliten de modo expreso para ello». De forma congruente con el carácter normativo de las circulares del Banco de España en la actualidad se publican en el BOE en la sección «Otras disposiciones» y no en la de «Anuncios oficiales», como ocurría con anterioridad.

(9) Cabe destacar el estudio teórico realizado sobre esta materia en fecha anterior a la actual Ley de 28 de julio de 1988, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, por TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: «LOS poderes normativos del Banco de España», en *Revista de Derecho bancario y bursátil*, núm. 13, 1984.

B) *La regulación vigente: liberalización bajo control estatal*

Entrando en el examen *de la regulación de control de cambios vigente* respecto de los préstamos y créditos concedidos por no residentes a favor de residentes, hay que distinguir entre la liberalización operada respecto de las restricciones y el **establecimiento** de formalidades constitutivas de medidas de control en sentido estricto:

1) En cuanto a lo primero, *el principio general que podríamos denominar de libre negociabilidad*, aparece consagrado en el ya citado artículo 1.º del Real Decreto 1816/1991, conforme al cual «son libres los actos, negocios, transacciones y operaciones de toda índole que supongan o de cuyo cumplimiento se deriven o puedan derivarse cobros o pagos entre residentes y no residentes o transferencias del o al exterior». El mismo artículo fija el ámbito de *sus excepciones* refiriéndose a lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 5 del mismo Real Decreto y en las leyes específicamente aplicables.

Estas excepciones abarcan, pues, los supuestos de posibles regímenes excepcionales de prohibición o limitación y de ejercicio de medidas de salvaguardia que el Gobierno puede adoptar mediante Real Decreto y sin perjuicio de los compromisos internacionales y comunitarios asumidos por España. Se trataría, pues, del ejercicio de las cláusulas de salvaguardia previstas por el Tratado de Roma y por la Directiva 88/361, o bien de la supresión del carácter *erga omnes* de la liberalización de movimientos de capitales emprendida, manteniendo esta última en exclusiva para las operaciones intracomunitarias (10).

Esta modificación se podría operar mediante Real Decreto no ya porque

(10) Así resulta, en concreto, del artículo 3.º del Real Decreto 1816/1991, conforme al cual: 1. No obstante lo dispuesto en el artículo 1.º, por Real Decreto se podrá, **excepcionalmente**, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, prohibir o limitar la realización de determinadas categorías de transacciones con el exterior o de las correspondientes operaciones de cobro, pago o transferencia, cuando éstas afecten gravemente a los intereses de España, o en aplicación de medidas adoptadas por Organismos internacionales de los que España es miembro; 2. Asimismo, en caso de que movimientos de capitales a corto plazo, excepcionalmente amplios, provoquen fuertes tensiones en el mercado de cambios u originen perturbaciones graves en la dirección de la política monetaria y de cambios española, el Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, podrá adoptar las medidas de salvaguardia que resulten necesarias, sometiendo a un régimen de autorización administrativa determinados tipos de transacciones; 3. Si cualquiera de las medidas a que se refieren los dos párrafos anteriores afectase a residentes en Estados miembros de la Comunidad Económica Europea (CEE), la medida se adoptará, en su caso, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la normativa de la CEE sobre movimientos de capital, así como con las disposiciones vigentes en la CEE que por la especialidad de «la medida resultaren de aplicación».

así lo prevea el mencionado Real Decreto 1816/1991, sino fundamentalmente por el carácter de ley-marco que vimos presentaba la Ley sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios de 10 de diciembre de 1979.

Se incluyen igualmente entre las excepciones las medidas restrictivas y de control que se aplican por el artículo 4 a la exportación e importación de moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador mediante su traspaso físico por frontera, lo cual resultaba compatible, como vimos, con el Derecho comunitario, según se colegía de los considerandos de la sentencia Casati de 1981.

Asimismo constituyen excepciones a la libertad de transacciones las obligaciones de efectuar los cobros y pagos entre residentes y no residentes y las transferencias del y al exterior a través de una entidad registrada. Sin embargo, esta excepción citada en el artículo 1.º del Real Decreto 1816/1991 la considero infundada por tratarse no propiamente de una excepción a la libertad de las transacciones, sino, antes bien, una formalidad impuesta a las transferencias derivadas de aquéllas, es decir, no afecta a la celebración del negocio jurídico, sino a las modalidades a que ha de sujetarse su ejecución y, por tanto, habría de haberse citado no en el párrafo primero transcrito del artículo 1.º, sino en su párrafo segundo, relativo a la liberalización de los cobros y pagos.

Un último grupo de excepciones se integra por las contenidas en leyes específicamente aplicables, entre las que cabe mencionar la propia Ley de Inversiones Extranjeras de 27 de junio de 1986, que mantiene sus específicos regímenes de autorizaciones y verificaciones, salvo en lo que las mismas resulte atentatorio contra los compromisos comunitarios —cuya determinación exacta habrá de venir de la mano de la previsiblemente próxima reforma del Reglamento de Inversiones Extranjeras de 1986—, y otros supuestos como el de la Ley de 12 de marzo de 1975 sobre Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, que impone limitaciones a la adquisición por extranjeros, sean o no residentes, de inmuebles situados en zonas del territorio nacional de carácter estratégico para la defensa nacional, la cual tampoco es aplicable a los residentes en países comunitarios (11).

(11) *Vid.* al respecto la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, que suprimió la exigencia de autorización previa para los residentes en Estados miembros de la CEE para las inversiones en sectores específicos, para las inversiones públicas y para la adquisición de inmuebles situados en zonas estratégicas (manteniéndolas para los residentes en otros Estados), y que por lo que se refiere a la adquisición de inmuebles en zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros cuenta con el precedente de la Resolución de la Dirección General de Política de Defensa, comunicada el 18 de septiembre de 1989 a los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos en la que se consideraba inaplicable, por contraria al Derecho comunitario, la exigencia legal de autorización respecto de los extranjeros comunitarios.

Por consiguiente, los préstamos financieros que nos ocupan están incluidos en la regla general de la liberalización, pero afectados por las excepciones a la misma, unas latentes —como las de las medidas de salvaguardia— y otras actuales y efectivas —como los controles sobre pagos y cobros— (12).

2) Por su parte, párrafo segundo del citado artículo 1.º, extiende la liberalización «a los cobros y pagos exteriores, efectuados bien directamente, bien por compensación y a las transferencias del o al exterior derivadas de los mismos..., sin perjuicio de las medidas indispensables de control que pudieran establecerse para impedir las infracciones al ordenamiento jurídico vigente».

Este precepto resulta de una singular importancia en el campo que nos corresponde analizar, y plantea diversas cuestiones:

1.º En primer término se habla de cobros y pagos exteriores, es decir, de pagos y cobros entre residentes y no residentes (13). En nuestro caso, de préstamos financieros de no residentes a residentes abarca los pagos y cobros generados por la disposición o entrega del capital del crédito o préstamo, las amortizaciones totales o parciales, el pago de los intereses remuneratorios, a lo que habría que añadir otros pagos contingentes como intereses de demora, comisiones devengadas, gastos y tributos suplidos por el prestamista o acreditante, etc.

Desde el punto de vista del Derecho comunitario, tales pagos han de incluirse necesariamente en la liberalización, pues aunque en sí no todos ellos supongan en sentido estricto un movimiento de capital, o bien constituyen la prestación efectiva que engendra el movimiento de capital en que consiste el préstamo —esto es, la entrega del capital—, o bien constiuyen pagos corrientes derivados de la transacción principal, entendiendo por tales los que representan la contraprestación pactada en el marco de la transacción subyacente —en nuestro caso, básicamente el pago de intereses ordinarios—, los cuales quedan amparados por el artículo 106 del Tratado, que consagra lo que se ha denominado «la libre circulación de pagos», y por la propia Directiva 88/61, en cuyo anexo I se aclara que «los movimientos de capitales enumerados en la presente nomenclatura abarcan el conjunto de

JAIME ABELLA comenta la citada disposición en su artículo «Liberalización de inversiones extranjeras en la Ley de Presupuestos Generales para 1991», en *Revista de Derecho bancario y bursátil*, núm. 41, págs. 210-212.

(12) Estos últimos pueden ser entendidos con JAIME ABELLA («Las transacciones económicas con el exterior. Nuevo régimen de control de cambios», *Derecho de los negocios*, núm. 18, marzo de 1992, pag. 4).

(13) Respecto de los conceptos de pago y cobro exterior a efectos de control de cambios y sus diferencias con los correlativos conceptos de Derecho civil, véase ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU: *Control de cambios...*, cit., págs. 599 y sigs.

operaciones necesarias para efectuar los movimientos de capitales, incluyendo la terminación y ejecución de la transacción y transferencia correspondiente a ella».

2.^o En segundo lugar, diferencia los conceptos de pago y cobro exteriores y el de transferencia del o al exterior derivadas de los mismos. Y es que, en efecto, son nociones diferentes, puesto que el pago entre residentes y no residentes puede tener lugar de forma simultánea al cobro en España o en otro país, consumiéndose el importe del pago a continuación en el mismo país sin que el dinero correspondiente haya experimentado una transferencia transnacional y, a la inversa, existen supuestos de desplazamiento transfronterizos de dinero, ya mediante transferencia bancaria ya mediante traslado físico de medios de pago en metálico, sin que exista un pago en sentido técnico civil, esto es, sin que se produzca la extinción de una obligación previa, que podrá no existir (14). Este sería el caso de una transferencia efectuada por un emigrante a una cuenta bancaria a su propio favor por el importe de las cantidades ahorradas, o bien el caso de una transferencia que no constituya una prestación obligatoria, como en el caso de las donaciones.

La liberalización del supuesto normal en el ámbito de los contratos onerosos (como es el caso de los préstamos financieros que, como contratos bancarios, son siempre remuneratorios a pesar de que, en pura teoría, el Código de Comercio español admite los préstamos sin interés) del cobro o pago exterior en un sistema de convertibilidad plena de la moneda, ya vimos que había de ir acompañado de un derecho ilimitado de transferibilidad al exterior de las sumas de dinero objeto de negociación, pues la supresión del derecho de transferencia sólo tiene sentido en un sistema de control de cambios en que subsisten transacciones prohibidas o sometidas a previa autorización.

Por tanto, tanto el residente como el no residente que perciban un cobro exterior, ya sea en pesetas ya en divisas, podrá transferir su importe al exterior (15).

3.^o El tercer aspecto que cabe destacar es el de que la liberalización de los pagos se refiere tanto a los «efectuados directamente» como a los que tengan lugar por compensación. La liberalización de los pagos por compensación constituye una novedad, ya que hasta ahora en los supuestos de extinción de obligaciones entre residentes y no residentes por compensación ésta

(14) *Vid.* artículo 1.156, número 1, del Código Civil.

(15) Sin perjuicio de la obligación impuesta a los no residentes de acreditar el origen del dinero cuando el importe a transferir al exterior haya sido previamente abonado en una cuenta a nombre de no residentes abiertas en «entidades registradas» mediante entrega de billetes de banco o cheques bancarios al portador (cfr. art. 10 de la Orden de 27 de diciembre de 1991).

había de ser autorizada por la Administración y, aunque no den lugar a pagos dinerarios efectivos, contablemente la compensación se había de reflejar bancariamente a través de una serie de apuntes como si realmente se hubiese producido el pago dinerario respectivo de las obligaciones compensadas.

Ahora bien, puesto que la compensación puramente civil entre particulares residentes y no residentes extrabancaria no le procura a la Administración información alguna sobre la extinción de las obligaciones pecuniaras respectiva, será preciso que la compensación se canalice, al igual que los pagos directos, a través de los correspondientes apuntes de abonos y adeudos bancarios aun cuando de ellos no resultare una variación del saldo de las respectivas cuentas, conforme a la regla general del artículo 5 del Real Decreto 1816/1991. Esto es especialmente importante en el caso de la cuenta corriente de crédito en que los reintegros de fondos en la cuenta compensan por su cuantía el importe de las cantidades dispuestas, de forma que en virtud de la compensación producida los intereses devengados sólo se calculan en razón del saldo diario existente.

Un problema no resuelto, sin embargo, es el de los restantes supuestos de extinción de las obligaciones previstas por el artículo 1.156 del Código Civil y, en particular, la novación y la condonación. A la figura de la *novación* está vinculada con frecuencia la apertura de crédito en cuenta corriente, de forma que en el curso de las relaciones comerciales tenidas entre, por ejemplo, una empresa y una entidad financiera, cuando se producen dificultades de liquidez en aquélla de forma que no puede atender el pago de las sucesivas obligaciones surgidas de tales antelaciones a las fechas de sus respectivos vencimientos, las obligaciones vencidas y pendientes de pago se extinguen por novación, quedando sustituidas por un crédito en cuenta corriente, cuyo primer asiento de cargo coincide con el montante de las obligaciones vencidas (16). Este supuesto queda parcialmente recogido por la Circular número 2/1992 del Banco de España, para el caso de que el plazo de duración de la cuenta pactado sea superior a un año, en su norma 2.^a, según la cual «las personas físicas o jurídicas residentes en España que obtengan facilidades crediticias del suministrador o de tercero financiador no residente, por un plazo superior a un año, en sus operaciones de importación de bienes o servicios, quedan obligados a declararlos al Banco de España en el plazo de un mes, contado desde la fecha de obtención de la facilidad crediticia. La entidades registradas —añade—

(16) En estos supuestos, la exigencia de que medie acuerdo novatorio respecto de las obligaciones previas con objeto de transformarlas en un nuevo crédito constituye un requisito cuyo incumplimiento se erige en causa impeditiva de la inscripción de la hipoteca que se pretenda constituir en su garantía: *vid.* fundamento de derecho segundo de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de diciembre de 1987.

y los residentes titulares de cuentas bancarias en el extranjero harán constar el 'número de crédito comercial' que se asigne a la facilidad crediticia en todas las comunicaciones de cobros y pagos relativos a la misma».

El supuesto de la *condonación* o perdón de la deuda, en este caso de la obligación de reembolso del capital mutuado y del pago de los intereses que lo remuneran (17), no aparece directamente contemplado, por lo que cabría interpretar que queda sujeto a la exigencia de autorización previa por no estar comprendido en el ámbito de la liberalización que afecta a los pagos y cobros exteriores —entendidos aquí de forma amplia como causa de extinción de obligaciones exteriores—. Sin embargo, me inclino por la postura contraria no sólo por razón de las teorías civilísticas que consideran el pago como un negocio jurídico autónomo dentro del negocio jurídico creador del vínculo obligacional que el pago extingue (18), sino por considerar que en el caso de la condonación de la deuda existe un *animus donandi* por parte del prestamista que obliga a considerar las reglas de las donaciones en nuestro Derecho, las cuales al imponer como requisito *sine qua non* la aceptación del donatario hace tránsito hacia la figura del contrato (19), bajo cuya consideración la extinción por condonación constituye

(17) La cuestión se plantea en el puro ámbito del control de cambios, y prescindiendo de los interesantísimos aspectos que plantea la citada cuestión en el plano del Derecho sustantivo, civil y mercantil, consistentes en la determinación de si las entidades financieras —recuérdese que tratamos los préstamos financieros en sentido comunitario—, sujetas en su mayoría a la legislación societaria mercantil, y teniendo presente el fin de lucro esencial que ha de perseguir toda entidad societaria (art. 1.665 del Código Civil y 116.1.º del Código de Comercio), pueden o no realizar actos de liberalidad (así la condonación con *causa donandi*) o, por el contrario, ello le resulta inviable por la imposibilidad de que su objeto social contempla la realización de actos a título gratuito. Véase, en sentido permisivo, las Resoluciones DGRN de 2 de febrero de 1986 (en un caso de donación de un inmueble propiedad de una sociedad mercantil, en base a su condición de acto aislado) y la más reciente de 22 de noviembre de 1991 (en un supuesto de cláusula estatutaria que prevé la donación por parte de la sociedad de un porcentaje de sus beneficios hasta el máximo del 5 por 100 en favor de determinadas fundaciones, en base a la argumentación de la capacidad jurídica y de obrar de la sociedad —art. 7 LSA— y a la moderación de las donaciones que no compromete el sustancial objetivo lucrativo). Sin embargo, en el supuesto específico de las entidades bancarias, la solución puede ser más dudosa, atendiendo al tenor de la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946: «Ejercen el comercio de Banca las personas naturales y jurídicas que, con habitualidad y ánimo de lucro, reciben del público... fondos que aplican por cuenta propia a operaciones activas de crédito y otras inversiones con arreglo a las leyes y a los usos mercantiles...».

(18) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, *opus. cit.*, págs. 365 y sigs., y la jurisprudencia allí citada. En la misma dirección, A. HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de obligaciones*, Ed. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, págs. 279 y sigs.

(19) Vid., en particular, los artículos 1.187 y 618 del Código Civil. Baste a estos efectos dejar sobreentendidas en el sentido apuntado la cuestiones civilísticas sobre si la remisión o condonación de una deuda es un acto unilateral o bilateral, si cabe la remisión sin causa de donación y si la donación es un acto o un contrato.

no ya una forma de pago, sino una transacción principal incluida en el párrafo primero del artículo 1.º del Real Decreto 1816/1991, y como tal plenamente liberalizada.

Ahora bien, tanto en este supuesto como en el de otras modalidades extintivas de obligaciones exteriores como el de la *adjudicación en pago* mediante una *cesión de crédito* existente frente a tercero u otras similares, en las que no se produce ningún movimiento dinerario calificable como tal de pago de transferencia, sino que la extinción de la obligación previa tiene lugar mediante la celebración de otro negocio jurídico principal, sea su causa *donandi* o *credendi*, pero en todo caso celebrado con una inmediata finalidad solutoria (20), decae la efectividad de las nuevas normas de control de cambios en cuanto a su finalidad de controlar las transacciones principales a través de los pagos o transferencias que de ellos se derivan, precisamente por partir de la premisa falsa de que aquéllos van seguidos inexorablemente de éstas. Precisamente entiendo que atender a esta laguna es lo que subviene la norma 5.ª de la Circular número 1/1992 del Banco de España, sobre residentes titulares de cuentas bancadas en el extranjero, al establecer que «las personas físicas o jurídicas residentes titulares, por cualquier concepto, de transacciones exteriores que no den lugar a cobros o pagos, vendrán obligadas a declararlas en la forma y con la periodicidad que establezca el Banco de España», norma que por el momento se encuentra pendiente de desarrollo, pero a la que habrán de quedar sujetos los supuestos examinados de extinción del préstamo o crédito por condonación o por adjudicación en pago o *cesion* de crédito frente a tercero.

4.º Por otra parte, en los supuestos de contratos estipulados con cláusula en favor de tercero a que se refiere el artículo 1.257, párrafo segundo, del Código Civil, para el supuesto de que se produjese una limitación, de las previstas en el artículo 3 del Real Decreto 1816/1991, a los movimientos de capitales con terceros países ajenos a la Comunidad Europea, de forma que, si bien los contratantes fuesen residentes en países comunitarios, el tercero beneficiario de la estipulación pactada fuese un residente extracomunitario, en mi opinión habría que atender no tanto a la relación de cobertura establecida entre el promitente y el promisorio, ambos comunitarios, sino también a la relación llamada de *valuta* entre promisorio y tercero beneficiario, que puede responder a diversas causas (21), y que sería ajena a la regla de la

(20) Es decir, en todos aquellos casos en que la realización del mandato de la norma convencional dirigida al deudor tiene lugar no mediante la ejecución por éste de una prestación sin cooperación del acreedor (o con cooperación de mero asentimiento), sino mediante la celebración de un nuevo negocio jurídico entre ambos.

(21) En efecto, la relación mediante entre el promisorio (estipulante que acepta la promesa) y el tercero beneficiario de la misma puede responder a diversas causas: causa *solvendi* (el estipulante o promisorio paga una deuda al tercero mediante la atribución

liberalización de movimientos de capital intracomunitarios, por lo que los pagos efectuados a favor del tercero se habrían de someter a la exigencia de previa autorización o verificación que se hubiese implantado.

Este supuesto encaja en el ámbito de los créditos a través de la figura de la «apertura de crédito impropia» que es aquella en la que el crédito abierto por el Banco no es utilizado por el cliente que da la orden, sino por un tercero que él designe, o beneficiario, y cuya finalidad es fundamentalmente solutoria, pues mediante este contrato el Banco paga una deuda ajena, existente entre su cliente y el beneficiario (22).

5.º En último aspecto que cabe destacar del párrafo segundo del artículo 1.º del Real Decreto 1816/1991 es el que hace mención a la salvedad que se establece respecto de las «medidas indispensables de control que se pudieran establecer —y que de hecho se establecen— para impedir las infracciones al ordenamiento jurídico vigente». A estas normas de control, que se traducen en un conjunto de formalidades que, especialmente en el ámbito de los préstamos financieros son de un cierto rigor, me referiré en seguida, pero previamente hay que reparar en la circunstancia del particular control que se establece respecto de los préstamos y créditos, pues se trata de las únicas transacciones, en tanto que negocios jurídicos principales, que se someten a un control directo y no a través del control indirecto de sus pagos y transferencias.

2) En efecto, el artículo 4.º de la Directiva 88/361 permite a los Estados miembros adoptar aquellas *medidas de control y verificación* necesarias tanto para el conocimiento estadístico y fiscal de las operaciones de capital realizadas como para comprobar la autenticidad y veracidad de las mismas (23). El Real Decreto 1816/1991 ha previsto, de las diversas técnicas posibles al efecto como regla general, la menos rigurosa, consistente en la mera declaración de la operación *a posteriori*, si bien con carácter, salvo excepciones, previo a los pagos y cobros derivados de aquélla. Sin embargo, esta regla general de la declaración del mero pago o cobro se exceptúa en el caso de los préstamos y créditos, los cuales han de ser declarados con carácter previo no a su ejecución, sino a su celebración.

de la prestación del promitente), causa *donandi* (el estipulante quiere hacer una liberalidad al tercero), causa *credendi* (la cantidad percibida por el tercero es un préstamo que le hace el estipulante). Vid. ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, t. I, pág. 227.

(22) RODRIGO URÍA, *opus.*, *cit.*, pág. 753.

(23) El artículo 4 de la Directiva especifica que las medidas de control estatal han de ser «indispensables», cuyo límite —que responde a la caracterización de un concepto jurídico indeterminado— está sujeto a la supervisión de los órganos jurisdiccionales del propio Estado miembro en que se hayan adoptado las citadas medidas, según resolvió la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 24 de junio de 1986 en el asunto 157/85, Brugnoni-Ruffinengo, citada *supra*.

En efecto, el artículo 9 del Real Decreto 1816/1991 establece que no obstante lo dispuesto en su artículo 1.º, las «entidades registradas», así como las personas físicas o jurídicas que realicen operaciones de las señaladas en dicho artículo 1.º, quedan sujetas a la obligación de facilitar a la Administración y al Banco de España los datos que se les requieran para los fines de seguimiento estadístico y fiscal. En base a ello, el artículo 8, número 2, de la Orden del Ministerio de Economía de 27 de diciembre de 1991, aparte de imponer obligaciones similares respecto de los créditos de carácter comercial, dispone que «los residentes quedarán obligados a declarar al Banco de España, en la forma que éste establezca, los préstamos financieros recibidos de no residentes u otorgados a no residentes», cuya previsión ha sido desarrollada por la Circular número 2/1992 del Banco de España, y de cuyo desarrollo resulta con claridad que tal declaración tiene carácter previo respecto de los préstamos, dado el carácter de contratos reales que revisten los mismos.

Con ello nos adentramos ya en el estudio de las formalidades impuestas a los préstamos y créditos financieros exteriores como medidas de control de los mismos (24).

3) Como hemos visto, las *medidas de control que el Gobierno puede imponer* a las operaciones de capital son las «indispensables» para impedir las infracciones al ordenamiento jurídico vigente y, en principio, parecen referirse principalmente a los cobros y pagos exteriores y a las transferencias del y al extranjero más que a la celebración de la transacción en sí.

Esta facultad estatal de control por lo que se refiere a los préstamos y créditos exteriores se desarrolla normativamente en la citada Circular número 2/1992 del Banco de España. De ella y del conjunto de las restantes disposiciones que regulan el sistema actual de control de cambios en España resultan una serie de formalidades que podríamos clasificar en una de tipo genérico, como es la de la canalización de los préstamos financieros a través de la vía bancaria (25), y otras de tipo específico, como son la obligación de declarar la transacción, la asignación de un número de operación financiera (NOF) y la comunicación de todos los cobros y pagos derivados del préstamo o crédito:

(24) Algún autor ha concebido estas medidas de control como condiciones de ejercicio de la libertad de circulación de capitales, por contraposición a las excepciones o restricciones a la misma *[vid. JAIME ABELLA: «Las transacciones económicas...», cit., pág. 4]*. Este concepto conecta con la idea de la «suspensión» de la efectividad de la transacción o transferencia que se sigue del incumplimiento de las formalidades impuestas por las medidas de control a que nos referimos *supra*.

(25) Requisito genérico en el sentido de ser común a todas las operaciones, actos y negocios sometidos a control de cambios.

1.^o Por lo que se refiere a *la intervención bancaria* inexcusable, ello constituye un reflejo concreto de un principio general sobre el que se asienta el sistema cambiario tanto actual como pasado, que es el de canalizar las transacciones y transferencias con el exterior por vía **bancaria**, de forma que las entidades de crédito ejecutan en materia de control de cambios un conjunto de funciones propias de las autoridades monetarias por vía delegada y que básicamente consisten en recoger, ordenar y transmitir al Banco de España los datos de las operaciones realizadas que resultan relevantes para el control de cambios, con obligación de bloquear las correspondientes obligaciones de cobros y pagos en tanto los particulares residentes, sean personas físicas o jurídicas no realicen las declaraciones pertinentes (26).

Este principio aparece recogido con carácter general en el artículo 5 del Real Decreto 1816/1991, conforme al cual los cobros y pagos residentes y no residentes, así como las transferencias del y al exterior, estén cifradas en pesetas o en moneda extranjera, deberán efectuarse a través de una «entidad registrada» (Bancos y Cajas de Ahorro), añadiendo que en tales supuestos el residente deberá aportar a la «entidad registrada» a través de la que dicho pago, cobro o transferencia se efectúe, las declaraciones o informaciones que se determinen, sin cuyo requisito las entidades registradas no podrán ejecutar ningún pago o transferencia al exterior.

Se señalan a la citada regla general dos excepciones relativas, respectivamente, a los cobros y pagos entre residentes y no residentes mediante abono y adeudo en cuentas de que sean titulares personas residentes en España en oficinas bancarias extranjeras, tanto de entidades registradas

(26) El cumplimiento de estas actuaciones por vía delegada por parte de las «entidades registradas» encuentra amparo legal en el artículo 5 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre control de cambios, conforme al cual «1. La Administración podrá autorizar, en las condiciones y límites que se determinen reglamentariamente, a los Bancos operantes en España, Cajas de Ahorro y otras entidades de crédito para intervenir en las operaciones reguladas en esta Ley... 2. Las entidades autorizadas quedan sujetas al *deber de colaboración* con los Organismos encargados del control de cambios...» Por su parte, el artículo 10, número 3, del Real Decreto 1816/1991 establece que «las disposiciones que regulen el deber de colaboración con la Administración de las «entidades registradas» se considerarán normas de ordenación y disciplina a los efectos previstos en el artículo 1 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y su infracción será sancionada en los términos establecidos en dicha Ley...». Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la colaboración de las entidades delegadas con la Administración, ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU consideran que aquélla constituye el ejercicio de una delegación de facultades (*vid. Control de cambios*, cit., pág. 252). Por su parte, JAIME ABELLA entiende que el cambio de denominación de «entidad delegada» a «entidad registrada» responde a la idea de un mayor automatismo en el desarrollo de funciones de control de cambios por las entidades de crédito sin necesidad de una previa delegación (*Las transacciones económicas...*, pág. 6).

como entidades bancadas extranjeras (27), y los cobros y pagos entre residentes y no residentes en moneda metálica, billetes de banco o cheques al portador (28), en cuyos casos, precisamente por producirse el pago al margen del sistema bancario español, se sustituye la intervención delegada de las entidades registradas por la obligación impuesta al residente de declarar el respectivo cobro o pago directamente al Banco de España en el plazo de los treinta días siguientes, salvo que tratándose de un pago en metálico su importe no exceda de un millón de pesetas, según la franquicia establecida por el artículo 7 de la Orden de 27 de diciembre de 1991.

Sin embargo, en mi opinión, tales excepciones apenas tendrán efectividad alguna en el campo de los préstamos y créditos financieros a que me vengo refiriendo. Desde luego, la instrumentación extrabancaria de un contrato de apertura de crédito no es más que una hipótesis de laboratorio, pues, como vimos, la práctica vincula tales créditos a las operativas cuentas corrientes, con lo que éstas pasan a ser un elemento esencial de la apertura de crédito, por lo que siendo la cuenta corriente un contrato típicamente bancario (29), mal puede defenderse la posibilidad de una excepción al artículo 5 del Real Decreto 1816/1991 en materia de contratos de crédito.

Pero incluso en los contratos de préstamo la hipótesis de la excepción es muy residual, y ello por las siguientes razones:

- Precisamente los préstamos financieros se definen por el Derecho comunitario como aquellos en que interviene una entidad financiera o de crédito, y particularmente en el caso de los préstamos que más nos interesan, los hipotecarios, debido al largo plazo de su duración lo común es pactar un sistema de amortización parcial y sucesiva que se traduce en cuotas periódicas que ha de satisfacer el prestatario, cuyo pago en metálico precisamente a una entidad de crédito resulta un tanto extravagante. Lo normal será que la cuota esté

(27) Vid. artículo 6, número 3, del Real Decreto 1816/1991 y de la Orden de 27 de diciembre de 1991 y norma 1.^a, número 1, de la Circular del Banco de España número 1/1992, de 15 de enero, sobre residentes titulares de cuentas bancadas en el extranjero.

(28) Vid. artículo 7, número 2, del Real Decreto 1816/1991 y de la Orden de 27 de diciembre de 1991.

(29) El contrato de cuenta corriente, mencionado en los artículos 175, número 9, 177 y 180 del Código de Comercio es definido por GARRIGUES como un contrato de gestión, en virtud del cual el Banco se compromete a realizar por cuenta de su cliente cuantas operaciones son inherentes al servicio de caja, realizando las correspondientes anotaciones contables. Ahora bien, como advierte BROSETA (*opus. cit.*, pág. 474), se trata de un contrato que suele superponerse como pacto accesorio a un contrato de depósito de dinero a la vista o a una apertura de crédito, razón por la cual la doctrina ha afirmado que la cuenta corriente es un contrato autónomo (por razón de su contenido), pero *dependiente, superpuesto o accesorio* de aquellos contratos a los que suele ir siempre unido (vid. Sentencias de 12 de junio de 1976 y 29 de abril de 1983).

- domiciliada en una cuenta corriente abierta a favor del prestatario en la propia entidad o bien se satisfaga mediante una transferencia girada con cargo a otra cuenta del propio prestatario en otra entidad.
- La propia complejidad que para el prestatario puede suponer gestionar directamente la «Declaración de préstamos y créditos exteriores», y la posibilidad que le ofrece el anexo I de la Circular número 2/1992 para hacerlo a través de una entidad registrada en su nombre, hace fácilmente presumible el empleo de esta segunda fórmula.
 - En definitiva, resulta la intervención bancaria presupuesta por la misma Circular cuando establece en el apartado 3.º de su norma primera, que «las entidades registradas no realizarán abono o adeudo alguno derivadaos de la disposición, amortización o pago de intereses del préstamo contraído... sin que a los mismos les haya sido asignado el NOF».

2.º Por lo que se refiere a la *obligación de declarar la transacción*, ya vimos cómo el artículo 8.º, número 2, de la Orden de 27 de diciembre de 1991 obliga a los residentes a declarar al Banco de España y en la forma que éste establezca «los préstamos financieros recibidos de no residentes y los otorgados a no residentes».

La obligación, por tanto, en ambos casos recae sobre el contratante que tenga la condición de residente en España, al igual que sucede con el resto de obligaciones relativas a declaraciones de operaciones sujetas a control de cambios que siempre imputan las mismas a los residentes, lo cual resulta lógico considerando que las normas de control de cambios, que frecuentemente inciden en relaciones jurídicas internacionales por la concurrencia de algún elemento de extranjería, son normas de Derecho público e imperativo que afectan al orden público, por lo que han podido ser calificados como normas de policía económica, y conocido es que las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública son leyes eminentemente territoriales que obligan a todos los que se hallen en territorio español según resulta del artículo 8.1 del Código Civil. Dicho sea sin perjuicio de las posibles consecuencias que del incumplimiento de la obligación cambiaria impuesta al residente se puedan seguir en orden a la ineficacia del conjunto de la relación jurídica, lo que no puede dejar de afectar al no residente ajeno al incumplimiento de tales obligaciones, según resulta del ya citado artículo VIII de los Estatutos del Fondo Monetario Internacional.

Pues bien, en desarrollo parcial del artículo 8 de la Orden de 27 de diciembre de 1991, la Circular número 2/1992 del Banco de España ha especificado la forma en que se ha de realizar tal declaración. Se refiere a ello la norma primera de la misma, a la que ya hemos aludido, en el sentido de obligar a los residentes en España, ya sean personas físicas o jurídicas,

que obtengan préstamos financieros de no residentes, tanto si se cifran en divisas como si lo hacen en pesetas, a declararlos al Banco de España, cumplimentando el impreso de «Declaración de préstamos y créditos exteriores».

Las instrucciones de procedimiento contenidas en el anexo I de la Circular especifican la forma de rendir la citada declaración, distinguiendo dos supuestos según que el préstamo tenga un importe superior a doscientos cincuenta millones de pesetas o proceda de algún país considerado oficialmente como paraíso fiscal (30), o bien se trate de préstamos que no incurran en ninguna de dichas circunstancias. En el primer caso, la declaración ha de realizarse en la oficina de Balanza de Pagos del Banco de España, en Madrid, o en cualquiera de sus sucursales, bien directamente por el prestatario, bien por una entidad registrada en su nombre y, en todo caso, con anterioridad a la primera disposición de fondos. Tratándose de préstamos incursos en el segundo supuesto, la norma es más permisiva, pues admite que la declaración se pueda cumplimentar en la primera disposición de fondos en la propia entidad registrada que hará seguir al Banco la correspondiente información en impreso de modelo oficial.

Por otra parte, las casillas de los impresos oficiales en que hay que formalizar las declaraciones (31) constituyen un buen exponente de lo que he denominado encorsetamiento de la autonomía de la voluntad por los formulismos derivados del control de cambios (32). Para ilustrar esta afirmación basten dos ejemplos. Así, en la casilla correspondiente se pide al particular que especifique el tipo de interés, sin tener en cuenta las posibles cláusulas pactadas sobre intereses variables, que son necesariamente prolijas y reñidas con el constreñimiento físico que resulta de la necesidad de reflejarse en una menuda casilla de un impreso oficial.

De otro lado, en la casilla relativa al calendario de amortización se piden los datos del número de cuotas, su periodicidad y sus fechas de cómputo inicial y de vencimiento final. Nada se prevé respecto de un

(30) Los países y territorios a los que se atribuye el carácter de paraíso fiscal aparecen relacionados en el artículo 1.º del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

(31) Véase cuadro de declaración de préstamos y créditos exteriores (pág. 637).

(32) Obsérvese que no se hace referencia a las limitaciones que al dogma de la autonomía de la voluntad, que preside el campo del Derecho de obligaciones como Derecho preferentemente voluntario y no necesario, devienen de la superación de su primitivo sentido individualista, en base a consideraciones de tipo social y/o moral (que se ven reflejadas claramente en la legislación laboral, arrendaticia, de préstamos usuarios, de seguros, etc.), sino de limitaciones al mencionado principio, provenientes de meros formulismos burocráticos, que chocan igualmente con el principio consensualista que rige en materia de contratos (*vid.* art. 1.278 del Código Civil), exagerando el principio opuesto en los actos preparatorios de aquellos que satisfacen el intervencionismo estatal en cualquier sistema de control de cambios por liberalizado que se encuentre.

BANCO DE ESPAÑA

MODELO PE-1

DECLARACION DE PRESTAMOS Y CREDITOS EXTERIORES

NOTA: No cumplimentar las casillas sombreadas. Rellenar a máquina o con letra de imprenta.

1. PRESTATARIO RESIDENTE NIF: 		2. NUMERO DE OPERACION FINANCIERA (NOF)
Nombre Dirección Teléfono Localidad D. P.		
3. CLASE DE ENDEUDAMIENTO		
Préstamo financiero 1 • simple Préstamo financiero 2 • sindicado Emisión de títulos 3 •		
4. PRESTAMISTA		
Nombre del prestamista o entidad que actúa como agente o aseguradora Dirección Localidad Código país País		
5. MONEDA DEL PRESTAMO Código moneda 	6. IMPORTE DEL PRESTAMO (en cifras)	7. CLAUSULA MULTIDIVISA Si 1 • No 2 •
8. TIPO DE INTERES Especifíquese cómo se fija		9. COMISIONES Y GASTOS CONEXOS De apertura De disponibilidad De agencia Otras Gastos conexos
10. CALENDARIO DE AMORTIZACION N.º de cuotas Periodicidad Cuotas iguales 1 • Cuotas desiguales 2 • Fecha de cómputo inicial Fecha de vencimiento final		11. OBSERVACIONES
12. FECHA Y FIRMA DEL PRESTATARIO		13. DILIGENCIA DEL BANCO DE ESPAÑA

vencimiento anticipado del préstamo por las muchas causas que pueden originarlo ni la posibilidad de pactar a favor del prestatario la facultad de anticipar los pagos con el efecto correlativo de disminución del plazo o número de cuotas o bien de reducción de su importe. Ante esta situación caben dos posturas, o bien entender que el préstamo queda constreñido a los datos reflejados en la declaración aportada al Banco de España o bien que la alteración que se produzca en las circunstancias del préstamo con arreglo a su completo clausulado supondrán una circunstancia sobrevenida de error de los datos aportados, sancionable administrativamente, salvo que medie la oportuna comunicación de la alteración producida al Banco de España. En mi opinión, habrá que atender en cada caso por vía interpretativa al alcance de la modificación operada (33).

3.^º En cuanto a la *asignación del número de operación financiera*, se trata de una técnica heredada de la normativa anterior, pero con distinto significado (34). Dice al respecto la Circular número 2/1992 en su norma primera, tras referirse a la obligación de formular la correspondiente declaración, que el «Banco de España asignará un número de registro, denominado número de operación financiera (NOF), a cada declaración, de conformidad con lo establecido en el punto 4 siguiente», el cual a su vez establece que «con carácter general el número de operación financiera será asignado por el Banco de España», añadiendo a continuación que, sin perjuicio de lo anterior, «las entidades registradas podrán asignar directamente, actuando por delegación del Banco de España, el NOF de los préstamos exteriores cuyo importe no exceda de doscientos cincuenta millones de pesetas o su contravalor en otras divisas, siempre que el prestamista no sea persona física o jurídica residente en alguno de los territorios o países a los que se atribuye el carácter de paraísos fiscales en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio».

Resulta clara, pues, la distinción entre los préstamos que podríamos denominar liberalizados y delegados —en los que la asignación del NOF la realizan directamente las entidades registradas— y aquellos otros que están

(33) Con carácter general, y sin perjuicio de la posible subsunción del supuesto expresado en la tipología de alguna de las infracciones definidas por la Ley 40/1979, de Control de Cambios [véase en relación a los pagos anticipados, por ejemplo, el art. 6, A), número 4, en relación con el art. 10, núm. 2, de la citada Ley], entiendo que ha de prevalecer claramente un criterio de benignidad en base a la necesaria interpretación estricta de las normas sancionadoras. Otra cosa es que el alcance que a dichos supuestos se les haya de atribuir en las esferas civil y registral por razón del efecto «suspensivo» que genera el incumplimiento de las formalidades administrativas que examinamos, según lo indicado *supra*.

(34) Respecto del significado del NOF en la regulación anterior (Circular del Banco de España núm. 6/1989, *vid., in extenso*, JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD: «Estudios sobre inversiones extranjeras. Préstamos y créditos financieros», REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, mayo-junio de 1991, núm. 604 bis, págs. 1245-1487).

liberalizados pero no delegados —en los que la asignación del NOF la realiza directamente el Banco de España—.

Decíamos que la técnica del NOF se hereda de la normativa anterior pero con un significado distinto, por cuanto que en la Circular del Banco de España 6/1987 la asignación del NOF constituía en sí una resolución favorable en el proceso de previa verificación de la operación, que tenía lugar con objeto de comprobar que el préstamo en cuestión encajaba en los requisitos exigidos a los préstamos liberalizados y no era de los necesitados de autorización. En la actualidad, al estar todos los préstamos liberalizados, se podría entender que carece de sentido tal cautela verificadora, pues de la misma en ningún caso podría resultar un juicio desfavorable respecto de la liberalización del supuesto. Sin embargo, en mi opinión, la Circular número 2/1992, al asumir este silogismo, ha ido más allá de lo que la prudencia aconsejaba, pues ya vimos cómo subsisten algunos préstamos —los participativos y los materializados en la adquisición de títulos de renta fija o variables que por su asimilación a las inversiones directas y en cartera efectuadas fuera de Bolsa, respectivamente, están sometidas por su legislación específica—, recordemos que dejada a salvo por el Real Decreto 1816/1991 a verificación previa (35). Quizá en este punto la Circular número 2/1992 no sea más que un preludio de la supresión de tal trámite para los supuestos citados (36).

No obstante, subsiste un supuesto en que, en trámite de asignación del NOF, el Banco de España puede realizar un verdadero proceso de verificación del préstamo afectado. No otra cosa cabe concluir de lo dispuesto por el último párrafo de la instrucción primera, número 1, del anexo de la Circular número 2/1992, al sancionar que «cuando se trate de préstamos o financiación procedentes de los paraísos fiscales... cualquiera que sea su importe, el Banco de España podrá solicitar de los prestatarios residentes cuantos datos estime oportunos o realizar las comprobaciones necesarias para la identificación de las condiciones de la operación antes de proceder al registro del préstamo y a la asignación del correspondiente NOF». Indudablemente el objeto de esta comprobación no será el de detectar una irregularidad desde el punto de vista del control de cambios, sino el de contrastar el carácter espúreo o correcto del origen de la operación del préstamo y el cumplimiento de las obligaciones fiscales de los actos y contratos que hayan generado el capital que habrá de ser reembolsado, pero, en cualquier caso, el procedimiento es perfectamente calificable de trámite de verificación.

(35) Vid. artículos 6, número 2, del Reglamento de Inversiones Extranjeras; 8, número 3, de la Orden de 4 de febrero de 1990 (modificada por la Orden de 25 de septiembre de 1991, art. único) y artículo 10, último párrafo, de la misma Orden.

(36) Recuérdese lo dicho *supra* respecto de una previsiblemente próxima reforma de la legislación española de inversiones extranjeras.

Desde el punto de vista de la tramitación del NOF, lo que resulta más llamativo es la ausencia de fijación de un plazo al Banco de España para realizar su asignación. Con arreglo a la antigua Circular 6/1987 (37), expresamente derogada por la Circular número 2/1992, tampoco se fijaba expresamente un plazo para resolver la verificación y consiguientemente asignar el NOF, pero dicho plazo resultaba indirectamente de una de las normas de tal Circular con arreglo a la cual el interesado debía presentar la solicitud de la verificación ante el Banco de España con quince días de antelación al menos 1 (38) respecto a la fecha de la primera disposición del préstamo, para lo cual era preciso contar previamente con el NOF. Por tanto, el NOF se habría de asignar en el plazo que mediase entre la presentación de la solicitud y la fecha de la primera disposición que se especificaba en el propio escrito de solicitud, cuyo intervalo no podía ser inferior a quince días. Este mismo plazo era el que se fijaba para que el Banco de España resolviese las solicitudes de autorización respecto de los préstamos no liberalizados, con la garantía para el postulante del silencio administrativo positivo.

La cuestión puede quedar resuelta en la próxima reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (39), que prevé la citada técnica del silencio administrativo positivo con carácter general en cuya virtud se entiende resuelta la solicitud de forma favorable si la Administración no dicta resolución expresa en un plazo determinado (40). Entre tanto, la solución tiene que ser meramente interpretativa, y al respecto, a mi juicio, dado que el sentido de la reforma emprendida por el Real Decreto 1816/1991 es claramente liberalizadora y favorecedora, por ende, de la posición del administrado, no podría admitirse en ningún caso que en materia de asignación del NOF se hubiese producido una a modo de *reformato in peius*, por lo que habría que entender vigente el plazo máximo de quince días. Además, teniendo en cuenta que al asignar el NOF el Banco de España no realiza una actuación discrecional, sino reglada, la falta de

(37) Cfr. norma 3.^a, último párrafo, de la Circular 6/1987, citada.

(38) Cfr. *ibidem*, norma 2.^a

(39) Actualmente se halla en período de tramitación parlamentaria el proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (A. 82-1), habiendo entrado en la Cámara Baja el 4 de marzo de 1991 (*Tapia*, núm. 63, marzo-abril de 1992, pág. 79).

(40) Gráficamente explica GARCÍA DE ENTERRÍA la naturaleza y efectos del silencio positivo diciendo que el mismo «sustituye la técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarse durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado» (*opus. cit.*, pág. 504). Valga lo dicho *mutatis mutandi*, pues en la regulación actual de la Circular 2/1992 no cabe entender que el prestatario haya de asumir un papel procesal-administrativo de postulante o requirente, pues el otorgamiento del NOF ha de responder a una actuación reglada y automática.

asignación podría constituir un incumplimiento de sus funciones que podría dar lugar tanto a la impugnación de tal pasividad por parte del particular perjudicado ante la jurisdicción contencioso-administrativa como a una sanción comunitaria por el incumplimiento de los compromisos contraídos por el Estado español por razón de la Directiva 88/361, conforme al procedimiento del artículo 169 del Tratado de Roma.

La cuestión apuntada, lejos de ser baladí, presenta una singular importancia debido a *los efectos derivados de la asignación del NOF*, pues estos son trascendentales tal y como se puede colegir de la lectura del apartado 3.º de la norma 1.ª de la Circular 2/1992, según el cual «las entidades registradas no realizarán abono o adeudo alguno derivados de la disposición, amortización o pago de intereses del préstamo contraído o de la financiación obtenida del no residente sin que a los mismos les haya sido asignado el NOF» (41).

Por tanto, desde el punto de vista de la celebración del contrato, la falta de atribución del NOF respecto de un contrato de préstamo exterior impide su perfección, dado su carácter real —que exige la entrega del **capital**— y la imposibilidad de que dicha entrega se verifique. En el caso de los contratos de apertura de crédito el problema jurídico es distinto, pues dado el carácter consensual de los mismos —al que basta la prestación del consentimiento para su **perfección**—, el contrato se podrá entender jurídicamente existente, pero económicamente el problema es idéntico dada su finalidad de proporcionar disponibilidad dineraria a favor del acreditado desde el día de la celebración del contrato y por todo el plazo de su duración. En tales supuestos habrá que entender que el plazo de la cuenta de crédito es cierto en cuanto a su duración, pero incierto en el *dies a quo* en el que habrá de comenzar su cómputo, siempre que se haya establecido en el propio contrato una previsión al respecto, pues en caso contrario el retraso en la asignación del NOF no hará más que cortar la duración del contrato.

Por lo que se refiere a los pagos por amortización e intereses, el efecto suspensivo de la asignación del NOF no les habría de afectar, pues atribuido el NOF de forma única para el conjunto de operaciones que se desprenden del préstamo, y estando subordinada la obligación del prestatario o acredi-

(41) Se observa la omisión en la disposición transcrita de otros conceptos a que pueden responder los adeudos referidos directamente relacionados con el préstamo o crédito concertado, tales como comisiones, intereses de demora, pago de tributos, primas de seguros y otros gastos suplidos por cuenta del prestatario o acreditado. En algún caso parece clara la asimilación al régimen de la norma transcrita (así, las comisiones satisfechas en calidad de retribución por la disponibilidad concebida por el crédito). En otros supuestos quizá la solución haya de reconducir al régimen común más liberal de las transacciones invisibles: indemnizaciones —intereses de demora—, comisiones y correajes —gestión de negocios ajenos y pagos suplidos por cuenta de otro—, etc.

tado de reintegro del capital y pago de los intereses al previo cumplimiento de la prestación que incumbe al prestamista o acreditante de entrega o puesta a disposición del capital, cuando comience la ejecución de los pagos amortizatorios por parte del prestatario es inexcusable que el NOF ya haya recaído. Ello no obstante, la norma 1.^a también alude al efecto suspensivo del NOF respecto de los pagos por amortización o intereses. ¿Cuál es la razón de ello? Parece encontrarse en la vinculación que la Circular establece entre el requisito del NOF y el de la comunicación preceptiva al Banco de España de todos los cobros y pagos que se efectúen por razón del préstamo, con lo que entramos en el estudio de la última de las formalidades a que la normativa cambiaria actual sujeta a los préstamos y créditos financieros exteriores.

4.^º En efecto, por lo que se refiere a la *comunicación de los pagos y cobros derivados del préstamo o crédito exterior*, la obligación de efectuarla resulta tanto del Real Decreto 1816/1991, cuyo artículo 5.^º establece con carácter general la obligación del residente de aportar a la entidad registrada a través de la que realice un pago o transferencia al exterior las declaraciones o informaciones que se determinen, debiendo incluir en tal declaración su nombre o **razon** social, domicilio, **NIF**, nombre o razón social y domicilio del no residente beneficiario, importe, moneda, país de destino y concepto por el que se produce el pago, sin cuya declaración la entidad registrada no puede ejecutar el pago. Por su parte, la Orden de 27 de diciembre de 1991 aclara que la declaración deberá efectuarse por escrito, debidamente firmado, «con anterioridad a la ejecución del pago» (42).

Para el caso específico de los préstamos y créditos exteriores, la Circular número 2/1992 hace una aplicación concreta de las normas anteriores, indicando que «los cobros por segunda y posteriores disposiciones, así como los pagos por amortización e intereses... habrán de hacerse siempre consignando el NOF asignado a la operación, a cuyos efectos... las entidades registradas requerirán al prestatario la presentación de la correspondiente «declaración de préstamos y créditos exteriores» (instrucción 1.^a, núm. 4).

A mi juicio, esta última exigencia merece crítica desfavorable, ya que la exigencia de presentación del correspondiente impreso de declaración en cada ocasión en que se haya de efectuar cualquiera de los periódicos pagos

(42) Vid. artículo 5, número 2, párrafo segundo, de la citada Orden. En dicho precepto se recoge igualmente una excepción al carácter previo de la declaración para el caso de que en función de la naturaleza del medio de pago empleado la correspondiente transferencia deba ser realizada con «carácter inmediato», en cuyo supuesto la declaración deberá realizarse en el plazo de los quince días naturales siguientes a la ejecución del pago (por ejemplo, en caso de talón nominativo que un residente presente al cobro). Para el caso de que la cuantía del pago no exceda de 100.000 pesetas, no será necesario declarar el concepto por parte del residente [cfr. Resolución de 7 de enero de 1992 de la Dirección General de Transacciones Exteriores, instrucción 5.^a, núm. 1.^º, d)].

de cuotas parciales de amortización del capital y de los intereses devengados en el correspondiente período liquidado constituye un entorpecimiento burocrático desproporcionado a la finalidad de acreditar el NOF, que le constará perfectamente a la entidad registrada y que sólo podrá generar problemas muy aisladamente en caso de existir entre la entidad y su cliente pactos de imputación de pagos entre varias deudas existentes entre los mismos, siendo además incompatible con la necesaria agilidad del tráfico mercantil y contraria a la práctica de la domiciliación bancada del pago de las cuotas periódicas. Por todo ello, y en base a no concurrir en tal exigencia el carácter de imprescindible, considero que la Circular número 2/1992 ha excedido los límites de la discrecionalidad estatal para el desarrollo interno de la Directiva 88/261 y, en consecuencia, conforme a los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, habría que entender que la citada norma adolece de un vicio de contradicción con el ordenamiento comunitario, por lo que resulta improcedente su aplicación así por la Administración como por los Tribunales y en lo que les afecta por los Registradores en su calificación. Dicho sea, no obstante, a título meramente interpretativo y con la reserva lógica a que obliga la naturaleza de este tipo de juicios.

2.2. PRÉSTAMOS DE NO RESIDENTES A RESIDENTES: SUPUESTOS ESPECIALES

Tras lo expuesto, nos resta apuntar, por lo que se refiere a los préstamos y créditos financieros otorgados de no residente a residente, *algunos supuestos que presentan cierta especialidad*, casos dudosos desde el punto de vista de su calificación como exteriores en razón de su falsa apariencia de tales.

1) *Préstamos en divisas concedidos a residentes por entidades registradas*

La Circular 5/1987, de 13 de marzo, del Banco de España, en su norma 8.^a, ahora derogada por la Circular número 3/1992, facultaba a las entidades registradas a conceder préstamos en divisas a «residentes debidamente autorizados». Tales préstamos en puridad tenían lugar entre dos residentes, pero considerando que las divisas objeto del préstamo eran fruto de la toma de fondos en moneda extranjera mediante depósitos obtenidos de no residentes, la Circular citada asumió, como dicen ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU (43), la ficción legal de considerar a las entidades registradas en tales operaciones como no residentes o bien que actuaban en las mismas por

(43) ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU: *Control de cambios...*, cit., pág. 1212.

cuenta de no residentes, por lo que resultaban aplicables a tales préstamos los requisitos de la antigua Circular 6/1987 (44).

Actualmente la mencionada Circular número 3/1992 declara libre la compra por parte de las entidades registradas a residentes y no residentes (con ciertas formalidades en este segundo caso) de billetes extranjeros y cheques bancarios al portador (45), por lo que pueden ser titulares de los mismos en concepto de propietario, no depositario (46), por lo cual no pueden considerarse hoy subsistentes las razones para entender estas operaciones como préstamos exteriores sometidos a control de cambios. Se trata simplemente de préstamos interiores en los que la suma prestada se cifra en divisas, por lo que habrá que tener en cuenta no las normas de control de cambios, sino las particularidades de Derecho privado propias de las deudas de moneda extranjera (47).

2) Un segundo puesto dudoso es el de *los préstamos exteriores otorgados a sucursales en España de empresas exteriores*

La especialidad surge en este caso de la concurrencia de dos factores; por un lado, la falta de personalidad jurídica independiente de las sucursales

(44) Desde un punto de vista estrictamente jurídico-sustantivo, el fundamento de la citada ficción legal que configura la intervención de las entidades registradas como un mandato o como una gestión de intereses ajenos no es del todo clara. En efecto, puesto que los fondos en divisas mutuados han de proceder básicamente de depósitos bancarios realizados por no residentes, y teniendo en cuenta que la norma 4.ª de la Circular 5/1987 del Banco de España —todavía vigente— atribuye disponibilidad a las entidades registradas sobre los citados recursos en moneda extranjera, es claro que nos encontramos ante la figura del depósito «irregular», al igual que en el común de los depósitos bancarios de numerario, en el que el depositario adquiere desde el momento de la constitución del depósito la propiedad de los fondos depositados (*vid.* art. 309 del Código de Comercio). Por consiguiente, cualquier acto de administración o disposición realizado sobre los fondos depositados lo son sobre elementos integrantes del propio patrimonio de las entidades registradas, sin perjuicio de las disposiciones legales tendentes a la protección del ahorro y al aseguramiento de la obligación de devolver el *tantumdem*.

(45) *Vid.* normas 5.ª y 6.ª de la citada Circular número 3/1992, de 15 de enero.

(46) Dicho sea en el sentido de quedar liberada la entidad registrada de las obligaciones de mantenimiento del nivel de liquidez necesario para poder satisfacer el derecho de disponibilidad del depositante —con arreglo a la modalidad de depósito celebrado— mediante el cumplimiento del deber de restituir el *tantumdem*.

(47) Precisamente estas consideraciones justifican la supresión de la obligación de declaración de estas operaciones a partir de 1993, según resulta con claridad *a sensu contrario* del régimen transitorio establecido para las mismas por la última norma de la Circular 2/1992 del Banco de España, conforme a la cual «Durante 1992 se declararán, en los términos previstos en la norma primera de la presente Circular, los préstamos y financiaciones en divisas obtenidos por residentes de las entidades registradas».

respecto de su empresa matriz (48), de modo que una y otra son una misma persona jurídica, en este caso no residente, porque al hablar de empresas extranjeras hablamos de empresas cuyo domicilio social se halla en el extranjero (49), y de otra parte, la consideración que antiguamente el Reglamento de 1980 y actualmente el Real Decreto 1816/1991 hacen de los establecimientos y sucursales en territorio español de las personas jurídicas extranjeras como residentes a efectos de la normativa del control de cambios (50).

Pues bien, desde una perspectiva jurídica estricta los préstamos de las empresas matrices extranjeras a sus sucursales en España no pueden constituir un préstamo, por cuanto que éste, para nacer, requiera de la concurrencia de dos contratantes con personalidad independiente, por lo que nos hallaríamos más bien ante un caso de anticipos reintegrables —terminología empleada por una Circular de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 9 de julio de 1975— o de una simple colocación de fondos. Esta última interpretación ha prevalecido en la práctica administrativa sobre la tesis contraria que veía un supuesto de auténtico préstamo exterior sobre entender que la consideración de la sucursal como «residente» le atribuía una personalidad jurídica por vía de ficción legal y a los solos efectos de la normativa de control de cambios, fundamentalmente en base a la finalidad de la atribución de la condición de residente y las sucursales, que no es otra que la de facilitar su vida económica eludiendo su sometimiento constante al control de cambios en el desarrollo de todas sus actuaciones (51).

(48) Sin perjuicio de reconocerles cierta autonomía de gestión, como hace el actual Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989, en cuyo artículo 259 se da la siguiente noción de sucursal: «... se entenderá por sucursal todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollan, total o parcialmente, las actividades de la sociedad».

(49) En vigor, y a pesar de la dicción literal del artículo 5 de la Ley de Sociedades Anónimas, es opinión extendida la de que la determinación de la nacionalidad española de las sociedades responde a un criterio mixto de domicilio-constitución (*vid.* art. 28 del Código de Comercio y Resolución de la DGRN de 17 de abril de 1953), y sin perjuicio de la posible existencia de un Convenio internacional que autorice a las sociedades españolas el traslado de su domicilio a otro país con mantenimiento de su nacionalidad (*vid.* art. 149, núm. 2, de la Ley de Sociedades Anónimas, y 20, núm. 2, del Reglamento del Registro Mercantil). De otra parte, ha de tenerse presente el artículo 15 del Código de Comercio, según el cual las sociedades extranjeras que ejerzan actividad comercial en España sirviéndose de sucursales aquí establecidas, se regirán por su Ley nacional en lo relativo a su capacidad para contratar, y por la Ley española en lo que concierne a la creación y régimen de la sucursal —sin perjuicio de lo resultante del principio comunitario de libre establecimiento—, a sus operaciones y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación —sin perjuicio de lo resultante del Convenio de Bruselas de 1968—.

(50) *Vid.* artículo 2, número 1, del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre.

(51) *Vid.*, en este sentido, ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU, *opus cit.*, pág. 1215.

3) Por último, en este apartado de falsos supuestos de préstamos exteriores puede mencionarse otro supuesto que presenta un cierto paralelismo con el anterior, cual es el del *préstamo concedido por un no residente a un residente* con cargo no a su patrimonio ordinario, sino exclusivamente extrayendo el capital mutuado de su patrimonio constituido en España durante una etapa previa de residencia en España y respecto del cual la Ley de Control de Cambios de 1979 (art. 4.º, núm. 1.º, pár. 2) le atribuye la condición de «residente». En este caso, la evidente existencia de dos personalidades distintas y la condición, a efectos del control de cambios, de residente que concurre en ambos, en uno por razones personalistas y en el otro por razones patrimonialistas, hace que nos encontremos ante un préstamo entre residentes y, por tanto, ajeno al control de cambios.

3. PRESTAMOS Y CREDITOS FINANCIEROS DE RESIDENTES A NO RESIDENTES

3.1. BREVE REFERENCIA AL RÉGIMEN ANTERIOR AL REAL DECRETO 1816/1991

Antes de la aprobación del Real Decreto 1816/1991, la norma básica sobre la que se apoyaba la regulación de los préstamos financieros otorgados por los residentes a favor de no residentes (es decir en que el flujo monetario derivado de la entrega del capital se produce hacia el exterior) estaba contenida en el artículo 3, número 1, 1.º del Reglamento de Control de Cambios de 1980, que sometía a tales préstamos a la exigencia de autorización administrativa previa. Sin embargo, en fechas recientes fue fraguando un rápido proceso de liberalización que autorizaba genéricamente diversos supuestos en que el residente que actuaba como prestamista tenía la condición de entidad delegada, no en otro caso, y cuya regulación era diversa en función de que la moneda en que se cifrase el préstamo fuese divisa extranjera o moneda nacional:

1) Por lo que se refiere a *los préstamos en divisas* otorgados a no residentes por entidades delegadas, la materia estaba recogida en la norma 4.º de la Circular 5/1987, de 13 de marzo, que autorizaba a las «entidades delegadas a colocar libremente los recursos que hubiesen obtenido en moneda extranjera en personas físicas o jurídicas no residentes..., con arreglo a las buenas prácticas bancarias» (52).

(52) Esta norma no ha sido objeto de derogación por parte de la Circular del Banco de España número 3/1992, de 15 de enero, reguladora de las operaciones con billetes y efectos, que de la citada Circular de 1987 únicamente ha derogado de manera formal sus normas 3.º, 8.º, 9.º, 10 y 11.

No quedaban comprendidos en esta autorización los préstamos otorgados a no residentes en moneda extranjera adquirida por las entidades delegadas en el mercado de divisas con cargo a sus propios recursos en pesetas.

2) En cuanto a los *préstamos en pesetas* concedidos por las entidades delegadas a los no residentes fueron objeto de una liberalización parcial primero, y total después, en virtud de una disposición muy reciente, pero anterior al Real Decreto 1816/1991.

Así, en virtud de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 31 de julio de 1989, se facultó a las entidades delegadas para conceder préstamos y créditos en pesetas convertibles a no residentes, sin necesidad de autorización previa y sin condiciones específicas. No obstante, esta liberalización fue solamente parcial, ya que tanto el capital mutuado como la amortización del mismo habían de denominarse o instrumentarse en pesetas convertibles —no en pesetas ordinarias—, y además, aunque carecían, en cuanto a su importe, de límite cuantitativo alguno de carácter singular o respecto de cada préstamo en particular; sin embargo, se imponía a las entidades delegadas un límite global equivalente al 25 por 100 del saldo medio del «importe pasivo diario en pesetas convertibles» de cada entidad correspondiente al mes anterior. Dicho límite del 25 por 100 fue elevado al 50 por 100 en virtud de nueva Orden ministerial de 12 de marzo de 1990.

La liberalización pasó a ser completa, ya en fecha reciente, mediante la Orden de 16 de abril de 1991, en cuyo artículo 1.º se dispone que «las entidades delegadas podrán conceder libremente a no residentes préstamos y créditos en pesetas con el mismo alcance que la autoridad monetaria determina para la concesión de estos préstamos y créditos a residentes». No obstante, se mantienen en vigor las normas de procedimiento que existían para la comunicación de las citadas operaciones que figuraban en la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 23 de octubre de 1989. Por tanto, desaparecen los límites cuantitativos globales y la exigencia técnica de que los préstamos se instrumentasen en pesetas convertibles, pero no las normas procedimentales de control y comunicación de las disposiciones, amortizaciones y pagos de interés de tales préstamos (53).

(53) La citada Orden de 16 de abril de 1991 (BOE de 18 de abril) fue desarrollada posteriormente por la Resolución de la Secretaría de Estado de Economía de 6 de mayo de 1991 (BOE de 27 de mayo) —por la que se deroga la mencionada Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989— y en la que de nuevo aparece la exigencia de instrumentarse el préstamo en «pesetas convertibles».

3.2. RÉGIMEN ACTUAL. SUPUESTOS GENERALES Y ESPECIALES

Tras la aprobación del Real Decreto 1816/1991 hay que entender aplicable indudablemente a los préstamos otorgados por residente a no residentes el régimen general de liberalización consagrado respecto de las transacciones exteriores por su artículo 1.^º, con extensión de tal criterio a las transferencias del y al extranjero y a los cobros y pagos exteriores, sin perjuicio de las medidas de control que se establezcan.

Una vez sentada esta idea general, hay que poner de manifiesto que las disposiciones de desarrollo contenidas en la Circular número 2/1992 del Banco de España, referidas a los préstamos y créditos de no residentes a residentes, no se declaran formalmente aplicables al supuesto que ahora nos ocupa ni, por otra parte, se derogan formalmente todas las normas que anteriormente regulaban este supuesto.

En efecto, así como la Orden de 16 de abril de 1991, que facultaba a las entidades delegadas a otorgar préstamos en pesetas a no residentes se deroga expresamente por el Real Decreto 1816/1991, más que por contradicción habrá que entender que por **innecesariedad** de la misma la norma 4.^a, apartado **a)**, de la Circular número 5/1987 del Banco de España, que faculta á las entidades delegadas, ahora registradas, a colocar libremente, mediante préstamo, los recursos obtenidos en moneda extranjera en no residentes, no es recogida en la derogación que de otras normas de la mencionada Circular realiza la cláusula de derogación de la Circular número 3/1992 del Banco de España. Si a ello le añadimos que la Circular número 2/1992 relativa a préstamos y créditos exteriores sólo se refiere de una forma explícita a los préstamos obtenidos por residentes de no residentes, hemos de convenir que la regulación del supuesto inverso que ahora nos ocupa carece de la necesaria claridad.

La no aplicabilidad de la Circular número 2/1992 a los préstamos de residentes a no residentes resulta tanto más llamativa cuanto que el artículo 8 de la Orden de 27 de diciembre de 1991 aplica a este tipo de operaciones la misma excepción que a los préstamos de signo inverso de controlar la transacción, no conforme a la regla general del control indirecto de aquéllas a través de los cobros y pagos que genera, sino mediante la obligación de declarar la celebración del negocio jurídico en que consiste. Así, dice claramente el citado artículo, que los residentes estarán sometidos a la obligación de declaración ante el Banco de España en la forma que éste determine «los préstamos financieros recibidos de no residentes u otorgados a no residentes». La posible explicación lógica de esta ajeneidad de la Circular número 2/1992 respecto de los préstamos de residentes a no residentes radica en que la mencionada Circular diseña un mecanismo de canalización de la información de las operaciones realizadas hacia el Banco de España

a través del sistema bancario español, en tanto que los préstamos otorgados por las entidades registradas españolas a los no residentes es muy posible que instrumenten sus cobros y pagos a través de cuentas bancarias abiertas en oficinas bancarias sitas en el extranjero pertenecientes a entidades financieras extranjeras, en el lugar de residencia del prestatario, respecto de cuyas entidades el Banco de España carece en absoluto de cualquier poder de intervención y disciplina (54).

En cualquier caso, considero seguras respecto de este tipo de préstamos las siguientes conclusiones:

1) Les son aplicables las normas generales del Real Decreto 1816/1991 y su principio básico de liberalización, por lo que se habrá de entender suprimida la exigencia de autorización para los supuestos que todavía no habían sido objeto de anterior liberalización por la Circular 5/1987 del Banco de España ni por la Orden de 16 de abril de 1991, es decir, los préstamos otorgados en moneda extranjera por las entidades registradas adquiridas mediante sus recursos en pesetas y los préstamos otorgados por residentes que no tuvieron la condición de entidades registradas, ya en divisas ya en pesetas —y tanto si son éstas pesetas convertibles como si son ordinarias, pues ambas categorías fueron refundidas en una sola por la disposición transitoria primera de la Orden de 27 de diciembre de 1991—.

2) Resulta igualmente aplicable a los residentes que intervengan en tales préstamos la obligación de declararlos al Banco de España, conforme a la exigencia común para todos los préstamos resultante del artículo 8, número 2, de la Orden de 27 de diciembre de 1991.

3) La información relativa a los cobros y pagos por razón de la disposición o amortización de estos préstamos no podrá articularse a través de los procedimientos de la Circular número 2/1992, y en su lugar se habrá de atender al criterio general del artículo 5 de la Orden de 27 de diciembre de 1987, según el cual «los cobros y pagos entre residentes y no residentes y las transferencias del o al extranjero... están sujetas a la **obligación** por parte del residente que efectúe el cobro, pago o transferencia, de declarar los datos relativos a la operación» (55), y ello tanto si el capital mutuado se ingresa en una cuenta **bancaria** abierta en una entidad registrada española

(54) Lo confirma *a sensu contrario* —con independencia de lo evidente del aserto por razón del carácter territorialista del ámbito de los poderes públicos—, el artículo 1, número 3, de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, según el cual «El régimen previsto en esta Ley será también de aplicación a las sucursales abiertas en España por entidades de crédito extranjeras».

(55) Precepto desarrollado por la instrucción 5.^a de la Resolución de 7 de enero de 1992 de la Dirección General de Transacciones Exteriores.

en la que igualmente se domicilie el pago de las cuotas periódicas de amortización, en cuyo caso la obligación mencionada viene consagrada asimismo por el artículo 5 del Real Decreto 1816/1991, como si el ingreso y la domiciliación tiene lugar conforme al supuesto más probable en una cuenta bancaria abierta en el extranjero, pues en tal caso es fácilmente presumible que dicha apertura tenga lugar en una oficina operante en el extranjero de la propia entidad registrada prestamista, por razón de la misma generalidad del precepto citado y de la analogía existente entre este supuesto y el contemplado por la norma 1.^a de la Circular 3/1992 del Banco de España, que autoriza a las entidades registradas a abrir cuentas, denominadas en pesetas y en divisas, a nombre de personas físicas o jurídicas no residentes y a movilizarlas libremente, sin perjuicio —añade— de lo dispuesto en la Orden de 27 de diciembre de 1991. La citada aplicación analógica de la norma 1.^a mencionada es defendible en base a que la misma no distingue entre cuentas abiertas por las entidades registradas en oficinas de la misma operantes en España o en el extranjero.

Por último, también en esta categoría de préstamos de residentes a no residentes podemos hallar distintos *supuestos cuya especialidad* origina cierta duda en cuanto a su calificación. Podemos destacar los siguientes:

1) En primer lugar, el caso de *los préstamos y créditos otorgados por entidades registradas a sociedades españolas con participación extranjera* o sucursales en España de empresas extranjeras. En ambos casos nos encontramos en puridad ante supuestos de crédito interior, no exterior, pues en el caso de las sociedades españolas con capital exterior no hay duda de su carácter de residente, puesto que en la legislación mercantil española es precisamente el domicilio en España lo que atribuye la nacionalidad española (56), en tanto que en el caso de las citadas sucursales ya vimos cómo el artículo 2 del Real Decreto 1816/1991 también las atribuye por vía de ficción la condición de residentes en España. Sin embargo, en este último caso la falta de autonomía respecto de la personalidad jurídica de la empresa matriz, y en el primero la participación extranjera en el capital hicieron que la legislación adoptase una postura restrictiva respecto de los mismos (57), postura superada actualmente por la Ley y el Reglamento vigentes de Inversiones Extranjeras de 1986, conforme a los cuales tanto las sociedades como las sucursales a que me refiero pueden recurrir al crédito interior «en las mismas condiciones establecidas con carácter general para las sociedades españolas» (art. 8.º de la Ley).

(56) Dicho sea sin perjuicio de la matización que hicimos *supra* en nota 158.

(57) *Vid.* artículo 8 del antiguo Reglamento de Inversiones Extranjeras de 31 de octubre de 1974 y la Orden de 14 de abril de 1991.

2) En segundo término hay que citar el supuesto de *los créditos indirectos* que tienen lugar cuando un no residente aplaza el pago de una obligación vencida debida a un residente (58). Ahora bien, este supuesto para ser calificado como operación crediticia requiere que sea consentido por el acreedor residente, pues en caso contrario nos encontramos ante un incumplimiento contractual que desencadenará la liquidación de los correspondientes intereses moratorios, los cuales no constituyen la retribución de un crédito inexistente, sino la indemnización del perjuicio ocasionado —en forma de *lucrum cessans*— al acreedor residente al tipo pactado y, en su defecto, al legal, conforme al artículo 1.108 del Código Civil (59).

No obstante, en la actualidad este supuesto se ha de entender liberalizado, pero no por ello exento de la obligación de declaración siempre que el aplazamiento sea superior a un año conforme a la previsión del artículo 8, número 1, de la Orden de 27 de diciembre de 1991 referido a la «financiación y aplazamiento de cobros y pagos superiores a un año» (60).

3) Por último, puede citarse el caso de los *préstamos efectuados a sucursales en el extranjero de empresas españolas* por sus matrices, siendo dichos supuestos semejantes, si bien desde la perspectiva inversa, a los examinados al hablar de los préstamos de no residentes a residentes, por lo que cabe traer aquí a colación idénticos argumentos y soluciones que damos por reproducidos (61).

(58) Un supuesto concreto que ya aparecía liberalizado desde la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 30 de julio de 1975 era el del aplazamiento del pago del precio por personas físicas no residentes que adquiriesen inmuebles en régimen de inversión extranjera.

(59) Las diferencias jurídico-civiles entre ambas modalidades de intereses han sido gráfica y sucintamente expuestas por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 23 de octubre de 1987, según la cual «una y otra obligación por intereses tienen naturaleza y régimen distintos; los remuneratorios hacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados; los moratorios no derivan directamente del contrato, sino de la conducta (incumplimiento por mora) ulterior de una de las partes. Unos y otros van a tener, por consiguiente, distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria» (fundamento jurídico 3.º, segunda cuestión).

(60) En caso de que el período de aplazamiento sea inferior al año, ha de entenderse igualmente liberalizado y, además, exento de la obligación de declaración.

(61) Diferente es el caso de los préstamos concedidos a sucursales en el extranjero de empresas españolas por parte de entidades financieras no residentes, en cuyo caso ALVAREZ PASTOR y EGUÍDAZU (*opus. cit.*, pág. 1227), tomando como decisivo el carácter de no residentes atribuido por nuestra legislación cambiaría a las mencionadas sucursales, entienden que constituye un supuesto de operación financiera entre no residentes y, por ende, ajena a cualquier medida de control cambiario por parte de España.

3.3. CONSECUENCIAS JURÍDICO-CIVILES QUE SE DERIVAN DE LA NECESARIA
INSTRUMENTACIÓN BANCARIA DE LOS PAGOS Y COBROS
DERIVADOS DE LOS PRÉSTAMOS EXTERIORES

Antes de concluir este apartado, relativo a los préstamos financieros exteriores, haré unas breves referencias a *las consecuencias jurídico-civiles* que se derivan de la necesaria instrumentación bancaria de los pagos y cobros que por distintos conceptos se derivan de los préstamos, relativas a la consideración del ingreso en cuenta corriente bancaria como medio de pago. A este respecto, se plantea la cuestión de la eficacia liberatoria que dicho ingreso produzca a favor del deudor, esto es, si realmente determina la extinción de la obligación o no, y en el primer caso en concurrencia de qué requisitos. Desde un punto de vista general, y para el caso de que nada se hubiera convenido expresamente entre deudor y acreedor, la falta de normas al respecto en el Código Civil y en el Código de Comercio han sido suplidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, entre otras, en la Sentencia de 24 de noviembre de 1943 (62), superando el inconveniente que para la admisión de este medio de pago con plenos efectos liberatorios se deriva de la concepción del pago como negocio jurídico por la que se había inclinado el propio Tribunal Supremo y que exigía, en consecuencia, la intervención del acreedor o *accipiens* en el pago —cosa que no se produce en el ingreso en cuenta corriente en que la intervención de aquél se sustituye por la del Banco depositante— y, atendiendo a la extensión que en los usos mercantiles presentaba esta forma de pago, acepta su eficacia liberatoria siempre que el acreedor, pudiendo, no hubiese formulado oposición al ingreso efectuado, de cuya pasividad se hace colegir una actitud tácita de conformidad con el pago así realizado (63). Además, las causas de oposición al ingreso efectuado no podrán consistir en haberse realizado bancariamente, sino en el no cumplimiento de los requisitos legales objetivos del pago —de objeto, tiempo y lugar—.

En cuanto a los *efectos del ingreso* ya hemos dicho que consisten en liberar al deudor extinguiendo la primitiva deuda existente, si bien ello no se produce por el efectivo ingreso dinerario directo en el patrimonio del deudor, sino, como ha puesto de manifiesto HERNÁNDEZ GIL (64), por la incorporación al mismo de un crédito contra la entidad bancaria que recibe el ingreso por la cantidad a que asciende éste y conforme a las normas

(62) Confirmada posteriormente por las Sentencias de 27 de abril de 1945 y de 18 de junio de 1948.

(63) Solución apoyada por el principio de la buena fe en el tráfico jurídico y en la máxima romana *quit siluam loquoui, consentire videtur*.

(64) HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Derecho de obligaciones*, Ed. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, pág. 304.

generales del depósito, *pues el ingreso no se produce en una simple cuenta corriente*, sino en un depósito instrumentado en forma de cuenta corriente.

Con ello se superan las posturas de otros autores que exigían la intervención del *accipiens* en el pago de una forma positiva y concluyente mediante actos como la disposición de los fondos ingresados o el transcurso de un plazo de dos meses desde la notificación bancaria sin oposición conforme a los usos mercantiles (MOTOS GUIRAO) (65).

Por lo que se refiere a los préstamos, vale lo dicho con carácter general, cuyas conclusiones en este caso aparecen reforzadas por las siguientes circunstancias: 1) al intervenir en los cobros y pagos una entidad bancaria resultaría atípico el pago mediante numerario efectivo; 2) es práctica común que la devolución del préstamo no tenga lugar en determinado día de forma íntegra, sino mediante amortizaciones periódicas por cuotas mixtas de capital e intereses, cuya práctica ha sido elevada a rango normativo por las disposiciones que regulan la disciplina de las entidades de crédito, y así la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989 establece que «los documentos contractuales relativos a operaciones... en los que intervenga el tiempo deberán recoger de forma explícita y clara... la periodicidad con que se producirá el devengo de intereses...». Esta periodicidad y reiteración de los devengos sucesivos hacen que generalmente en los contratos de préstamo se incluya una cláusula relativa al lugar de pago que se localiza no sólo designando una sucursal de la entidad prestamista, sino incluso directamente una cuenta bancaria en la que se movilizan los cobros y pagos, en cuyo caso la fuerza liberatoria del pago nace directamente del contrato, conforme al artículo 1.171, párrafo 1.º, del Código Civil (66).

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Registrador de la Propiedad

(65) MOTOS GUIRAO: «Sobre si el ingreso en la cuenta corriente bancaria del acreedor libera al deudor», *Revista de Derecho mercantil*, 1958, págs. 245 y sigs.

(66) La admisión sin reserva del pacto de cargo en cuenta no ha de extenderse a otras estipulaciones de validez más dudosa como la consistente en la atribución al acreedor de la facultad de disponer de los saldos de cualquier cuenta del deudor para aplicarlos al pago de la cuota mixta periódica, y menos a otras estipulaciones claramente exorbitantes respecto del ámbito de la autonomía de la voluntad como las que reservan la citada facultad dispositiva al acreedor respecto de cuentas que el deudor tenga indistintas con otras personas, ya que admitir esto equivaldría, como ha señalado AVILA NAVARRO (*opus cit.*, pag. 92), a permitir la consumación del embargo de la cuenta con éxito frente a todas las posibles alegaciones y tercerías.