

Estudios sobre inversiones extranjeras

(Capítulo XXX del libro del mismo título)

SUMARIO: I. PRESTAMOS Y CREDITOS FINANCIEROS: A) INTRODUCCIÓN. B) CONCEPTO.—II. REGIMEN DE LOS PRESTAMOS Y CREDITOS FINANCIEROS A LA LUZ DE LA PRECEPTIVA COMUNITARIA: A) INTRODUCCIÓN. B) CRITERIO NORMATIVO SOBRE LOS PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS FINANCIEROS SEGÚN LA DIRECTIVA DE 11 DE MAYO DE 1960. C) CRITERIO NORMATIVO SOBRE LOS PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS FINANCIEROS SEGÚN LA DIRECTIVA DE 24 DE JUNIO DE 1988.—III. BREVE ALUSION AL SIGNIFICADO DE LAS DIVISAS EN CUANTO EVENTUALES COMPONENTES OBJETIVADORES DE RELACIONES OBLIGATORIAS CONECTADAS CON EL CONTROL DE CAMBIOS: A) INTRODUCCIÓN. B) BREVE REFERENCIA AL CONCEPTO Y CARACTERES DEL "DINERO". C) DINERO Y MONEDA: a) *Moneda nacional y extranjera*. b) *Moneda convertible y no convertible*.—D) RECONOCIMIENTO DE LAS DIVISAS COMO DINERO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ESPAÑOL. E) RELACIONES JURÍDICAS OBLIGATORIAS EN LAS QUE SE PACTA UN PAGO EN DIVISAS SIENDO EL ACREEDOR Y EL DEUDOR RESIDENTES: a) *Introducción*. b) *Régimen al que las mismas se atienen*: aa) *Idea general*. ab) *Vigencia de la autonomía de la voluntad en cuanto a los pactos en moneda extranjera*. ac) *Conmutatividad dineraria en este orden de cosas*.—d) *Conclusiones básicas sobre el régimen jurídico de las obligaciones reseñadas*. d) *Caso especial de la letra girada entre residentes cifrada en divisas*.—F) RELACIONES JURÍDICAS OBLIGATORIAS EN LAS QUE SE PACTA EL PAGO EN DIVISAS SIENDO EL ACREEDOR RESIDENTE Y EL DEUDOR NO RESIDENTE. VICEVERSA: a) *Introducción*. b) *Régimen al que las mismas se atienen*: aa) *Idea general*. ab) *Vigencia de la autonomía de la voluntad en cuanto a los pactos en moneda extranjera*.—c) *Caso especial de la letra girada entre residentes y no residentes cifrada en divisas*.—G) ULTIMAS CONSIDERACIONES SOBRE LA MATERIA.—IV. BREVE ALUSION AL SIGNIFICADO CREMATISTICO DEL ECU.—V. BREVE REFERENCIA AL CONTENIDO DE LOS PRESTAMOS QUE VAMOS A ANALIZAR POR LO TOCANTE AL PAGO DE LOS INTERESES RETRIBUTIVOS CONVENIDOS EN ELLOS: A) IDEA GENERAL.—VI. TEORIA ELEMENTAL SOBRE LOS COBROS Y PAGOS CONECTADOS CON EL SECTOR EXTERIOR A LA LUZ DE SU PROCESALIDAD: A) INTRODUCCIÓN. B) PROTAGONISMO DE LA BANCA DELEGADA AL EFECTO. C) PAGOS Y COBROS SIN INTERVENCION DE LAS ENTIDADES DELEGADAS: a) *Directos*. b) *Los efectuados a través del instituto de la compensación*.—D) ULTIMAS CONSIDERACIONES SOBRE LA MATERIA.—VII. CLASES DE

PRESTAMOS FINANCIEROS: A) INTRODUCCIÓN. B) COMUNES: a) *Concedidos por no residentes a residentes*: aa) En divisas: aa) **Introducción**. ab) Normativa doméstica especializada sobre tales préstamos: La) Préstamos financieros liberalizados. 1.b) Préstamos financieros no liberalizados.—ab) En pesetas convertibles: aa') Referencia expresa a los préstamos y créditos hipotecarios (en divisas, pesetas convertibles o ecus) otorgados por no residentes en favor de residentes para la adquisición de inmuebles sitos en el extranjero.—ac) En pesetas ordinarias. ad) En pesetas comunes.—b) *Concedidos por residentes a no residentes*: aa) En divisas: aa) **Introducción**. ba) Préstamos financieros liberalizados. bb) Especial referencia a los créditos en divisas que estamos viendo con garantía hipotecaria. bc') Préstamos financieros no liberalizados.—ab) En pesetas convertibles: aa') Préstamos y créditos liberalizados. ba') **Introducción**. bb) Especial referencia a los créditos y préstamos en pesetas convertibles con garantía hipotecaria.—ac) En pesetas ordinarias. ad) En pesetas comunes: aa) **Introducción**. ab) Préstamos liberalizados de modo general. ac) Préstamos no liberalizados de modo general.—C) ESPECIALES: a) *Introducción*. b) *En divisas*: aa) Concedidos por no residentes a residentes: aa) Idea general. ab) De un residente real-no residente metafórico a un residente. ac) De un no residente metafórico extranjero a un residente. ad) De un no residente metafórico español a un residente. ba) De sucursales y establecimientos "residentes" de no residentes: 1.a) Idea general. 1.b) Provenientes de la sociedad o persona jurídica o física constituyente (o titular) de la sucursal. 1.c) Provenientes de otro no residente.—ab) Concedidos por residentes a no residentes: aa) Idea general. ab) De residentes (personas físicas o jurídicas) a las sucursales, establecimientos o explotaciones "no residentes".—c) *En pesetas convertibles*: aa) Concedidos por no residentes a residentes: aa) Idea general.—ab) Concedidos por residentes a no residentes: aa) Idea general.—d) *En pesetas ordinarias*: aa) Idea general.—e) *En pesetas comunes*: aa) Idea general.—VIII. PRESTAMOS ENTRE RESIDENTES QUE PRESENTAN CONEXIONES CON EL REGIMEN NORMATIVO DEL CONTROL DE CAMBIOS: A) INTRODUCCIÓN. B) PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS EN DIVISAS ENTRE RESIDENTES: a) *Idea general*. b) *Supuestos liberalizados*: aa) Idea general. ab) Casos de préstamos y créditos entre dos entidades delegadas. ac) Casos de préstamos y créditos garantizados hipotecariamente y destinados a la adquisición de inmuebles sitos en el extranjero.—c) *Supuestos no liberalizados*.—C) CRÉDITOS POR PERSONAS INTERPUESTAS: a) *Idea general*.—IX. EL APLAZAMIENTO DE PAGO COMO CREDITO: A) IDEA GENERAL. B) APLAZAMIENTOS SOLUTORIOS OPERATIVOS EN EL MARCO DE LOS PRÉSTAMOS FINANCIEROS. C) APLAZAMIENTOS SOLUTORIOS EN EL MARCO DE LAS INVERSIONES Y DESINVERSIONES SOCIETARIAS: a) *Idea general*. b) *Casos de aplazamientos concedidos por residentes a no residentes*: aa) Idea general. ab) Aplazamientos en los casos de constitución y ampliación bursátil de capital. ac) Aplazamientos en el caso de compraventa no bursátil de acciones o derechos de suscripción: aa) Idea general. ab) Régimen de los aplazamientos cuando la inversión base se halle sujeta a control previo. ac) Régimen de los aplazamientos cuando la inversión base no se halle sujeta a control previo: ha) Idea general. bb') Aplazamientos liberalizados de ejecutividad inmediata. bc') Aplazamientos liberalizados, aunque carentes de ejecutividad inmediata.—ad) Aplazamientos en el caso de compraventa bursátil de acciones o derechos de suscripción preferente.—c) *Casos de aplazamientos concedidos por no residentes a residentes*: aa) Idea general. ab) Hipótesis de aplazamientos ejecutivamente liberalizados. ac) Hipótesis de aplazamientos ejecutivamente no liberalizados.—D) APLAZAMIENTOS SOLUTORIOS OPERATIVOS EN EL MARCO DE LAS DESINVERSIONES INMOBILIARIAS.—X. CREDITOS INSTRUMENTADOS POR LA VIA DEL DESCUENTO: A) CASO DE LIBRADOR RESIDENTE Y LIBRADO NO RESIDENTE.

TE. B) CASO DE LIBRADOR NO RESIDENTE Y LIBRADO RESIDENTE.—XI. PRESTAMOS ENTRE NO RESIDENTES QUE PRESENTAN CONEXIONES CON EL REGIMEN NORMATIVO DEL CONTROL DE CAMBIOS: A) IDEA GENERAL. B) TEXTO LITERAL DE MIS COMENTARIOS A LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DE LA ORDEN DE 4 DE FEBRERO DE 1990, PUBLICADOS EN EL OPÚSCULO DE ACTUALIZACIÓN DE ESTA OBRA.—XII. ADECUACIÓN DE LA NORMATIVA DOMESTICA CONSIDERADA PRECEDENTEMENTE A LOS APREMIOS COMUNITARIOS: A) IDEA GENERAL. B) SEGÚN LO QUE FUE PROVEÍDO AL EFECTO POR LA DIRECTIVA DE 11 DE MAYO DE 1960. C) SEGÚN LO VIGENTEMENTE PROVEÍDO AL EFECTO POR LA DIRECTIVA DE 24 DE JUNIO DE 1988.—XIII. TRUEQUE EN LAS POSICIONES PERSONALES DE DEUDOR Y ACREEDOR Y EL CONTROL DE CAMBIOS: A) IDEA GENERAL. B) RELACIONES ENTRE ESTE TEMA Y EL CONTROL DE CAMBIOS. C) PAGOS EFECTUADOS POR EL PROPIO OBLIGADO A LA LUZ DEL CONTROL DE CAMBIOS. D) PAGOS EFECTUADOS POR TERCERO A LA LUZ DEL CONTROL DE CAMBIOS: a) *Idea general* b) *Pago de tercero en una relación obligatoria articulada entre dos no residentes: aa) Idea general. ab) Subhipótesis de pago por parte de un tercero residente. ac) Subhipótesis de pago por parte de un tercero no residente.—c) Pago de tercero en una relación obligatoria articulada entre dos residentes: aa) Idea general. ab) Subhipótesis de pago por parte de un tercero residente. ac) Subhipótesis de pago por parte de un tercero no residente.—d) Pago de tercero en una relación obligatoria articulada entre un residente y un no residente: aa) Idea general. ab) Caso de solvens tercero residente: aa) Supuesto en el que el deudor es un residente y el acreedor un no residente. ab') Supuesto en el que el deudor es un no residente y el acreedor un residente.—ac) Caso del solvens tercero no residente: aa') Supuesto en el que el deudor es un residente y el acreedor un no residente. ab) Supuesto en el que el deudor es un no residente y el acreedor un residente.—E) REPERCUSIONES DE LO HASTA AQUÍ EXPLICADO EN EL ÁMBITO DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA: a) *Idea general*. b) *Cesión de créditos hipotecarios: aa) Idea general. ab) Caso de créditos hipotecarios entre residentes: aa) Cesión a otro residente. ab) Cesión a un no residente.—ac) Caso de créditos hipotecarios entre no residentes: aa') Cesión a otro no residente. ab') Cesión a un residente.—ad) Caso de créditos hipotecarios entre residentes y no residentes: aa') Supuesto de acreedor hipotecario residente y deudor no residente: ba') Cesión a un residente. bb') Cesión a un no residente.—ab') Supuesto de acreedor hipotecario no residente y deudor residente: ba') Cesión a un residente. bb') Cesión a un no residente.—c) La asunción de la deuda hipotecaria en el caso de la adquisición y venta de una finca materializadora de una inversión extranjera inmobiliaria: aa) Idea general. ab) Adquisición por parte de un inversor extranjero de un inmueble hipotecado o que se hipoteca de presente en garantía del (todo o parte) del precio aplazado: aa') Idea general. ab) Supuesto en el que el inmueble que adquiere el inversor extranjero se halla ya hipotecado: ba') Idea general. bb) Caso en el que el vendedor es un residente: ca) Supuesto en el que el pristino vendedor, acreedor hipotecario, sea un residente. cb) Supuesto en el que el pristino vendedor, acreedor hipotecario, sea un no residente.—bc') Caso en el que el vendedor es un no residente.—ac) Asunción por parte del inversor extranjero del débito hipotecario que grave el inmueble que adquiriera cuando el mismo no se objetive en la parte del precio no pagado por el vendedor intermediario de tal inmueble a su transmitente: aa) Idea general. ab') Supuestos liberalizados. ac') Supuestos no liberalizados.—ad) Casos en los que el comprador, inversor extranjero, hipoteca la finca objeto de la inversión al tiempo de consumar su adquisición: aa) Idea general. ab) Supuesto de hipoteca constituida en favor del vendedor: ba') Caso en que éste es un residente. bb') Caso en que éste es un no residente.—ae) Supuesto de hipoteca constituida en**

favor de un tercero **financiador**: aa') Idea **general**. ab') Supuestos liberalizados.—F) PARTICULARIDADES ACERCA DE LA CANCELACIÓN REGISTRAL DE LOS CRÉDITOS Y PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CONECTADOS CON EL CONTROL DE CAMBIOS.

I. PRESTAMOS Y CREDITOS FINANCIEROS (*)

A) INTRODUCCIÓN

Los préstamos de esta tipología constituyen una de las posibles categorías integrantes del conjunto genérico de operaciones financieras de sustrato crediticio cuyos perfiles aparecen tipificados —aunque no de forma totalmente transparente y rectilínea— por la normativa comunitaria, debiendo extraerse de ella los elementos más relevantes de su caracterología esencial. Siendo ello así, vamos a efectuar un elemental trazado expositivo de su *episteme* más basilar, ateniéndonos rigurosamente al respecto al esquema-tipo cuyas premisas fundamentales de articulación enunciamos con anterioridad, describiendo en las páginas por venir los rasgos más sobresalientes de su régimen constitucional, en su vertiente normativa comunitaria y en la doméstica, ocupándonos también —desde planos especulativos de marcada *sobriedad*— en aludir a la presunta acomodación de la preceptiva interna española operativa en estas áreas a la eurocomunitaria, reflexiones que insertaremos en sendos apartados referentes, respectivamente, a los créditos otorgados por *residentes* a no residentes y a los inversos, distinguiendo en cada uno de ellos los créditos financieros que podríamos etiquetar, siempre con todas las necesarias reservas de rigor, de normales, y los que por sus singulares trazos de conformación y ulterior mecanicismo merecen el calificativo —asimismo aventurado— de especiales, consideraciones todas ellas que van a ir pertinentemente anteceditas por unas breves observaciones definidoras del instituto, soporte expositivo cuya presencia, a mi juicio, resulta imprescindible y que pasamos de inmediato a instrumentar.

También, y con la finalidad de aportar visión de conjunto a esta temática, vamos a referirnos brevemente a los respectivos significados de las divisas y ECUs, componentes financieros que acreditan, cada vez con

(*) En el etiquetado de este capítulo debe tenerse en cuenta todo lo que pusimos de relieve en el anterior acerca de la enorme imprecisión con que se producen tanto el legislador *eurocomunitario* como el interno en estas áreas, barajando los mismos, sin orden ni concierto, los *conceptos* de préstamo y crédito, categorías que son utilizadas indistintamente en obsequio a una simbiosis metodológica de *neto* carácter económico, todo ello en base a una *praxis* *jurisdicente* que aun siendo útil no resiste el más mínimo contraste desde el punto de vista estrictamente jurídico.

mayor intensidad, un marcado protagonismo en el ámbito crediticio sometido a escuadriñamiento, visión de aspecto polivalente que, en cualquier caso, debe completarse con lo que ya expliqué sobre el particular en otros pasajes de esta obra y con lo que, del propio modo, será dicho con ulterioridad cuando me ocupe de la inserción de la garantía hipotecaria, contemplada desde una óptica especulativa monográfica y de gran angular, en el circunscrito marco operativo del control de cambios, análisis que reservo para el volumen siguiente de este mismo tomo.

Del propio modo, voy a incorporar a este capítulo una breve reseña al pacto de intereses retributivos eventualmente incorporable al contenido de los préstamos financieros a considerar, tema en el que será particularmente tomada en consideración la Circular 15/1989 del Banco de España de 27 de julio, todo ello en clave de síntesis y siempre teniendo en cuenta que la cuestión referenciada volverá a surgir en el volumen siguiente cuando nos ocupemos, de modo personalizado —y tal como acabamos de anticipar— de la hipoteca en cuanto institución investigable a la luz de la preceptividad especial que estoy abordando.

B) CONCEPTO

Tomando como referencia el Derecho derivado comunitario, es interesante constatar cómo ni en las listas que contenía el Anexo I de la anterior Directiva de 11 de mayo de 1960 (texto que bajo el epígrafe genérico "Movimientos de capital contemplados en el artículo 1 de la Directiva" elaboraba el catálogo de operaciones objeto del impulso normativo de la misma), ni en el Anexo II de la supraindicada disposición (que se encargaba de insertar la nomenclatura específica de los aludidos movimientos de capital), ni tampoco en las notas explicativas que tal Directiva contenía se efectuaba la más mínima alusión, *ad nominatim*, a los préstamos que estamos viendo, realizándose, por el contrario, su designación de forma conjetural, implícita y *a contrario*, como oportunamente conformadores de la categoría genérica —ésta si taxativamente particularizada— de "préstamos y créditos no relacionados con transacciones comerciales o con prestaciones de servicios", categoría que, por otra parte, necesitaba ser deslindada de otra que resultaba asimismo desgajada de la fundamental antes mencionada, o sea, de la referente a los supradichos créditos y préstamos relacionados con tales transacciones comerciales y prestaciones de servicios, atinando así a la también consignada *ad litteris* en tales Anexos bajo la evanescente, descomprometida e imprecisa rotulación de "movimientos de carácter personal-préstamos" (en lo sucesivo, préstamos personales), entidad crediticia en absoluto definida de forma directa en tal Directiva.

Así pues, los préstamos y créditos financieros, según los criterios normativos resultantes de la Directiva citada *ut supra*, componían una entidad autónoma que debía distanciarse —especulativa e instrumentalmente— de la constituida por los ligados con las mercedadas transacciones comerciales y prestaciones de servicios y con los personales, diferencia que por lo tocante a la primera de las indicadas alternativas negociales resultaba (y resulta) bastante fácil de establecer en atención al significado del concreto dispositivo de unos y otros, siendo así que los financieros materializaban (y materializan) supuestos jurídicos cuyos correspondientes componentes crematísticos conformaban (y conforman) su objeto exclusivo (y casi excluyente), apunte fisonomizador que no comparecía (ni lo hace presente), por el contrario, en la medulación de los otros préstamos y créditos puestos en el fiel de la balanza comparativa (los ya aludidos ligados con transacciones comerciales y prestaciones de servicios), supuestos convencionales en los que el tipo a evaluar tenía (y tiene) atribuido un sentido netamente instrumental, en cuanto constituyente de una concreta forma o modalidad de pago (la aplazada) o bien en la hipótesis de crédito de tercero financiador, presupone la existencia de cierta deleznablebilidad y accesoriedad funcional, en tanto en cuanto que su vigencia —y consecuente practicidad— va totalmente a remolque de la prestación de servicio o de la transacción comercial financiada, características a las que se hurta la modalidad crediticia actualmente incidida (véase de todos modos, respecto a esta última eventualidad, lo que luego diremos).

Más dificultad comportaba (y comporta) la distinción entre los préstamos que estamos viendo y los que la Directiva sujeta a debate etiquetaba de "personales", categoría que titularizaba, con la sujeta a desbridamiento, el importante —y, ciertamente, definitorio— común denominador de su carácter residual frente a los típicos ligados con las pertinentes transacciones comerciales y prestación de servicios, carácter, sin embargo, que no alcanzaba (no alcanza) a justificar —siempre según la normativa eurocomunitaria— la refundición —en gran medida lógica— en una sola entidad de ambas modalidades de préstamos y créditos —repito— residuales y cuya coexistencia engendraba (y continúa haciéndolo) el ciertamente espinoso problema de determinar cuál sea la línea fronteriza entre unos y otros, es decir, entre los financieros y los personales, divisoria que yo asentaría, salvo mejor criterio, en el dato de que en los primeros intervinían (e intervienen) profesionalmente —y con carácter forzoso— alguna de las entidades que las notas explicativas de la Directiva que estamos manejando calificaban (y prosiguen haciéndolo las de la vigente) como "financieras", categoría en la que, según tales textos clarificadores —y en méritos a su denotación taxativa—, se incluían "los bancos, cajas de ahorro y organismos especializados en la concesión de créditos a corto, medio y

largo plazo, así como las compañías de seguros, cajas de ahorro, de construcción, las sociedades de inversión y demás entidades similares", relación de operadores jurídicos cuya presencia —por lo tocante a alguno de sus componentes— no se demandaba con tal irresistibilidad en el contexto de los créditos etiquetados por la propia Directiva como personales.

De todos modos, claramente se me alcanza lo cogido por los pelos de la diferenciación dicha, distinción en la que, por otra parte, hace acto de presencia el matiz de que las mismas notas explicativas contenían otra clarificadora relativa a las denominadas "Entidades de crédito" (sujetos económico-jurídicos de eventual intervención en la mecánica de los aludidos créditos personales), que venía a reiterar parcialmente en su empeño enumerador la relación integradora de la categoría antes dicha "Entidades financieras", aludiendo así específicamente a "los bancos, cajas de ahorro y organismos especializados en la concesión de créditos a corto, medio y largo plazo"; y siendo ello así, es obvio que el repunte diferencial subjetivo antes aducido sólo resultaba racionalmente propugnable respecto a los créditos sedicentemente financieros otorgados, en su caso, por aquellos operadores económicos incluidos, exclusivamente, en la relación de entidades financieras y no los también oportunamente circunstanciados en la de "Entidades de crédito", es decir, las "compañías de seguros, sociedades de préstamo a la construcción, sociedades de inversión y demás entidades similares", alternativa que vendría a traducirse, en suma, en que sólo serían forzosamente préstamos financieros los concedidos por estas últimas entidades, mientras que los que lo fueren por las restantes (indistintamente incluidas en las sendas listas supradichas) lo serían únicamente en la medida en que a tal componente subjetivador se agregase otro objetivo o teleológico que permitiese su más o menos neta diferenciación con los personales, componente diafanizador al respecto que podría ser, ora su mayor entidad cuántica, ora su efectiva utilización con fines netamente inversores o empresariales, ora, en última instancia, una congruente y metódica aplicación combinada de ambos criterios.

Esto por lo que concierne a lo que podríamos entender como una aproximación apresurada al dintel sindérico elemental de los préstamos y créditos financieros enfocados desde las perspectivas de ordinamentalidad debidamente aportadas por la anterior Directiva de 11 de mayo de 1960, abscisas de conceptualidad exclusivamente asentados en la pura especulación —dada la antes dicha ausencia de una específica configuración (definición) normativa al respecto— que en el día de hoy han experimentado una significativa —aunque no concluyente— concreción en el texto de la ulterior de 24 de junio de 1988, disposición integrante del bloque de europeceptiva especializada que ejerce absoluto protagonismo en este orden de magnitudes que a partir de 1 de julio de 1990 (fecha en la que

quedó formalmente abrogada la anterior) y que sublimando, a través de la pertinente catarsis discursiva, los criterios definitorios dichos, formula, en una de sus notas explicativas, lo que podría catalogarse como de intelección básica, mínima y genérica de la categoría crediticia objeto de nuestro análisis, incluyendo dentro de la misma "las financiaciones de cualquier clase concedidas por las entidades financieras, incluidas las vinculadas a transacciones comerciales o a prestaciones de servicios en las que no participa ningún residente" (formulación —cuyo alcance anticipamos con anterioridad— que acredita el interés añadido de sustraer del capítulo de créditos ligados con las aludidas transacciones y prestaciones serviciales los de tercero financiador, siempre que tales operaciones se desarrollen exclusivamente entre no residentes), forma de concebir la cuestión investigada, que se completa con una relación exemplificativa de tales créditos y préstamos financieros, circunstanciación relativamente pormenorizada que se contrae a "los préstamos hipotecarios, los créditos al consumo, el crédito-garantía financiero, así como las líneas de crédito de sustitución y otras facilidades de emisión de efectos".

Por otra parte, y concluyo así con la objetivación de la categoría sometida a debate, considerada ésta desde las áreas comunitarias, tengo que poner de manifiesto que la misma no guarda ningún tipo de relación —a los efectos que nos interesan— con los préstamos y créditos de carácter participativo, operaciones que para la europa-receptiva materializan una modalidad —si bien ciertamente singularizada— de las inversiones directas, habiendo sido estudiadas en tal concepto en otras porciones de esta obra (véase el capítulo del volumen II del tomo I de la misma, así como lo que como recuerdo de esta materia explicaremos en el capítulo siguiente).

Del propio modo, y como colofón al respecto, me interesa recalcar que tampoco voy a tratar de ciertas variantes de las inversiones extranjeras en cartera (o españolas del mismo tipo en el extranjero), cuyo *quid* sustancial cristaliza en la adquisición por residentes o no residentes de determinados títulos representativos de obligaciones, siempre que los mismos sean emitidos por sujetos (deudores) de antagónica posición territorial, operaciones que en cuanto expresivas de una variante de las susodichas inversiones en cartera han sido debidamente analizadas en el capítulo indicado *ut supra* del volumen II del tomo anterior.

Por lo que atañe a la concepción que desde panorámicas internizadas merezca la categoría de créditos y préstamos objeto de las presentes consideraciones, tengo que poner en evidencia que únicamente nos interesan respecto de los mismos las enfiladas definatorias que pudieran provenir de la normativa doméstica especializada debidamente conectada con el control de cambios, preceptiva cuyos quiebros de enclaustramiento con-

ceptual sobre el particular mantienen un tenaz —casi atronador— silencio, si bien resulta advertible —a pesar de ello— que la categoría dicha es pertinentemente tenida en cuenta —nominativamente— por diversas disposiciones procedentes del potencial de jurisdicción acreditado por el Banco de España, tal como tendremos ocasión de exponer seguidamente, textos normativos que aunque no definen —repetimos— el instituto enraizan su consecuente operativa en una filosofía confinadora de la médula de la figura de marcado allegamiento con la propiamente resultante de la europreceptiva (y cuyas claves identificativas más sobresalientes acabamos de exponer) (*).

II. REGIMEN DE LOS PRESTAMOS Y CREDITOS FINANCIEROS A LA LUZ DE LA PRECEPTIVA COMUNITARIA

A) INTRODUCCIÓN

Debemos aludir ahora a una doble hipótesis, según que los mismos se hubieren concertado con anterioridad al día 1 de julio de 1990, fecha en la que, como sabemos, entró en vigor, previa expresa derogación de la hasta entonces vigente Directiva de 11 de mayo de 1960, la antes dicha de 24 de junio de 1988, o después. Así, hasta el calendario 1 de julio de 1990, el ordenamiento jurídico de los préstamos financieros, cuyo apresurado acotamiento conceptual acaba de intentar, fue el patrocinado por la plurialudida Directiva de 11 de mayo de 1960 (según la cual el régimen constitutivo de tales modalidades crediticias se diversificaba en atención a cuál fuese la calidad residencial de los intervinientes en las mismas y también en base a su específica cronología, tal como de inmediato pasamos a considerar, siendo reseñable respecto a esta circunscrita enumeración de premisas incidentes en la materia el dato —a mi juicio sumamente relevante— de que para la mentada europreceptiva la concreta objetivación del préstamo

(*) Debe tenerse asimismo en cuenta lo que dijimos en el capítulo anterior acerca del deterioro —a efectos de la normativa del control de cambios— del carácter real del préstamo en beneficio del obligacional, así como de lo que apuntamos en la nota a pie de página precedente respecto al uso indiscriminado de los conceptos de préstamo y crédito, metodología anfibológica achacable no sólo al legislador eurocomunitario, sino también —y ello de forma superlativa— al doméstico, y de cuya proyección en el ámbito fiscal y registral se ha ocupado con singular acierto JOSE MENÉNDEZ HERNÁNDEZ en un trabajo publicado en *La Ley* (núm. 2.636, de 11 de diciembre de 1990), titulado "La tributación de los precontratos de préstamos generalizados por las entidades financieras".

a tener en cuenta —desde el punto de vista del montante convenido y de la divisa pertinentemente utilizada— carecía de trascendencia, provocándose así una rigurosa unificación cuántica y monetaria, en absoluto operativa en el seno de la normativa española, tal como tendremos ocasión de contemplar en estas mismas páginas), régimen que ha sido sustituido por el resultante de la ya pluricitada Directiva de 24 de junio de 1988, que disciplina —como hemos dicho— aquellos préstamos y créditos convenidos a partir del mencionado 1 de julio de 1990.

B) CRITERIO NORMATIVO SOBRE LOS PRÉSTAMOS
Y CRÉDITOS FINANCIEROS SEGÚN LA DIRECTIVA
DE 11 DE MAYO DE 1960

De conformidad con las claves antes referenciadas, de cuya irrupción (absoluta o relativa) en el caso concreto de que se tratase dependía, en definitiva, la singular textura —liberalizadora o restrictiva— del régimen articulatorio del mismo, la Directiva que acabamos de relacionar desdoblaba pertinentemente los préstamos financieros cuestionados en atención a la peculiar situación de divergencia territorial de los implicados en los mismos, diferenciándolos, al efecto, en dos grandes categorías: la integrada por los eventualmente concedidos por residentes en otros Estados miembros a residentes en España, y la inversa. En la primera de ellas, si tales créditos lo eran a medio o a largo plazo, se incluían en la lista B del Anexo I de la supradicha Directiva; y si lo eran a corto, su consecuente ingreso se efectuaba en la lista C. En la otra categoría referida, es decir, en la materializada por aquellos préstamos concedidos por residentes en España a otros residentes en cualquiera de los restantes países comunitarios, la situación era homóloga a la descrita; y en méritos a tal identidad criterial, si los mismos lo eran a medio o a largo plazo su alojamiento metodológico se efectuaba en la antes dicha lista B, y si acreditaban, por el contrario, una vigencia a corto plazo, su consiguiente lista de acogida era la lista C (*).

(*) Para la normativa comunitaria, los créditos a corto plazo son aquellos cuyo vencimiento se dilata hasta un año; los a medio plazo, de uno a cinco años, y los a largo plazo, más de cinco años.

C) CRITERIO NORMATIVO SOBRE LOS PRÉSTAMOS
Y CRÉDITOS FINANCIEROS SEGÚN LA DIRECTIVA
DE 24 DE JUNIO DE 1988

Partiendo de la premisa normativa general propiciada por esta Directiva, consistente en liberalizar indiscriminadamente los movimientos de capital debidamente sometidos a su consiguiente impulso preceptivo, únicamente nos interesan aquellas de sus normas cuyo imperativo atine directamente a los préstamos financieros que estamos contemplando, bien provengan éstas de las disposiciones de su neto derecho sustantivo o bien de las que pauten su diapasón aplicativo material por la vía de su correspondiente derecho intertemporal. Por lo tocante a la primera de las parcelas ordinamentales dichas, es subrayable el hecho de que los préstamos financieros que estamos viendo —en su variante de a corto plazo—, bien se trate de los concedidos por residentes a no residentes o bien de los otorgados por estos últimos a los que acrediten la primera de las posiciones territoriales dichas, quedan sujetos a la previsión normativa cautelar proveída por el artículo 3.º de dicha Directiva ("1. En caso de que unos movimientos de capitales a corto plazo excepcionalmente amplios provoquen fuertes tensiones en los mercados de cambio y graves perturbaciones en la dirección de la política monetaria y de cambio de un Estado miembro que se traduzcan, en particular, en variaciones importantes de la liquidez interna, la Comisión, previa consulta al Comité Monetario y al Comité de Gobernadores de los Bancos Centrales, podrá autorizar a dicho Estado miembro a adoptar, con respecto a los movimientos de capitales enumerados en el Anexo II, las medidas de salvaguardia cuyas condiciones y modalidades definirá ella misma"), sometimiento derivado del dato de que tales préstamos hallan específicamente circunstanciados por el Anexo II de tal disposición, porción de la misma que enumera el conjunto de operaciones de *status* especial contempladas en el supradicho artículo 3 de la Directiva (que acabamos de transcribir).

Por otra parte, y ya desde panorámicas enlazadas con el aludido derecho transitorio que tal Directiva contiene, es de reseñar cómo el Anexo IV de la misma permite a España mantener (o restablecer) hasta el 31 de diciembre de 1992 las restricciones existentes en su derecho doméstico (en la fecha de notificación de la supradicha disposición) respecto a los préstamos que estamos observando (en su posible doble dirección, es decir, de residentes en favor de no residentes, y viceversa) cuando los mismos lo sean a medio o a largo plazo, pudiendo asimismo nuestro país aplazar hasta la fecha indicada *ut supra* (y ello con absoluto imperio jurisdicente, ni siquiera subordinado al peculiar principio *stand still* antes mencionado, potencialmente operativo, por el contrario, para los referenciados créditos

a medio y largo plazo) la liberalización de tales créditos cuando los mismos lo sean a corto plazo.

Siguiendo en este mismo orden intelectual, tengo que poner de relieve que la normativa europea en este ámbito se proyecta de modo exclusivo sobre las operaciones sujetas a la misma, operaciones que son, en suma, las que se conciertan o establecen entre residentes **comunitarios**. Así, en aquellas hipótesis en las que los correspondientes canales de subjetivación de tales operaciones —en este caso las financieras— contengan las expresiones "residentes" o "no residentes", éstas deben ser entendidas de la forma indicada, considerándose que los implicados en ellas son todos sujetos de derecho jurídicamente ubicados en el territorio comunitario (aludiendo de tal guisa al espacio territorial —**tomado en su integridad**— ocupado por los distintos Estados coaligados en la CEE), aunque en efectiva situación de divergencia personal por lo atinente a su concreto posicionamiento en cualquiera de los Estados directamente concernidos (siempre que sean miembros de la **meritada CEE**), tema certeramente abordado por ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU en la edición de su obra antes indicada de 1990, señalando en la misma, en su página 1198, que: "Recuérdese que las citadas Directivas (las anteriores a la vigente de 24 de junio de 1988 y también esta misma) solamente afectan a los préstamos intracomunitarios, es decir, aquellos en que tanto el prestamista como el prestatario son residentes en Estados miembros de la CEE. Y se excluyen, en cambio, aquellos en que uno de los dos sea residente en un tercer país. En este sentido, cuando las Directivas emplean el término 'no residente', debe entenderse que se refieren a personas que no residen en el Estado miembro en cuestión, pero que, en cambio, sí son residentes en algún otro Estado miembro de la CEE. Puesto que, de no ser así, la operación no estaría sujeta a la legislación comunitaria".

Por el contrario, el díptico residente-no residente asume un matiz más diversificado en su eventual inserción en el entorno de la normativa doméstica sobre el particular, toda vez que el caudal de su soberanía no se ciñe a lo puramente intracomunitario, sino a todo el policromo haz de posibilidades crediticias residenciales-no residenciales que puedan darse en relación con todos los países del orbe. Por ello, cuando eludamos a tal eventual componente dicróico, es evidente que dentro de la categoría jurídica enucleada en torno al concepto del "no residentes" se incluyen todos aquellos operadores que no revistan la condición personal de "residentes", tal **como** aparece marchamada por el ordenamiento español, y ello con independencia de que los mismos puedan eventualmente adornarse de la condición de "residentes comunitarios".

III. BREVE ALUSION AL SIGNIFICADO DE LAS DIVISAS EN CUANTO EVENTUALES COMPONENTES OBJETIVADORES DE RELACIONES OBLIGATORIAS CONECTADAS CON EL CONTROL DE CAMBIOS

A) INTRODUCCIÓN

A lo largo de las páginas a venir (contenidas en este mismo capítulo) vamos a ir desgranando lo más sobresaliente que cabe reseñar sobre los movimientos de capital de ámbito internacional (y sobre los créditos y préstamos de tal tipología), estableciendo a modo de un recetario de los mismos en cuya arbitración se va a tener especialmente en cuenta el condicionado al que deben someterse a fin de que su articulación, considerada a la luz del control de cambios, discorra por los cauces de la más acendrada legitimidad condicionado, cuyas cuadernas y anclajes de procesalidad y sustantividad varían ostensiblemente según cuál sea su concreta objetivación (pesetas comunes, ordinarias y convertibles procedentes de cuentas extranjeras o divisas).

Partiendo de ello, y con la finalidad de elongar hasta el máximo las coordenadas expositivas de este libro, voy a efectuar en las páginas a venir un estudio elemental de las obligaciones positivadas en divisas (de las que los préstamos y créditos constituyen una concreta manifestación), tema que, dadas las crecientes cotas de internacionalización entre las que se debate el devenir comercial del día de hoy, acredita, sin lugar a dudas, un supremo interés. De todos modos, mi investigación al respecto va a ubicarse en la más exigente sumariada, sin franquear en lo más mínimo el dintel de lo básico y sin adentrarme de ninguna manera en las vertientes procesales de la cuestión, aspecto jurisdiccional que en relación con un inmediato próximo pasado ha sido crecientemente atendido por el legislador rituario que ha dedicado a su regulación monográfica la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, disposición tendente a aportar la correspondiente plataforma de operativa procesal a la hipotética pretensionabilidad que pudiera plantearse en el área de las obligaciones nominadas en moneda extranjera.

Descartado, pues, el análisis de las posibles repercusiones jurisdiccionales que emerjan de los eventuales incumplimientos de las obligaciones que estamos viendo, y **ciñéndonos** en rigurosa exclusividad al estudio sustantivo de las mismas en cuanto variantes de las obligaciones de dar, tengo que puntualizar que su desentrañamiento resultará totalmente ayuno de profundidad, toda vez que vamos a descartar por completo la posible elaboración de cualquier mínima teoría general sobre el dinero, concepto

de profundas y ecuménicas resonancias, tanto en sede de planteamientos económicos como en la de los correspondientes jurídicos, elaboración cuyo trazado en estos precisos momentos resultaría absolutamente coherente en atención a que las divisas o monedas extranjeras no son sino la exteriorización o visibilización material del concepto apriorístico y cultural "dinero" (si bien extranjero), razón por la que resultaría perfectamente acompasado con el sistema expositivo que pretendo transfundir a estas líneas el aventurarme en la ideación de tal teoría como paso previo a lo que debería ser una investigación rigurosa sobre la categoría que estamos considerando, es decir, la moneda extranjera; de todos modos, por exigencia de método y de confinamiento de objetivos epistemológicos, vamos a obviar el aludido trazamiento, remitiendo a los lectores que deseen penetrar en sus entresijos a las importantes monografías que se ocupan de su corporeización, de entre los que sobresalen, por lo que se refiere al panorama civilístico español, las de BONET CORREA (*Las deudas del dinero*, Civitas, Madrid, 1981) y CARMEN SENES MOTILLA ("Las obligaciones en moneda extranjera, su tratamiento procesal", *La Ley*, Madrid, 1989). Y ello sin perder de vista las interesantes aportaciones que sobre la materia se contienen en las obras generales de Derecho civil, libros que, inexcusablemente, contienen referencias, más o menos extensas, a la temática que estamos debatiendo, encuadrándolas —con un matiz u otro— dentro del marco general de las obligaciones pecuniarias.

Sin embargo, y teniendo en cuenta que las divisas o moneda extranjera no son sino —como hemos apuntado— plasmaciones fácticas o faciales del dinero extranjero, es evidente que una mínima referencia a la supradicha teoría dineraria constituye un *prius* de comparecencia inesquivable en estos momentos preliminares, alusión gnoseológica que no va a pasar de lo más esquemático y cortical, pero que en todo caso nos va a servir de adecuado —e imprescindible— pórtico especulativo para la comprensión de lo que ulteriormente diremos sobre tales divisas.

B) BREVE REFERENCIA AL CONCEPTO Y CARACTERES DEL "DINERO"

El logro de un concepto de tal componente crematístico, cuya importancia universal no es necesario ponderar y cuyo concreto nacimiento aparece entroncado con la puesta en marcha de un afán ideológico-práctico de superación de los inconvenientes del trueque, aparece ribeteado de inmanente dificultad, y ello con independencia de que se intente tal indagación desde sus vertientes netamente económicas o de que se haga lo propio desde sus homólogas jurídicas, dificultad que suele ser superada, ora recurriendo a las consabidas enunciaciones descriptivas de su caracte-

riología, ora desertando, sin más, de la indicada *excursio* conceptualizadora, sustituyéndola, en su caso, por la pormenorización de las distintas funciones que tal categoría acopia, posición esta última sumamente generalizada en la doctrina moderna, que al posicionar su prisma exegetico sobre el *quid* de tal categoría pone de relieve que el dinero, excrecencia cultural en definitiva, acredita sobre todo la virtualidad de servir de medida de valor de todas las cosas, función paramétrica y de racionalización mensurativa que es, sin duda, la prevaleciente y la que incorpora, de suyo, la *quaestio* más intimista e identificadora del instituto (y en derredor de la cual orbitan las restantes, tales como aquellas que entrañan su congruente operatividad en la idea de que tal dinero consustancializa el arquetipo de potencialidades solvenciales y valutarias).

Ahora bien, el dinero, en cuanto entidad metafísica producto de una determinada forma de entender económicamente la convivencia, no es una institución que surja de manera inopinada y perfectamente definida en todos sus perfiles en un determinado momento histórico, sino más bien es el resultado de un decantamiento societario en tal sentido acaecido a través de un largo período, lapso durante el cual el proceso cuestionado, en base al consiguiente jalonamiento y consunción de diversas etapas de su recorrido, ha ido revistiéndose de uno u otro ropaje desde el punto de vista jurídico y económico, trayecto histórico de larga andadura en el que, partiéndose de una concepción hilemórfica y netamente metalista de la figura (tesis que enseñoreó el entendimiento del instituto durante todo el Medioevo y que acreditaba como característica emblemática el confundir el valor de la moneda con el metal de su composición), ha llegado a otra rigurosamente nominalista, encarnadura conceptual hartamente más sofisticada que la anterior, según la cual el valor del metal (o del papel) que integra el sustrato fáctico de la moneda en cuestión en modo alguno condiciona el de su representación dineraria, alternativa de escisión entre el *factum* y su *episteme* intrínseca, únicamente concebible en base al hegemónico poder que en este orden de magnitudes van adquiriendo los titulares del poder político, detentadores, en suma, de una *potestas* cuyo congruente ejercicio en este ámbito no sólo se orienta hacia el definitivo asentamiento de esta forma de entender las cosas en cuanto a la ya apuntada concepción valutaria de las representaciones plásticas del dinero, sino también a la imposición coactiva de la circulabilidad solutoria del mismo, rasgos fisonómicos impuestos a la postre de forma legal, proceso que en sede de nuestro ordenamiento culminó con la promulgación de la Ley de 9 de noviembre de 1939, texto legislativo adoptado en plena postguerra civil que declaró de curso forzoso, con pleno poder liberatorio, a los billetes emitidos por el Banco de España (y cuyo criterio fue corroborado con ulteriores por la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946).

Por lo tocante a la concreta caracterización del dinero, la misma es vislumbrable con facilidad haciendo uso de la técnica de acarreo fisonómico, preocupándose los autores que intentan desmenuzar la esencialidad ontológica del instituto en ir espigando sus rasgos más sobresalientes, tales como su universalidad, genericidad, fungibilidad, consumibilidad, impericlitabilidad, divisibilidad, productividad, singularidad en cuanto a su apropiación y circulación y congénita liquidez, rasgos constitutivos de un florilugio de características cardinales de la figura sometida a debate que tomo de la fundamental obra antes dicha de BONET CORREA, y del que nos interesa peculiarmente —por la importancia que el mismo acredita— y que es el de la liquidez, característica que hace referencia a que el dinero materializa en sí mismo el prototipo de determinación de confines objetivos, dato que deviene enormemente relevante desde el punto de vista jurídico porque sin tal la deuda que lo incorpore resultaría inexigible, liquidez que, por lo demás, constituye un elemento básico en el tratamiento de la exigencia judicial del pago de cualquier otra deuda no dineraria, que siempre es jurisdiccionalmente considerada, en caso de incumplimiento, desde el punto de vista de su potencial traducción monetaria (y de la mayor o menor dificultad procedimental que ellos suponga).

C) DINERO Y MONEDA

Delimitado el concepto descriptivo del dinero, tanto desde el punto de vista de su concreta *alternati vid* ad funcional como de su caracterización sustancial, quedan por perfilar las diferencias que median entre el instituto en trance de análisis y la moneda (o papel moneda) *sensu strictu*, disyuntiva conceptual de la que se ocupa con innegable acierto CARMEN SENES MOTILLA, que su antes dicha obra, y contando con el autorizado asidero doctrinal proveído por NUSSBAUM (*Teoría jurídica del dinero. El dinero en la teoría y en la práctica del Derecho alemán y extranjero*. Traducción: SANCHO SERAL, Madrid, 1929), pone de relieve en su página 16 la paradoja evidente que se detecta ente el dinero y moneda, entendiendo a ésta como el medio idóneo para que el dinero cumpla su antes indicado cometido; dinero que, dice tal autora, no es sino una "realidad abstracta fruto de la razón y de la sociabilidad del hombre", siendo en suma una categoría formal, teórica y *apriorística* que necesita ser aprisionada y consecuentemente visibilizada en la moneda, entidad que al decir de la supracitada investigadora, es "una cosa mueble sometida a los límites espaciotemporales y a las fluctuaciones del valor de la unidad básica de cada sistema monetario... La moneda es, por tanto, la realidad empírica a la que se incorpora la idea del dinero, incorporación que se produce en

grado de necesidad y no de mera conveniencia, pues sin representación en la realidad exterior la operatividad del dinero quedaría reducida a planteamientos puramente teóricos, en abierta contradicción con la dimensión práctica que preside su origen y desenvolvimiento en la historia de la humanidad".

En base a este planteamiento troncal, que suscribo en plenitud, la autora referenciada acomete la tarea de ir distinguiendo las distintas monedas que son de factible evidencia en este entorno (metálica, papel moneda, fraccionaria o divisionaria; efectiva, fiduciaria, estatal y privada; corriente y escrituraria; nacional y extranjera; convertible o no), recital de posibilidades de las que únicamente nos interesan, para nuestros peculiares fines interpretativos, las cristalizadas en las dos alternativas últimamente relacionadas, es decir, la que encarna la disyuntiva nacional y extranjera, y la convertible o no, díptico de posibilidades que por su particular entranamiento con la *masse de granit* de nuestro soporte especulativo presente debemos conceptualizar.

a) Moneda nacional y extranjera

Entendiendo por moneda, tal como dijimos, la representación fáctica o corpórea del dinero cuando ésta es amparada e impuesta por el Estado, tal representación procede de las autoridades financieras del mismo, autoridades que en uso de su legítima y correspondiente *potestas* proceden a su confección y puesta en circulación, vertiente de procesalidad operativa al respecto, que por lo tocante a nuestro país tiene como supremo protagonista al Banco de España, entidad financiera creada por la Ley de 28 de enero de 1856 que dispone del privilegio de emisión de la moneda nacional circulante en virtud del Decreto-Ley de 19 de marzo de 1874, privilegio corroborado por el artículo 1 de la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946, que en modo alguno puede ser compartido por los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta que el artículo 149.11 de la CE atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de "sistema monetario, divisas, cambio y convertibilidad; bases de ordenación del crédito, banca y seguros".

Por lo tocante a la moneda extranjera, resultado financiero, en suma, de un previo proceso de elaboración fiduciario adventicio a nuestro país y respaldado por una soberanía estatal que no es la propia, lo primero que se plantea, como presupuesto ineludible a tener en cuenta en cualquier seguimiento coherente de esta cuestión, es el carácter que el mismo titulariza cuando se trate de hipotética circulación por España (siempre partiendo de una noción amplia de la moneda extranjera como sinónimo de

divisa o dinero bancario en cuanto representativo de saldos de cuentas denominadas en tales divisas), problema que se resuelve o bien reconociendo a tal moneda su carácter de signo representativo de dinero extranjero (con todas sus consecuencias y consiguientes funciones; por ejemplo, permitiéndose que sirva de correspondiente monetario en la hipótesis del art. 1.445 CC) o bien entendiendo, por el contrario, que la misma es merecedora del trato dado a una simple mercancía, no acreditando por ello las funciones específicas de la arquetípica categoría dinerada. En realidad, ninguna de estas posiciones extremas es de recibo absoluto, y ello es así porque si bien la primera comporta una paraigualización radical entre los signos monetarios propios y ajenos que ninguna soberanía doméstica se halla dispuesta a soportar en los momentos presentes, la segunda, por su parte, implicaría la desaparición prácticamente generalizada del tráfico económico internacional. En base de tales consideraciones, lo que se busca con ahínco es un cómodo y pragmático posicionamiento sincrético al efecto en el que, bajo la batuta de las autoridades monetarias del Estado huésped de la divisa, ésta pueda recibir, según las circunstancias del caso, un reconocimiento mayor o menor de su intrínseca calidad de signo representativo de dinero extranjero, reconocimiento que distancia —y ello de forma inequívoca— la figura de la simple mercancía, si bien tal reconocimiento acredita por el propio estado de la cuestión unos perfiles sumamente evanescentes y erráticos, toda vez que su concreta envergadura dimensional —en calidad y extensión— dependerá de la clase de divisa de que se trate (en especial de quien sea su país emisor) y del emplazamiento funcional que la misma mantenga en la relación considerada (interna o internacional), siendo especialmente relevante a estos efectos si tal relación acredita una situación de absoluta convergencia territorial de los implicados en la misma o si, por el contrario, la situación residencial de sus involucrados es heterogénea, disyuntiva a la que aludiremos con ulterioridad.

En suma, la determinación del alcance internizado de la divisa como efectivo dinero extranjero proviene de un acto de la soberanía estatal cuyas concretas abscisas de operatividad dependerán básicamente de las circunstancias socioeconómicas imperantes en el Estado de que se trate y de la confianza, en suma, que merezca la solvencia del Estado emisor de la misma.

b) *Moneda convertible y no convertible*

La condición de convertibilidad que estamos manejando y que opera a modo de puente tendido entre las monedas nacionales y extranjeras,

parte, como es lógico, de un primigenio reconocimiento de algunas de estas últimas como dinero efectivo (aunque más o menos controlado) por parte de su Estado huésped, implicando tal hecho el que las monedas nacionales puedan ser sustituidas, permutadas o trocadas por las extranjeras con mayor o menor facilidad, y viceversa. En el caso de que tales monedas foráneas no acrediten en el Estado del foro la condición de dinero, es evidente que los esquemas de convertibilidad interna y externa que hemos esbozado en sus grandes magnitudes de concepción no acreditarán relevancia alguna, cuestión que nos lleva a la confección del epígrafe siguiente.

D) RECONOCIMIENTO DE LAS DIVISAS COMO DINERO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ESPAÑOL

En la historia de esta problemática —y de su consecuente composición de intereses— constituye un hito sobresaliente, por lo explícito, la Orden de 23 de marzo de 1869, conjunto normativo que en su artículo 2 estableció que cuando se hubiese estipulado algún pago en moneda extranjera éste habría de satisfacerse con la del Estado a que se refería el acuerdo o bien con la nacional al cambio corriente el día del pago, posibilidad, pues, preceptualmente sancionada, que resultaría inconcebible en sus propios términos sin partir de la previa consideración de la divisa como dinero extranjero reconocido por la soberanía española.

Mucho más confusamente se reproduce la cuestión por lo tocante a su tratamiento en el Código Civil y en el de Comercio, toda vez que en tales textos no se contiene ninguna referencia explícita al término divisa ni al alusivo al dinero extranjero, quedando circundada esta problemática por la más densa de las nebulosas conjeturales, nebulosa que, por lo que atañe al primero de los precitados cuerpos legales, acredita su cénit en el entorno de la interpretación que pueda ofertarse al encuentro de su artículo 1.170, párrafo primero, único que nos interesa, según el cual "el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España", precepto, pues, que hace pivotar su querer denotativo al respecto en sede de la frase ciertamente ambigua por su esencial polivalencia "especie pactada", locución a su vez reproducida, aunque con ligeras variantes semánticas en cuanto a su concreta construcción por el artículo 312 del Código del Comercio, según el cual "consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida, con arreglo al valor legal que tuviere la moneda al tiempo de devolución, salvo si se hubiere pactado la especie de moneda en que había de hacerse el pago, en

cuyo caso la alteración que hubiese experimentado su valor será en daño o beneficio del prestador".

Si críptica —**hasta lo inconmensurable**— es la encarnadura locucionaria de los preceptos transcritos (tema sobre el que vamos a volver de inmediato), no lo es menos la de aquellos otros que puedan ser colacionados al efecto como muestras normativas reconocientes del valor de la divisa o moneda extranjera en su eventual concepción de signo representativo de dinero, colacionabilidad especulativa que puede provocar la traída a la palestra analítica en la que estoy presentemente oficiando de los también artículos del Código del Comercio 444.4 y 489, preceptos que, operativos en el ámbito de la regulación de la letra de cambio (y que fueron oportunamente derogados por la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985), aludieron, el primero de ellos, "a la cantidad que el librador mande pagar, expresándola en moneda efectiva o en las nominales que el comercio tuviere adoptadas para el cambio", y el segundo a que "las letras de cambio habrán de pagarse en las monedas que en las mismas se hubiere designado; y si la designada no fuera efectiva, en la equivalente, según el uso y la costumbre en el mismo lugar del pago".

Analizando este abanico de preceptos sobre el particular, contenido en el Código Civil, podemos concluir que lo que resulta impactante del mismo es su absoluta carencia de brío notificador, propiciando ello una evidente ambagiosidad acerca de los concretos perfiles de su *animus* jurisdicente, situación que ha determinado el que los autores que profundizan en esta problemática diverjan —en ocasiones con sorprendente acritud y encono— en sus sendos planteamientos tematizadores, engendrándose así una animada polémica que por lo que atañe al concreto significado del artículo 1.170 del Código Civil resulta sumamente concurrida, controversia que acredita su punto de inflexión fundamental en la concreción del alcance de la ciertamente enigmática frase "especie pactada", habiendo autores —entre ellos DíEZ PICAZO— que sustentan la tesis de que la misma no oferta en lo más mínimo la posible utilización solutoria internizada de las divisas, por haber sido redactado el supradicho precepto en una etapa histórica muy distanciada de los planteamientos ahora vigentes sobre el control de cambios; otros, por el contrario (siendo su abanderado BONET CORREA), consideran que el eventual manejo solvencial interior de la divisa o moneda extranjera representa una potencial alternativa dineraria perfectamente alojable en el seno de la locución a la que nos estamos refiriendo en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y también en base a los cimientos sobre los que se asentaban las vías solutorias vigentes en aquellos momentos históricos, cauces solvenciales a los que desde perspectivas sumamente liberalizadas aludía la antes citada Orden de 23 de marzo de 1869.

De todos modos, la controversia doctrinal a la que nos estamos refiriendo experimentó un cambio cualitativo importantísimo al tener que estribarse sus *vatios* fundamentales sobre nuevas premisas, todo ello como consecuencia, en primer término, de la entrada en juego en este orden de cosas de irresistible forzosidad liberatoria, matiz fisonómico que fue propugnado decididamente para la peseta por la Ley de 9 de noviembre de 1939, y en segundo lugar —y correlativamente—, por la adopción de un sistema más o menos coherente de normas sobre el control de cambios, reglatividad especializada que tras diversas alternativas históricas que no viene a cuenta reseñar quedó estructurada de forma bastante sistemática en la Ley marco de 10 de diciembre de 1979 sobre régimen jurídico de control de cambios (LRJCC) y en su Reglamento de ejecución aprobado por el Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre.

En virtud de la primera de las normas dichas —la Ley de 9 de noviembre de 1939—, la posible utilización solutoria de las divisas en el marco de las relaciones obligatorias articuladas entre residentes advenía a la condición funcional de sumamente aleatoria teniendo en cuenta el carácter netamente imperativo de tal Ley (y su lógica potenciación del uso de la peseta), aunque es de resaltar que de la misma no emanaba una prohibición del manejo solvencial de tales divisas, o por lo menos no de forma literal, taxativa y directa. En méritos del segundo conjunto preceptual reseñado, tal posible uso solutorio en el cuadro de las relaciones obligatorias instrumentadas entre residentes y no residentes, si bien no prohibido en términos generales, sí que resultaba tremendamente condicionado al tener que pasar por un previo tamiz administrativo la constitutividad del negocio jurídico de donde emanase la correspondiente obligación de pago en divisas y/o el mismo acto de su pago.

En cualquier caso, lo que debe retenerse precisamente en este orden de composiciones exegeticas es el dato de que si bien la Ley de 9 de noviembre de 1939 dejaba en la más completa penumbra la cuestión de si las divisas eran o no dinero extranjero (tema cuya marginación en tal texto legal provenía del absoluto silencio que el mismo mantenía respecto a tal cuestión), la normativa del control de cambios (adoptada en el ejercicio de la reserva de jurisdicción que el art. 149.11 CE confiere en exclusiva al Estado) parte en sus labores de ordenación normativa del sector que nos ocupa del reconocimiento explícito de tal condición, es decir, de que para el legislador español las divisas son representativas de dinero extranjero y no constituyentes de pura mercancía.

Sobre las susodichas premisas se articula todo el sistema relativo a la posible utilización solvencial de tales componentes económicos, uso que si bien legítimo queda debidamente encorsetado por una serie de rigurosos condicionantes que atienden tanto a la especificación de qué divisas admi-

ten mayor o menor credibilidad a tales efectos como al establecimiento del concreto esquema operativo en el que la eventual negociabilidad de las mismas debe desarrollarse, cuestiones en cuya concreta conformación acredita un papel estelar, tal como dijimos, el Banco de España, institución financiera de la que ha dimanado —y continúa haciéndolo— una portentosa labor de normofehaciencia especializada sobre el particular encaminada a ofrecer la pertinente cobertura sustantiva y de procesalidad *ad hoc* a la aludida negociabilidad internizada de tales divisas, constituyendo muestras relevantes de tal labor de nomotesia singularizada las Circulares 28/1984, de 31 de julio, que en su Anexo D pormenoriza las divisas admitidas a cotización oficial; la 1/1987, de 7 de enero, sobre riesgos de cambio; la 5/1987, de 13 de marzo, sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera; la 27/1987, de 20 de octubre, en sus dos primeros apartados, sobre el mercado de divisas de contado, mercado de divisas a plazos, operaciones con billetes extranjeros y otras cuestiones relacionadas con la materia; la 4/1988, de 22 de marzo, sobre provisiones en moneda extranjera; la 5/1988, de 8 de abril, modificando parcialmente la antes relacionada 27/1987; la 9/1988, de 28 de junio, sobre opciones de divisas; la 14/1989, de 27 de julio, asimismo modificativa de la dicha 27/1987. De todos modos, tengo que decir que la soberanía estatal en este orden de cuestiones no sólo se efectiviza a través de la tutoría máxima que sobre las divisas ejerce el precitado Banco de España (organismo oportunamente asuntor de las competencias que sobre el particular ejercía el INEM), sino que también la DGTE y la Dirección General de Aduanas tienen mucho que decir al respecto, procediendo del primero de los organismos indicados la importante Resolución de 10 de mayo de 1988 sobre cuentas en divisas de residentes abiertas en las oficinas operantes en España de las entidades delegadas a nombre de personas físicas o jurídicas residentes, texto normativo que sirve de apunte fundamental de imputación para otro conjunto de disposiciones especializadas sobre la materia cuya relación en estas páginas resultaría improcedente. A su vez, y directamente emanadas de la Dirección General de Aduanas, tengo que constatar la existencia de una importante disposición tendente a ejercer el correspondiente patronazgo ordinamental respecto al hipotético de ingreso y salida en España de las divisas, disposición que es la Circular 965, de 18 de mayo de 1987, texto que se encarga en aportar las imprescindibles dosis de cobertura de ejecución a la Orden que sobre la misma materia fue adoptada por el Ministerio de Economía y Hacienda el 13 de marzo de 1987 sobre gastos de viaje y estancia en el extranjero y movimiento de divisas y pesetas por frontera.

En cualquier caso, lo que se desprende de este arracimado conjunto de disposiciones (al que podrían agregarse bastantes más, cuya cita omito para no recargar en demasía la copiosidad de este apunte normativo) es

que la divisa o moneda extranjera ha merecido por parte de la soberanía española el marchamo de signo representativo de dinero con todas sus consecuencias, atribución, no obstante, pautada por la serie de condicionamientos a cuya vertebración atiende la supradicha normativa moduladora y que se refieren tanto a la determinación de las divisas eventualmente susceptibles de ser cotizadas en el mercado nacional de las mismas como a la concreta fijación de las coordenadas de funcionalidad en las que tal cotización deberá acceder (coordenadas que se regulan milimétricamente en la susodicha normatividad especial), detallando asimismo los presupuestos que deberán concurrir a fin de que la convertibilidad de tales divisas acaezca con regularidad, temas todos ellos que vamos a obviar, bien por haber sido tratados con anterioridad en el volumen I del tomo I de esta obra, bien porque su exposición vendría a devastar la sistemática a la que pretendo uncir mi labor expositiva en la misma.

Una vez expuesto todo este bloque colectivo de consideraciones preliminares sobre la temática que estamos desarrollando, pasamos a enfocar la misma desde el punto de vista de su concreta dinámica jurídica, distinguiendo al efecto dos órdenes de situaciones en las que pudiere surgir la figura de la divisa; así, en las páginas a venir vamos a reflexionar sobre este problema, distinguiendo el supuesto en que ambos intervinientes en la relación jurídica de donde dimana la obligación de pago en divisas sean residentes de aquél en que sólo uno de ellos acredite tal condición, bien afecta la misma al acreedor o bien haga lo propio respecto del deudor.

E) RELACIONES JURÍDICAS OBLIGATORIAS EN LAS QUE SE PACTA
UN PAGO EN DIVISAS SIENDO EL ACREEDOR Y EL DEUDOR RESIDENTES

a) *introducción*

En la pesquisa de esta cuestión debe tenerse especialmente en cuenta todo lo hasta aquí explicado, es decir, que en principio, y desde el punto de vista de la soberanía nacional, no existe ningún inconveniente para que la divisa, en cuanto signo representativo de un dinero extranjero reconocido por tal soberanía, pueda desplegar —si bien de forma más o menos sincopada o condicionada— su congruente funcionalidad en el territorio español. Ello supuesto, también es conveniente ir deslindando campos de análisis e imputación, y así y en esta misma línea de precisiones acotadoras, tengo que poner de manifiesto que la cuestión relativa a la viabilidad o no de las relaciones obligatorias que estamos viendo (es decir, las oportunamente objetivadas en divisas) sólo guarda una proximidad difusa y tan-

gencial con la normativa sobre el control de cambios, alegamiento que en modo alguno es pleno, toda vez que la *ratio* primordial de tal normativa y que resulta del artículo 1 de la LRJCC ("Quedan sometidos a los preceptos de la presente Ley los actos, negocios jurídicos, transacciones y operaciones de toda índole entre RESIDENTES Y NO RESIDENTES que supongan o de cuyo cumplimiento se deriven o puedan derivarse cobros o pagos exteriores") queda entrañada en la idea de someter a control los tratos negociables en divisas o pesetas entre RESIDENTES Y NO RESIDENTES, consideración que impide el sometimiento de la relación obligatoria en divisas exclusivamente instrumentada entre RESIDENTES a tal preceptiva controladora. De todos modos, el hurtamiento de tal situación jurídica netamente residencial de la aludida preceptividad no es total, ya que la invocación *in obligatione* a la divisa determina de suyo una notable singularidad, dado el trato especial que la misma merece de conformidad con toda la preceptividad sectorializada antes aludida, conjunto normativo de porte especializado cuya última razón de ser no se apoya de modo exclusivo en la condición residencial de que cobre o pague en divisas, sino en la excepcionalidad del uso solutorio de tales componentes dinerarios, prescindiendo de la calidad territorial asumida por el operador jurídico que los maneje (crediticia o prestacionalmente) en territorio español.

En base a todo ello, es evidente que la potencial viabilidad de la relación obligatoria en divisas entre residentes tendría que traspasar el filtro que supone la aludida normativa del control de cambios, pero sólo en lo que afecte al aludido manejo solvencial de las mismas, disponibilidad solutoria en cualquier caso sometida a previa autorización de conformidad con el concreto —e inequívoco— *dictum legis* del párrafo 11 del artículo 3 del Real Decreto 2402/1980, según el cual "requieren, previa autorización, las siguientes operaciones (...) 11.^a La excepción a la obligación general de venta o aplicación de divisas a que se refieren los números 2 y 3 siguientes. 2. Los residentes, salvo autorización, deberán poner a la venta a través del mercado español de divisas las que posean, dentro de los quince días siguientes a su disponibilidad. 3. Los residentes que hubieran obtenido lícitamente divisas para un fin determinado deberán aplicarlas al mismo en un plazo de quince días o cederlas al mercado español en igual plazo, salvo autorización administrativa", precepto que establece las bases de una tenencia y negociabilidad de los calendados componentes financieros absolutamente sometidos a control, claves operativas que no son sino la concreta traducción funcional —a nivel gubernativo— de la reserva de normofehaciencia ejecutiva instrumentada en este sector por la ya citada LRJCC, que sentó en su artículo 2.1 "que corresponderá al Gobierno, en defensa de los intereses generales, regular, de acuerdo con lo dispuesto en

la presente Ley, los actos, negocios, transacciones y operaciones a que se refiere el artículo anterior. 2. A estos efectos, y mediante la reglamentación del control de cambios, podrá prohibir, someter a autorización previa, verificación o declaración y, en general, a cualquier tipo de control administrativo: ...f) La tenencia en territorio español por parte de residentes... de medios de pago de cualquier clase y, en general, de títulos representativos de derechos cifrados en moneda extranjera... y la venta, a través del mercado español de divisas, de aquéllos que los residentes posean o adquieran".

En obsequio a todo este conjunto preceptual, es evidente que la tenencia de divisas por parte de los residentes se halla sometida a riguroso control, materializándose el mismo en la necesidad de que se obtenga la oportuna —y previa— autorización, credencial que será exigible no sólo para su eventual adquisición, sino también para su ulterior tenencia más allá de los quince días de rigor a los que se refiere el artículo 3 del Real Decreto dicho, autorización asimismo demandable cuando se pretenda dar a tales divisas un uso distinto del preordenado por la meritada disposición, que es el de la venta forzosa a la que la misma alude (y que deberá sustanciarse dentro del indicado plazo en el mercado oficial de divisas), régimen cuya infracción aparece tipificada como delito o falta administrativa (en atención a los distintos parámetros cuánticos tenidos en consideración por los artículos 6 y 7 de la LRJCC, precepto, el primero de ellos, que al pormenorizar los presuntos ilícitos criminales de posible incidencia en este orden de cosas (tras la nueva redacción aportada al mismo por la Ley Orgánica 10/1983, de 16 de agosto) califica como tales, siempre que la cuantía exceda de dos millones de pesetas, la no puesta a la venta "a través del mercado español autorizado y, dentro de los quince días siguientes a su disponibilidad, las divisas que posean; la obtención de divisas mediante alegación de causa falsa o por cualquier otra forma ilícita, y el destinar divisas lícitamente adquiridas a fin distinto del autorizado", indicando por su parte el segundo que los supuestos enumerados constituyen falta administrativa cuando la cuantía de las divisas excedan de 20.000 pesetas y no rebasen los dos millones antes dichos.

Ello aducido, parece obvio que la relación obligatoria en divisas oportunamente entablada entre residentes no es una más encuadrable en el marco de las obligaciones de dar, sino que pese a hallarse sustraída al régimen general de control propiciado por la LRJCC (dada la situación de absoluta homogeneidad residencial que acreditan sus implicados), la misma presenta la notable especificidad de que el cumplimiento de la obligación concertada requiere la previa autorización de la Administración, circunstancia que viene a modalizar enormemente su régimen jurídico.

b) *Régimen a que las mismas se atienen*

aa) *Idea general*

En base a todo lo que acabamos de circunstanciar, es evidente que el pago en el que desemboque la obligación en divisas a la que estamos aludiendo no podrá tener lugar sin la previa anuencia de la Administración y que en la hipótesis en que tal acontezca (sin la susodicha habilitación) el mismo podrá engendrar la correspondiente dinámica de responsabilidad penal o administrativa.

Ahora bien, con estas conclusiones, que me parecen fuera de discusión en méritos de su indiscutible obviedad, la cuestión no aparece íntegramente resuelta, toda vez que en primer término es lícito demandarse acerca del poder de la autonomía de la voluntad para convenir obligaciones en divisas cuyo pago queda constreñido por la precitada autorización, y en segundo término se polemiza también acerca de la retractabilidad de tal pago cuando el mismo se haya efectuado contraviniendo las normas básicas reguladoras de tráfico interno de divisas, aspectos ambos teñidos de inmarcesible conflictividad, que vamos a considerar de inmediato.

ab) *Vigencia de la autonomía de la voluntad en cuanto a los pactos en moneda extranjera*

A fin de centrar adecuadamente el rumbo de mi inquisitoria, voy a descartar por completo el análisis de aquellos convenios en los que la moneda extranjera en cuestión revista el carácter de puro elemento indicador o estabilizador (cláusula moneda extranjera), tema cuyo tratamiento en estas páginas —aunque fuere liviano— nos introduciría en unos senderos especulativos que no estoy dispuesto a recorrer. En base de estas precisiones deslindadoras, únicamente voy a referirme a la virtualidad fundacional que acredite la autonomía de la voluntad respecto a los pactos entre residentes en los que el débito prestacional dinerario se materialice en divisas, cuestión que ha suscitado enconadas polémicas ante la ausencia de una normativa taxativamente liberalizadora en tal sentido (o bien concretamente obstaculizadora).

Ante la carencia, pues, de un dispositivo rigurosamente permisivo o prohibitivo al efecto, los intérpretes de esta temática, al abordar en concreto el problema suscitado, mantienen posturas antagónicas cuya senda *hybris* sustancial no es del momento detallar (sobre todo porque las susodichas vertientes de conflictividad deben ser conjuntamente consideradas en la porción de esta obra orientada a la búsqueda de respuestas exegéticas a las cuestiones que provoque el entendimiento de la disposición final 1.^a

del RIE). De todos modos, a fin de no vaciar de contenido el presente pasaje, tengo que poner de relieve que, en principio, los compromisos entre residentes de donde emerjan obligaciones de futuro cifradas en divisas son perfectamente admisibles en base a que la autorización para la legítima tenencia y movilización solutoria de las mismas sólo es requerible llegado el momento de ejecución del pago convenido.

Si ello es así, resulta evidente que nada se opone a que las partes —residentes— convengan tal pago en divisas, en el bien entendido sentido de que el compelido a su satisfacción asume, del propio modo, una obligación accesoria a la fundamental, consistente en hacer lo necesario para que la autorización antes referenciada se consiga (consecución que llevaría aparejada el abono de la deuda convenida en la propia especie pactada a la que alude el antes dicho art. 1.170 CC); y en el supuesto de que esto no acontezca, la deuda en divisas en cuestión no queda extinguida por imposibilidad sobrevenida (imposibilidad lógica desde el punto de vista jurídico dada la consideración de la divisa como signo representativo de un bien ultragenérico —el dinero— inextinguible por esencia), aunque sí modificada por la forzada entrada en juego de la conmutatividad legal resultante del antes citado artículo 1.170, que obliga a sustituir el *quantum* de la deuda en moneda extranjera devenida fácticamente imposible (la materializada en las divisas cuyo uso no se autorizó) por otro objetivado en “la moneda de oro o plata de curso legal en España”.

Siguiendo por estas vías interpretativas, tengo que poner de relieve que el artículo 1.170 supracitado, que en definitiva presupone una notable excepción no sólo al artículo 1.157 (“No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía”), sino también al artículo 1.166 (“El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aunque fuere de igual o mayor valor que la debida”), ambos del Código Civil, ha provocado un fecundo debate, en ocasiones ardoroso, sobre su significado, habiendo quien —DÍEZ PICAZO en sus *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Tecnos, Madrid, 1986, y en *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I. *Teoría del contrato. Relaciones obligatorias*, Tecnos, Madrid, 1986— considera que el alcance del precepto en cuestión confiere al deudor en divisas una *facultas solutionis* cuyo ejercicio depende de su exclusivo arbitrio, exponente de libre decisonalidad de concretiva que imposibilita al acreedor a rechazar el pago en el equivalente en moneda nacional

Por el contrario, BONET CORREA (en su indicado libro y en otras aportaciones doctrinales sobre el particular) se constituye en reputado portaestandarte de una corriente científica bastante más densificada cuyo planteamiento básico al respecto se asienta en la idea de que el meritado

artículo no otorga al deudor tal *facultas solutionis*, sino que efectivamente la constriñe al pago "real" de una suma en divisas cuya eventual conmutatividad en pesetas materializa un supuesto excepcional cuya legítima virtualidad únicamente puede venir de la mano de una imposibilidad objetiva sobrevenida en cuanto a la consecución de las pertinentes credenciales que la habiliten para disponer solutoriamente de las mismas, hecho que determina, en consonancia con lo que antes quedó aducido, que el deudor de tal suma en moneda extranjera se halla efectivamente constreñido por el orden natural de las cosas y por el concreto *prescriptum* del artículo 1.258 ("Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley"), también del Código Civil, a la entrega de las mismas a su acreedor.

En función de todo lo dicho, es evidente que el pago en moneda de curso legal en España podría ser legítimamente resistido por el acreedor en divisas mientras que no se le justifique en debida forma —judicial o extrajudicialmente— que el deudor que pretenda pagar de tal guisa hizo todo lo necesario para obtener la credencial que tenía que habilitarle el empleo solvencial de las mismas, sin que la aludida conmutación de éstas por la moneda nacional equivalente opere por la exclusiva voluntad del deudor, circunstancia que determinaría, entre otras cosas, la impertinencia de la consignación liberatoria que pretendiere efectivizarse en pesetas frente a una situación de presunta *mora creditoris*.

ac) Conmutatividad dineraria en este orden de cosas

Partiendo de esta plataforma interpretativa, a mi juicio la única coherente con el estado de cosas descrito, lo que puede discutirse es el nivel, grado o tasa de imposibilidad que debe concitarse en el supuesto debatido para que pueda entrar legítimamente en liza la conmutatividad monetaria a la que nos estamos refiriendo, cuestión que únicamente admite una lectura objetiva, es decir, aquella que entronca su congruente funcionalidad con la circunstancia de que no se obtenga la autorización solicitada o bien de que una vez ella conseguida, la divisa en cuestión deje de circular en su país de procedencia o en España, quedando en todo caso excluida la beligerancia de aquella que derive de eventuales actuaciones negligentes por parte del deudor concernido que o bien omitió la formulación de la solicitud al efecto o bien lo hizo de forma intempestiva o documentalmente insuficiente, negligencia que provocaría una situación de incumplimiento responsabilizador en modo alguno zanjable con la entrega de la corres-

pondiente moneda nacional (o de sólo ésta, sin resultar la misma acompañada de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios), tesis esta última que coincide, por otra parte, con la sustentada por CARMEN SENES MONTILLA, quien en su supradicha obra, página 71, elabora una teoría coincidente en términos generales con lo que acabo de relatar, arguyendo en apoyo de la opinión la existencia de dos Sentencias del Tribunal Supremo (las de 6 de abril y 8 de junio de 1963), siendo especialmente relevante a tales efectos la primera de ellas cuando argumenta, en cita literal que tomo de la indicada obra, que "... el artículo 1.170 dispone que se efectúe (el pago) en la 'especie pactada', y no siendo posible, sin concretar ni limitar las causas de esa imposibilidad, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España..., todo lo que indica que, en definitiva, son las circunstancias monetarias del país, con sus exigencias modificativas, las que en el momento del cumplimiento imponen o determinan cuál sea la especie legalmente apta para el pago y sin que afecte a la validez del contrato el hecho de pactarse otra distinta... (de la nacional)".

Prosiguiendo con esta misma temática, tengo que puntualizar que la cuestión enunciada no es la única que presenta importantes dosis de incertidumbre en este ámbito, toda vez que también se inscribe en esta línea de aguda conflictividad el problema relativo a cuál es el concreto *tempus* que debe tenerse en cuenta para el logro de la conmutación sustitutiva dicha, tema que ante su falta de positivación en nuestro ordenamiento (a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, cual es el caso del italiano, ex art. 1.278 del Codice) puede ser entendido de forma plural, siendo reseñable al efecto el policromo mosaico de variantes jurisdiccionales que se ha ido materializando con ocasión del mismo, polifonía decisional de la que se hace eco BONET CORREA en su trabajo *La fecha de conversión en las deudas de moneda extranjera*, trabajo dictado con motivo de los comentarios a la STS (Sala 1.ª) de 13 de abril de 1987 y que fue publicado en la revista jurídica "La Ley", en el número 1.873, de 30 de diciembre de 1987, y en el que dice literalmente sobre el particular que "al examinar los fallos anteriores del Tribunal Supremo se advierte que va a seguir criterios adecuados a las particularidades de cada caso, donde el interés patrimonial objeto de pago deba realizarse plenamente. Así, con un sentido realista, para el pago de una indemnización por un accidente aéreo internacional, se disponía que se hiciese la conversión en la 'fecha del accidente' (S. 6 julio 1957) y 'en el de la entrega de un cheque en moneda extranjera se hiciere el día de su adquisición'" (S. 30 enero 1971). Sin embargo, se fijó para el 'día del emplazamiento del demandado' la conversión de una cantidad de marcos en pesetas (S. 3 julio 1936), ya que se discutía la especie de marcos a convertir (oro o nominales); también

respecto a los pagos debidos por un contrato de mandato desenvuelto en el extranjero (S. 23 diciembre 1954). No obstante, se puede decir que el criterio más general seguido por el Tribunal Supremo para la conversión de moneda extranjera en moneda española de curso legal es el del día del pago (SS. JO marzo 1925, 3 julio 1936, 9 noviembre 1957, 6 abril y 9 junio 1963, 30 enero 1971, 6 abril y 19 mayo 1973, 14 mayo 1976, 26 marzo 1977, 5 enero y 21 octubre 1980, 13 octubre 1983, 26 diciembre 1985 y 2 febrero 1986)".

Así pues, el criterio jurisprudencial mayoritariamente seguido en esta materia es el de fijar la equivalencia de las mismas en la moneda nacional en que se consume sustitutivamente el pago con estricta referencia al día en que éste acaezca, imputación cronológica de acreditada racionalidad y arraigo no sólo por su propia rigurosidad ontológica, sino también porque tal fue el criterio propuesto por la ya añeja y antes dicha Orden de 23 de marzo de 1869, texto legal cuyo artículo 2, recogiendo la filosofía contenida en el artículo 1.096 del proyecto de Código Civil de 1851, se atuvo ya a tal sistema (Orden cuya vigencia en la actualidad se postula por BONET CORREA a base de una argumentación minuciosa y consistente).

En cualquier caso, la aludida conmutatividad no resulta comprensible sin preconizar para las divisas sujetas a la misma el paradigma de la liquidez, rasgo fisonómico que adorna a tal figura en su consecuente consideración como dinero, imputación categorizada que en teoría no debería suscitar ningún tipo de conflictividad teniendo en cuenta que tal nota es un simple corolario de su caracterización global como institución jurídica. Sin embargo, y con motivo de cierta contienda jurisdiccional, la deuda en moneda extranjera fue considerada ilíquida a los efectos de la justiciabilidad de su eventual incumplimiento en sede del juicio ejecutivo, contienda que iniciada por la adopción de sendos autos de 23 de octubre y 4 de noviembre de 1981 por parte del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid adquirió considerable resonancia (siendo incluso objeto de difundida noticia en la prensa), resultando de todo ello la necesidad de promover un reconocimiento normativo explícito de tal liquidez —a todos los efectos procesales—, hecho que fue propiciado por parte de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC, texto legislativo que dio por zanjada la polémica sobre la aludida nota de liquidez, entronizándose en su articulado tal característica previa alusión programática a la misma en su propia Exposición de Motivos ["se ha reconocido de un modo expreso que las deudas en moneda extranjera tienen el carácter de líquidas, tanto a los fines de este proceso (juicio ejecutivo) como dentro de la ejecución en general de sentencias. No se trata propiamente de una novedad. Es más bien una aclaración, pues hay ya una consolidada corriente doctrinal y hasta jurisprudencial favorable a tai

solución"], caracterización, sin embargo, no plenamente convincente teniendo en cuenta que, en definitiva, se viene a condicionar tal liquidez al hecho de que la divisa de que se trate sea de las admitidas o no a cotización oficial en España, proviniendo esta exigencia de la propia Exposición de Motivos ("ya que siendo la moneda extranjera convertible y constando oficialmente su tipo de cambio o cotización respecto a la peseta, se conoce el importe de la deuda y es líquida lo mismo en una que en otra moneda"), criterio asimismo recibido por los concretos artículos que recogen las variaciones procesales introducidas en la materia y que no resulta plenamente acorde con el congénito rasgo fisonómico de liquidez extrajudicial de que goza la divisa, característica que es independiente de su admisión a cotización o no (y de su convertibilidad o no).

De todos modos, y en descargo de esta falta de rigurosidad metodológica del hacedor del texto antes indicado, tengo que recalcar que la liquidez descrita en la Exposición de Motivos reseñada y en la preceptividad acorde con la misma (y que resulta adornada, para su plena eficacia —como hemos apuntado ya—, de los requisitos adicionales de convertibilidad y cotizabilidad oficial) es la única realmente tomable en consideración en un procedimiento tan sumario como es el supradicho juicio, siendo por ello lógica la prevención de tal hacedor, que se limitó a cumplir sus tareas de normofehaciencia en una estricta sede jurisdiccional sin ningún ánimo extrapolador de sus planteamientos.

C) CONCLUSIONES BÁSICAS SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OBLIGACIONES RESEÑADAS

Retomando el hilo argumental devanado hasta este preciso momento, creo que es hora de efectuar una recensión de determinadas conclusiones básicas sobre el particular, siendo éstas las siguientes:

- El acto negocial constitutivo de una deuda extranjera cuando el mismo es instrumentado entre residentes queda totalmente al margen de la normativa de control de cambios.
- El pago de la misma, considerado como acto solutorio de fisonomía causal, aunque formalmente autónomo en sus concretos planteamientos funcionales, queda entroncado —sustantiva y adjetivamente— con el susodicho control de cambios en atención al componente "divisa".

Sobre la base de este soporte especulativo, podemos estribar las siguientes conclusiones:

a) Los residentes pueden lícita y libérrimamente convenir tales pagos en moneda extranjera.

b) A pesar de esta primigenia licitud germinativa, la deuda en que ésta se materialice únicamente resulta regularmente resarcible en tal moneda extranjera cuando se obtenga la pertinente autorización administrativa, autorización que debe hacerse también extensiva a la posibilidad de que el *accipiens* residente acredite la disponibilidad de las divisas cobradas más allá de los quince días antes dichos.

Llegado el momento de satisfacer tal deuda, si ésta no puede ser cumplida en sus justos términos convenidos por no poder obtenerse la credencial administrativa habilitante del uso solutorio de las divisas puestas *in obligacione*, deberá procederse a la conmutación de la deuda inicialmente nominada en moneda extranjera en una cifrada en pesetas.

Tal conversión, cuya base legal radica en el artículo 1.170 del Código Civil, deberá efectuarse en el momento del pago y acreditará mayor o menor complejidad y justiciabilidad según que la divisa de que se trate resulte admitida o no a cotización oficial en el mercado nacional de divisas.

Tal es el planteamiento teórico ideal de esta cuestión, asentada, como hemos visto, en una neta disociación entre el pacto y el pago derivado del mismo, disociación que no siempre se produce, ya que en determinados supuestos se provoca una fragua de ambos elementos negociales, acaeciendo ello cuando se trate de la entrada en liza en este orden de cosas de los denominados contratos reales o de aquellos en los que sin acreditar tal condición el pago sea concomitante o confesado, supuestos en los que se producirá una inescindibilidad fatal entre lo permitido y autorizado, conmixtion que impedirá el juego del esquema ideal que acabamos de pergeñar en su mínimo umbral de comprensión.

Así, en el contrato de préstamo es evidente que su característica de real impedirá tajantemente el que se pueda plantear la escisión entre los dos *iter* negociales antes aludidos. Otro tanto sucede en aquellos supuestos en los que tratándose de un contrato —consensual— de compraventa, el pago del precio convenido o bien resulta confesado o bien se realiza *uno ictu* con la entrega de la cosa, hipótesis que tampoco resultaría subsumible en el antes indicado esquema tipo.

En base de todo ello —y con ánimo ejemplificador— tengo que poner de relieve que tratándose de una compraventa inmobiliaria en la que el comprador residente queda obligado a pagar a otro residente el precio convenido en divisas, la misma resulta perfectamente accedible al Registro de la Propiedad a través de su previo trasvase *negocial* a la pertinente escritura pública (en la que deberá expresarse la equivalencia de las divisas

cuyo pago se convino en pesetas, a tenor de lo prescrito por el art. 177 del Reglamento Notarial), siempre que el pago de tal precio cifrado en divisas se dilate en el tiempo, accedibilidad, por el contrario, que no resulta predicable para cuando tales compraventas acrediten un pago del precio en moneda extranjera confesado o concomitante, salvo que en tales hipótesis se acompañe la escritura en cuestión con la autorización administrativa del uso solutorio de las divisas utilizadas de tal guisa.

Redondeando este análisis, tengo que poner asimismo de relieve la posibilidad de que se hipoteque la finca transmitida en garantía del precio en divisas que quedó aplazado. Todo ello en línea con lo dicho y siempre teniendo en cuenta la exigencia requisital que sobre el particular resulta del artículo 219 ("1.º El importe de la obligación asegurada con la hipoteca, o la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada, deberá ser fijado en moneda nacional o señalando la equivalencia de las monedas extranjeras en signo monetario de curso legal en España") del Reglamento Hipotecario, precepto del que nos ocuparemos especialmente en el volumen siguiente.

Tras este bloque de reflexiones sobre el particular, únicamente resta que aluda a la cuestión relativa a qué grado de patología quedan sujetas aquellas tésituras constitutivas y/o solutorias que necesitando como escudo de su respectiva viabilidad la pertinente habilitación administrativa en cuanto a la movilidad de las divisas intervinientes en las mismas, ésta ha sido obviada, tema de aristados perfiles que entiende debe solventarse en base a distinción —en caso de contienda judicial— de si el negocio ha sido previamente irregularizado criminalizado por una o ambas partes, diferencia que tendrá suma importancia en cuanto a la posible retractabilidad del pago que al efecto hubiere intervenido en la peripecia ilícita sometida a consideración, repetibilidad solutoria que, en cualquier caso, podría discurrir por los cauces previstos en los artículos 1.305 ("Cuando la nulidad provenga de ser ilícita, la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí y se procederá contra ellos, dándose además a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta. Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido"), y 1.306 ("Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: 1.ª Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato ni reclamar el cumplimiento de lo que otro hubiese ofrecido. 2.ª Cuando esté de parte de un solo contratante, no

podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido"), ambos del Código Civil.

Como colofón de esta reseña doctrinal, sólo me queda por puntualizar el que a fin de evitar reiteraciones, todo lo que tenga que decir sobre el alcance de la autorización requerida para la libre movilidad y tenencia de divisas puede ser reconducido a lo que luego expondré sobre tal alcance en su relación con las habilitaciones que se exijan para aquella negociabilidad que objetivándose en divisas quede normativamente encuadrada —al articularse entre residentes y no residentes— por las reglas sobre el control de cambios.

d) *Caso especial de la letra girada entre residentes
cifrada en divisas*

Siguiendo las huellas de sus antecedentes normativos (representados por los antes mencionados arts. 444.4 y 489 Código de Comercio, ahora derogados), la vigente Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaría y del Cheque, admite la posibilidad de que el cifraje de tales títulos valores se efectúe en moneda extranjera, si bien y capitalizando las enseñanzas aportadas por la antes indicada Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC, tal cuantificación en divisas sólo deviene admisible sin autorización administrativa previa cuando las mismas "sean convertibles y admitidas a cotización oficial", ex artículos 1 y 106 de tal Ley.

Tal posibilidad, que se escinde en una triple vertiente operacional según que la misma tenga por base una relación cambiaria instaurada entre residente, entre no residentes o bien entre residentes y no residentes, no acredita ningún tipo de especialidad respecto a los planteamientos genéricos que estamos elaborando, salvo acaso la circunstancia de que limita el uso de la potencialidad liberalizada de su cifraje foráneo a que las divisas representativas del mismo sean precisamente aquellas que disfruten de los condicionantes ya menados de convertibilidad y cotizabilidad oficial, exigencias lógicas por otra parte, teniendo en cuenta que las letras de cambio y los cheques, en cuanto títulos valores, son instrumentos ejecutivos eventualmente desencadenadores del procedimiento jurisdiccional respecto del cual la Ley 34/1984 antes mencionada ya exigió la concurrencia de tales presupuestos.

Prescindiendo de ello, y tratándose de letras y cheques girados o emitidos entre residentes, la posibilidad de que el mandato de pago que los mismos incorporen obligue en concreto a pagar en divisas, sin necesidad

de someter el acto de giro o emisión a la previa obtención de ningún tipo de credencial habilitante no constituye sino una palmaria corroboración de todo lo hasta aquí explicado, es decir, que la legítima constitutividad del negocio de donde emerja la obligación satisfactiva en moneda extranjera no se baila sujeta a control, campeando en ella libremente la autonomía de la voluntad. Otra cosa es que el pago considerado en su estricta miseria sí que lo esté, cosa que acontece precisamente en el orden de magnitudes jurídicas que estamos viendo, en donde tanto si se trata de un pago de una letra en moneda extranjera como de un cheque, se exige que el *solvens* acredite la legítima disponibilidad internizada de las divisas utilizadas a tal fin o que la operación resulte permitida por la normativa del control de cambios, diciéndose literalmente al efecto en el artículo 46 de la Ley Cambiaria y del Cheque, por lo tocante a las letras, que: "El pago de las letras de cambio libradas en moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial deberá realizarse en la moneda pactada, siempre que la obligación de pago en la referida moneda esté autorizada o resulte permitida de acuerdo con las normas de control de cambios.

Si no fuera posible efectuar el pago en la moneda pactada, por causa no imputable al deudor, éste entregará el valor en pesetas de la suma expresada en la letra de cambio, determinándose dicho valor de acuerdo con el cambio vendedor correspondiente al día del vencimiento. En caso de demora el tenedor podrá exigir que el importe de la letra le sea pagado por el valor en pesetas que resulte del cambio vendedor de la fecha del vencimiento o del de la fecha de pago, a su elección.

Cuando el importe de la letra de cambio se haya indicado en una moneda que tenga la misma denominación, pero diferente valor en el país de emisión que en el país del pago, se presumirá que la moneda expresada es la del lugar del pago".

Por su parte, y ya en directa relación con el cheque, el artículo 142 de la Ley referenciada *ut supra* se reproduce en unos términos sensiblemente parejos a los indicados, aunque en su primer apartado se encarga de puntualizar que el pago deberá realizarse dentro del plazo de presentación.

En cualquier caso, lo que quiero resaltar de los artículos dichos, cuyo estudio en profundidad no resulta de recibo en una obra como la presente, es que los mismos reproducen *pari passu* los criterios doctrinales que sobre el particular han quedado primigeniamente expuestos, anudando la legitimidad del pago de una deuda en moneda extranjera transfundida al correspondiente talón o letra de cambio a que la obligación de la que el mismo resulte se halle expresamente autorizada o genéricamente permitida según el control de cambios, disyuntiva de posibilidades respecto de la cual, y tratándose de obligaciones entre residentes, únicamente nos interesa

la alternativa consistente en la autorización administrativa del uso solutorio de las divisas de que se trate, autorización que es independiente de la que en su caso haya de demandar al perceptor en la hipótesis de que quiera ostentar la tenencia de las divisas cobradas más allá de los quince días de rigor.

Por otro lado, los artículos constituyentes de la urdimbre preceptual que nos ocupa se hacen eco de la problemática relativa a cuál sea la fecha hábil a tener en cuenta en el proceso de conmutatividad del pago en moneda extranjera por otro en moneda nacional, fecha que, en definitiva, coincide con la antes dicha en el sentido de que el momento idóneo para la **cuantificación** de las correspondientes equivalencias en el día del pago (o día del vencimiento, que es cuando tal evento solutorio debe normalmente acaecer), si bien en aquellas hipótesis en que tal pago se demore responsablemente los artículos que estamos viendo confieren al acreedor un derecho de opción al respecto cuyo ejercicio le faculta o bien para seguir con el sistema general (ateniéndose a los valores de la divisa en el día en que el pago sustitutivo efectivamente se consume) o bien trocar tal criterio general por uno retroactivo, imputando la valoración a efectuar al día en que la deuda incorporada a la letra de cambio o al cheque debió pagarse, conmutación que en todo caso tiene que ser provocada, tal como se encargan de puntualizar los supradichos preceptos por causas no imputables al deudor, aspecto aludido con **anterioridad**.

Sintetizando mucho estas cuestiones, podría decirse que lo más relevante de los artículos antes transcritos entronca con los que de inmediato vamos a ver para cuando las letras o talones sean girados entre residentes y no residentes, eventualidad asimismo cubierta por los parámetros liberalizados de funcionalidad oportunamente diseñados por tales preceptos y cuya entrada en juego supone una notable excepción a los criterios rigurosos patrocinados por la normativa sobre el control de cambios, aspecto que con **ulterioridad** abordaremos.

Ya enfilando la última parte de estas consideraciones sobre la materia puesta en nuestro presente banco de prueba interpretativo, tengo que poner de relieve que, por lo tocante a las letras de cambio, la necesidad de que su pago en divisas quede pautado por las reglas del **meritado** control de cambios no es sino una concreta manifestación del evidente carácter causal que subyace en la nueva regulación de las mismas a tenor de su Ley actual, carácter cuyo estudio no corresponde desbridar aquí y que acredita su máximo exponente normativo en el artículo 67.1 de tal Ley, según el cual "el deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él", manifestación normativa de profundas resonancias causalistas que viene a asolar el potencial carácter abstracto que teniendo en cuenta determinados posicionamientos

programáticos postulados en la Exposición de Motivos de la propia Ley podía postularse para la "nueva" letra de cambio, todo ello en línea con la caracteriología esencial que en relación con las manifestaciones de voluntad cambiarias se propugna desde la logística incorporada a las leyes uniformes de Ginebra, remembranzas causalistas que por lo tocante al pago de la letra cifrada en divisas quedaron debidamente plasmadas en el texto del antes transcrito artículo 47.1 de la Ley Cambiaria y del Cheque, precepto que exige que el pago en moneda extranjera se acompañe a los requerimientos proveídos en la normativa sobre el control de cambios, solicitud que por lo tocante a la posibilidad de instar el pertinente juicio ejecutivo por el eventual impago de la cambial oportunamente objetivada en divisas acredita una considerable importancia, trascendencia muy bien resaltada por CARMEN SENES MOTILLA en su dicha obra, página 201; autora que no sólo pone de manifiesto la relevancia aludida, sino que se encarga de matizar el tiempo procesal oportuno, en sede del indicado juicio ejecutivo, en el que la misma despliega toda su eficacia, alegando literalmente al efecto que "la vinculación de la obligación en moneda extranjera con el negocio jurídico subyacente no aflora en el juicio ejecutivo en el eventual trámite de oposición a la ejecución, sino que opera *a priori* al tiempo de despachar la ejecución en moneda extranjera. Por consiguiente, el tenedor del título que insta la ejecución forzosa de la obligación en moneda extranjera tendrá que acreditar, bien que el pago está liberalizado —lo que equivale a probar que deriva de un negocio jurídico de tales características o bien que está debidamente autorizado por la Administración—, lo que igualmente supone tomar en consideración el negocio jurídico subyacente al libramiento del título o, en su caso, al endoso del mismo".

Por su parte, y ya centrando nuestro interés analítico de modo exclusivo en la figura del cheque, tengo que reseñar que lo más notable de su problemática ordinamental (dejando de lado lo relativo al carácter también causal del mismo en relación con el control de Cambios) es la dificultad que conlleva la interpretación de la frase que utiliza el antes transcrito 142.11 de la Ley objeto de debate, precepto que anuda la funcionalidad del derecho de opción computativo que el mismo prevé en favor del tenedor-acreedor al hecho de que el cheque "no fuera pagado a su presentación" —locución que viene a coincidir, por lo que atañe a la letra de cambio, con el vocablo "demora" que utiliza con la misma finalidad el artículo 47 (también antes citado) de dicho texto legal (alcance que no debe confundirse con el materializado por la situación de mora técnica a la que alude el art. 1.100 CC), expresión que dada su concreta y descomprometida encarnadura aleja la hipótesis de incumplimiento obligacional considerada de aquella constitutiva de la antes dicha situación de mora

(equiparándose así los regímenes normativos sendamente aplicados a la letra de cambio y el cheque)—.

Intimamente ligada a la supradicha frase se encuentra otra asimismo contenida en el menado artículo 142, apartado primero, y es la que supedita la legítima virtualidad del pago en moneda extranjera a que éste se consume "dentro del plazo de su presentación", frase ciertamente críptica y cuya interpretación exige la combinación sinfónica de diversos artículos del precitado texto legal (el 135 cuando evidencia los plazos legales para efectuar tal presentación; el 138, que explicita los efectos de la revocación del cheque, y el 146, fundamental para nuestra presente tarea exegética que se encarga de recordar que el tenedor conservará sus derechos contra el librador aunque el cheque no haya sido presentado oportunamente, salvo cuando tal presentación extemporánea se conjuge con una situación de insolvencia del librado), interpretación doctrinal en la que tercia con sumo acierto la supradicha autora, cuando en su pluraludido libro, página 208, aventura, en enunciación hermenéutica que suscribo plenamente, que, "en nuestra oponión, el precepto legal debería entenderse en el siguiente sentido: si al tiempo de la presentación —aunque sea extemporánea— el librado tiene provisión de fondos en la moneda extranjera expresada en el cheque, la extemporaneidad no le releva del deber de verificar el pago en la moneda extranjera en cuestión (art. 108.II LCCh). En cambio, si agotado el plazo para su presentación no tiene provisión de fondos en la moneda extranjera por la que se ha librado el cheque, pero sí en la moneda nacional, habrá que pagar el cheque con cargo a dicha provisión".

F) RELACIONES JURÍDICAS OBLIGATORIAS EN LAS QUE SE PACTA
EL PAGO EN DIVISAS SIENDO EL ACREEDOR RESIDENTE Y EL DEUDOR
NO RESIDENTE (O VICEVERSA)

a) *Introducción*

A diferencia de lo que sucedía en la hipótesis anterior en la que, como vimos, la relación obligatoria instrumentada con divisas afectaba a dos operadores jurídicos de ubicación territorial homogénea (residencial o no residencial), siendo por ello ajena en su concepción subjetiva a un eventual sometimiento a las disposiciones de constricción proveídas por la normativa sobre el control de cambios, en la hipótesis que da título a este apartado, tal sujeción se produce de *iure* dada la situación de neta divergencia territorial que adorna a sus implicados, situación que determina el

que la misma quede perfectamente insita en el cuadro de funcionamiento restringido delineado por la LRJCC y por el Real Decreto de su ejecución 2402/1980, conjuntos normativos que atienden en sus labores de congruente imputación ordinamental al dato de tal heterogeneidad territorial

Siendo ello así, la cuestión antes planteada con respecto a las relaciones obligatorias en moneda extranjera establecidas entre un acreedor residente con un deudor de idéntica situación territorial (o viceversa) adquiere un matiz nuevo en base al íntegro y pleno sometimiento de las mismas a tal legislación controladora, tema que vamos a abordar en las líneas siguientes, siempre partiendo de la base de los antecedentes normativos expuestos con anterioridad y a los que nos remitimos a fin de evitar reiteraciones, remisión que también debe entenderse hecha al aspecto penológico y de reprochabilidad administrativa antes aludido y a los directamente vinculados con el régimen al que debe sujetarse la tenencia y libre movilidad en el territorio español de las divisas, aspectos anteriormente tratados en estas mismas páginas.

b) *Régimen al que las mismas se atienen*

aa) *Idea general*

Para su personalizada elucidación resulta imprescindible acudir al venero normativo general representado en concreto por la ordinamentalidad que acabamos de mencionar, reglatividad que en su directa incidencia sobre la hipótesis planteada encarna, aparte de en las normas antes transcritas (y a las que acabamos de remitirnos), en el bloque de preceptividad contenido en el artículo 3 del Real Decreto 2402/1980, texto que somete a previa autorización un conjunto de supuestos negociales de donde eventualmente emergen las obligaciones en moneda extranjera a las que nos estamos refiriendo, así como cualquier acto solutorio que medie entre residentes y no residentes, resultando todo ello del supradicho artículo, apartado 1, cuando en su regla 6.^a somete a previa autorización "la obtención por residentes de préstamos o créditos concedidos directamente o a través de un residente por no residentes", criterio reiterado en las reglas 7.^a, respecto a la "concesión por residentes de préstamos o créditos a no residentes" y 9.^a, en cuanto a "los pagos y cobros entre residentes y no residentes o entre residentes por cuenta de no residentes efectuados directamente o por compensación. Cuando tales pagos o cobros tengan como causa un acto o transacción cuya realización no precise autorización o la misma haya sido otorgada, dichos pagos o cobros se entenderán autorizados, salvo que la propia regulación específica del acto o transacción o la autorización otorgada para su realización disponga otra cosa".

ab) Vigencia de la autonomía de la voluntad en cuanto a los pactos en moneda extranjera

En base a la individualizada textualización del precitado artículo 3 del Real Decreto 2402/1980, en los apartados que nos interesan singularmente, lo sometido a autorización específica previa ya no es precisamente el acto solutorio *sensu strictu*, tal como sucedía respecto a la hipótesis anteriormente descrita de relación obligatoria conformada entre dos residentes y objetivada en divisas, sino el propio acto negocial de donde surge la supradicha obligación dineraria en divisas, la cual, por otra parte, en el caso de hallarse genérica o singularmente autorizado el negocio subyacente que constituya su fuente etiológica directa, entiéndese asimismo permitido, salvo que la normativa especial reguladora de tal negocio base establezca excepcionalmente lo contrario, supuesto en el que se requeriría una doble credencial habilitante: la que legitimase el *meritado* negocio subyacente y al que viabilizase su congruente, inferencial y encadenada actividad solutoria en divisas.

En cualquier caso, lo que resulta claro en este orden de cosas es que la situación presentemente planteada se encuentra bastante distanciada de la que lo fue anteriormente en méritos al hecho de que dada la absoluta hegemonía administrativa que pende sobre toda la eventual concertabilidad encajable en el marco del artículo 3 *pluricitado*, la autonomía de la voluntad no es suficiente para provocar regularmente (a diferencia de lo que sucedía en las eventualidades antes relacionadas) ni los avatares negociales constitutivos pertinentes ni los concretos pagos que emerjan de los mismos, quedando en todo caso sujetos a autorización previa los primeros y pudiendo ser asimismo sometidos los segundos, en determinadas hipótesis, a la necesidad de conseguir otra autorización sobrelapada a la primera.

Por otra parte, me interesa recalcar que los supuestos negociables arbitrables mediante autorización previa no son sólo los expresamente relacionados en las reglas del artículo 3 del Real Decreto 2402/1980, sino también todos aquellos que engendren los procesos asuntivos de titularidades dominicales o de derechos reales que este precepto enumera, siempre, naturalmente, que tales asunciones sean el cénit de *itineres* adquisitivos teñidos de onerosidad. Así, quedan sujetas a la *meritada* autorización previa, según este precepto y en base a sus reglas 4.^a y 5.^a, todos aquellos contratos tendentes a la "constitución o adquisición a título oneroso realizados por un residente sobre bienes o derechos materiales o inmateriales de carácter patrimonial poseídos en el extranjero", como también aquellos otros de tal tipología en virtud de los cuales un no residente adquiera

bienes o derechos de la clase antes descrita poseídos en España por un residente.

En virtud de ello, tales procesos negociales onerosos tendentes a la adquisición por residentes de bienes ubicados foráneamente (sea su titular actual residente o no) o los inversos (cuando su titular es un residente) se hallan sujetos a la calendada autorización previa según las supradichas disposiciones, autorización requerida, dada la concreta textura de tales preceptos, para la válida articulación del negocio subyacente, y no sólo para la concreta ejecución solutoria en divisas de los mismos.

En consonancia con todo ello, es evidente que la solución que propugnamos para las hipótesis anteriormente descritas de relaciones obligatorias en divisas entre residentes, consistente en distinguir la legitimidad no controlada del negocio de donde éstas surjan y su concreta consumación (controlada en cuanto a la tenencia y disponibilidad de las divisas puestas *in obligacione*) no es de recibo en los supuestos que nos ocupamos presentemente, toda vez que en estos casos lo normal es que se inviertan los términos, sometiendo a control el acto negocial de donde brote la obligación de pagar y liberalizando ésta (salvo excepciones requirentes de una doble autorización), matiz que viene a marcar una profunda diferencia entre ambos conjuntos de negocios (y pagos en divisas).

En obsequio a todo lo hasta aquí dicho, y ya entrando de forma decidida en el fondo de la cuestión, creo que no admite duda el que la profunda interferencia que en el libre juego de la autonomía de la voluntad provoca todo el conjunto de restricciones que estamos viendo, provenientes de la normativa sobre el control de cambios, determina la imposibilidad de que en base exclusiva de la misma el negocio pretendido quede válidamente articulado, deviniendo en consecuencia irregular cuando tal juego opere en el vacío sin contar con la previa anuencia administrativa, aquiescencia que, repito una vez más, es requerible no en el justo momento del pago en divisas, sino previamente, es decir, en el exacto instante de procederse a la instrumentación negocial pertinente, de donde, por uno u otro motivo jurídico, nazca tal obligación satisfactiva, es decir, la cifrada en los susodichos componentes financieros.

Ello dicho, se cuestiona por la doctrina y la jurisprudencia el tipo de invalidez que afecta a tal negocio y a su eventual ejecución solutoria en el caso de que tanto una como otra incidencia no hayan contado con el previo beneplácito administrativo, cuestión de hondo calado y de la que se ha ocupado lo más granado de la doctrina nacional e internacional. De todos modos, tengo que reseñar que en ocasiones el tratamiento científico de esta cuestión ha adolecido de cierto confucionismo, toda vez que se ha incurrido en el error (bastante generalizado por cierto) de no diferenciar suficientemente los casos antes descritos de relaciones obligatorias comu-

nes en divisas entre residentes y los que estamos considerando (que son las entre residentes y no residentes, o entre residentes pero en relación a procesos adquisitivos de activos foráneos), sometiéndolos a un banco de pruebas común, cosa imposible dadas las absolutas divergencias que se detectan entre ambos supuestos, tal como he reiterado hasta la saciedad.

Ciñéndonos al tema central a debatir en estos momentos, entiendo que la inobtención de la autorización previa constituye un caso evidente de constructividad negocial inequívocamente teratológica, respecto de la cual lo único que puede discutirse es si la misma engendra una nulidad radical o si, por el contrario, tal acto deviene simplemente anulable y por lo tanto confirmable por la vía de la consecución ulterior de la pertinente licencia administrativa prístinamente omitida, disyuntiva resuelta de muy distinta manera por los autores que se ocupan de la misma que unas veces minimizan el alcance de tal omisión (BONET CORREA y RODRÍGUEZ SASTRE), y otras, por el contrario, lo maximizan (ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU).

Por mi parte, y arrancando de la base de que tema que acabo de suscitar será tratado en profundidad cuando aborde el estudio de la teoría general de la nulidad en el entorno del control de cambios (cosa que sucederá cuando en mi logística exegética incluya el análisis de la disposición final 1.^a del RIE: "De conformidad con lo establecido en los párrafos 3 y 4 del artículo 6.^o del título preliminar del Código Civil, serán nulos de pleno derecho los actos contrarios a este Reglamento y los realizados en fraude del mismo. Disposición final 1.^a de la Ley de Inversiones Extranjeras"), tengo que poner de relieve que si bien la imperiosidad que reluce en la normativa sobre el control de cambios y la concreta dicción literal del precepto que acabamos de transcribir (que es el de singular aplicación respecto a los determinados supuestos contractuales antes enunciado entre residentes y no residentes en cuanto que los mismos sean constitutivos de hipótesis de inversiones extranjeras en España) parecen propiciar la tesis de que los avatares negociales que estamos viendo son radicalmente nulos, lo cierto es que una comedida toma en consideración de la supradicha teoría de la nulidad (que debe ser siempre modulada —e incluso sincopada— por el principio nomotésico de la conservación al máximo del negocio jurídico cuestionado) conduce a la solución antinómica, solución corroborada, además, por el dato de que en este orden de magnitudes la convalidación administrativa *a posteriori* es un hecho admitido sin dificultad, admisión que sería impertinente si tal acto sanatorio se proyectase sobre actos radicalmente nulos.

En cualquier caso, y a fin de concluir adecuadamente con este tema, que, repito, será retomado con más fuerza y amplitud en un momento ulterior, me interesa poner de manifiesto que a fin de apurar las posibili-

dades exegéticas al respecto no estaría de más partir en su planteamiento de la distinción entre negocios sometidos a una rigurosa y previa autorización administrativa y los que, en base a las facultades reglamentarias operativas al efecto, lo son sólo a la pertinente verificación de tal tipo, díplico de posibilidades que acreditan un cariz diferenciado, pudiéndose postular para las primeras el que la obtención de la preceptiva autorización previa es imprescindible en cuanto removedora de una prohibición genérica tendida al respecto, mientras que en el caso de que se trate de simple verificación, ésta no hace sino reconocer un derecho preexistente, con lo que su omisión puede subsanarse en cualquier momento, pudiendo este razonamiento conducir a la conclusión de que los negocios (y pagos) celebrados sin la previa autorización (cuando ésta es imprescindible) adolecerían de un nivel de noxología muy superior a aquel en que pudieren incidir los sujetos a verificación, siendo a tales efectos reseñable que muchos de los actos sometidos a previa autorización según lo previsto en el artículo 3 del Real Decreto 2402/1980, por mor de las nuevas corrientes de liberalización que olean ahora con fuerza este ámbito lo son en el día de hoy al nuevo sistema de verificación, sucediendo ello concretamente con un número considerable de préstamos y créditos y con determinadas compraventas inversoras de inmuebles materializados en España por no residentes (y las inversas).

Prosiguiendo con mi tarea exegética al efecto, y ya en directa atinencia al impacto que la irregularidad a la que nos estamos refiriendo produce en los sendos campos competenciales notarial y registral, entiendo que la misma debe impedir el otorgamiento de la correspondiente escritura que recoja el supuesto contemplado, así como su eventual toma de razón en el Registro de la Propiedad, impedimento que por lo demás es una cautela a la que alude el artículo 17 del RIE ("Formalización documental. 1. Las inversiones extranjeras se formalizarán en documento autorizado por fedatario público español. Dichos fedatarios, así como los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, con carácter previo al ejercicio de las funciones y atribuciones que les confiere la legislación vigente, deberán requerir a los particulares para que exhiban los documentos que acrediten haber obtenido las autorizaciones o verificaciones exigidas por la legislación de inversiones extranjeras en España. 2. Las sucesivas transmisiones de los bienes o derechos en que se hubieran materializado las inversiones extranjeras en España, efectuadas en el extranjero entre no residentes, requerirán la intervención del fedatario español. 3. No será necesaria la intervención del fedatario público para la adquisición de pagarés del Tesoro y demás valores públicos cuya transmisión pueda hacerse sin aquella intervención"), precepto que será analizado posteriormente filtrándolo al trasluz del pro-

ceso desintermediador funcional que parece iniciar en este ámbito la Orden de 4 de febrero de 1990.

No quiero concluir esta pléyade de consideraciones sobre un tema tan importante como el esbozado (abanico de observaciones sobre el particular, que por lo demás **debe** integrarse con lo que antes adujimos acerca de la liquidabilidad de la divisa y del momento de su eventual conversión en pesetas) sin hacer una referencia a una cuestión que preocupa hondamente a la doctrina, y que es la concerniente a la eventual retractabilidad del pago en divisas oportunamente consumado infringiendo las normas imperativas del control de cambios, aspecto al que antes hicimos alusión, pareciéndome válidas también, aunque con importantes reservas y matizaciones, las conclusiones a las que llegué allí, matizaciones y reservas que derivan de la situación de divergencia territorial en la que se encuentran emplazos el *solvens* y el *accipiens* de tal pago irregular y que puede plantear importantes problemas conectados con el Derecho internacional público y privado a la hora de efectivizar tal retransmisión (si es que su exigencia prospera en sede jurisdiccional).

c) *Caso especial de la letra girada entre residentes
y no residentes cifrada en divisas*

Con anterioridad, y al tratar de las relaciones obligatorias en divisas entre residentes, ya aludimos a este supuesto, indicando su acusada especialidad cuando se tratase de giros o libramientos entre un residente y un no residente (y viceversa), especialidad que viene de la mano en que en tales hipótesis, y teniendo en cuenta el carácter parcialmente abstracto de la cambial o del cheque, es obvia la obtención de la previa autorización que siguiendo las normas generales sobre el control de cambios sería requerible con anterioridad al momento de poner en circulación tales títulos valores, exigencia que se orilla respecto al momento de la formación de los mismos, pero cuya tenencia resulta inexcusable llegado el instante del pago, tal como ha quedado dicho con anterioridad.

G) ULTIMAS CONSIDERACIONES SOBRE LA MATERIA

Partiendo de la base de todo lo hasta aquí explicado, sólo me resta añadir que la posibilidad de pagar las deudas en divisas entre residentes o entre no residentes (una vez se haya obtenido para ello la pertinente autorización o bien resulte la operación liberalizada en términos generales) es una cuestión marginal a cómo debe materialmente pagarse, es decir, a que la liturgia o ritualidad debe realmente someterse al pago en divisas (y si el acreedor residente cobra efectivamente en tal signo crematístico),

problema que no admite una solución unívoca porque unas veces será factible la entrega del *solvens* al *accipiens* de la tangibilidad de las divisas comprometidas, caso, por ejemplo, en el que media una autorización específica al efecto, bien producto de una decisión administrativa individualizada o bien resultado de una previa decisión normativa general, cual es el caso del supuesto previsto en el artículo 7 del Real Decreto 2402/1980, precepto que transcribiremos ulteriormente.

En méritos de tal precepto, es indudable que cualquier no residente podrá cumplir sus obligaciones "interiores" en divisas que sean consecuencia de los aludidos gastos de estancia entregando al residente acreedor la materialidad o signo visible de las mismas, es decir, el dinero efectivo o moneda extranjera *sensu strictu* o el cartal representativo del mismo, sin perjuicio de que el acreedor residente que cobre en tal concepto quede atendido por la obligación que a todos los operadores jurídicos de tal condición residencial impone el artículo 3.3 del Real Decreto al que venimos haciendo constante referencia, consistente en la necesidad de poner a la venta, salvo autorización, a través del mercado español de divisas, las que posean dentro de los quince días siguientes a la fecha de su disponibilidad.

En otros supuestos, el hecho de que el pago en divisas se encuentre liberalizado no exonera a los intervinientes en su correspondiente flujo monetario de someter el mismo a las pertinentes coordenadas de control, acaeciéndolo concretamente respecto a la instrumentación solvencial con tales componentes económicos (y, en general, con todos) de las inversiones extranjeras, instrumentación de perfiles sumamente rígidos, de tipología bancaria y que impide en cualquier caso que el residente cobre efectivamente en divisas, pese a que el no residente pague con ellas, provocándose al efecto una conversión forzada de tales ingredientes financieros mediante la intervención de las entidades delegadas que acreditan en este orden un papel sumamente relevante y que será analizado por nuestra parte con el detalle merecido cuando abordemos el análisis del artículo 17 del RIE (*).

IV. BREVE ALUSION AL SIGNIFICADO CREMATISTICO DEL ECU

Continuando con mi propósito de explayar en el inicio de este capítulo unas sobrias pinceladas hermenéuticas sobre determinadas claves que van

(*) Para una mejor comprensión de la materia esbozada debe consultarse también el epígrafe 6, "Teoría elemental sobre los cobros y pagos conectados con el sector exterior a la luz de su procesalidad", de este mismo capítulo.

a trascender a la problemática concreta a considerar en las páginas siguientes, voy ahora a detenerme momentáneamente en la figura del ECU, señalando que ésta, más que una divisa *strictu sensu*, es una moneda supranacional de vigencia en el territorio espacial de la CEE, si bien ello no impide que sea admitida a cotización y que su régimen quede liderado, en la medida de lo posible, por las normas que disciplinan el uso de las divisas, aunque ciertamente tal subsunción normativa no podrá ser de ninguna manera absoluta toda vez que el ECU no es un billete de banco, objeto de singular acuñación y consecuente existencia corpórea, determinando todo ello una indiscutible especificidad de su régimen normativo.

En realidad, el ECU, aparte de su valor de símbolo, es un hito financiero de tipología instrumental proyectado hacia la consecución del sistema monetario europeo, institución todavía muy en agraz a pesar de que su creación fue propiciada por la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas el 8 de diciembre de 1978 y que entró en vigor el 13 de marzo de 1979, proviniendo tal germinalidad en cuanto a su definitivo ensamblamiento de la numantina resistencia de los Estados miembros a ceder en la medida de lo necesario en sus respectivas competencias monetarias, cesión que constituye un presupuesto indeclinable para una coherente vertebración operativa de tal sistema.

En cualquier caso, los esfuerzos al respecto por parte de las instancias rectoras comunitarias continúan, siendo buena prueba de ello el alumbramiento del Informe Delors (informe debatido en el seno de lo que se ha dado en denominar "la cumbre de Madrid", celebrada en tal capital los días 25, 26 y 27 de junio de 1989), informe que propugna la adecuada conformación de una unión que constituiría el desenlace de la pertinente procesalidad secuencial encaminada a la consecución de tal objetivo, *itine-re* cuya descripción recojo de la obra antes indicada de CARMEN SENES MONTILLA, en la que en la nota 96, al pie de la página 42, dice literalmente al efecto que: "El Informe Delors articula la unión monetaria en tres fases, cuyos puntos esenciales son los siguientes: *Primera fase*: Coordinación de la política económica y monetaria dentro del marco institucional existente, completar el mercado único y reducir las diferencias entre países mediante políticas estructurales y regionales más efectivas; reforma de los fondos estructurales y duplicación de sus recursos; eliminación de todos los obstáculos a la integración fiscal y ampliación de la autonomía de los bancos centrales; integración de todas las monedas comunitarias en el sistema monetario europeo y creación de un fondo europeo de reserva como paso previo a la creación de un sistema europeo de bancos centrales y absorción por parte de éste de las medidas monetarias institucionales anteriores. *Tercera fase*: Fijación irrevocable de los tipos de cambio de las monedas comunitarias; atribución a las instituciones de la Comunidad de compe-

tencia monetaria y económica plena; consolidación de las políticas comunitarias regionales y estructurales, y, finalmente, sustitución de las monedas nacionales por una moneda única".

Ciertamente, el cénit de todo este proceso, consistente, como resulta del indicado informe, en la adopción de una auténtica moneda común europea operativa en todos los países integrados con pleno poder liberatorio que viniere a sustituir a las nacionales, materializa un objetivo que por su inmanente ambiciosidad se halla todavía lejos de poder alcanzarse, moneda común cuyo remedo puede ser precisamente la categoría financiera objeto de análisis —el ECU—, componente financiero que, como ponen de relieve los autores que se ocupan de la determinación de sus rasgos exponenciales, no es sino una unidad de cuenta, rasgo caracterial que no puede minusvalorarse dadas las importantes funciones que se derivan de su propia presencia, de entre las que destaca la de servir de "indicador de divergencia", cometido cuya esencia más íntima sintetiza muy bien la autora supradicha cuando en su mentada obra, en la página 43, explica que "dicha función —la inmediatamente calendada— tiene como base el establecimiento de una paridad (cambio central) en ECUs para cada una de las monedas de los Estados adheridos al sistema... En la medida en que todas las monedas se definen en términos ECUs, siempre es posible establecer la equivalencia de una de ellas frente a la de los demás Estados miembros del sistema (cambios bilaterales)".

En la actualidad, y tras el entañamiento de la peseta y del escudo portugués en el tronco común financiero, debidamente corporizado en el sistema que acabamos de ribetear descriptivamente, los porcentajes monetarios que conforman el ECU en virtud del pertinente acuerdo del Consejo de Finanzas de 19 de junio de 1989 (entrado en vigor el 21 de septiembre del propio año) son los siguientes: 30,1 por 100 el marco alemán, 9,4 por 100 el florín holandés, 7,6 por 100 el franco belga, 0,3 por 100 el franco luxemburgués, 2,45 por 100 la corona danesa, 19 por 100 el franco francés, 1,1 por 100 la libra irlandesa, 10,15 por 100 la lira italiana, 13 por 100 la libra esterlina, 0,8 por 100 el dracma griego, 5,3 por 100 la peseta española y 0,8 por 100 el escudo portugués.

En cualquier caso, la función evidenciada, cuya finalidad primordial encarna en la puesta de manifiesto del índice de fluctuación máximo y mínimo permitidos respecto de las monedas nacionales, con ser ciertamente la más importante no es la única, siendo así que también el ECU, para el logro de otros objetivos financieros cuyo análisis nos distanciaría en demasía del centro de gravedad angular de este libro, acredita otros cometidos, bastándonos decir que entre ellos se detecta uno que sí que acredita especial relevancia en el confín de exposición de esta obra, y es el que hace referencia a que el ECU sirve como unidad de cuenta y no como

un auténtico instrumento solvencial, aspecto considerativo de largo alcance que nos conduce a la distinción que efectúa MANN en su obra *El aspecto legal del dinero. Con especial referencia al Derecho internacional privado y público*. Trad.: SUÁREZ, México, 1986, autor que diferencia entre moneda de cuenta y moneda de pago, díptico al que alude el siguiente pasaje contenido en tal libro (pág. 240), cuya concepción literal tomo de la obra antes dicha de CARMEN SENES MOTILLA, página 44: "El dinero de cuenta es el circulante en el que se expresa una obligación, mientras que el dinero de pago es el dinero con que se libera la obligación...", formulación que sirve de reputado asidero para que la expresada autora extraiga las oportunas conclusiones, diciendo al efecto en la página 44 de su obra supramencionada, en enunciación considerativa que asumo en su integridad, que "por su propia naturaleza contable, el ECU sólo podrá entrar a formar parte de una relación obligatoria como moneda de cuenta, sirviendo de módulo para determinar la cantidad de moneda extranjera o nacional con que habrá de satisfacerse la obligación. Esto significa que la obligación expresada en ECUs es plenamente válida, aunque bajo aquel importe subyazca una deuda pecuniaria en divisas o en moneda nacional. La determinación de la suma en moneda extranjera o nacional necesaria para verificar el pago de la obligación será consecuencia del valor del ECU en términos de la moneda en cuestión, valor que será el resultado de la suma de los contravalores en esa moneda de todas y cada una de las que integran el ECU según el peso que tiene en su composición".

En base a tales reflexiones, es evidente que siempre que una determinada relación obligatoria de trascendencia internacional, sea cual fuere su concreta tipología (de préstamos, de pago de bienes o servicios, etc.), quede objetivada en ECUs, el alcance de tal objetivación deberá ponderarse en relación con el concreto significado que la misma revista según lo que acabamos de decir.

En cualquier caso, es de reseñar que el proceso de monetización efectiva del ECU prosigue con fuerza, y ello no sólo en obsequio a estrategias normativas vertebradas desde la CEE, sino también en el plano netamente interno, siendo de destacar que tal componente ha sido asimilado a la divisa "pura y dura" en dos conjuntos normativos domésticos de reciente concepción, representado el primero de ellos por la Circular 5/1987 del Banco de España, de 13 de marzo, sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera, disposición de marcado protagonismo en el orden de cuestiones que van a desfilar apretadamente por estas páginas, que tras confesar su propósito en su norma 1.^a ("La presente Circular tiene por objeto regular la toma y colocación de fondos en moneda extranjera por las entidades delegadas, tanto por lo que se refiere a las oficinas operantes en España como a sus sucursales en el extranjero") equipara a sus propios

efectos las divisas propiamente dichas con los ECUs, estableciendo un régimen común para unas y otros, paraigualización cuya indiscutible virtualidad proviene de la propia configuración denotativa de alguna de las normas de la calendada Circular, sucediendo ello concretamente con la segunda, al sentar en su apartado 1 que "las entidades delegadas quedan autorizadas para obtener libremente recursos en divisas admitidas a cotización en el mercado español y en ECUs...", resultando ambos componentes susceptibles de idéntica negociación (tema sobre el que volveremos cuando aludamos a algunas de las modalidades de créditos y préstamos que serán analizadas en estas mismas páginas).

Continuando con el desbrozamiento de esta temática y partiendo de la tendencia igualitarista dicha entre divisas y ECUs, el legislador reglamentario español, tras la adopción por parte de la DGTE de su Resolución de 10 de mayo de 1988 sobre cuentas en divisas de residentes abiertas en las oficinas operantes en España de las entidades delegadas a nombre de personas físicas o jurídicas residentes (en las que implícitamente se incluían las nominadas en ECUs), disciplinó ulteriormente *ad nominatim* como una variante de ellas las cifradas concretamente en tales ingredientes financieros, sucediendo ello, en primer término, con la Resolución del indicado Centro Directivo de 26 de septiembre de 1989 (sobre cuentas en tales componentes crematísticos de residentes abiertas en oficinas operantes en España de entidades delegadas) y después por la vigente, también de la propia DGTE de 22 de junio de 1990 (derogatoria de la anterior), cuyo texto, que insertamos literalmente en el Apéndice de este volumen, supone un claro avance en el proceso de "dinerización" de los pluricitados ECUs, estableciéndose en el mismo una absoluta convertibilidad entre los mismos y las divisas, cuestión, por otra parte, que ya había sido previamente abordada por la Circular 17/1987, de 26 de marzo, del Banco de España, sobre la cotización del ECU en el mercado español de divisas.

V. BREVE REFERENCIA AL CONTENIDO DE LOS PRESTAMOS QUE VAMOS A ANALIZAR POR LO TOCANTE AL PAGO DE LOS INTERESES RETRIBUTIVOS CONVENIDOS EN ELLOS

A) IDEA GENERAL

La noción del interés, en cuanto prestación pactada en favor del prestamista como lógica compensación del empobrecimiento momentáneo que éste experimenta (y también como componente gratificador del riesgo por él asumido) parece consustancial con los préstamos sometidos a debate, aunque de todos modos su presencia no deviene ineluctable, siendo así

que los elementos básicos de la motricidad negocial de la figura (la del préstamo dinerario) continúan siendo los vertebrados por el Código Civil y el Código de Comercio, cuerpos normativos que admiten —y ello sin empacho— la existencia de préstamos "gratuitos", es decir, sin que nazca de ellos la obligación a cargo del prestatario de pagar los intereses retributivos a los que estamos aludiendo.

Partiendo, pues, del meritado dato, lo cierto es que si en las operaciones crediticias que estamos examinando se conviene el pago de tales intereses, la fijación de su *quantum* puede hacerse bien en méritos a su concreta positivación desde el mismo momento negocial en que los mismos queden debidamente instrumentados (momento que es el constitutivo del crédito o préstamo tomado en consideración) o bien estabilizándolos en función de determinadas claves de imputación. En el primero de los supuestos dichos, el aludido *quantum* queda perfectamente determinado desde el momento iniciático de la figura, si bien hay que tener en cuenta que tal fijación sólo es relativa, siendo así que si se efectúa el pago en pesetas comunes las divisas o pesetas convertibles objetivadoras del correspondiente débito actúan como elementos "naturales" de la explicitada estabilización (matiz del que se sustraen las relaciones obligatorias cifradas absolutamente en las susodichas pesetas comunes), trasladando a cargo del prestatario el consecuente riesgo de hiper o hipovaloración de las mencionadas divisas o pesetas convertibles tenidas en cuenta.

Puede suceder que las partes involucradas —prestamistas y prestatarios— deseen sustraerse a tal riesgo (que cubre el período que va desde el nacimiento de la obligación hasta su pago), pretensión que tras diversos intentos más o menos conseguidos ha recibido por fin una respuesta bastante satisfactoria por parte de nuestro ordenamiento jurídico a través de la Circular 15/1989 del Banco de España, de 27 de julio, disposición que derogando una anterior, proveniente de la misma entidad (la Circular 12/1986, de 17 de junio), ha efectuado la trasposición a nuestro país de los denominados Forward Rate Agreements, o FRA, o sea, de los apellidados "Convenios sobre tipos de interés futuro", acuerdos que D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, en la edición de 1990 de su pluricitado libro, en su página 1229, definen como aquellos contratos en virtud de los cuales "el interesado pacta con una entidad —normalmente un Banco— la fijación del tipo de interés de forma que si al vencimiento el tipo de interés del mercado resultara superior al pactado, la diferencia sería pagada por la entidad, mientras que si fuere inferior el interesado sería quien entregase a la entidad la diferencia".

De esta definición, a la que me adhiero sin reservas dado su incuestionable acierto clarificador y sintético, se desprende que los mentados contratos tratan de yugular la profunda aleatoriedad que comporta la poten-

cial estabilización de intereses a insertar eventualmente en ellos (siempre sobre la base de que tal sujeción se instrumenta sobre determinados índices de referencia oportunamente operativos en los mercados internacionales), incorporación que determina la presencia en la figura del préstamo de un componente negocial propio de los contratos de seguro, ingrediente, no obstante, de imputación subjetiva dual teniendo en cuenta que, en ocasiones (cuando el interés efectivamente pagable —llegado el momento de su debida satisfacción— resulta inferior al inicialmente establecido), el agente que asume el papel de asegurador obligado a indemnizar es el propio prestatario.

Alusión a la Circular 15/1989 del Banco de España, de 27 de julio, sobre Convenios de tipos de interés de futuro y operaciones en futuros financieros. Esta disposición, que previa derogación de la anteriormente indicada (la Circular 12/1986, de 17 de junio) entró en vigor el 1 de septiembre del año de su adopción, diversifica su cometido normativo en un doble apartado, imponiendo en el primero de ellos una liberalización modulada de los convenios que hemos descrito con anterioridad y ocupándose en el restante de regular la adquisición —también de forma libre, aunque condicionada— por parte de las entidades delegadas de futuros financieros, provocando esta forma de proceder una *commixtion* formal entre dos temáticas que sólo en determinadas vertientes mantienen entre sí un importante allegamiento material y sustantivo, engendrándose concretamente tal situación en ciertos —de los posibles— supuestos de adquisición de los supradichos activos en los que los mismos sirven para patrimonializar las entidades adquirentes, patrimonialización orientada a provocar un aumento de su solvencia, cosa sumamente útil dada la considerable magnitud de los riesgos que las mismas asumen como consecuencia de los Convenios materia de debate.

Ello explicado, tengo que puntualizar que resultaría exótico en una obra como la presente incidir con ahínco en la problemática oportunamente recogida por la meritada Circular; sin embargo, y sin perjuicio de plasmar su texto íntegro en el Apéndice de este volumen, voy a comentar sintéticamente lo que podría calificarse de caracteriología sustancial de la misma, en cuanto que sus prescripciones impacten de forma decisiva en la línea de flotación del punto que nos interesa y que es el relativo a los calendados convenios FRA, descartando, pues, el estudio de tales adquisiciones de futuros financieros cuando las mismas no conecten directamente con los indicados Convenios.

En línea con lo dicho, tengo que poner de manifiesto que el rasgo más esencial de la Circular que nos ocupa es su granjeada tasa de posibilismo, toda vez que si bien es cierto que el sistema liberalizador que instaura (o más bien, remoja) se asienta en la necesidad de que converjan en el

supuesto considerado determinados presupuestos subjetivos, objetivos y funcionales, no lo es menos que tal exigencia queda absolutamente modulada por un evidente relativismo, toda vez que correlativamente a la imposición de su presencia generalizada se conforma un acervo de excepcionalidad verdaderamente notable.

Así, y por lo tocante al componente tasado de subjetividad a demandar en este orden de cosas, y ya en directa alusión a los Convenios FRA, la norma 1.^a de la Circular que nos entretiene ("1. Las personas físicas o jurídicas residentes, deudores o acreedores por préstamos financieros comerciales en moneda extranjera o en pesetas convertibles, podrán formalizar libremente con entidades delegadas contratos de 'Convenio de tipo de interés de futuro' [FRA]") articula un sistema en el que ejercen marcado protagonismo las entidades delegadas, todo ello en consonancia con el relevante papel que nuestra normativa sobre control de cambios les reserva en el marco operativo delineado por la misma, protagonismo que también se hace fácilmente visible tratándose de la regulación que efectúa la norma 4.^a de la Circular en cuestión de la eventual adquisición de futuros financieros, proceso en el que únicamente se hallan legitimados para intervenir asuntivamente de la forma liberalizada que tal disposición dibuja las indicadas entidades delegadas, y ello tanto si lo hacen por cuenta propia como si intervienen al **respecto** por cuenta de otros, papel relevante que en el primero de los casos dichos (no así en el segundo) es compartido con las personas físicas o jurídicas residentes, siempre que en ellas se concite la condición alternativa de deudores o acreedores por préstamos financieros o créditos comerciales en divisas (ECUs) o en pesetas convertibles, tal como resulta de la antes transcrita en lo necesario, norma primera de la Circular objeto de análisis, criterio subjetivador reiterado por la segunda de tal disposición, apartado 1.a) [las entidades delegadas podrán formalizar libremente contratos de "Convenio de tipo de interés de futuro" (FRA), con: a) Personas físicas o jurídicas residentes, deudores o acreedores por préstamos o créditos en moneda extranjera o en pesetas convertibles, según lo establecido en la instrucción (*sic*, debió decir '**norma**') primera"].

Vemos, pues, cómo la utilización del arsenal de potencialidades articulativas liberalizadas de los Convenios que retienen nuestra presente atención expositiva (y el de la compra de los futuros financieros que estamos viendo) quedó reservada en exclusiva a las Entidades delegadas y a los eventuales prestamistas y prestatarios (residentes) intervinientes en los préstamos y créditos sujetos a debate en estas páginas, aunque, y corroborando así la nota antes explicitada de posibilismo y versatilidad (que impregna de forma indeleble la labor de jurisdicción reglamentaria desplegada al efecto por el Banco de España en materia de los pluricitados Convenios) cabe otro tipo de personalización, que es aquella encarnada en

la hipotética entrada en liza en este ámbito de tales entidades delegadas cuando las mismas contratan los pluricitados acuerdos FRA, bien con otros operadores jurídicos de la misma naturaleza o bien con entidades bancarias no residentes, posibilidad que si bien no se sustrae a la finalidad común pretendida asume una configuración especial desde el punto de vista de su concreto componente teleológico, aludiendo a esta alternativa singularizada la indicada norma 2.^a.1.b) de la Circular que nos ocupa, disposición que permite a las policitadas entidades delegadas celebrar libremente los Convenios objeto de consideración con "entidades bancarias no residentes y otras entidades delegadas con el propósito de: a) Cubrir los riesgos de intereses derivados de operaciones mencionadas en el anterior apartado; b) Cubrir los riesgos de intereses de las propias entidades delegadas", determinando *tal praxis* convencional una cobertura de los propios riesgos asumidos por la propia entidad contratante, bien como asegurado o bien como asegurador.

En base a todo lo dicho, vemos, pues, que nuestro diagnóstico sobre la sobresaliente polivalencia, relativismo y versatilidad de la Circular en cuestión resulta acertado, huellas de identidad que también acreditan, por otra parte, una dimensión superlativa por lo que se refiere a la articulación de su concreta finalidad, ya que si bien en principio, y teniendo en cuenta la caracterización que enunciamos en nuestra primigenia alborada interpretativa sobre el particular, la misma queda atenazada al desplegamiento de las correspondientes funciones garantistas y de cobertura antes indicadas (cometido primordial al que alude la norma 1.^a de la disposición que nos ocupa al puntualizar en su apartado 1, inciso último, que la liberalización programada para los Convenios que estamos viendo opera únicamente cuando éstos tuvieren "el solo propósito de fijar el tipo de interés para uno o varios períodos de renovación de intereses, de los préstamos y créditos de los que sean prestatarios o prestamistas [los contratantes])" y que reitera la antes transcrita norma 2.^a.1.b), no es menos cierto que la consecución de tal objetivo (que podríamos calificar, no obstante, de primario) no se convierte en un condicionante de inexcusable convergencia en la hipótesis de que se trate, siendo así que también entra en juego la liberalización que estamos estudiando cuando los pluricitados Convenios no pretendan conseguir el mismo (objetivo), todo ello de conformidad con lo oportunamente promovido por la norma 3.^a ("Las entidades delegadas podrán asimismo formalizar contratos FRA sin finalidad de cobertura, con su sujeción a los límites de posición abierta —que previamente habrán de comunicar al Banco de España— originada por la formalización de contratos FRA sin dicha finalidad de cobertura, tanto por volumen de contratos como por plazo máximo de vencimiento de los mismos, fijados

por cada entidad delegada a efectos de control interno") de la Circular materia de investigación.

Por lo que se refiere al aspecto estrictamente funcional, y partiendo del dato —éste sí de orden riguroso— de que "los contratos FRA deberán estar denominados en la misma moneda en que lo esté el riesgo de tipo de interés que se desea cubrir y el tipo de referencia, habrá de mantener un alto grado de correlación con el de la operación cubierta (tal como postula la norma 2.^a.3 de la plurimencionada Circular), hemos de reseñar también la considerable agilidad operativa que pretende introducir en esta temática el hacedor de la disposición estudiada, traduciéndose la misma en la inserción en su texto de un componente dual de un hipotético *agere licere* genéricamente autorizado, tomando cuerpo el primero de ellos en la permisión global conformada por tal disposición referida al orden estrictamente bancario de conformidad con lo prevenido en el apartado 2 de la norma 1.^a de la Circular objeto de permanente referencia al señalar el mismo que: "2. La autorización general a los residentes contenida en el párrafo anterior (que ya hemos transcrito) para la formalización de los contratos FRA conlleva una autorización general para que dichas personas, una vez formalizados los contratos FRA, puedan: 2.1. Abrir y mantener, en la entidad delegada con la que formalicen el contrato FRA, cuenta indisponible en moneda extranjera a su nombre. Dicha cuenta no debe tener más movimientos que: 1) los abonos en divisas que las entidades delegadas deban efectuar, en su caso, al comienzo de cada período de interés cubierto, en razón del contrato FRA y el abono de intereses producidos por la misma cuenta; 2) los cargos que al final de cada período de interés cubierto deban efectuarse para el pago de los intereses del préstamo o crédito. 2.2. Realizar, en su caso, las adquisiciones de divisas en el mercado español para efectuar los pagos que correspondan por razón del contrato FRA al comienzo de cada período de interés cubierto".

Observamos, pues, el repertorio de potenciales apuntes contables a efectuar en las cuentas cuya apertura y tenencia (mas no la disponibilidad) autoriza la norma citada *ut supra*, *praxis* de instrumentación financiera y bancaria anudada a una evidente taxatividad operatoria a la que aluden D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU en su pluricitada obra, edición de 1990, cuando al referirse al tema ponen oportunamente de relieve que en tales cuentas únicamente son reflejables aquellos movimientos de fondos materializados en "los abonos y adeudos correspondientes a los diferenciales positivos o negativos entre los intereses fijados en el contrato FRA y los existentes en el mercado en cada período que permitirán al prestatario compensar las fluctuaciones de estos últimos".

No concluye aquí el haz de posibilidades liberalizadas, sino que, y en obsequio al componente de permisividad generalizada proveído por la

Circular que estamos indagando, las entidades delegadas acreditan un acervo de facilidades solutorias internacionales totalmente sustraído a los normales esquemas de control, capítulo solvencial de apretada encarnadura al que alude la norma 2.^a.2 de la mentada Circular, según la cual "la autorización a las entidades delegadas para formalizar contratos FRA conlleva una autorización general para que las mismas puedan realizar pagos y cobros exteriores, por razón de los contratos FRA que formalicen", regla que no hace sino sublimar en este delimitado campo operativo lo que se provee, desde premisas de máxima generalidad conectadas con el control de cambios por el artículo 3.1, regla 9.^a, del Real Decreto 2402/1980.

Por lo que se refiere a la compraventa de futuros financieros, sólo nos interesa —tal como hemos apuntado *ut supra*— en cuanto guarde relación con los Convenios a los que acabamos de referirnos, es decir, cuando la misma sea activada por las entidades por cuenta propia y con fines de cobertura, marginando el análisis de las hipótesis adquisitivas relacionadas cuando su finalidad, en el supuesto de ser impulsadas por las entidades referidas, respondan a objetivos diversos, eventualidad cuya congruente liberalización se cobija en la norma 6.^a de la pluricitada Circular (cuya consulta puede hacerse en el Apéndice de este volumen, tal como ya hemos vaticinado) y obviando también el estudio de aquellos otros supuestos en los que las supradichas compraventas, aun cumplimentadas por las referidas entidades delegadas (únicos operadores, repito, genéricamente autorizados por la Circular que nos ocupa a los efectos que estamos viendo) se efectúan por cuenta de residentes, caso contemplado por la norma 4.^a de la misma, en su apartado 1.b).

Explicitadas estas precisiones acotadoras de mi contenido especulativo al respecto, tengo que evidenciar que la liberalización erigida por la disposición que retiene presentemente nuestra atención viene de la mano de la ya aludida norma 4.^a, que, en lo que nos interesa, dice: "1. Las entidades delegadas podrán formalizar libremente compras y ventas de futuros financieros cotizados y contratados en bolsas o mercados organizados bajo alguna de las siguientes modalidades: a) Por cuenta propia, con objeto de cubrir los riesgos de tipo de interés que se derivan de operaciones activas o pasivas ya registradas o que vayan a registrarse, en sus balances patrimoniales, como consecuencia de su actividad de toma y colocación de recursos en moneda extranjera".

Sobre la base de tal sistema de permisión general, orientado a posibilitar el acrecentamiento de la solvencia patrimonial de las entidades implicadas en la dinámica de riesgo que resulta de su eventual participación en la categoría negocial de Convenios que acabamos de describir en sus líneas maestras de concepción, la Circular que estamos parafraseando

continúa su labor de perfilamiento del esquema liberalizador que articula, condicionando concretamente su virtualidad a que en la hipótesis a considerar no sólo se den cita los presupuestos objetivos y funcionales de legítima fundabilidad alojados en el párrafo primero del apartado 1 de la norma que acabamos de literalizar (que exige, como sabemos, que los activos a asumir sean cotizables y que su adquisición se efectúe en el marco de un mercado organizado de valores), sino que también concurren en la misma toda la suerte de características enumeradas en la norma 5.^a de la policitada Circular, según la cual "las operaciones de compra o venta de futuros financieros realizadas en cobertura de riesgos de tipo de interés al amparo de lo establecido en la anterior norma 4.^a, a) deberán reunir los siguientes requisitos: 1) En todo caso habrá de ser identificable desde su inicio la relación de cada operación sobre futuros financieros con el riesgo de tipo de interés que se desea cubrir, sea por operaciones individualizadas registradas o que vayan a registrarse en el balance patrimonial del titular de la cobertura, o de posiciones netas de las entidades delegadas por desfase o desajustes de vencimiento entre activos y pasivos acumulados denominados en la misma moneda. 2) Los futuros financieros comprados y vendidos deberán estar denominados en igual moneda en que lo esté el riesgo de tipo de interés que se desea cubrir y el tipo de interés de referencia habrá de mantener un alto grado de correlación con el de la operación cubierta".

Inciendo en esta problemática, D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, en la edición de 1990 de su plurialudido libro, y en la página 1234, ponen en evidencia, por lo tocante a la primera de las exigencias requisitales dichas, que su presencia se impone "para marcar el carácter de cobertura que debe tener la compra o venta de futuros financieros. Por ello no se permiten tales operaciones si no se imputan desde un principio a un riesgo concreto y determinado que se pretende cubrir".

Los mismos autores, al enfocar las restantes demandas de regular negociabilidad instrumentadas por la norma 5.^a que acabamos de transcribir, se encargan de puntualizar, por lo que atina a su significado (en la misma obra y página relacionadas) que "de nuevo estas dos últimas condiciones (la de la denominación tasada de los servicios comparables y la de que el tipo de interés de referencia debe mantener el antes indicado 'alto grado de correlación' con la operación cubierta) pretenden asegurar que la compra o venta de futuros financieros persiga efectivamente la cobertura de una operación concreta".

Como epílogo de mi interés sobre el tema, tengo que reseñar que siguiendo con un sistema devenido ya tradicional en estas áreas de jurisdicción reglamentaria enlazada con el control de cambios (y cuya última *ratio* se encuentra en el antes indicado artículo 3.1, regla 9.^a, del Real

Decreto 2402/1980), el Banco de España, a través de la Circular que nos ha preocupado en estos precisos momentos expositivos, confiere a las entidades delegadas un importante caudal liberalizado de potencialidades solutorias transaccionales, resultando su articulación del apartado 2 de la norma 4.^a que nos ocupa, en la que al efecto se lee que "la autorización general a las entidades delegadas para formalizar compras y ventas de futuros financieros conlleva una autorización general para que las mismas puedan realizar los pagos o cobros exteriores por razón de las operaciones que formalicen".

Como colofón de sus labores sustantivas de legisfehaciencia intermedia ora en este orden de cosas, la Circular en trance de análisis establece un sistema de puesta de manifiesto de datos (a efectos de control) en su norma 7.^a, según la cual "las entidades delegadas dirigirán la correspondencia y todo tipo de comunicación relacionada con la materia regulada en la presente Circular a la Oficina de Servicios de Administración e Información, Departamento Internacional del Banco de España, ocupándose asimismo en conformar las pertinentes normas de ritualidad al efecto, sentando en su norma 9.^a (situada bajo la rúbrica genérica "Instrucciones de procedimiento") que: "1. Los ingresos de divisas procedentes del exterior que se produzcan al comienzo de cada período de interés cubierto por un contratante FRA se registrarán como entrada en el Código 11.30.01, compensándose simultáneamente como un pago del mismo importe, que se registrará como salida en el Código 11.30.02. 2. Los pagos de divisas que se produzcan al comienzo de cada período de intereses cubierto por un contrato FRA se registrarán como salida en el Código 11.30.01. 3. Los cobros y pagos exteriores correspondientes a beneficios y costes originados por la compra y venta de futuros financieros se comunicarán al Banco de España en los correspondientes ejemplares R (2) y A (4), con aplicación al Código estadístico 11.30.01, que pasa a denominarse 'Resultados de Convenios FRA y de futuros financieros'".

VI. TEORIA ELEMENTAL SOBRE LOS COBROS Y PAGOS CONECTADOS CON EL SECTOR EXTERIOR A LA LUZ DE SU PROCESALIDAD

A) INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta las dimensiones de esta obra y su considerable variedad de matices, resulta a veces difícil acertar en el encaje de las categorías jurídicas integrantes de su *quaestio* inquisitiva sustancial, refle-

xión que por lo tocante al etiquetado de este epígrafe adquiere todo su sentido, siendo así que la teoría elemental aludida ha sido ya tomada en cuenta en diversos pasajes de esta obra (especialmente al analizar el repertorio de abonos y adeudos a realizar en las cuentas extranjeras operativas en España, materia estudiada en el volumen I del tomo I), pudiendo también ser coherentemente analizada en otros más.

Sin embargo, y a fin de facilitar la labor del lector, voy a ocuparme ahora en ofrecer una sobria visión de conjunto del dispositivo de tales cobros y pagos en su visión estrictamente procesal (aun corriendo el riesgo de incidir en comportamientos reiterativos), visión para cuyo acabado entendimiento deben tenerse presente, en primer término, todos los materiales normativos que sobre los cobros y pagos, en cuanto negocios jurídicos de fisonomía especializada, son debidamente aportados por las estrategias ordinamentales básicas suministradas por los artículos 1.157 y siguientes del Código Civil, tanto por lo que atina a su concepto como en lo que se refiere a sus arbotantes fundamentales de operatividad. En segundo lugar, debe ser presentemente tenido en cuenta como soporte considerativo de los que vamos a decir, todo el conjunto cognicional ya vertido en diversas porciones de esta obra (y sobre el cual volveremos ulteriormente) relativo a la adquisición, tenencia y circulabilidad restringida de las divisas en nuestro propio entorno financiero. En tercer lugar, resulta conveniente advertir que nos vamos a referir de forma exclusiva al aspecto procedimental del acto de cobro y pago en sí, y no a si el negocio jurídico de donde tales actos tomen causa se halla o no liberalizado; y en el caso de que no lo esté, si el mismo se arroja de todos los requisitos necesarios para su viabilidad. En último término, voy a eludir ahora el estudio singularizado de la problemática referenciada en su eventual impacto sobre las pesetas ordinarias procedentes de cuentas extranjeras, tema al que aludiré ulteriormente de forma monográfica en este mismo capítulo.

Sobre tales premisas, tengo que poner de relieve que los supradichos actos de cobro y pago no sólo están sometidos al eventual control programado por la LRJCC (Ley 40/1979) en sus artículos 2, 3 y 6, sino que los mismos han sido objeto de la pertinente acción de gobierno de porte interventor, materializada en los artículos 3, 6 y 7 del Real Decreto 2402/1980.

Como quiera que el artículo 3.º últimamente citado, en cuanto liberalizador del acto de pago de que se trate en la medida en que la relación jurídica subyacente se halle bien constituida con arreglo a la legislación de control de cambios, ha sido ya estudiado hasta la saciedad en esta obra, voy a referirme únicamente a los también mencionados artículos 6 y 7 del pluraludido Real Decreto 2402/1980, diciendo el indicado artículo 6.º

que: "1. Salvo autorización, sólo las entidades delegadas podrán abrir o mantener cuentas en pesetas o moneda extranjera a nombre de no residentes. 2. Los cobros y pagos entre residentes y no residentes quedan sujetos a las condiciones y formalidades exigidas para la verificación de la realidad de las operaciones y su control estadístico. 3. Los pagos al exterior en moneda extranjera deberán efectuarse a través de una entidad delegada y solamente con divisas adquiridas a tal efecto en el mercado español de divisas. 4. Los pagos al exterior en pesetas deberán efectuarse a través de una entidad delegada. Su disposición por el no residente requerirá previo abono en cuenta extranjera de pesetas. 5. Los cobros del exterior en moneda extranjera solamente podrán efectuarse en divisas y el producto de los mismos habrá de venderse a través de una entidad delegada en el mercado español de divisas. 6. Los cobros del exterior en pesetas deberán efectuarse mediante adeudo en cuenta extranjera en pesetas abierta en una entidad delegada"; y señalando por su parte el artículo 7.º que: "1. Se autorizan con carácter general los pagos en pesetas o moneda extranjera de no residentes a residentes dentro del territorio español, siempre que los mismos correspondan a gastos efectuados por no residentes como consecuencia de su estancia en España. 2. Se autorizan con carácter general los pagos en pesetas de residentes a no residentes, dentro del territorio español, por rentas de inmuebles o prestación de servicios, siempre que su importe no exceda de quinientas mil pesetas. En este supuesto los no residentes podrán disponer de tales sumas para sus gastos en España, si bien la transferencia al exterior requerirá autorización. 3. Quedan asimismo autorizados los pagos en pesetas de residentes por cuenta de no residentes para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales en España, siempre que su importe no exceda de quinientas mil pesetas. 4. Queda autorizada la tenencia y disponibilidad de divisas para los españoles que habiéndose trasladado al extranjero con ánimo de residir allí y no estando todavía inscritos como residentes en el Registro del Consulado español correspondiente estén tramitando el cambio de residencia a través de los organismos oficiales correspondientes".

En base a este mosaico preceptual, resulta claro que el sistema de control diseñado por la normativa especializada que estamos investigando entraña su *ratio* en un doble soporte de funcionalidad, materializándose el primero en su conjunto de posibilidades operativas que se reserva la Administración para homologar la legalidad del pago a la luz de las reglas integrantes de tal ordenamiento, requiriéndose para ello el que cualquier solicitud al respecto que inste en su caso el eventual asuntor de la posición de *solvens* (dirigida a las Entidades delegadas y, en su caso, a la DGTE) vaya acompañada por todo aquel acervo documental que permita a los destinatarios de las susodichas solicitudes comprobar la autenticidad y

regularidad de la operación de que se trate, todo ello en consonancia con lo previsto por la Orden de 14 de septiembre de 1979 y Circular 32/1985 de la DGTE de 8 de marzo, conjuntos **preceptuales** que especifican, según el tipo de transacción de que se trate, los documentos concretamente requeribles, trámite de homologación en modo alguno incompatible con los apremios liberalizadores eurocomunitarios en base a que los mismos reservan a los Estados coaligados un importante caudal de control al respecto, haz de posibilidades de evaluación y homologación cuya concreta *praxis* puede perfectamente asumir la morfología de la intervención a la que nos venimos refiriendo.

B) PROTAGONISMO DE LA BANCA DELEGADA AL EFECTO

De conformidad con lo previsto en nuestro ordenamiento básico sobre control de cambios, *ex* artículo 5 ("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 por esta Ley. Esta autorización es revocable existiendo motivo justificado para ello y estará subordinada al cumplimiento de las condiciones de la misma. 2. Las entidades autorizadas quedan sujetas al deber de colaboración con los organismos encargados del control de cambios y de la vigilancia de los delitos monetarios. Las entidades que incumplan este deber podrán considerarse incurso en los artículos 56 y 57 de la Ley de Ordenación Bancaria, con independencia de la suspensión o revocación de la autorización referida en el número 1 del presente artículo") de la LRJCC y 5 ("1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley, las entidades delegadas podrán intervenir en las operaciones exteriores reguladas por la misma. 2. Las entidades delegadas, con independencia del deber general de colaboración al que se refiere el artículo 5.º, apartado 2, de la Ley, facilitarán a las autoridades competentes toda la información que éstas requieran sobre las operaciones exteriores en que intervengan. 3. Las entidades delegadas son responsables en los términos previstos por la Ley del cumplimiento de las normas de control de cambios en lo que respecta a las operaciones que efectúen por su cuenta o que realicen por su mediación o bajo su control. 4. Las operaciones de cambio de divisas y billetes extranjeros sólo podrán realizarse por aquellas personas físicas o jurídicas debidamente autorizadas por el Banco de España") de su Reglamento, las mentadas entidades delegadas acreditan un papel sobresaliente en el desarrollo de todo el proceso solvencial al que venimos aludiendo, protagonismo que en su visión circunscrita sobre el particular resulta también del antes transcrito

artículo 6.º del Reglamento ya dicho, y que puede ser de mayor o menor envergadura según el tipo concreto de pago a consumir, siendo máximo en aquellos supuestos en los que tales entidades delegadas no sólo detentan la facultad de "pagar", sino también, y con carácter previo al ejercicio de la misma, de comprobar si tal pago es o no factible, protagonismo que es menor, por supuesto, cuando se requiere la previa verificación o autorización dimanante de la DGTE.

Con todo ello, y a pesar de que el *rol* desempeñado por estas entidades es absolutamente preeminente, no dejan de vislumbrarse determinados supuestos en los que se provoca una fractura de su vigencia generalizada, siendo aquellos en los que los pagos y cobros que nos preocupan son materializados directamente entre residentes y no residentes, debiendo incluirse en tal hipótesis, aun con todas las cautelas exigidas, los pagos por compensación (siempre que la misma se halle liberalizada según las reglas del control de cambios). Veamos ambos supuestos.

C) PAGOS Y COBROS SIN INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES DELEGADAS

a) *Directos*

Son aquellos supuestos a los que se refiere el artículo 7 del Real Decreto 2402/1980, precepto que con la finalidad de facilitar y agilizar determinados actos solutorios y perceptorios entre residentes y no residentes vertebra una importante excepción al criterio general intervencionista antes referido, debiendo distinguirse al efecto según que el pago provenga de un residente en favor de un no residente o bien el mismo funcione de adverso.

En el primer caso —pago de residente a no residente (siempre dentro del territorio nacional)— quedan autorizados aquellos pagos cuya cuantía no exceda de 500.000 pesetas y correspondan a prestaciones de servicios o a rentas de inmuebles, posibilidad que hace decir a D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, en su pluricitado libro, edición de 1990, página 610, que "... por supuesto, la norma liberaliza los pagos unitarios que correspondan a una obligación que en total no supere la cifra indicada. Fragmentar en pagos de 500.000 pesetas una obligación de importe superior constituye, evidentemente, fraude de Ley..."; excepción a la que hay que agregar la también resultante del indicado artículo 7.º, consistente en los pagos efectuados por los mentados residentes a no residentes para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales siempre que su importe no rebase las indicadas 500.000 pesetas.

En el segundo de los supuestos relacionados —pago de no residentes a residentes (siempre dentro del territorio nacional)— se autorizan los pagos en pesetas y divisas, y ello sin limitación de cantidad, siempre que correspondan a gastos efectuados por los no residentes como consecuencia de su estancia en España, posibilidad que también ha preocupado a los autores supracircunstanciados, quienes en la página 611 de su policitado libro (edición de 1990) señalan que "... esta norma, cuya lógica no precisa de mayor comentario, liberaliza todos aquellos pagos efectuados dentro del territorio español por los no residentes (turistas, etc.) que sean consecuencia de su estancia en el mismo (hoteles, restaurantes, compras personales, etc.). Por supuesto, cuando el pago se efectúa en moneda extranjera, el residente receptor del mismo está obligado a ceder las divisas en el plazo de quince días, contados desde la fecha de su recepción".

Concluyo la exégesis de este capítulo de liberalización solvencial poniendo de relieve, por lo que atañe a la última posibilidad dicha, que las pesetas eventualmente consumibles sin control por el residente para costear sus gastos de estancia en España pueden provenir de los cobros también liberalizados a los que aludí con anterioridad, circunstancia especialmente prevista por el artículo 7.º que nos ocupa, precepto que también se encarga de establecer, por si alguna duda cupiese al respecto, que la transferencia al exterior de las sumas cobradas libremente por los no residentes requiere autorización.

b) *Los efectuados a través del instituto de la compensación*

La compensación como instrumento solvencial (que aparece gobernada en lo básico por los arts. 1.195-1.202 CC) entronca con la materia que nos ocupa a través del artículo 3.9 del Real Decreto 2402/1980, precepto que somete a previa autorización todo tipo de cobros y pagos entre residentes y no residentes, aunque sea a través de la figura que nos ocupa, tema que ha suscitado el problema de si era factible aplicar a este supuesto la liberalización solvencial resultante del propio precepto en cuanto permitiente de la materialidad del pago (salvo excepciones) cuando la operación subyacente de donde emerja su obligación resulte legítimamente constituida de conformidad con las normas del control de cambios, aspecto ciertamente problematizado en el que han incidido con singular destreza los autores supracitados, aduciendo en su libro, edición de 1990, página 612, un bloque de consideraciones al respecto que me parecen sumamente convincentes, diciendo los mismos, en primer término, que tal liberalización chocaría con el artículo 6.º del mismo Real Decreto (precepto que transcribimos anteriormente), artículo que exige que los pagos y cobros se

canalicen a través de una entidad delegada y con cesión o compra de las divisas en el mercado español, circunstancia, y esto lo resaltan agudamente los indicados autores, que impide el pago compensatorio al que nos venimos refiriendo en su eventual cifraje en divisas, imposibilidad que los mismos extienden a su potencial pago en pesetas por la concurrencia en el caso de dos factores: "La exigencia —dicen— de que el cobro o pago se efectúe a través de una entidad delegada y la obligación de que se efectúe con abono o adeudo de la cantidad pagada o cobrada en una cuenta extranjera de pesetas (añadiéndose que tales cuentas sólo pueden ser abiertas y mantenidas en una entidad delegada)".

En segundo lugar, la imposibilidad del recibo liberalizado de la compensación en el orden de cosas que estamos debatiendo, y continuo así con el valioso esquema reflexivo aportado por los mentados autores, deriva del hecho de que la liberalización solutoria programada por el artículo 6.º que nos ocupa queda condicionada a que "la propia regulación específica del acto o transacción, o la autorización otorgada para su realización disponga otra cosa", circunstancia que entra en juego en la inmensa mayoría de los supuestos (tal como hemos apuntado con anterioridad), infiriéndose de ello que de propugnarse la liberalización de la compensación en la eventualidad analizada toda la concreta instrumentación de contraste y ejecución bancaria quedaría absolutamente radiada de nuestro ordenamiento, resultando de todo ello la instauración de una prohibición general en cuanto a la admisión de tal figura, aunque ello no es óbice para que la propia Administración, en uso de las facultades de normofehaciencia que le son ofertadas por la legislación básica de control de cambios autorice determinados supuestos compensativos y articule al efecto el correspondiente dispositivo de instrumentación y control contables, pudiendo caracterizarse como tales los aludidos en las Ordenes de 10 de mayo de 1988 y 29 de junio de 1989 y Resolución de la DGTE de 28 de julio de 1988, disposiciones todas ellas referentes a las actividades exportadoras e importadoras, que serán aducidas con posterioridad en este mismo volumen (por lo que atañe al capítulo exportador) cuando hagamos hincapié en el pago de los créditos nacidos de las mismas, liberalización asimismo vislumbrable en la Resolución de la DGTE de 20 de marzo de 1989, alusiva a las "empresas de comercio exterior" reguladas por el Real Decreto 380/1988, de 22 de abril, ocupándose concretamente en este punto su artículo 6.º.

D) ULTIMAS CONSIDERACIONES SOBRE LA MATERIA

Un estudio en profundidad de esta temática requeriría poner de relieve, en línea con el apremio normativo contenido en el artículo 6.º (antes

transcrito) del Real Decreto 2402/1980, que alude a la "... realidad de sus operaciones y su control estadístico", el abarrotado mundo requisital en el que se traduce tal exigencia, es decir, toda aquella barroca operativa bancaria a través de la cual la Administración obtiene un acabado conocimiento del conjunto de operaciones financieras de cobro y pago conectadas con el sector exterior, panorama cuya importancia es evidente desde el punto de vista práctico, pero que no procede delinear aquí, pudiendo concluir este apartado señalando, a modo de síntesis, las tres grandes vertientes de *praxis* que se constituyen en las claves de bóveda instrumentales a tener en cuenta, y a las que aluden los autores mencionados *ut supra* en su pluricitado libro, edición 1990, página 634, al decir, como introito de lo que luego explican con todo lujo de detalles (y que debe ser consultado por quienes deseen tener un acabado conocimiento de esta problemática), que:

"Las normas operativas establecidas por el Banco de España, y anteriormente por el IEME, establecen tres condiciones:

- todos los cobros y pagos deben ser cumplimentados por las entidades delegadas en impresos oficiales, de los que debe darse traslado periódico al Banco de España para el control posterior de las operaciones;
- en cada impreso debe hacerse referencia al código estadístico oficial que corresponda a la operación en cuestión;
- todas las comunicaciones de cobros y pagos deben facturarse en los Estados de divisas o pesetas "des delegadas".

VII CLASES DE PRESTAMOS FINANCIEROS

A) INTRODUCCIÓN

La diversificación subsiguiente va a asentarse sobre una de las claves cardinales a las que antes aludimos, punto referencial angular determinante, en definitiva, del concreto régimen a seguir en este ámbito y que es el de la eventual situación de antinomia territorial de las partes que asumen pertinentemente las posiciones de prestamistas y prestatarios, ubicación de divergencia subjetiva de las mismas que resulta imprescindible para que la empiria negocial contemplada ingrese con normalidad —aunque también con forzosidad— en el circunscrito entorno de aplicación de la preceptiva engarzada con el control de cambios.

De todos modos, y confiriendo al calificativo de "especial" todas las dosis de prevención que se quiera, al efectuar —en la dimensión intelectual

en que nos movemos— la parcelación crediticia aludida, nos referiremos, asimismo, a determinados supuestos que, si bien articulados de forma exclusiva entre no residentes o, por el contrario, entre residentes —y por ello sustraídos teóricamente a las coordenadas de especialidad que estamos viendo— ofrecen la particularidad de resultar directamente conectados —dadas sus peculiares características— con algunas de las premisas más esenciales del aludido control de cambios, alusión, en todo caso, somera y horra de profundidad, pero que servirá —espero— para plasmar en estas páginas una pesquisa inquisitiva y polisémica de la temática a debatir, contribuyendo ello a desvanecer —aunque en mínima parte— la congénita, densa y desesperante brumosa que afecta a todo este caudal de negociabilidad.

Continuando con la explicación de este breve apunte introductorio, tengo que reseñar que la instrumentación de las posibilidades que a continuación vamos a relacionar se enuclea no sólo sobre la mentada posición de discordancia territorial de los intervinientes en las figuras a analizar, sino también sobre su específico componente monetario, distinguiendo así en cada una de las dos grandes categorías a examinar (la de los préstamos financieros concedidos por no residentes a residentes, y la inversa) los distintos supuestos que pueden plantearse en función de si lo concretamente prestable son divisas (incluyéndose entre las mismas los ECUs), pesetas convertibles, ordinarias o comunes.

Prosiguiendo en esta misma línea discursiva, tengo que poner de manifiesto que cuando tales componentes dinerarios constituyen el pertinente objeto de una negociabilidad crediticia subjetivamente caracterizada por la potencial —y ya aludida— situación de heterogeneidad territorial de sus implicados, los supuestos en que los mismos son tomados en consideración quedan ineluctablemente afectados por el círculo de irradiación normativa de la ordinamentalidad especializada sobre el control de cambios, es artículo 1.º de la LRJCC, de 10 de diciembre de 1979 ("Quedan sometidos a los preceptos de la presente Ley los actos, negocios, transacciones y operaciones de toda índole entre residentes y no residentes que supongan, o de cuyo cumplimiento se deriven o puedan derivarse, cobros o pagos exteriores"), precepto de talante muy general que debe ahorrar su correspondiente hábito prescriptivo con el resultante del mucho más preciso artículo 2.º.b) del mismo texto legal, importante hito legisfehaciente que se encarga de declarar sometibles al pertinente control del Gobierno, ejercible a través de la correspondiente reglamentación de cambios "los actos y negocios en virtud de los cuales un residente pueda resultar acreedor o deudor de un no residente..."

En base de tal precepto, oportunamente confinador de competencialidades de intervención en el área del control de cambios, es evidente que

cualquier tipo de préstamo (sea cual fuere su concreta cronología, finalidad y objetivación: cuántica y cualitativa) se halla sometido al pertinente tamiz del Gobierno, sistema de factible homologación cuya concreta practicidad fue materializada de forma rigurosa e indiscriminada —en méritos de la explícita reserva de jurisdicción ejecutiva consignada en el antes aludido artículo 2.º —apdos. 1 y 2 de la dicha LRJCC ("1. Corresponderá al Gobierno, en defensa de los intereses generales, regular, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, los actos, negocios, transacciones y operaciones a que se refiere el artículo anterior. 2. A estos efectos y mediante la reglamentación de control de cambios podrá prohibir, someter a autorización previa, verificación o declaración y, en general, a cualquier tipo de control administrativo..."— por el hacedor del Real Decreto sobre régimen jurídico de control de cambios 2402/1980, de 10 de octubre, que en una primera, genérica y global aproximación al tema sojuzgó todos los posibles avatares corporeizados en la concesión de préstamos transnacionales al más rígido de los controles admisibles en estas áreas, o sea, el de la habilitación administrativa previa, singularizada y más o menos discrecional, resultando tal rigurosidad, sin paños calientes, reservas ni distinguos de su artículo 3.º, reglas 6.ª y 7.ª ("Requieren previa autorización las siguientes operaciones... Sexta. La obtención por residentes de préstamos o créditos concedidos directamente o a través de un residente por no residentes. Séptima. La concesión por residentes de préstamos o créditos a no residentes").

Sobre tan esencial díptico de preceptos, neta y abruptamente restrictivos, se articula todo el sistema genérico de eventual intervención proyectado por la Administración española acerca de la materia objeto del presente desbrozamiento especulativo, *modus operandi* que en su teleología cautelar queda debidamente uncido a la fórmula locucionaria, evidentemente amplia, que utilizan las reglas supratranscritas cuando hablan de forma distendida y omnicomprendensiva de "préstamos o créditos", considerando sinónimas —pese a sus eventuales componentes paralógicos de métodos y concepto— las operaciones integrantes de tal binomio operativo, cautela asimismo vislumbrable en el dato de que el antes dicho artículo 2.º.2.b) de la LRJCC declara sometibles al hipotético tamiz contrastador que el mismo diseña no sólo los actos pristinamente determinantes de las operaciones crediticias dichas, sino también todos aquellos que sean consecuencia de la pertinente —y posterior— fenomenología negocial conectada con tales operaciones y a la que se refiere asimismo el precitado precepto cuando prevé el control por parte del Gobierno "de los actos de disposición realizados sobre los derechos y obligaciones derivados de aquéllos" (es decir, de los genuinamente germinadores de un crédito o de una deuda de un residente en beneficio o a cargo de un no residente), impidiendo

do así que por la vía sobrevenida de la ulterior cesión de crédito o de la postrera asunción de deuda queden vulnerados los principios angulares del control delineados por la normativa que estamos considerando (*).

Siguiendo en este orden de magnitudes expositivas, tengo que puntualizar que en virtud de la pertinente derogación competencial vigente en este contexto operativo, la habilidad para conferir autorizaciones respecto a la legítima constitutividad de las operaciones crediticias genéricamente aludidas *ut supra* (y que lo serán específicamente en las páginas a venir), resulta pluralmente conferida al Banco de España y a la Dirección General de Transacciones Exteriores, acreditando este último Centro Directivo el grueso de competencias al respecto, excepto cuando las supradichas operaciones resulten cifradas en divisas, hipótesis respecto de las cuales el poder de decisión autorizativo radica en el Banco de España, de conformidad con lo prescrito por el Decreto 1791/1973, de 26 de julio, corroborando tal alternativa de distribución competencial el posterior Real Decreto 222/1987, de 20 de febrero, por el que se estructura el Ministerio de Economía y Hacienda (*BOE*, núm. 45, de 21 de febrero de 1987), texto normativo que tras mencionar a la supraindicada DGTE entre los Centros Directivos pertinentemente integrados en el seno del entramado institucional de la Secretaría de Estado de Comercio instrumenta en su artículo 32 la pléyade de habilidades que le son conferidas, diciendo el mismo literalmente, en lo que nos interesa, que

"1. La Dirección General de Transacciones Exteriores mantendrá sus actuales competencias, y en particular las siguientes:

a) La autorización, verificación y control estadístico de las siguientes operaciones:

(...)

— Los préstamos, créditos y avales entre residentes y no residentes, con la excepción de la obtención por residentes de créditos en divisas".

De todos modos, y con la finalidad de mantener en la medida de lo posible la frescura expositiva de esta obra, pretensión sumamente difícil al referirse la misma a una normativa en permanente e inopinado trueque, tengo que puntualizar que con posterioridad a la redacción del volumen I, del tomo I (en donde en su cap. I hice una mención a las facultades de legisfehaciencia sectorializada titularizadas por el Banco de España, precisando sus correspondientes veneros de legitimidad), se han producido novedades de importancia tanto en las áreas jurisprudenciales como en las

(*) De la disponibilidad (y/o cesión) del crédito y de la deuda a la luz del control de cambio nos ocuparemos en la última porción de este mismo capítulo.

netamente legales. En relación con estas últimas, y acabando de perfilar el poder autónomo normativo que para el cumplimiento de sus fines resigna el Estado en beneficio del Banco de España, la disposición adicional 8.^a de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito (*BOE* de 3 de julio), dispuso que "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 la regulación contenida en 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", formulación de potestades de jurisdicción que se inscribe en la línea de potenciación del carácter público —**aunque autónomo**— de tal Instituto, aunque su redacción no alcanza a disipar las dudas sobre cuál sea su concreto alcance, tema que preocupa a la doctrina que aplica su óptica interpretativa sobre la cuestión [véanse los sendos trabajos de PARADA VÁZQUEZ y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ambos publicados en *RDBB*, titulados, el primero, "Valor jurídico de la Circular" (núm. 2, 1981, págs. 318 y sigs.), y el segundo, "Los poderes normativos del Banco de España" (núm. 13, 1984, pág. 18)] y cuya conflictividad queda del propio modo ubicada residenciada en sede jurisdiccional, siendo destacable al efecto el contenido de una reciente Sentencia del Tribunal Supremo (y ésta es la novedad jurisprudencial a la que antes aludí) procedente de su Sala de lo Social y cuyo ponente fue el excelentísimo señor don BENIGNO VARELA AUTRÁN, Sentencia que es la de 13 de octubre de 1989 y en la que se efectúa una magistral descripción del proceso personificador experimentado por el ente que estamos viendo, diciéndose literalmente en la misma, en su fundamento jurídico tercero, que:

"El Banco de España, creado por Ley de 28 de enero de 1856 en sustitución del antiguo Banco Español de San Fernando, tiene, desde sus orígenes, una clara dimensión nacional y la finalidad de encauzar la circulación fiduciaria mediante la emisión en exclusiva del papel moneda —Decreto-Ley de 19 de marzo de 1874—, convirtiéndose, en virtud de las Leyes de 16 de diciembre de 1899 y 31 de diciembre de 1901, en servicio de tesorería del Estado. En la Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946, en su artículo 1.º, se asigna al Banco de España el monopolio de la emisión de billetes de curso legal, funciones en orden a la economía nacional y su relación con el Estado y la realización de operaciones y servicios propios de los Bancos de depósito y descuento, con la finalidad, modos y limitaciones que corresponden a su peculiar naturaleza, reconociéndosele ya personalidad jurídica independiente y plena capacidad, acomodándose sus Estatutos para los actos de vida civil y mercantil en similitud con las sociedades anónimas en general y las empresas banca-

rias en particular. En razón al peculiar carácter público-privado de las funciones que se atribuyen al Banco de España, el Gobierno, a través del Ministerio de Hacienda, se reserva el ejercicio de determinadas facultades controladoras respecto al mismo. Por Decreto de 24 de julio de 1947 se aprueban los Estatutos del Banco de España, y en éstos se reitera el reconocimiento de su personalidad jurídica independiente y plena capacidad, sometiéndose el régimen de sus operaciones a su propia normativa y, en lo que en ésta no se halle previsto, al Código de Comercio, a los usos mercantiles y, en defecto de todo ello, al Derecho común. La Reglamentación Nacional del Trabajo en el Banco de España, que aprueba la Orden ministerial de 21 de diciembre de 1948, responde a una concepción pseudoprivatista de su organización, de la que es significativa muestra la remisión que se hace, en el artículo 90, a la Magistratura de Trabajo —hoy Juzgado de lo Social— como órgano judicial dilucidador de las controversias surgidas entre la entidad y los empleados. Hasta ahora el aspecto público del Banco de España deriva, más que de su propia naturaleza, de las funciones que por vía de concesión le otorga el Estado. Es el Decreto-Ley número 18/1962, de 7 de junio, por el que se nacionaliza y reorganiza el Banco de España la norma configuradora de su propia naturaleza como entidad de Derecho público —art. 1.º—, encuadrada como propio organismo autónomo de la Administración pública, incluido en el artículo 5.º de la Ley de 26 de diciembre de 1958 que regula el régimen jurídico de las entidades estatales autónomas. Hasta aquí, pues, y como colofón de todo un proceso de conformación jurídica, no cabe la menor duda que la tesis sustentada de adverso y que acoge la sentencia de instancia, en orden a la naturaleza jurídica del Banco demandado-recorrido y a la consiguiente exigencia de la reclamación previa ante el mismo como trámite precedente a toda pretensión judicial de índole laboral o privada que contra él se promueva tiene que resultar de ineludible estimación. En este sentido y dada la fecha de su pronunciamiento, es perfectamente coherente la Sentencia de la Sala 5.ª —hoy 3.ª— de este Tribunal que se esgrime de contrario en el escrito de impugnación del recurso. No obstante, pecaría de insuficiente el presente enjuiciamiento si en él se eludiese la valoración de la modificación legislativa que supuso la Ley 30/1980, de 21 de junio, promulgada ya tras la Constitución española y, por ende, dentro de un marco jurídico básico fundamentalmente distinto de aquel otro en el que se produjo el señalado Decreto-Ley 18/1962, de 7 de junio. La expresada Ley de 1980 mantiene el carácter de entidad de Derecho público para el Banco de España, en su artículo 1.º, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada para el cumplimiento de sus fines, gozando de autonomía respecto a la Administración del Estado, pero sin que le sean de aplicación las normas reguladoras de los organismos autó-

nomos, según expresa exclusión contenida en su artículo 2.º. Como fácilmente se advierte, la conformación jurídica del Banco demandado-recurrido ha experimentado una indudable variación, por cuanto ya no es un propio organismo autónomo, regido por la Ley-de 26 de diciembre de 1958, sino una entidad de Derecho público con personalidad propia y dotada de plena capacidad jurídica, pública y privada, que actúa autónomamente respecto a la Administración del Estado. La autonomía que le caracteriza aparece referida a su actuación y no, en cambio, a su configuración dentro del entramado organizativo de la Administración Pública. En la nueva caracterización jurídica del Banco de España queda, sin embargo, su esencial connotación de entidad de Derecho público en mérito a las funciones que tiene asignadas respecto a la economía nacional, a la tesorería del Estado, a la ordenación y régimen del crédito oficial en materia de divisas y de control de la Banca privada y Cajas de Ahorro, sin perjuicio de las de índole propiamente privada o mercantil, que asimismo le incumben. De aquí que, aunque no quepa atribuirle el carácter de Administración central del Estado o de organismo dependiente jerárquicamente de la misma y tampoco, y por expresa exclusión legal, la condición de organismo autónomo incluido en régimen de la pertinente Ley reguladora, sin embargo su innegable naturaleza de entidad de Derecho público, en razón a los intereses de este orden que tiene encomendados y el sometimiento en su actuación, a falta de norma específica que la exceptúe, a la Ley de Procedimiento Administrativo, obliga a entender que se halla favorecido por el régimen de la reclamación previa en las pretensiones de índole privada o laboral que se le dirijan y excluido, por tanto, de la norma general relativa a la conciliación previa judicial, a tenor de lo previsto en los artículos 49 y 51 de la Ley de Procedimiento Laboral. En este sentido, la tesis del recurrente, basada en la modificación estructural producida en el Banco de España, en virtud de la nueva Ley 30/1980, de 21 de junio, y en la exclusión del mismo del ámbito normativo de los organismos autónomos, no puede resultar acogible, por cuanto se mantiene la caracterización de dicha entidad como persona de Derecho público sujeta en su actuación a la Ley de Procedimiento Administrativo a falta de una norma de regulación propia que expresamente la excluya o contradiga —lo que no sucede respecto a la combatida reclamación previa—, siendo notorio, por otra parte, que la autonomía de que aparece revestido el Banco demandado-recurrido, en orden a la realización de fines de interés público a él encomendados, permite configurarlo como un organismo autónomo *sui generis* o una Administración pública neutralizada, según expresión de algún sector doctrinal. Esta peculiar conformación jurídica del Banco de España como parte del grupo sectorial del crédito y la Banca, al que vertebra y dirige, constituyéndose a su vez en responsable de

la política monetaria del Estado y en detentador de una potestad pública de supervisión del crédito y de la Banca privada, obliga a reconocerle la prerrogativa procesal de la reclamación previa al no existir norma específica dentro de su propio y específico ordenamiento que expresamente la excluya. Por todas estas razones el motivo de casación enjuiciado no puede merecer una favorable acogida".

B) COMUNES

a) *Concedidos por no residentes a residentes*

aa) En divisas

aa') Introducción

El concepto de "divisas" como unidad de cuenta, monetaria o financiera de especial relevancia en el sector exterior ha sido suficientemente dictaminado en el tercer epígrafe de este capítulo y en el volumen I del tomo I de esta obra, pasajes expositivos en donde aludí a las diversas definiciones ofertadas respecto de tal categoría económica, y ello tanto desde panorámicas netamente científicas como desde aquellas estrictamente legales, refiriéndome, del propio modo, a las distintas clases de divisas operativas en el marco del control de cambios, a su significado dinerario y a las concretas condiciones en que se desenvuelve su legítima negociabilidad, destacando asimismo el absorbente protagonismo que al efecto desempeñan el Banco de España (mentor y manijero supremo de la circulabilidad interna y externa de las mismas) y las entidades delegadas (de dicho Banco), únicos operadores jurídicos genéricamente autorizados (a fuer de controlados) para el manejo —bajo tasadas condiciones— de tales componentes crematísticos.

En obsequio a lo dicho y a lo que también adujimos en el subepígrafe anterior, nuestra actual labor de exégesis respecto a esta figura (como en cuanto a las restantes modalidades monetarias) se va a limitar a poner de relieve cuál es la concreta andadura preceptiva de entre las posibles según la reglamentariedad conectada con el control de cambios a la que debe acompañarse su congruente funcionalidad en cuanto a su eventual uso crediticio, normativa sectorializada de la que resultará, o bien una concreta reafirmación del criterio sumamente restrictivo procedente del Real Decreto 2402/1980 antes dicho, o bien una atenuación (bajo unas u otras condiciones) del mismo, cuestión a la que vamos a dedicar los apartados siguientes, pasajes que no van a agotar mi interés sobre el tema, ya que a fin de aportar una panorámica global a esta temática volveremos a retomar el análisis de la categoría jurídica de la divisa en el volumen siguiente

cuando abordemos en el mismo el estudio de la hipoteca contemplada desde vertientes y ópticas engarzadas con el control de cambios.

ab') Normativa doméstica especializada sobre tales préstamos

La primera de las muestras de preceptividad especializada que se ocupó de esta modalidad fue la Circular 15-DE del Banco de España de 11 de noviembre de 1980, disposición que dimanante del indicado organismo financiero, detentador *quasi exclusivo* de competencias en este ámbito (provenientes del ya explicitado Decreto 1791/1973, de 26 de julio), se limitó a introducir la técnica del silencio administrativo positivo en el seguimiento (resolutorio) de los procedimientos articulativos *ad hoc*, pero sin mitigar en absoluto el cardinal generalizado e inclemente principio restrictivo resultante del supradicho artículo 3.1.1 del Real Decreto 2402.

Siguiendo con este orden de cosas, tengo que señalar que la aludida suavización operacional al respecto tuvo que esperar a la posterior entrada en liza de coyunturas socio-económicas más favorables, avatares de sobreveniencia ulterior cuyo devengo motivó la adopción de la importante Circular 6/1986, de 4 de marzo, también proveniente del calendario Banco de España, que tras derogar a la anteriormente mencionada provocó lo que podría tildarse sin exageración como de vuelco drástico en la materia, liberalizando los créditos que estamos considerando, siempre que los mismos concitasen en su congruente entificación determinados condicionamientos cuánticos (no superar su importe en divisas el equivalente a los 750 millones de pesetas) y temporales (acreditar una vigencia media de un año como mínimo), jalón normativo de considerable envergadura aunque de efímera beligerancia, toda vez que la supradicha Circular 6/1986 fue expresamente derogada por la asimismo procedente del Banco de España 6/1987, de 13 de marzo, disposición que constituye la preceptiva a tener en cuenta en el día de hoy al respecto y cuya norma 1.^a, inciso 1.º, fue ulteriormente modificada por la asimismo Circular 6/1988, de 10 de junio, del propio Banco de España.

En virtud de la referenciada disposición, resultado de las facultades de jurisdicción del aludido Banco, podemos distinguir un régimen dual al efecto según que el préstamo financiero que se pretenda concertar requiera una previa y singularizada autorización (**discernible**, en su caso, por tal instituto) o, por el contrario, el mismo encaje en los perfiles ejecutivos de posibilismo y liberalización pertinentemente dibujados por el conjunto de normatividad alojado en la **meritada** Circular, eventualidad en la que el préstamo financiero proyectado puede estipularse libremente. Veamos por separado ambas posibilidades.

1.a) Préstamos financieros liberalizados

Son aquellos en los que concurren los siguientes presupuestos constitutivos:

Subjetivos.—Es imprescindible que la relación crediticia que se pretenda conformar acredite como partes activa y pasiva interesadas a un no residente (concedente del crédito) y a un residente (destinatario de la cantidad prestada), *conditio* de heterogeneidad territorial de los partícipes en la situación crediticia articulada que deviene esencial por simples exigencias de atenuamiento de la figura al sistema vigente del control de cambios. Ello supuesto, tengo que poner de relieve al respecto la irrelevancia del dato de que el obtentor o concedente del crédito en cuestión sea una persona física o jurídica, nacional o extranjera (consideración que hace diverger —aparte de por otros extremos— la hipótesis ahora evidenciada de los créditos participativos, modalidad que para resultar autorizada, en cuanto inversión extranjera directa, debe presentar como exclusivo destinatario crediticio a una sociedad española, art. 5 de la LIE y RIE), irrelevancia subjetiva que se desprende el inciso 1.º de la norma 1.ª de la Circular 6/1987 cuando hace protagonistas indistintos de su oportuno querer normativo tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

Siguiendo con este sucinto conjunto de precisiones relativas a la subjetivación de la relación crediticia liberalizada que estamos considerando, hemos de poner de relieve asimismo que entre prestamista y prestatario no debe mediar una previa o concomitante relación de sucursalización, toda vez que si tal aconteciese las asignaciones de fondos que puedan articularse entre el establecimiento matriz y su sucursal "residente" en modo alguno pueden incluirse en la categoría jurídico-económica que estamos viendo (tema, por lo demás, sobre el que volveremos ulteriormente), imposibilidad procedente del apartado 2.º de la norma 1.ª de la Circular a la que venimos haciendo constante referencia, pasaje normativo de la calendada disposición que exige, como absoluto condicionante subjetivo de la liberalización programada por la misma, que "la entidad prestataria no sea sucursal española de la entidad prestamista no residente".

(Por otra parte, de los préstamos en divisas que puedan conceder los residentes "reales", titulares en concepto de residentes metafóricos de algún tipo de cuentas en divisas en nuestro país, nos ocuparemos luego.)

Objetivos.—Para que la liberalización a la que venimos aludiendo sea efectiva, resulta imprescindible que el elemento cosificador de la relación debatida parabolice una doble condición cuántica y cualitativa, condicionamiento plural de legítima constitutividad que aparece materializado por

los apartados primero y último de la norma 1.^a de la calendada Circular, según los cuales:

"Las personas físicas y jurídicas residentes en España podrán concertar libremente préstamos financieros en divisas admitidas a cotización en el mercado español, pesetas convertibles en ECUs, siempre que los citados préstamos se ajusten a las siguientes condiciones:

(...)

— Que la equivalencia del préstamo en la fecha de presentación en el Banco de España de la documentación a que se refiere el punto 2.º no sea superior a 1.500 pesetas".

Prescindiendo del concreto dato cuántico, que por su obviedad no requiere ningún esfuerzo interpretativo por nuestra parte, es de reseñar, por lo atinente al aspecto cualitativo del elemento objeto de la relación crediticia cuyo análisis estamos ahora abordando, lo tasado del mismo, al mencionar únicamente como elementos admisiblemente prestables por las vías trazadas por la Circular que estamos parafraseando las divisas cotizables (véase volumen I de esta obra, en donde se contiene su enumeración), las pesetas convertibles o bien, como última posibilidad de cierre en cuanto a la factible —desde coordenadas de licitud— positivación objetiva de la figura, los ECUs, relación de la que se han ocupado D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU en la edición de 1990 de su libro antes dicho, señalando literalmente al efecto en la página 1202 del mismo que: "No están, por tanto, liberalizados los préstamos concertados en una moneda distinta de las cotizadas en el mercado español ni los concertados en otras unidades compuestas (derechos especiales de giro, etc.), ni tampoco los concedidos en pesetas ordinarias".

Funcionales.—Los presupuestos integrables en este conjunto requisital hacen concreta referencia al elemento cronológico al insertar obligatoriamente —por lógicas exigencias institucionales— en el proceso fundacional del préstamo de que se trate, vertiente cronológica que, en un principio y según los correspondientes pronunciamientos normativos proveídos por la Circular a la que venimos haciendo constante alusión, debería acreditar una vida media de vigencia de un año como mínimo, exigencia de requisitalidad constitutivo-temporal que en el día de hoy se ha escorado netamente hacia la rigidez, ya que con el inequívoco propósito de yugular en la medida de lo posible las crecientes tendencias inflacionistas domésticas, la obtención de los créditos objeto de nuestras presentes reflexiones, a fin de hurtarse a la exigencia de la autorización individualizada, deben concertarse con una duración efectiva de tres años, riguroso pedimento de

legítima constitutividad temporal que dimana categóricamente de la norma 1.^a de la Circular antes dicha (la núm. 6 del Banco de España) de 10 de junio de 1988 que aportó nueva redacción al inciso 1.º de la norma 1.^a de la Circular 6/1987, que queda concebido de la siguiente guisa: "Que la vida media del préstamo sea, como mínimo, de tres años, contados a partir de la fecha de la primera disposición o entrega".

Por su parte, el espíritu de tal exigencia fundacional persiste a lo largo de todo el *iter* biológico del préstamo en cuestión, no permitiéndose procesos extintivos que escapen al mismo, resultando ello de la modificación ofertada a la materia por la norma segunda de la citada Circular 6/1988, imponente de una nueva redacción a la 5.^a de la Circular 6/1987, cuya literalización actual, en lo que nos interesa, es la siguiente: "La amortización de los préstamos liberalizados de acuerdo con lo previsto en la norma 1.^a de la presente Circular será libre, siempre que se respete la vida media ponderada de tres años a que se refiere la norma 1.^{an}".

Esta modificación, que viene a compadecer la *praxis* cancelatoria de los préstamos considerados a su inicial —y pactada— cadencia cronológica (y que sustituye, en suma, el plazo de un año previsto en la norma 5.^a de la Circular 6/1987, por el de tres) es totalmente respetuosa con los derechos adquiridos en este ámbito, hecho evidenciable del texto de la propia norma dicha, que continúa diciendo que: "La amortización de los préstamos liberalizados verificados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Circular será libre transcurrido un año desde la fecha de la primera disposición".

A este bloque de requisitos se añade la exigencia que articula al efecto el Banco de España, compulsión materializada en la práctica de un depósito previo cuya ejecución se impone en este orden de cosas, depósito instaurado —con la finalidad de drenar en lo necesario las posibilidades financieras y de endeudamiento de los residentes y de yugular así, en la medida de lo factible, las corrientes inflacionistas oportunamente desencadenadas— por la Circular 1/1989, de 31 de enero, disposición a través de la cual el Banco emisor, haciendo uso de las facultades normativas que le fueron recientemente ofertadas por la disposición adicional 8.^a de la Ley 26/1988, de 29 de julio de 1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito (antes transcrita) y apoyándose, en última instancia, en la disposición final 1.^a del Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios (constituyente del máximo manantial de reserva de jurisdicción especializada en este sector), tras justificar la entrada en liza de la obligación a que nos estamos refiriendo en su introducción ("La influencia que sobre la evolución de la liquidez interna están teniendo las entradas de capitales exige la adopción de medidas coyunturales, con el fin de hacer posible el cumplimiento de los

objetivos de la política monetaria") sentó en sus dos primeras normas, únicas que nos interesan, que:

"Norma 1.^a 1. Las entidades con funciones delegadas del Banco de España en materia de control de cambios, a través de las cuales se produzcan disposiciones o utilizaciones de préstamos o créditos financieros exteriores de cualquier naturaleza, así como anticipos sobre exportaciones, denominados en moneda extranjera o en pesetas convertibles, cuya autorización, verificación o contratación se efectúe a partir de la fecha de publicación de la presente Circular vendrán obligadas a constituir en el Banco de España, en la fecha-valor de la liquidación a pesetas de la moneda extranjera o del adeudo en cuenta de pesetas convertibles, por cuenta y en nombre de los prestatarios o acreditados, un depósito sin remuneración por un importe equivalente al 30 por 100 del valor en pesetas en cada disposición o anulación. 2. De lo establecido en la presente norma quedan excluidas las disposiciones o utilizaciones de la financiación exteriores de cualquier naturaleza de las que sea titular el Tesoro público español.

Norma 2.^a 1. Los depósitos constituidos en el Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en la norma anterior serán cancelados y devueltos a las entidades delegadas depositantes en la fecha o fechas de amortización de los préstamos o anticipos. En el caso de efectuarse amortizaciones parciales, la cancelación y devolución se realizará en la proporción que represente cada amortización parcial sobre la totalidad de las disposiciones efectuadas con cargo a cada préstamo o anticipo, expresadas tanto las amortizaciones como las disposiciones en la divisa de denominación de cada operación de financiación exterior. 2. En el caso de préstamos, créditos financieros exteriores o anticipos cuyas disposiciones se efectúen en dos o más divisas, las operaciones de cancelación y devolución de los depósitos no remunerados en el Banco de España se realizarán, tal como se indica en el párrafo anterior, considerando separadamente las operaciones efectuadas en cada divisa. 3. En el caso de operaciones de préstamos o créditos financieros exteriores en las que pueda cambiar la divisa de denominación del importe total o de un importe parcial del principal se tendrán en cuenta las siguientes normas: 3.1. Cada cambio de denominación implicará la cancelación del depósito correspondiente al importe dispuesto, cuya denominación cambia, y la simultánea constitución de un nuevo depósito por el importe en pesetas correspondientes al de la disposición en la nueva divisa de denominación. 3.2. La cancelación y devolución del nuevo depósito se efectuará de acuerdo con lo indicado en el apartado primero de esta norma".

Tras la transcripción de las normas contenidas en la parte dispositiva

de la Circular que nos ocupa, tengo que puntualizar que su normatividad también acredita un marcado cariz requisital, alcance que resulta oportunamente distribuido en sus dos anexos, de los que nos interesan especialmente el contenido de las reglas 1.^a y 2.^a del primero de ellos, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Disposición del préstamo o anticipo y constitución del depósito:

Primera.—Las entidades delegadas a través de las cuales tenga lugar la entrada de fondos, no más tarde de la fecha-valor en que practiquen la liquidación a pesetas de la moneda extranjera o de la fecha en que formalicen el adeudo en cuenta extranjera de pesetas convertibles, presentarán, bien en la Oficina de Operaciones del Banco de España, Madrid, Sección de Cuentas Corrientes, bien ante la sucursal del Banco de España donde radique su Departamento extranjero, carta autorizando al Banco de España para adeudar en la cuenta corriente de efectivo, abierta a nombre de la entidad delegada en la central de Madrid o en la sucursal en la que presente la carta, el 30 por 100 de las cantidades dispuestas. A dicha carta (modelo Anexo II de esta Circular) se acompañará orden de transferencia debidamente cumplimentada, debiendo incurrir como datos complementarios los siguientes:

Depósitos obligatorios de prestatarios residentes (Circular 1/1989).

C.I.

N.O.F. del préstamo o

Fecha de concesión del anticipo.

En aquellos casos en los que la orden de adeudo se presente por las entidades delegadas en plaza diferente a la de Madrid, el Banco de España transferirá, sin coste alguno, los fondos al Banco de España, Madrid, donde quedará constituido el depósito. El retraso en la presentación de la carta anteriormente citada dará lugar al cargo de intereses correspondientes.

Cancelación del préstamo o anticipo y devolución del depósito.

Segunda.—La entidad delegada a través de la cual el prestatario desee llevar a cabo la amortización parcial o total del préstamo o anticipo enviará el modelo Anexo III a la Oficina de Operaciones del Banco de España, Sección de Cuentas Corrientes, con una antelación mínima de veinticuatro horas a la fecha-valor del pago.

El documento indicado vendrá acompañado de autorización del prestatario (modelo Anexo IV) a la Oficina de Operaciones del Banco de España y de la correspondiente orden de transferencia.

En aquellos casos en los que el abono del importe a devolver se domi-

ciliase en una cuenta corriente de efectivo abierta en plaza diferente a Madrid, la transferencia de fondos estará exenta de todo costo".

En relación con esta exigencia se plantea el problema de determinar si los Fedatarios y Registradores de la Propiedad pueden sendamente autorizar los pertinentes instrumentos públicos en los que se recoja la negociabilidad *ad hoc* (y su garantía en su caso) e inscribir las hipotecas que eventualmente se hubieren constituido reforzando los préstamos financieros que estamos viendo sin necesidad de que se les acredite la efectividad de los depósitos referenciados, cuestión a resolver positivamente, toda vez que la *praxis* de constricción que impone la calendada Circular únicamente resulta coherentemente entendible en el marco ejecutivo de un préstamo oportunamente autorizado o verificado, dato que se materializa, como vamos a ver de inmediato, en la atribución al negocio financiero de que se trate del correspondiente Número de Operación Financiera (NOF), asumiendo por ello tal obligación el carácter de *ex post facto* a la consumación del proceso fundacional, consideración impeditiva de que la ejecución o no de tal obligación pueda ser controlada en el ámbito de las funciones competenciales desplegadas respectivamente por los profesionales públicos antes dichos.

Continuando con mi decidido propósito de ofrecer una panorámica lo más distendida posible de la temática a desbrozar en este libro, voy a insertar ahora un comentario sobre el depósito que nos ocupa debido a la pluma de J. L. GONZÁLEZ BESADA, publicado en el periódico ABC el día 30 de diciembre de 1990, comentario que vaticina la supresión del mismo y cuya concepción literal, que por su soberano interés reproduzco en su integridad, dice así:

"El Banco de España prevé eliminar el depósito previo en los préstamos obtenidos en divisas por las entidades financieras durante el primer semestre de 1991. Este depósito tenía por finalidad impedir que Bancos y Cajas eludiesen las restricciones monetarias impuestas por las autoridades económicas mediante un mayor endeudamiento en el exterior. Esta medida podría ir acompañada de una reducción de los tipos de interés.

El Banco de España tiene la firme intención de eliminar el depósito previo y gratuito del 30 por 100 en los préstamos obtenidos en divisas a lo largo del primer semestre de 1991, aseguraron a ABC fuentes del propio Banco emisor.

La eliminación de este depósito se mantiene pese a la decisión adoptada el pasado día 24 de subir del 14,65 al 14,70 por 100 el tipo de interés del dinero que presta a Bancos y Cajas. En este sentido, las mismas fuentes comentaron que dicha subida obedece a una estrategia coyuntural que tiene como objetivo evitar un repunte de la demanda interna cuando el 1

de enero se elimine la restricción al crédito. La eliminación del depósito previo podría ir acompañada, sin embargo, de una bajada de los tipos de interés.

La imposición del depósito previo está amparada por una circular del Banco de España que entró en vigor en febrero de 1989 y que tenía por finalidad impedir que los agentes económicos eludiesen las restricciones monetarias interiores mediante un mayor endeudamiento en el exterior. Su levantamiento, por tanto, deberá realizarse también mediante una circular, por lo que bastará, como en el caso de las restricciones crediticias, una simple carta firmada por el gobernador.

El levantamiento del tope de los créditos no requería ninguna medida administrativa o jurídica particular porque se trataba de una simple recomendación a las entidades financieras por parte del gobernador del Banco de España, Mariano Rubio.

El depósito previo de los préstamos en divisas redujo los créditos solicitados este año por el sector privado en el exterior, hasta situarlos en 131.600 millones de pesetas entre enero y octubre, según datos del Ministerio de Economía. De acuerdo con estas cifras, los créditos exteriores netos ascendieron en los diez primeros meses a 326.000 millones de pesetas, frente a los 271.700 millones de pesetas del mismo período de 1989, lo que supone un aumento de 54.300 millones.

La existencia del depósito previo impidió, según fuentes empresariales, que el sector privado se beneficiase de este aumento ante el encarecimiento que acarrea la inmovilización gratuita del 30 por 100 del crédito.

La existencia del depósito previo ha recibido numerosas críticas tanto por parte del sector financiero como de la CEOE, que en distintas ocasiones ha tildado de medida de 'arancel del dinero' (*).

Concitándose en los préstamos financieros que estamos estudiando todos los requisitos que acabamos de exponer —y teniendo en cuenta lo dicho acerca del **meritado** depósito previo—, los mismos quedan pertinentemente liberalizados por el impulso sinfónico de las Circulares que acabamos de circunstanciar, liberalización, empero, no directamente ejecutiva, sino congruentemente atemperada en cuanto a la modulación de su concreta practicidad, a la verificación a la que alude la norma 3.^a de la meritada Circular 6/1987, filtro homologador cuyo trámite inicial se inicia con la presentación en el Banco de España de todo el bloque peticional escriturario relacionado por su indicada norma 3.^a, en su apartado 1.a), según el cual:

(*) Una vez escrito este trabajo se ha adoptado por el Banco de España su Circular 2/1991, de 15 de marzo, supresora del depósito al que hemos hecho mérito.

"1. A efectos de su registro estadístico y asignación del correspondiente Número Operación Financiero (NOF) a que se refiere la norma 4.^a:

- Nombre del prestatario, domicilio, teléfono y código de identificación.
- Nombre y domicilio del prestamista y, en su caso, participación en el capital social del prestatario.
- Clase de moneda e importe del préstamo.
- Comisiones, en su caso.
- Tipos de interés anual y período de pago.
- Si los costos fiscales por intereses y/o comisiones son a cargo del prestamista o del prestatario.
- Garantía, en su caso.
- Calendario de amortización".

Acaecida la presentación del supradicho —y ciertamente prolijo y minucioso— acervo documental (que deberá acontecer, por imperativo del último apartado de la norma 3.^a de la Circular motivante de estos comentarios, con quince días de antelación, al menos, respecto a la fecha de la primera disposición del préstamo), el Banco de España, destinatario del mismo, procederá, dentro de dichos quince días, a controlar debidamente los instrumentos integrantes de tal conjunto documental, verificación legalista que desembocará en una adveración positiva o negativa, dilema operacional de homologación y aquilatamiento de textura tasada, que se traducirá en una congruente actitud administrativa de rechazo a la operación pretendida o, por el contrario, en un contraste funcional positivo de la misma, tamizaje cenital oportunamente materializado —desde el punto de vista burocrático— en la asignación del correspondiente Número de Operación Financiera (NOF), permitiente de la plena virtualidad operativa del préstamo previa y debidamente verificado.

Decíamos con anterioridad que el componente decisonal a ejercer por el Banco de España en este ámbito es de perfiles tasados, en cuanto irrefragablemente sustraído a cualquier connotación de discrecionalidad, siendo todo ello forzado corolario del régimen de liberalización que la Circular que estamos observando impone, *praxis* operativa que únicamente consiente al Banco de España —**emplazado** en la encrucijada de decisonabilidad al respecto— una pura labor de filtro o control automático convenientemente proyectado sobre la regularidad global de la operación financiera a articular.

De todos modos, tal verificación deviene esencial para la correcta funcionalidad de la supradicha operación, ya que sin ella faltaría el soporte consistente en la asignación del correspondiente NOF, número identifica-

tivo al que alude directamente la norma 4.^a de la Circular que estamos viendo, al decir que:

"1. El Banco de España comunicará al prestatario el Número de Operación Financiera (NOF) asignado a cada préstamo para su comunicación por el prestatario a la entidad delegada a través de la cual vayan a efectuarse los movimientos de fondos".

Por otra parte, y ya en referencia plural a los préstamos que estamos escudriñando, y a los no liberalizados, el apartado siguiente de la supradicha Norma Cuarta se encarga de testimoniar que:

"2. El período de validez para la utilización del NOF asignado a cada operación será de tres meses a partir del día de la fecha de tal asignación en el caso de los préstamos liberalizados; en el caso de los préstamos sometidos a previa autorización, este plazo de validez se fijará en función de las características de cada operación en el momento de su comunicación a los interesados.

En ambos casos no podrá disponerse de los préstamos transcurridos los períodos de validez asignados para la utilización de los NOF respectivos".

Siguiendo por esta línea expositiva, hemos de poner de relieve que el componente discrecional de la Administración al efecto es mínimo, pero que, de todos modos, la imprescindible asignación del aludido NOF —atribución de importancia considerable tal como resulta de lo supradicho— viene a operar, en gran medida, como una autorización equivalente, de la cual va a depender, en realidad, la efectividad de la liberación programada por la Circular que estamos viendo, tema del que se han ocupado con su habitual buen criterio D. ALVÁREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, autores que en la edición de 1990 de su supraindicada obra, página 1204, ponen de manifiesto la fundamentalidad del trámite conferitivo dicho, característica que los precitados autores se encargan de resaltar apuntando literalmente que:

"La obtención de este NOF es, sin embargo, esencial, pues la circular (norma 4.^a) exige que el interesado lo comunique a la entidad delegada a través de la cual vayan a efectuarse los movimientos de fondos (normalmente mediante la presentación del escrito del Banco de España en que lo asigne). De forma que si el Banco de España no asignara el NOF a una operación, aun cuando ello no fuera legalmente equivalente a una denegación del préstamo, en realidad surtiría los mismos efectos prácticos", resultado práctico, entiendo, a mi vez, cuya idoneidad burocrática podrá residenciarse —en el supuesto de que el postulante frustrado lo considera conveniente— ante las pertinentes instancias de la recurribilidad antes las que sea legítimo postular al efecto, y ello tanto en el plano administrativo como en el netamente judicial.

Por otra parte, y ya en concreta referencia al plazo de disponibilidad del préstamo en cuestión, se plantea el tema de determinar qué es lo que ocurre cuando el mismo aparece sometido a la eventualidad de una cadencia consuntiva fraccionada en diversas utilizaciones periódicas, hipótesis en la que surge el problema de si el conjunto de ellas ha de tener lugar dentro del referido plazo o si esto debe acontecer sólo respecto la primera, cuestión ciertamente polémica que ha preocupado, asimismo, a los supradichos autores, quienes en la página 1205 de su pluricitada obra —edición 1990— se decantan por la primera de las alternativas operatorias posibles, o sea, aquella que impone la practicidad íntegra de todas las posibles disponibilidades previstas dentro del calendado plazo de tres meses, siendo simple consecuencia de ello, tal como se encargan igualmente de subrayar los precitados autores, en el que aquellas utilizaciones parciales que se hallaren pendientes al vencimiento del meritado plazo no puedan llevarse a efecto sin nueva comunicación al Banco de España, criterio, no obstante, mitigado cuando las sucesivas —e hipotéticas— disposiciones parciales se hubieren circunstanciado en los trámites peticionales tendentes a la obtención del referido NOF, supuesto en el que la concesión de éste puede considerarse como auspiciadora de una habilitación concreta de todo el ulterior *agere licere* relativo a la modulación consuntiva convenida.

Siguiendo en esta misma línea expositiva, voy a referirme ahora a una cuestión cuyo debate podríamos retrasar hasta el momento en que en esta obra se efectúe la exégesis del antes transcrito artículo 17.1, análisis que acontecerá en uno de los tomos a venir. De todos modos, y a fin de ofertar el máximo de coherencia al estudio de esta problemática, voy a aludir en este momento a cuál sea el alcance del control de legalidad a desplegar por los Notarios y Registradores en el ámbito de sus sendas competencialidades proyectadas sobre esta penumbrosa materia, y al respecto tengo que puntualizar que la práctica del mismo en lo que incumbe a los Notarios resulta simple en extremo, debiendo contraerse a la comprobación de si tal supuesto cuenta con el respectivo NOF (y en caso afirmativo a la adecuación del mismo al supuesto planteado), accediendo a su correspondiente débito profesional si así acaeciese y denegándolo en caso contrario.

Se suscita particularmente al respecto el problema de si los indicados profesionales deben entrar a depurar, antes de la prestación de sus respectivos débitos competenciales, si la operación crediticia de que se trate acredita una asignación de NOF vigente o caducada, caducidad que proviene del hecho de que, tal como hemos indicado, no se haya dispuesto del capital prestado dentro de los tres meses contados desde el día de tal asignación (tratándose de los créditos liberalizados objeto de análisis) y cuya concurrencia determina la frustración de la operación en cuestión,

todo ello en obsequio al concreto *dictum* (antes transcrito) de la norma 4.^a, apartado 2, de la Circular del Banco de España 6/1987.

Salvo mejor criterio, entiendo que la disponibilidad de los fondos que constituyen el objeto de los préstamos que estamos viendo (que se materializa en una entrada efectiva de las divisas convenidas y en consecuente conversión en pesetas a través de su cesión al mercado español de la misma, entrada que determina la práctica de una "comunicación de cobro —modelo R— aplicada al código estadístico 16.20.01, de conformidad con lo estipulado por la Carta-Circular del Banco de España de 20 de marzo de 1986) no constituye, en principio, un dato a advenir por parte del fedatario interviniente, a quien no tiene por qué constarle, en el momento de autorizar la escritura de que se trate, si tal disposición ha tenido o no lugar, todo ello sin perjuicio de que pueda demandar a los comparecientes una concreta manifestación acerca de la vigencia del indicado NOF y de que deba rehusar su ministerio si por cualquier motivo fehaciente tuviese acabado conocimiento de la ilicitud de la operación (*).

Cuando se trate de préstamos financieros hipotecarios, los Registradores de la Propiedad, al inscribir la escritura de hipoteca (figura que para el Control de Cambios se halla íntegramente liberalizada si lo está el crédito garantizado) únicamente deben cerciorarse de que la operación financiera subyacente acredita el correspondiente NOF (que deberá reflejarse en la escritura en cuestión) sin hallarse legitimados para demandar su aportación ni la constancia en la escritura de la fecha de su concesión. De todos modos, si de la misma resultare claramente la ilicitud de la operación por haber caducado los efectos operativos de la indicada asignación, deberán denegar la práctica de la inscripción de la hipoteca pretendida (por ejemplo, cuando en la escritura calificada no sólo quedare reflejado el aludido NOF, sino también la fecha de su atribución y la extemporaneidad de la disposición de fondos a la que hemos hecho referencia).

Lo que se deduce de las líneas basales del sistema que acabamos de describir —que tiene en la tenencia del referenciado NOF su clave de bóveda— es que la Administración española, si bien irresistiblemente inserta, por exigencias endógenas y exógenas, en una dinámica liberalizadora que, a la postre, devendrá irresistible, desea tener un conocimiento puntual y exacto de las operaciones financieras que puedan instrumentarse bajo la égida normativa aludida, articulación que, por otra parte, debe

(*) Todo lo dicho precedentemente resulta asimismo aplicable, con las salvedades de rigor, a aquellos supuestos en que los préstamos internacionales considerados se instrumenten haciendo uso de la regla *locus regit actum* (es decir, con ateniimiento a las formalidades extranjeras de rigor) o con intervención de los Cónsules o Corredores Colegiados de Comercio).

efectuarse, si no “**pura y simplemente**”, sí, por lo menos, dentro de un plazo razonable —el de tres meses, contados desde el día de la atribución del correspondiente **NOF**—, período temporal que dada su evidente perentoriedad excluye la virtualidad de maniobras financieras turbias, torticeras o encubiertas en las que pudiere predominar el objetivo de acreditar la disponibilidad de fondos de maniobra procedentes del exterior para su consecuente utilización en el momento oportuno, eventualidad que podría presuponer, por su propia e intransferible **mismidad**, un eventual perjuicio para los intereses financieros españoles, considerados en su más lata globalidad.

1.b) Préstamos financieros no liberalizados

Todas aquellas operaciones financieras que, participando de la naturaleza intrínseca de los créditos que estamos ahora estudiando, no acrediten en su integridad las condiciones que se requieren por la preceptiva supradicha para su legítima articulación liberalizada (y que acabamos de reseñar), deben someterse inexcusablemente al dogal burocrático de la pluri-mencionada autorización previa, credencial administrativa habilitante de su ulterior conformación, requerida desde perspectivas normativas generales —y de máximo nivel— por el artículo 3.1.8 del Real Decreto 2402, y desde ángulos ordinamentales especializados, por una interpretación literal, sistemática y coherente, *a contrario*, del bloque de Circulares al que venimos haciendo constante alusión en estas páginas, siendo, a estos efectos, sumamente trascendente y revelador el criterio preceptual que emerge de las normas 2 y 3.1.b), de la número 6/1987, de 13 de marzo, del Banco de España, preceptos que vienen a adjetivar el procedimiento encaminado a la obtención de la autorización a la que hemos hecho alusión *ut supra*, discernible en su caso por el Banco de España (Decreto 1791/1973, de 26 de julio) diciendo al respecto la primera de las disposiciones citadas que:

"La autorización administrativa requerida para los préstamos exteriores que no queden liberalizados de acuerdo con lo dispuesto en la norma 1.^a se considerará automáticamente otorgada si en el plazo de quince días hábiles, a contar desde la fecha de entrada de la solicitud correspondiente en el Registro del Banco de España, éste no ha emitido notificación denegatoria o no se ha dirigido al solicitante en reclamación de datos adicionales, en cuyo caso el plazo de quince días hábiles se empezará de nuevo a contar a partir de la fecha de entrada en el Registro del Banco de España de los datos de nueva solicitud o de la solicitud modificada".

De esta norma, cuya importancia en los niveles especulativos que estamos dilucidando no es necesario resaltar, se desprende quién titulariza

la capacidad decisoria al efecto, aptitud competencial atribuida en exclusiva al Banco de España, organismo de marcado protagonismo en el sector financiero doméstico, que comparte con la DGTE todo el conjunto de decisionabilidad ejercible en el área crematística del sector exterior, ejercicio compartido que procede de la liquidación del extinto IEME y consecuente desglose y distribución de sus habilidades entre las dos instancias administrativas dichas —ver Decreto 1791/1973, especialmente su artículo 1), apartados i) al s)—.

Efectuada tal delimitación competencial por la norma (de la Circular) supradicha, que en realidad se limita a corroborar en su integridad criterios nomotésicos ya perfectamente consolidados en estas áreas, la misma se encarga de puntualizar cuáles pueden ser los concretos comportamientos decisorios del Banco de España, una vez recibida por éste la consiguiente documentación iniciadora del expediente de autorización de que se trate, actitudes burocráticas resolutorias alternativamente materializadas, o en el discernimiento expreso de la oportuna autorización (y del NOF consiguiente), o en el pertinente rechazo motivado de la misma, o bien en la solicitud de documentos adicionales cuando el acervo instrumental aportado como justificador de la idoneidad de la petición obsecrada no se halle completo, o bien, en última instancia, en el mantenimiento de una absoluta posición silente sobre la viabilidad o no de la aludida pretensión deducida por el peticionario, hipótesis en la que entra en juego la progresiva figura del silencio administrativo positivo en virtud del cual tal pretensión se entiende tácitamente autorizada siempre que hayan transcurridos —en la meritada actitud silenciosa— quince días hábiles, contados desde la fecha de la entrada de la solicitud correspondiente en el Registro del Banco de España.

Continuando con el presente delineamiento expositivo de esta temática, hemos de poner de relieve que la indiscutiblemente contundencia semántica que utiliza el autor de la norma 2.^a que estamos analizando (la autorización se considera "automáticamente otorgada" transcurrido silente el indicado plazo) no ha recibido la pertinente respuesta ejecutiva, permitiente de una vertebración ágil del préstamo autorizado en virtud de tal técnica funcionarial, sino todo lo contrario, al subordinarse la efectiva practicidad de tal tácita autorización a la asignación correlativa del indicado NOF, conferimiento que en esta hipótesis, incluso más que en la anteriormente vista, puede considerarse como una auténtica autorización equivalente y paralela a la expresa no concedida (y teóricamente obviada por la técnica a la que venimos refiriéndonos).

Ciertamente, y ello es destacado muy bien por los supracitados autores, tal *praxis* es engendradora de multitud de problemas dado su inevitable escoramiento hacia la indefinición e incertidumbre, problemas conectados

con la plausible incidencia de los intervinientes en la tesitura peticional en cuestión en posibles errores y responsabilidades (interpretar falazmente eventuales —y simples— retrasos como indicativos de autorizaciones por silencio, manifestaciones torticeras de los interesados acerca de este punto, etc.); pero con la exigencia de la atribución del supradicho NOF el proceso obsecratorio alcanza una morosidad ejecutiva absolutamente incompatible con la pregonada versatilidad y fluidez que se pretendía conseguir en esta materia, morosidad materializada en la posible incuria del Banco de España —en su consideración de protagonista indiscutible (y exclusivo) en estas áreas— respecto al otorgamiento del correspondiente NOF, actitud que obligaría —pese a considerarse automáticamente concedida la autorización por el consiguiente silencio administrativo positivo que instaura la Circular que estamos considerando— a instar la atribución del calendario NOF por la vía de la pertinente recurribilidad administrativa (y, en su caso, judicial), frustándose así, en la práctica, el objetivo agilizador antes evidenciado.

Una vez vista la regla competencial básica en este sector y las posibles actitudes burocráticas que respecto al tratamiento de la pretensión deducida al efecto puede adoptar el supradicho Banco de España, es hora de reseñar el contenido del escrito iniciador del expediente al que venimos haciendo alusión, texto de abarrotada riqueza requisital al que alude pertinentemente el apartado *b)* de la norma 3.^a de la Resolución motivante de estos comentarios (la 6/1987, de 13 de marzo, del Banco de España), al decir literalmente que:

“*b)* Cuando se trate de préstamos exteriores que queden sometidos a previa autorización, los interesados deberán presentar en el Banco de España escrito en el que, además de los datos reseñados en el punto anterior (que quedó transcrito con anterioridad), se indiquen los datos complementarios siguientes:

- Porcentaje de participación extranjera en el capital social.
- Oferta del prestamista.
- Último balance de situación del prestatario firmado por persona con bastante poder.
- Fotocopia de la "Tarjeta de persona jurídica y entidades en general" o del "Documento Nacional de Identidad" si se trata de persona física.

Tras este conjunto de vertencias sobre la materia que ha constituido nuestro objetivo prioritario de exposición, sólo me queda puntualizar que también en la hipótesis crediticia que estamos considerando en este preciso *tempus* expositivo se requiere la práctica de los depósitos a los que alude

la Circular 1/1989, de 31 de enero, del Banco de España, exigencia que resulta de aplicación a todo tipo de préstamos o créditos financieros exteriores, sea cual fuere su concreta naturaleza y componente dinerario, siempre que el mismo pertenezca alternativamente a la categoría de divisas o pesetas convertibles o ECUS, tal como resulta de la norma 1.^a, anteriormente transcrita de la supradicha Circular.

Concluyo con el devanado de este tenue hilo argumental sobre los préstamos objeto de estas reflexiones poniendo de relieve el significado preceptual del apartado segundo de la norma 5.^a, pasaje ordinamental en el que puede leerse que:

"La amortización de los préstamos sometidos a previa autorización deberá efectuarse precisamente en los plazos y condiciones que se hayan hecho constar por los interesados en las solicitudes autorizadas; cualquier modificación en unos y otros deberá ser objeto, a su vez, de autorización, siguiendo el procedimiento previsto en la norma 2.^ª".

Este precepto, que cubre eventuales acuerdos novatorios afectantes al prestamista primigeniamente autorizado, acredita idéntico objetivo que el contenido en el primer apartado de la misma norma 5.^a (y que con anterioridad transcribimos) en virtud de la remisión que contiene, dando entrada en este ámbito operativo a la *praxis* del silencio administrativo positivo a la que antes hicimos alusión, siendo asimismo traíbles ahora a colación todas y cada una de las reflexiones que sobre tal técnica vertimos en las páginas precedentes, especialmente las referentes a la atribución del NOF (que en el supuesto de alteración sustancial de las circunstancias inicialmente convenidas del préstamo de que se trate parece lógico que experimente la correspondiente modificación); NOF, por otro lado, cuya tenencia por parte de los intervinientes en la operación en cuestión deberá ser controlada por los Notarios y Registradores de la Propiedad en los términos antes vistos en relación con los préstamos liberalizados, si bien, y respecto a los que ahora nos ocupan, ha de tenerse en cuenta que su plazo de vigencia no se computa de la forma antes indicada ni acredita la dimensión cronológica propia de los primeros (tres meses contados desde el día de su asignación, plazo en el que deberá acaecer la disponibilidad del crédito de que se trate), sino que su concreta beligerancia (durante el cual deberá tener lugar la supradicha disponibilidad) deberá ser fijada, caso por caso, por el Banco de España, fijación que quedará plasmada en el oficio remisivo del indicado NOF a las partes interesadas.

ah) En pesetas convertibles

De tales componentes económicos, integrantes del dispositivo solutorio foraneizado previsto en el entorno de aplicación del artículo 2.1.1.b) del

RIE nos hemos ocupado con la suficiente extensión en el volumen I del tomo I de esta obra (en especial en su capítulo XI). Siendo ello así, nos remitimos a lo allí explicado respecto a la conceptualidad y metodología operatoria de tales fondos, todo ello sin perjuicio de que posteriormente, y al circunstanciar determinadas especialidades enlazadas con la temática que estamos actualmente desentrañando, retomemos, como adecuado —aunque breve— recordatorio algunas de las reflexiones que allí vertimos, especialmente aquellas conectadas con la posibilidad de que residentes "reales" en nuestro país mantengan la titularidad, en concepto de no residentes metafóricos, de las cuentas bancarias objetivadas en las mencionadas pesetas convertibles que estamos viendo, cuestión que acaecerá ulteriormente, bastándonos decir ahora, previa la remisión antes aludida, que los préstamos financieros efectuados por no residentes a residentes en las meritadas pesetas discurren por los cauces de procesalidad anteriormente vistos cuando aludimos a tales préstamos en su eventual cifraje en divisas o ECUs, siendo de reseñar el efecto que la habilidad competencial para conceder o denegar las credenciales que permitan la legítima articulación de los mismos (o sea, de los préstamos financieros en pesetas convertibles que estamos considerando), si bien no aparece expresamente formulada por el antes citado Decreto 1791/1973, de 26 de julio, ni por el también mencionado Real Decreto 222/1987, de 20 de febrero (conjuntos ordinamentales que se encargan desde sus delimitadas estrategias normativas de efectuar la pertinente distribución competencial en el ámbito de los préstamos y créditos conectados con el sector exterior), en la práctica siempre ha sido la misma titularizada por el Banco de España, tema del que se ocupan D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, en la edición de su pluralizada obra de 1990, autores que en la nota a pie de página 1200 de la misma señalan literalmente sobre el particular que:

"Al desaparecer el IEME en 1973, sus competencias para 'autorizar la obtención de créditos en divisas' quedaron atribuidos, en cuanto a los de carácter financiero, al Banco de España (Decreto 1791/1973, de 26 de julio). Aun cuando ello parece excluir los cifrados en pesetas (que el propio Decreto asignaría al entonces existente Ministerio de Comercio y, dentro de él, a la Dirección General de Transacciones Exteriores), parece razonable interpretar que la distribución de competencia pretendió en realidad asignar la relativa a los préstamos financieros al Banco de España y la relativa a los créditos comerciales a la DGTE. En base a este criterio, los préstamos financieros del exterior, tanto en divisas como en pesetas convertibles, han estado tradicionalmente regulados por el Banco de España, que ha ejercido las competencias en la materia".

- aa') Referencia expresa a los préstamos y créditos hipotecarios
(en divisas, pesetas convertibles o ECUs) otorgados
por no residentes en favor de residentes
para la adquisición de inmuebles sitos en el extranjero

El encaje de esta modalidad crediticia dentro de la categoría genérica de los préstamos y créditos financieros no deja de presentar serias fisuras de concepto. De todos modos, vamos a incluirla dentro de la misma en atención a que su cifraje se efectúa en divisas (o en los indicados componentes financieros asimilados a estos efectos a las mismas).

Por lo que concierne a las cuadernas esenciales de su constitutividad liberalizada, las mismas aparecen recogidas por el texto del artículo 21 de la Orden de 19 de diciembre de 1988 (disposición encaminada a aportar el pertinente respaldo ejecutivo al Real Decreto 2374/1986, de 7 de noviembre, sobre inversiones españolas en el exterior), precepto que postula literalmente que "se autoriza con carácter general la obtención por residentes de créditos hipotecarios otorgados por no residentes destinados a la adquisición de inmuebles en el extranjero. A tal efecto, el interesado hará constar las características del eventual crédito hipotecario en el modelo TE-19 de verificación de la inversión en inmuebles. La entidad delegada domiciliataria podrá proceder a los pagos periódicos que se deriven del crédito aplicando la comunicación de pago al número del correspondiente TE-19".

Del artículo transcrito resulta, por lo que se refiere a los componentes subjetivos de la figura, que los mismos son un no residente, en cuanto concedente del crédito (persona física que puede ser el propio vendedor) o persona jurídica (bancaria o no) y un residente (persona física o jurídica, siempre que se concite en su persona la calidad de comprador del inmueble en cuestión). Desde el punto de vista objetivo, la nominación del crédito o préstamo en divisas, pesetas convertibles o ECUs resulta evidente. Desde el punto de vista teleológico se requiere que la cantidad prestada se destine precisa —y forzosamente— a la adquisición de un inmueble ubicado en el extranjero, es decir, a la congruente financiación de la correspondiente inversión extranjera materializada por un residente en España en otro país.

Sobre este trípole requisital se asienta la liberalización programada, que exige, a fin de que su articulación devenga legítima, que la adquisición inmobiliaria que nos ocupa resulte verificada positivamente por la DGTE, con lo que la consecución de esta credencial se constituye en un *prius* de la calendaria instrumentación, razón por la que en el modelo TE-19 de verificación positiva deben constatarse las características sustanciales de la operación financiera que se pretende, siendo de notar que el meritado

trámite opera sobre la adquisición del inmueble en sí y no sobre el préstamo o crédito que nos ocupa destinado a su pago, aunque en puridad y al circunstanciarse en el indicado modelo TE-19 sus rasgos fisonómicos básicos (personales y de positivación dineraria) y funcionales puede pensarse racionalmente que la supradicha verificación alcanza al referido crédito.

Siguiendo en este orden cognicional, tengo que poner de relieve que la modalidad crediticia que estamos viendo ha sido especialmente considerada, desde el punto de vista estrictamente operatorio, por la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990, por la que se dan normas para la comunicación de los créditos hipotecarios destinados a la adquisición de inmuebles, conjunto ordinamental que se ocupa específicamente del diseño del tal operatoria en su artículo 2, según el cual:

"1. Los créditos hipotecarios concedidos por Entidades de financiación no residentes a personas residentes destinados a la adquisición de bienes inmuebles sitos en el extranjero, autorizados con carácter general por la Orden de 19 de diciembre de 1988, sobre inversiones españolas en el exterior, darán lugar a las siguientes anotaciones que habrán de quedar formuladas no más tarde del pago de la primera cuota de intereses y/o amortización:

Comunicación de cobro modelo R(2) aplicada al código estadístico 17.01.01 compensada con

Comunicación del pago modelo A(4) aplicada al código estadístico 14.50.01 ó 14.51.01, según proceda, efectuadas de acuerdo con la Orden de 19 de diciembre de 1988.

2. Las amortizaciones e intereses darán lugar a comunicaciones de pago modelo A(4), aplicadas a los códigos 17.01.02 y 17.01.03.

3. En todas estas comunicaciones aparecerá como titular el residente comprador del inmueble.

La entidad delegada pagadora de la citada primera cuota deberá realizar las comunicaciones a que se refiere el párrafo 1 anterior, salvo que éstas se hubieran realizado inicialmente en el momento de la disposición del crédito, a cuyo efecto dicha entidad delegada requerirá del inversor la acreditación documental correspondiente a tal extremo".

Concluyo esta breve reseña sobre el particular poniendo de manifiesto que la modalidad crediticia que estamos considerando no requiere, a diferencia de lo que sucede con otros supuestos, el otorgamiento funcional del consabido NOF, con lo que podrá procederse sin más al otorgamiento de la escritura notarial pertinente, previo, por supuesto, el control de legalidad positivo a practicar por el fedatario llamado a intervenir competencialmente, control que deberá contraerse a la comprobación de que en el supuesto planteado se dan cita los presupuestos subjetivos y objetivos

de legítima constitutividad a las que nos hemos referido con anterioridad, bastando, por lo tocante al teleológico, con la aseveración al respecto de los otorgantes (aseveración cuya postrera practicidad es de imposible ad-
veración por parte del fedatario en cuestión bastando que los mismos presenten la verificación positiva antes dicha), debiendo procederse, una vez autorizada la escritura, a su inscripción en el Registro de la Propiedad, previa calificación positiva de la misma, siempre partiendo de la base de que el inmueble hipotecado se halle sito en España.

ac) En pesetas ordinarias

De estos activos crematísticos, herederos directos de las anteriores pesetas interiores, nos hemos ocupado con suficiente amplitud en el antes citado capítulo XI, volumen I del tomo I de esta obra, lugar a donde nos remitimos presentemente, limitándonos ahora a poner de relieve que suscita cierta polémica la cuestión de si los mismos pueden ser utilizados como integrantes de préstamos financieros concedidos por no residentes (los titulares de las cuentas que contengan tales fondos) a residentes, problema que justamente desazona a D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, autores que en la edición de 1990, de su antes dicho libro, en la nota 13, a pie de la página 1202, tras resaltar el absoluto carácter de "préstamo exterior" de tal hipotética modalidad (y financiero, agregaría yo), llegan a la conclusión —que comparto en su plenitud— de que los mismos, por no encajar en los términos literales de permisión oportunamente utilizados por la Circular 6/1987 (que únicamente alude —como sabemos— a los préstamos en divisas, pesetas convertibles y ECUs) sólo resultan lícitamente articulables mediando una previa y expresa autorización administrativa, autorización demandable en virtud del imperioso pedimento de contornos muy generales contenido en el antes dicho artículo 3.1.8 del Real Decreto 2402/1980, posición científica plenamente coherente, por demás, con la concreta normación que de la disponibilidad genéricamente autorizada de los fondos que nos ocupan hacen los conjuntos ordinamentales que se encargan de su disciplina, bloques de preceptualidad —Resolución de la DGTE de 20 de diciembre de 1985, Circular 33/1986, de 18 de marzo— que establecen en concreto *dictums* las posibilidades financieras liberalizadas de los supradichos fondos (realización de gastos de estancia en España por parte de su titular, traspaso a otras cuentas similares y pago de inversiones extranjeras), relación taxativa en la que no se incluye ciertamente la alternativa sometida a discusión, la cual, en su caso, tendría que acogerse a lo conjuntamente previsto por el artículo 4.4 de la Resolución dicha *ut supra* ("cualquier otro destino de los saldos de

estas cuentas distinto de los mencionados en los párrafos anteriores —y que hemos apuntado *antes*— requerirá autorización de la Dirección General de Transacciones Exteriores”) y la instrucción 2.^a, *in fine*, de la Circular también aludida *ut supra*, disposición que reproduce prácticamente, *pari pasu*, el texto que acabamos de transcribir y que conduce —en su adecuada y lógica sinergia con el mismo— a la plena corroboración de la tesis doctrinal antes expuesta, a la que —*repito*— me adhiero sin reservas, conclusión determinante de que la eventual instrumentación pública de la modalidad debatida sólo resulta factible previa comprobación por parte del fedatario interviniente (y del Registrador de la Propiedad, si el supuesto dispone de cobertura hipotecaria), de que los interesados han obtenido previamente la oportuna autorización administrativa y de que el préstamo o crédito en cuestión encaja en el marco de operatividad habilitado por la misma, autorización cuya discernibilidad parece competir a la DGTE, aunque en honor a la verdad la posible intervención al efecto del Banco de España no sería descartable.

Tras este rosario de reflexiones sobre la modalidad crediticia cuyos perfiles operativos más sustanciales acabo de explyar, voy a referirme ahora, aprovechando la presente coyuntura analítica, a un punto que acredita especial conflictividad y que resulta directamente entroncado con la problemática que concita el eventual manejo de las pesetas ordinarias procedentes de cuentas extranjeras, aspecto que es el relativo a las condiciones en que debe desenvolverse su posible uso solutorio en España, tema que si bien fue inicialmente debatido en el volumen I del tomo I de esta obra (concretamente en su capítulo XI —y que lo será ulteriormente cuando abordemos la exégesis del art. 18 del RIE—) merece ser tratado presentemente también dado que las dudas motivadas por lo complejo —y en ocasiones *elíptico*— de su enrevesada normativa atosigan y perturban de forma harto considerable a los operadores jurídicos que por razones profesionales deben tenerlas en cuenta.

Como primera providencia, tengo que poner de manifiesto que las pesetas ordinarias procedentes de cuentas extranjeras constituyen simples unidades de cuenta (y, a lo sumo, dinero escriturario o bancario), pero no auténticos medios solutorios con poder liberatorio, valor facial y acuñación singularizada, características que arropan exclusivamente a las pesetas comunes que son las únicas —*jurídica y fácticamente*— existentes. En segundo término, es importante constatar cómo el ordenamiento básico sobre el Control de Cambios partió en su aproximación ordinamental a la eventual utilización en el sector exterior de cualquier medio de pago, sea cual fuere el concreto signo económico de su cifraje, de un neto sentido restrictivo y de un acusado protagonismo (en cuanto a la instrumentación de su respectiva operatoria crediticia o solvencia!) de las llamadas Entida-

des delegadas, resultando tales claves, por lo tocante a la primera de las aducidas, del inequívoco lenguaje legal utilizado por el artículo 2 de las LRJCC, antes transcrito y aludiendo a la segunda de las premisas anunciadas el artículo 5 (también literalizado con anterioridad).

Tales preceptos, que constituyen los soportes básicos del sistema de intervención al que se atiene nuestra normativa sobre el particular, fueron desarrollados, en una primera y global aproximación reglamentaria, por diversos artículos del Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, asumiendo especial relevancia normativa al efecto del 6 de tal conjunto normativo (también transcrito previamente).

En virtud de este precepto, todo el efectivo manejo solutorio de medios de pago (de la índole que éstos sean, incluyéndose entre los mismos —obviamente— los cifrados en pesetas ordinarias procedentes de cuentas extranjeras) queda írrigidamente encorsetado por la necesidad de que en su concreta practicidad intervengan las entidades delegadas a las que alude el precepto en cuestión; entidades que, del propio modo, deberán ser lideradas, a tales efectos, por lo establecido en la normativa sobre control de cambios.

A su vez, cuando el susodicho potencial uso solutorio se pretenda efectivizar con instrumentos financieros de procedencia exterior, resulta imprescindible no olvidar que su eventual introducción en España tendrá que atemperarse a las pautas operativas de restricción debidamente preordenadas por el artículo 3 del pluricitado Real Decreto 2402/1980, cuyo párrafo 1.2.^a somete a autorización previa “la importación de moneda metálica española, billetes del Banco de España o cualquier otro medio de pago o instrumento de giro o crédito cifrado en pesetas”, cifraje que puede cuantificarse en las aludidas pesetas ordinarias cuando de dinero escriturario se trate (talones, cheques, pagarés, letras de cambio, etc.).

Siguiendo con este orden de cosas, y en méritos a todos los apuntes normativos que acabamos de colacionar, resultan indiscutibles las siguientes consecuencias:

a) Las pesetas ordinarias que estamos viendo carecen de sustantividad en su hipotética toma en consideración como dinero propiamente dicho.

b) Su caracterización jurídica debe provenir de su consideración como unidad de cuenta eventualmente incorporable a medios de pagos materializados en dinero bancario o escriturario.

c) En tal concepto —y no como pesetas faciales, teniendo en cuenta lo supradicho— su introducción en España (sea cual fuere la calidad residencial de su potencial porteador) se halla sometida a la autorización

previa programada por el indicado artículo 3.1.2.º del Real Decreto 2402/1980.

d) Obtenida ésta; los medios de pago legítimamente introducidos serán utilizables únicamente de la forma prevista en la preceptiva sobre control de cambios, *praxis* en la que acreditan un papel destacado las supradichas entidades delegadas y cuya efectividad requiere a tenor de lo estipulado por tal preceptiva, *ex* artículo 6 del Real Decreto antes aducido, la imprescindible consecución de la pertinente autorización administrativa previa.

Tales son —a bote pronto y en apretada síntesis— los vectores fundamentales que sirven de apoyatura a los trámites de introducción y potencial uso solutorio de todos los medios de pago operativos en nuestro ordenamiento, premisas ordinamentales que deben contrastarse con otras ulteriores que puedan, en su caso, matizar los apremios generales dichos.

Así, y por lo tocante a la supradicha introducción en España de los meritados medios de pago, es de tener en cuenta la existencia de una norma liberalizadora posterior que se ocupó en mitigar el rigor proveniente del antes indicado artículo 3.1.2.^a del Real Decreto 2402/1980, disposición que se constituye en albacea de otras previas dictadas sobre la misma materia y que es la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 13 de marzo de 1987 sobre gastos de viaje y estancia en el extranjero y movimientos de divisas y pesetas por frontera, texto que se ocupó en su capítulo II de la temática relativa a la calendada introducción de "billetes y moneda de curso legal en España o en el extranjero, así como de cualquier otro medio de pago o instrumento de giro o crédito en pesetas convertibles o no en divisas", alternativa financiera que —y es justo reseñarlo— no se refiere explícitamente a las pesetas ordinarias que estamos considerando, categoría que sólo en obsequio a una interpretación extensiva de tal precepto podría agazaparse en el último inciso del *dictum* transcrito, alojándola en concreto dentro de la dicción denotativa "pesetas convertibles", interpretación arriesgada, desde luego, pero que encuentra un importante apoyo en el hecho de que el propio artículo 6, en su párrafo 3, aluda genéricamente —en cuanto destinatarios de su congruente impulso normativo— a "medios de pago en pesetas", sin hacer esta vez expresa referencia a que los mismos se contraigan exclusivamente a las convertibles.

Dando como buena esta interpretación, la introducción en nuestro país de tales medios de pago queda ampliamente liberalizada, sustrayéndose tal avatar trayecticio de su sometimiento a las horcas caudinas levantadas por el antes indicada artículo 3.1.2.^a del Real Decreto 2402/1980, liberalizada que, en realidad, es la única que resulta de la supradicha

Orden, toda vez que la misma no se preocupa en absoluto de la eventual suerte que corran los medios de pago legítimamente ingresados (salvo si el destino de éstos toma cuerpo en una ulterior eventual salida de nuestro país, cuestión que ahora no nos interesa), aspecto que queda enteramente sometido a las directrices generales proveídas por el pluricitado Real Decreto 2402/1980, cuyo artículo 6 antes transcrito impone la obtención de una previa autorización para que tal manejo acontezca con regularidad, exigencia que resulta mitigada, por lo tocante a los gastos de estancia, tal como se desprende del artículo 7, antes transcrito del supraindicado conjunto normativo, criterio recogido a su vez para las cuentas extranjeras de pesetas ordinarias por el artículo 5 del Real Decreto 1723/1985, de 28 de agosto, según el cual: "1. Las cuentas extranjeras de pesetas ordinarias no podrán presentar en ningún momento saldo deudor. 2. Salvo autorización administrativa de carácter general o específica, los saldos de las cuentas extranjeras en pesetas ordinarias sólo podrán utilizarse para gastos de estancia en España".

En obsequio a todo lo hasta aquí explicado, resulta evidente que cuando el pago de los supradichos gastos liberalizados se efectúe con dinero escriturario (relativo a pesetas convertibles u ordinarias, del tipo de las tomadas ahora en consideración) su manejo bancario resulta imprescindible, instrumentación que podrá obviarse cuando los fondos de que disponga a tales efectos el viajero no residente, fácticamente ubicado en España, sean pesetas comunes, componentes económicos que resultan sustraídos a la necesidad de que su tenencia y eventual manejo en España discurra bancariamente, exigencia no requerida ni por la Orden de 13 de marzo de 1987, antes dicha, ni por ninguna otra disposición (cuentas en pesetas comunes a nombre de no residentes cuya hipotética apertura resulta proscrita, para los extranjeros, por las normas que lideran la titularidad de las operativas en el sector exterior).

Así pues, y dejando por un momento el posible empleo solvencial de los medios de pago cifrado en pesetas ordinarias (procedentes de cuentas extranjeras), vamos a referirnos brevemente, dado su entrañamiento con la cuestión que nos preocupa, del factible uso solutorio de las pesetas comunes de curso legal (bien sean éstas las introducidas por los no residentes en España de conformidad con la liberalización diseñada por la Orden antes mencionada de 13 de marzo de 1987, bien las procedentes de las disposiciones que efectúa el no residente contra las cuentas en divisas, pesetas convertibles o pesetas ordinarias (de cuentas extranjeras) que eventualmente tuviere abiertas en España, o bien, en última instancia, del correspondiente cambio de divisas o del oportuno cobro de un residente), pesetas que pueden destinarse, en su estricta calidad de tales, y de forma extrabancaria al pago de los correspondientes gastos de estancia de su

titular, *ex* artículo 7 del Real Decreto 2402/1980, o bien a su ingreso alternativo en una cuenta extranjera de pesetas ordinarias, abono que no necesitará ninguna apoyatura especial, salvo que tales pesetas se destinen a una inversión extranjera que acredite el pertinente derecho de transferencia al exterior, resultando el atenuamiento del tal *agere licere* al respecto de lo previsto en el artículo 4 ("1. Los saldos de estas cuentas podrán utilizarse libremente para realizar gastos de estancia en España o para efectuar traspasos a otras cuentas de pesetas ordinarias. 2. Se autoriza con carácter general el empleo de dichos saldos para la realización de inversiones extranjeras en España, cuyo régimen será el regulado en la Ley y Reglamento de Inversiones Extranjeras y en las disposiciones de desarrollo, sin perjuicio de lo establecido en la presente disposición. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 28, número 2, del Reglamento de Inversiones Extranjeras, estas inversiones no serán objeto de declaración al Registro de Inversiones, con excepción de lo establecido en el artículo siguiente. 3. Las inversiones mencionadas en el párrafo anterior no generarán derecho de transferencia al exterior a favor del titular, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente. 4. Cualquier otro destino de los saldos de estas cuentas distinto de los mencionados en los párrafos anteriores requerirá autorización de la Dirección General de Transacciones Exteriores") de la Resolución de 20 de diciembre de 1985, de la DGTE, por la que se regulan las cuentas que estamos estudiando en lo que ahora nos interesa, precepto complementado por lo estipulado al efecto por la instrucción 3.^a de la Circular 33/1986, de 18 de marzo de 1986 ("1. Los titulares de 'cuentas extranjeras en pesetas ordinarias' podrán ordenar traspasos de saldos de estas cuentas a las de pesetas ordinarias abiertas a nombre de residentes si se trata del pago de los conceptos enumerados en la instrucción 2.1.2. Las operaciones de abono en estas cuentas serán libres, sin necesidad de acreditar sus titulares el origen de los fondos, de conformidad con lo prevenido en el artículo 3 de la Resolución. No obstante, dicha libertad de abono no supone que el titular de las cuentas quede exonerado de las posibles responsabilidades en materia de control de cambios en que hubiera podido incurrir por las operaciones en las que se originaran tales fondos objeto del abono. 3. Los titulares de estas cuentas podrán efectuar en las mismas ingresos de billetes del Banco de España, sin límite de cantidad, tanto si los hubieran aportado a su entrada en España —art. 6.1.1 de la Orden de 24 de mayo de 1985, en la actualidad Orden de 13 de marzo de 1987, tal como hemos puntado antes, del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre franquicias dinerarias para viajes al extranjero, BOE de 3 de junio— como si las hubieran recibido en nuestro país, de acuerdo con las normas vigentes. 4. Las 'cuentas extranjeras de pesetas ordinarias' podrán ser también abonadas con los importes en pesetas:

procedentes de 'cuentas extranjeras de pesetas convertibles', y contravalor de divisas convertibles admitidas a cotización en el mercado español y de los billetes de Banco extranjeros. Que se comunicarán por las entidades delegadas mediante comunicación de cobro, modelo RO6, a facturar en los estados D-1 y C-1, respectivamente, con aplicación al código estadístico 11.02.99 —transferencias diversas de capital—. 5. Las comunicaciones de cobro efectuadas por las entidades delegadas al Banco de España, a que se refiere el número anterior, y la declaración por el no residente ante la Aduana de entrada de la introducción en España de billetes de Banco extranjeros —Circular núm. 925, de 19 de junio de 1985, de la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales, *BOE* del 29— servirán para acreditar el origen de los fondos a efectos de lo establecido en el artículo 5.1.1.^a de la Resolución").

En función de todas estas consideraciones, y ahora me adentro ya en el terreno que peculiarmente me interesa, las pesetas ordinarias pertenecientes a la categoría crematística que estamos evidenciando tienen un origen estrictamente bancario, encarnándose en los pertinentes saldos de las cuentas que las contienen (en cuanto unidades financieras), saldos que pueden ser utilizados, en consonancia con lo previsto en el antes transcrito artículo 4 de la precitada Resolución de la DGTE de 20 de diciembre de 1985 (y con la también literalizada instrucción 3.1 de la Circular 33/1986) para la realización de las inversiones en España; saldos, en definitiva, que al no poder tomar cuerpo en pesetas faciales, únicamente pueden incorporarse a dinero escriturario (talones, cheques, letras de cambio o justificantes de transferencias), dinero no líquido que en su recepción por parte del destinatario residente queda metamorfoseado, en última instancia —y a través de la oportuna conmutación—, en pesetas comunes, componentes económicos que le serán entregados por la entidad delegada interviniente.

En cualquier caso, me interesa resaltar que lo invertible son sólo los supradichos saldos (lo cual presupone ineludiblemente la previa existencia de una cuenta de donde los mismos resulten) y no pesetas ordinarias desconectadas de los mismos (fondos que ontológicamente no existen), siendo ello predicable tanto para el pago de las inversiones que no generen derecho de transferencia al exterior como para aquél de las que sí lo generen, hipótesis que la supracitada Resolución de 20 de diciembre de 1985 subordina a un sistema de previa verificación positiva del correspondiente proyecto, a través de la cual deberá adverarse —cuando se trate de abonos en las supradichas cuentas de pesetas comunes— la legítima procedencia de las mismas, origen que habrá de acreditarse en forma, y ello tanto si su titular las ha cobrado en España de un residente como si su introducción en ella se ha acompasado a la procura del artículo 6 de la Orden de 13 de marzo de 1987, posibilidad contemplada a los efectos que

nos interesan por la Circular 965, de 18 de mayo de 1987, de la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales, norma dictada en base a lo establecido al efecto por el artículo 5 ("1. Las inversiones extranjeras realizadas con fondos procedentes de las cuentas extranjeras en pesetas ordinarias gozarán de derecho de transferencia al exterior cuando concurren las siguientes circunstancias: *Primera*.—Que el proyecto de inversión sea verificado positivamente por la Dirección General de Transacciones Exteriores. A tal efecto, el interesado presentará una solicitud a la que acompañará: o bien declaración formulada ante la Aduana de entrada acreditativa de la introducción en España de los billetes de Banco utilizados para la inversión —cuyo modelo se aprobó por Circular de la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales, núm. 925, de 19 de junio de 1985, *BOE del 29*), o bien los justificantes correspondientes al origen de los fondos con los cuales se pretende hacer la inversión. La Dirección General de Transacciones Exteriores podrá verificar negativamente el proyecto de inversión cuando los fondos hubieran sido obtenidos con infracción de las normas de Control de Cambios. *Segunda*.—El interesado deberá aportar ante el fedatario público interviniente la verificación positiva de la Dirección General de Transacciones Exteriores, que sustituye a la certificación bancaria acreditativa de la aportación dineraria exterior. *Tercera*.—La inversión deberá ser declarada al Registro de Inversiones de acuerdo con el procedimiento contenido en las normas sobre inversiones extranjeras. *Cuarta*.—La inversión deberá mantenerse ininterrumpidamente durante un período mínimo de tres años. 2. El derecho de transferencia abarcará tanto los rendimientos de la inversión como el producto de la liquidación de la misma. No obstante, los rendimientos podrán ser transferidos desde el momento en que la inversión hubiera sido declarada ante el Registro de Inversiones o desde que la inversión hubiera sido intervenida por fedatario público en los supuestos en que no estuviera sujeta a declaración, de conformidad con lo establecido en el artículo 28, número 2, del Reglamento de Inversiones Extranjeras") de dicha Resolución (de 20 de diciembre de 1985) en su adecuada sinergia con la Instrucción 3 (antes literalizada) de la Circular 33/1986, de 18 de marzo.

En definitiva, y prosiguiendo con estas consideraciones generales, tengo que evidenciar que el uso solutorio de las pesetas ordinarias que retienen nuestra atención debe correr por los cauces bancarios previstos para la utilización solvencial de sus saldos, siendo ello predicable para todo tipo de inversiones, si bien cuando las mismas no atribuyan el pertinente derecho de transferencia al exterior, el operador jurídico que devenga inversor extranjero de conformidad con lo que venimos aduciendo no necesitará acreditar la procedencia —interna o externalizada— de los fondos (del tipo que sean, de entre los posibles, y sea cual fuere su cuantía) que abone

en la correspondiente cuenta extranjera en pesetas ordinarias que titularice, exigencia, por el contrario, que se le impone y cuyo cumplimiento corre por los senderos normativos antes dichos cuando la inversión satisfecha con los aludidos saldos sí que engendre el meritado derecho de transferencia al exterior, siempre partiendo de la base de que ambos tipos de inversiones extranjeras —pese a sus diferencias— continúan acreditando tal caracterización, de conformidad con lo argüido —por si alguna duda cupiese al efecto— por el artículo 4.2 de la pluricitada Resolución de 20 de diciembre de 1985, según el cual: "Se autoriza con carácter general el empleo de dichos saldos para la realización de inversiones extranjeras en España, cuyo régimen será el regulado en la Ley y el Reglamento de Inversiones Extranjeras y en las disposiciones de desarrollo, sin perjuicio de lo establecido en la presente disposición", remisión que teniendo en cuenta que la reserva que contiene el precepto transcrito únicamente alude a la liberalización dicha y a la innecesariedad de que la inversión articulada se declare al Registro de Inversiones Extranjeras (salvo si la misma es conferida del oportuno derecho de transferencia al exterior), debe entenderse a todo el bloque de preceptividad contenido en los cuerpos normativos aludidos, y en concreto —y por lo que nos interesa— al artículo 18 del RIE ("Justificación del medio de pago. No podrá otorgarse el correspondiente documento público de formalización de la inversión ni inscribirse en los Registros públicos a que puede tener acceso sin que el interesado justifique, en la forma que la Dirección General de Transacciones Exteriores determine, que la prestación del inversionista extranjero reviste la naturaleza de capital exterior en cualquiera de las formas señaladas en los apartados a), b) o c) del número 1 del artículo 2, o tiene la correspondiente autorización, en su caso, si fuere de otra naturaleza"), precepto del que resulta la necesidad de que, sea cual fuere la específica naturaleza de la inversión extranjera conformada con las pluricitadas pesetas ordinarias, la realidad de los saldos referentes a las mismas (y utilizados en los pertinentes trámites solutorios que procedan) deberá comprobarse de conformidad con lo previsto en la Resolución de la DGTE de 28 de abril de 1982, siendo institucionalmente inadmisibles (y ontológicamente imposibles) que se confiese un pago previo o concomitante con las supradichas pesetas fuera del marco de procesalidad bancaria y de riguroso control que instaurara la calendada disposición.

Como colofón de lo hasta aquí alegado, y con la finalidad de desvanecer cualquier duda surgida en este ámbito al socaire de la materia explicada, tengo que referirme a una cuestión que recurrentemente surge en el mismo, y es la consistente en determinar si es legítimo que las inversiones extranjeras (que no pueden pagarse con pesetas ordinarias, sino con sus saldos, como hemos dicho) sean satisfechas utilizando directamente pese-

tas comunes que el extranjero no residente hubiese ingresado en nuestro país de conformidad con las normas liberalizadoras aportadas por la Orden de 13 de marzo de 1987 (o de las que dispusiese legítimamente en el mismo de conformidad con lo antes dicho), posibilidad que en la hipótesis prevista en el antes transcrito artículo 5 de la Resolución de 20 de diciembre de 1985, parece tomar cuerpo como consecuencia de que su apartado 1, normas 1.^a y 2.^a, permite entender que la verificación positiva que prevé sea peticiónada (y en su caso discernida) a base de la simple presentación del proyecto de la inversión y del documento aduanero acreditativo de la entrada en España de los billetes del Banco utilizables a tales efectos (entre los cuales se incluye, obviamente, las pesetas comunes) o, en su caso, de los justificantes correspondientes al origen (internizado) de los fondos, sin que se exija concretamente que tales pesetas hayan sido previamente ingresadas en alguna de las cuentas extranjeras operativas en nuestro panorama financiero.

A mi juicio, y de acuerdo con todo el conjunto de alegaciones antes vertido —y de una interpretación coherente de los materiales normativos barajados—, lo único invertible (libremente o previa verificación positiva) son los pluricitados saldos de las pesetas ordinarias, inversión que en el caso de que se trate de un supuesto no provocador del correspondiente derecho de transferencia al exterior no exigirá que primigeniamente se indague acerca del origen concreto de los fondos (del tipo que sean) abonados en las cuentas de donde resulte tan saldo. Por el contrario, cuando tal inversión engendre el supradicho derecho transferencial, la legítima preconstitución de tal saldo requerirá una prueba específica a base de aportar al proyecto de verificación de que se trate a los justificantes de la realidad de los fondos ingresados (o a ingresar en tales cuentas), justificación que puede ser previa a su efectivo abono en las mismas, pero que no exonerará en modo alguno al operador jurídico extranjero que materialice la inversión de pagar de modo efectivo la misma con el supradicho saldo, extrayéndose de todo este bloque de argumentalidad el que los extranjeros no residentes en modo alguno pueden sustraerse a las coordinadas probatorias que al efecto diseña la antes indicada Resolución de 28 de abril de 1982 (y que la normativa sobre las cuentas que nos ocupa respeta absolutamente).

Como postrera reflexión sobre el particular, sólo cabe concluir —en base a todo lo hasta aquí alegado— que en este entorno rige un neto criterio diferencial entre no residentes españoles y extranjeros, siendo bastante más amplias las posibilidades operativas de los primeros, ya que combinando su potencial asunción de la posición jurídica territorial excepcional —por su carácter jurídicamente epiceno— de residentes metafóricos (que les es resignada por los artículos 4.1 de la LRJCC y 10.1 del

Real Decreto 2042/1980 —“1. Las personas físicas de nacionalidad española que residan en el extranjero tendrán la consideración de residentes respecto al patrimonio constituido en España con anterioridad a su toma de residencia en el extranjero y a las rentas procedentes del mismo”—, ambos de idéntico tenor literal), con la presunción que establece el artículo 15 del RIE (“Se presume, salvo prueba en contrario, que las inversiones en España hechas sin precisar el origen del capital invertido por españoles no residentes no son inversiones extranjeras”), resulta evidente que tales españoles no residentes, si bien no sustraídos teóricamente del régimen que acabamos de explicitar, a efectos prácticos sí que lo están cuando articulan sus inversiones (que no son extranjeras) con pesetas comunes, fondos cuya legítima titularidad les corresponde plena y regularmente por su antes dicha condición de residentes metafóricos. De todos modos, su encaje en el sistema antes descrito es pleno cuando deseen que de la inversión efectuada (que en tal caso sí es extranjera) dimanase el correspondiente derecho de transferencia al exterior.

(Concluyo poniendo de relieve que en el mismo sentido expuesto se manifiesta mi compañero EMILIANO CANO FERNÁNDEZ en una interesante aportación doctrinal sobre el tema (el de la factible utilización extrabancaria de las supradichas pesetas ordinarias) publicada en el Boletín, número 10, diciembre 1989, del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña (*).

ad) En pesetas comunes

En principio, armonizar la operatoria de los créditos financieros que estamos viendo (los otorgados por no residentes a residentes en base a su eventual objetivación en pesetas comunes) resulta tarea difícil, deviniendo su consecuente desacomodo a los parámetros de normalidad exigibles en este ámbito de la circunstancia de que también, en principio, a los no residente les está vedada la posibilidad de acreditar de forma legítima la titularidad de las supradichas pesetas, circunstancia que resulta de la aplicación conjugada de no pocos preceptos integrantes de la normativa básica sobre el control de cambios, tales como el artículo 2.2.c) de la LRJCC que somete a una potencial homologación por parte del Gobierno “los actos y negocios en virtud de los cuales... un no residente constituya, adquiera o disponga de haberes en pesetas”, normativa de restricción que fue tradu-

(*) A fin de no reiterarme me remito al epígrafe siguiente en el que haré alusión al posible al posible trueque de las pesetas comunes en ordinarias por la vía del ingreso de las primeras en una cuenta extranjera del tipo de las segundas y a la posible asunción de la calidad de residentes metafóricas de los españoles desnacionalizados.

cida, desde áreas estrictamente bancarias, por lo que al efecto sentó la Circular 283 dimanante del anteriormente operativo IEME, de 8 de marzo de 1972, sobre modificación de normas e instrucciones aclaratorias sobre las cuentas extranjeras de pesetas interiores y establecimiento de cuentas bancarias de pesetas con Andorra (Circular derogada postreramente —de forma expresa— por la Resolución de 20 de diciembre de 1985 de la DGTE por la que se regularon las cuentas extranjeras de pesetas ordinarias), disposición que determinó el régimen a seguir con aquellas cuentas en pesetas comunes cuyo titular (español o extranjero) de residente en nuestro país pasase a no residente (ver al efecto las págs. 342 y 468 del volumen I del tomo I de esta obra), régimen marchamado en clave de restricción en cuanto que tales cuentas perdían su sustantividad en consonancia con lo proveído por las directrices básicas vigentes en este ámbito.

Con posterioridad, tales directrices fueron importantemente trocadas para los españoles por los sendos artículos 4.1 de la LRJCC y 10.1 del Real Decreto 2402/1980, al decir de consuno ambos preceptos que:

"Las personas físicas de nacionalidad española que residan en el extranjero tendrán la consideración de residentes respecto al patrimonio constituido en España con anterioridad a su toma de residencia en el extranjero y a las rentas procedentes del mismo".

En base a tales preceptos, y a una interpretación *ad hoc* de los mismos, los españoles no residentes reales pueden, en su admisible calidad de residentes metafóricos, continuar acreditando la titularidad de las pesetas comunes que ostentasen con anterioridad a su traslado al exterior (incluso sin necesidad de que las mismas quedasen forzosamente depositadas en una cuenta bancaria); y siendo ello así pueden concertar los préstamos que estimen oportunos con las aludidas pesetas, préstamos que, siendo comunes, acreditan la particularidad de convenirse entre un no residente real (residente metafórico) con un residente, quedando por ello —dada la inequívoca situación de homogeneidad territorial (a los efectos del control de cambios) en que se encuentran los aludidos intervinientes en los mismos— totalmente al margen de la preceptiva especial que estamos analizando.

Concluyo este punto poniendo de relieve que tal posibilidad es únicamente predicable para aquellos casos en los que el no residente (real), pero residente metafórico, titularice en debida forma la nacionalidad española, quedando proscrito el hipotético acceso a la misma —ciertamente excepcional— a los extranjeros no residentes que con anterioridad hubiesen acreditado la posición de residentes, sujetos de derecho alcanzados de pleno por el criterio cortapisante que dimana de las antes calendada Circular 283. De todos formas, y al respecto, tengo que puntualizar dos cuestiones. La primera, que el hecho de que tales extranjeros accedan de

la condición de residentes a la de no residentes repercute en la operatoria bancaria que resulta de lo que venimos diciendo (o sea, en la necesidad de que sus cuentas en pesetas comunes se cancelen), pero no, y por supuesto, en que los mismos queden desprovistos de la titularidad de tales componentes financieros, componentes que tras el cambio de residencia de su titular pueden acreditar un diverso destino legítimo (ser objeto de la oportuna transferencia al exterior en cuanto remesa corriente de emigrantes, operatoria regida —instrumentalmente— por la rúbrica 94 de la Resolución 32/1985, de 8 de marzo, de la DGTE; constituir el elemento objetivo del oportuno ingreso en una de las cuentas extranjeras en pesetas —convertibles u ordinarias— que eventualmente pueda aperturar el ya no residente, siempre de conformidad con sus respectivos ordenamientos orgánicos, o bien destinarse al consumo interno de su titular, consumo que no se extiende en modo alguno al pago de inversiones extranjeras del tipo que éstas sean).

En méritos a todos lo hasta aquí aducido, es evidente que a pesar de que el extranjero que de una previa ubicación jurídico-territorial pase de residente a no residente conserva, como no podía ser menos, la propiedad de los caudales en pesetas comunes que titularizare legítimamente durante su anterior etapa residencial (siempre, desde luego, de forma extrabancaria, de conformidad con lo ya explicado); el mismo no podrá utilizar las mentadas pesetas como correspectivo dinerario de compras inmobiliarias ni de inversiones extranjeras de ninguna clase, teniendo en cuenta que para su concreta articulación se requiere, en cuanto condicionante de su congruente liberalización, que los fondos invertidos lo sean de procedencia exterior y que el pago de los mismos se realice bancariamente, presupuestos que son de imposible concurrencia en la hipótesis que estamos considerando.

Ya descendiendo al terreno de lo concreto, y por lo que afecta a los préstamos que estamos viendo, es de tener en cuenta que los extranjeros no residentes anteriormente residentes no pueden convenir ningún tipo de crédito (en su acepción de acuerdo obligacional sin entrega inmediata de numerario) con las mentadas pesetas, toda vez, y por lo que afecta a los netos compromisos obligacionales, que todos ellos quedan sujetos a autorización previa, de conformidad con lo que hemos dicho hasta la saciedad en este capítulo, salvo los expresamente autorizados por disposiciones normativas sectoriales, de entre las cuales no cabe reseñar ninguna que afecte a la modalidad crediticia que estamos desentrañando.

Por otra parte, si se trata de la figura del préstamo en sí, en su consideración de real, la entrega del referenciado numerario que lo perfeccione tampoco puede tener lugar de forma no autorizada, teniendo en cuenta el

impedimiento que resulta para su legítima virtualidad del artículo 3.1.9.^a del Real Decreto 2402/1980.

Como cierre de la presente tematización tengo que advertir, y ésto lo apuntamos ya anteriormente, que las pesetas comunes que nos ocupan pueden ingresarse en alguna de las cuentas extranjeras en pesetas que eventualmente pueda abrir el extranjero en cuestión, posibilidad que le es ofertada en su reasumida calidad de no residente, abono cuya práctica deviene más o menos ardua según el tipo de cuenta en cuestión, siendo máxima tratándose de la de en pesetas convertibles (al requerirse la previa autorización del Banco de España para que tal acontezca, ver al efecto el art. 2.1 de la Orden de 26 de junio de 1987, que las regula) y mínima, en el supuesto de su nominación en pesetas ordinarias, siendo así que respecto de estas últimas la Resolución de la DGTE de 20 de diciembre que las disciplina permite que los abonos en las mismas se efectúen libremente, "sin perjuicio o de la aplicación en cada caso del régimen general de control de cambios...", todo ello de conformidad con el artículo 3 de la calendada disposición, posibilidad que permite de modo efectivo, y sin adentrarnos en la cuestión de tal presunta reprochabilidad (penal o administrativa), trocar la naturaleza de las pesetas comunes en ordinarias (procedentes de las cuentas extranjeras dichas), matiz que reconduce la cuestión a la presunta constitutividad de los préstamos que estamos viendo objetivándolos con las indicadas pesetas ordinarias.

El segundo de los puntos a tener presente en este orden de cosas es que el régimen de restricción que estamos viendo y que afecta a los extranjeros que de residentes pasan a la condición de no residentes (o que más bien la recobran) debe lenificarse en base a una interpretación benévola del bloque preceptual integrado por los artículos básicos que hemos manejado en este epígrafe, es decir, del 4.1 de la LRJCC y 10.1 del Real Decreto 2402/1980, preceptos que aunque siempre hablan de extranjeros podrían ser entendidos, en obsequio a una hermeneusis generosa y contextual, como únicamente aplicables a los originarios y no a los que en algún momento de su vida fueron españoles, ya que tales sujetos, si nacieron en España, acreditaron en el pasado, aunque fuere de forma fugaz, la condición de residentes, circunstancia que permite el que respecto de los mismos pueda predicarse la situación de residencia metafórica a la que estamos aludiendo (y poder inferirse de la misma toda la saga de consecuencias que no es del caso volver a relatar), siendo así que con anterioridad —y en este mismo capítulo— esta cuestión ya salió a relucir.

Por otra parte, y ya en concreta alusión a los no residentes sin cualificar, es decir, a aquellos que titularizando tal condición no accedieron a la misma desde un previa etapa residencial, es de notar que todo el capítulo de restricción referenciado les afecta del propio modo y que en la hipótesis

de que dispongan de pesetas comunes durante su eventual estancia en el territorio español (bien porque acrediten la titularidad de alguna de las cuentas extranjeras operativas en nuestro país, bien porque las ingresen en él desde el exterior, bien porque conmuten en tal signo dinerario las divisas que posean o bien, y en última instancia, porque las reciban legítimamente de un residente) éstas sólo podrán utilizarse solutoriamente —de forma libre— de la manera preordenada por la normativa general sobre el control de cambios, pero no para objetivar préstamos y créditos de no residentes a residentes, alternativa sólo articulable mediante expresa autorización dimanante de la DGTE.

b) Concedido por residentes a no residentes

aa) En divisas

aa') Introducción

Los préstamos en tal concepto, cuando quien encarna la posición negocial de prestamista es un residente, quedan, en principio, obstaculizados por exigencias institucionales de nuestro ordenamiento sobre el control de cambios, ordenamiento sumamente puntilloso por lo tocante al tratamiento y circulabilidad de los referidos componentes crematísticos, resultando tal apriorística imposibilidad de diversos preceptos del mismo de entre los que sobresale, por su conspicuidad en este entorno, el artículo 2.2.c) de la LRJCC, que permite someter al control del Gobierno, ejercido mediante la oportuna —y coyuntural— reglamentación sobre control de cambios "los actos y negocios en virtud de los cuales un residente constituya, adquiera o disponga de haberes en divisas. A estos efectos se conceptúan como haberes los saldos de cuentas abiertas en Bancos o cualesquiera otros establecimientos financieros, o en libros de sociedades y otras entidades".

Tal precepto, que constituye el marco normativo básico acerca del aludido control gubernamental sobre la crematisticidad conectada con el sector exterior, se ha llenado de contenido pormenorizador a través de lo proveído por la reglamentariedad cuya adopción el mismo vaticina, y así el artículo 3.2 del Real Decreto 2402/1980 dispone que: "Los residentes, salvo autorización, deberán poner a la venta, a través del mercado de divisas, las que posean, dentro de los quince días siguientes a su disponibilidad", regla que prevé un solo tipo de negociabilidad autorizada sobre tales divisas —y es la materializada en la consecuyente y perentoria venta de las mismas—, y ello a través de los circuitos pretipificados e intervenidos

que la preceptividad doméstica impone, quedando excluido —sin autorización— cualquier otro uso negocial de tales componentes financieros o la eventual apertura de cuentas bancarias cifradas en los mismos.

En base a estas elementales consideraciones, impeditas de un potencial uso indiscriminado por residentes de las divisas que posean en el territorio nacional [uso, en su caso, constitutivo de delito monetario de conformidad con lo previsto en el artículo 6. B) de la aludida LRJCC: "Cometen delito monetario los que contravinieren el sistema legal de Control de Cambios mediante cualquiera de los actos y omisiones siguientes, siempre que su cuantía exceda de 2.000.000 pesetas, B) Los residentes que no pusieren a la venta, a través del mercado español autorizado y dentro de los quince días siguientes a su disponibilidad, las divisas que posean"], es evidente que la posible utilización de tales unidades monetarias en cuanto eventuales componentes objetivadores de los préstamos hipotéticamente articulables entre residentes y no residentes queda sujeta a una imprescindible autorización previa (general o especial) discernible por la Administración española (autorización requerible con absoluta y neta independencia de la demandada, para todo tipo de préstamos y créditos entre residentes y no residentes, por el propio artículo 3.1.7 del Real Decreto 2402/1980).

En obsequio a tales consideraciones, vamos a diversificar el estudio de los préstamos financieros en divisas otorgados por residentes a no residentes en dos grandes grupos: los genéricamente autorizados y los que deben serlo especialmente.

ba') Préstamos financieros liberalizados

Son aquellos disciplinados por la Circular 5/1987 del Banco de España, de 13 de marzo, sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera, conjunto **ordinamental** que tras confesar su propósito liberalizador en su bien construido Preámbulo ("La actual regulación de la actividad de las entidades delegadas en los mercados monetarios internacionales data del año 1979, y, aun suponiendo una importante flexibilización sobre la normativa precedente, incorpora principios cautelares y de control relativamente estrictos, aconsejados por las circunstancias de los mercados en el momento de su promulgación y por el relativo grado de experiencia operativa de las entidades delegadas en este campo de actuación. En los momentos actuales, la amplia experiencia adquirida por las entidades delegadas en este dilatado período, la conveniencia de flexibilizar la actividad bancaria en sus distintos campos y la necesaria adaptación al régimen de liberalización de movimientos de capital de la Comunidad Econó-

mica Europea aconsejan introducir en esta materia un marco normativo más amplio y flexible) y sentar en su norma 2.^a, apartado 1, que: "Las entidades delegadas quedan autorizadas para obtener libremente recursos en divisas admitidas a cotización en el mercado español y en ECUs —y las sucursales en el exterior, además, en las monedas de los países en que radiquen— mediante depósitos u otras formas de captación de fondos", dictaminó en la 4.^a, apartado a), que: "Con sujeción a lo establecido en la Circular del Banco de España 1/1987, de 7 de enero, sobre Riesgos de Cambio, las entidades delegadas podrán colocar libremente los recursos obtenidos en moneda extranjera:

a) En personas físicas o jurídicas no residentes y en las entidades delegadas, con arreglo a las buenas prácticas bancadas".

En base a esta argumentación normativa, los préstamos que estamos analizando —los en divisas de residentes a no residentes— requieren, para poder acogerse a la liberalización propiciada por la disposición que acabamos de circunstanciar, un triple condicionante de inexorable presencia convergente.

El subjetivo.—Que el prestamista residente sea una Entidad delegada.

El objetivo.—Que las divisas prestadas hayan sido obtenidas por tal entidad de la forma predeterminada por la norma 2.^a, apartado 1, antes transcrito.

El funcional.—Que el préstamo en cuestión se adecue en su congruente operatividad a lo que la Circular referenciada califica de "buenas prácticas bancarias", concepto jurídico indeterminado cuyo linde presenta copiosas cotas de incertidumbre que no es del caso intentar desentrañar.

Vemos, pues, los términos generales de liberalización a los que han de adecuarse los préstamos o créditos en divisas que estamos viendo, debiendo destacarse al efecto que las funciones de control que han de desplegar los fedatarios llamados a intervenir competencialmente en su eventual instrumentación pública no podrán extenderse más que a la comprobación de que el prestamista es exclusivamente una entidad delegada, de que el prestatario es una persona física o jurídica no residente y de que lo efectivamente prestado son divisas admitidas a cotización en el mercado español o ECUs, pero sin que tal homologación fedataria pueda extenderse a cuál sea el origen concreto de la disponibilidad de tales fondos por parte de la entidad prestamista ni a si el préstamo o crédito en cuestión acomoda su singladura operativa a las calificadas como "buenas prácticas bancarias", extremos de inexcusable presencia para la liberalización del supues-

to, pero de imposible contraste, dada su concreta encarnadura, por parte del fedatario llamado a prestar su correspondiente débito competencial (ni por el Registrador de la Propiedad, en el caso de que tal préstamo o crédito en divisas gozase del correspondiente respaldo hipotecario).

bb') Especial referencia a los créditos en divisas
que estamos viendo con garantía hipotecaria

Concluyendo con esta modalidad crediticia, y en estrecho contacto con lo último explicitado, tengo que poner de relieve que el criterio liberalizador aportado en este orden de cosas por la Circular 5/1987 acredita una beligerancia general y por ello totalmente al margen de si los créditos que se instrumenten a su amparo son o no hipotecarios, englobándose dentro de los mismos, a los efectos de la liberalización promovida por tal disposición, unos y otros, siendo al efecto reseñable que con ulterioridad a la adopción de la *meritada* Circular, la Resolución antes dicha de 14 de mayo de 1990, de la DGTE, se encargó de corroborar el susodicho esquema normativo de permisividad, corroboración que aparte de su genuino arrastre de obviedad (ya hemos apuntado antes el carácter ecuménico de la liberalización aportada por la Circular 5/1987) vino en clave de elipsis al recibir su espaldarazo de la instauración de un determinado *modus operandi* del tipo bancario, *praxis* que resulta de su artículo 1.2, según el cual: "No se tramitan a través de los códigos estadísticos 17.01.01, 17.01.02 y 17.01.03 los créditos hipotecarios concedidos por las entidades delegadas a personas no residentes, con igual finalidad de adquisición de bienes inmuebles sitos en el territorio español, cuando dichos créditos estuvieren denominados en 'divisas convertibles' admitidas a cotización en el mercado español, puesto que entonces se trata de colocaciones de recursos obtenidos en moneda extranjera en personas físicas o jurídicas no residentes, de acuerdo con la norma 4.^a de la Circular 5/1987, de 13 de marzo, del Banco de España sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera".

Aplicando nuestro enfoque analítico sobre la permisión de los créditos hipotecarios en divisas o ECUs que resulta de la disposición transcrita, tengo que poner de relieve que todo lo que explicaremos con ulterioridad acerca de la valoración que nos merece el artículo 14 de la Orden de 4 de febrero de 1990 (y las Resoluciones de 23 de octubre de 1989 y la que acabamos de reseñar de 14 de mayo de 1990) resulta parcialmente colacionable en relación con la aludida permisión, que por ello puede calificarse de obvia y contradictoria; obvia, porque tal liberalización resulta ostensible, por lo tocante al crédito o préstamo en sí, del texto literal —indiscutiblemente omnicomprendivo— de la mencionada norma cuarta

de la Circular 5/1987, y por lo concerniente a la garantía hipotecaria, del apremio indiscriminado resultante de la Orden de 19 de junio de 1990; contradictoria, porque frente a la falta de confinamiento teleológico resultante de la *meritada* norma 4.^a, la literalidad de la Resolución de 14 de mayo de 1990 parte de la base de que el crédito o préstamo en cuestión debe destinarse forzosamente a la adquisición de un inmueble sito en España, extremo de logística fundacional que dadas sus concretas características queda totalmente al margen del control de legalidad a desplegar por el fedatario interviniente y el Registrador de la Propiedad autorizante de la consiguiente inscripción de hipoteca.

A la vista de todo lo que acabamos de apuntar, es evidente la similitud que guarda la modalidad crediticia que estamos viendo con la que cristaliza en la concesión por entidades delegadas de préstamos o créditos en pesetas convertibles a no residentes (variante crediticia que vamos a contemplar de inmediato) analogía de la que se ocupa certeramente ENRIQUE HERVÁS CUARTERO en un trabajo titulado "Modificaciones recientes sobre el régimen de inversiones extranjeras y de control de cambios", de circulación restringida entre los Corredores de Comercio Colegiados, autor que al glosar la modalidad financiera que nos ocupa pone de manifiesto la aludida similitud, simetría sin embargo no absoluta, ya que, y esto lo puntualiza también el mismo autor en su aludido trabajo, "cuando el crédito se utiliza en divisas convertibles no da lugar a la comunicación de la operación al Banco de España, a diferencia del supuesto de utilización de pesetas convertibles.

No obstante tal diferencia requisital, es evidente que la filosofía que inspira la modalidad crediticia que estamos viendo es idéntica a la de la objetivada en pesetas convertibles, trasluciéndose debidamente tal emparejamiento epistemológico en el dato de que en ambos casos, cuando los respectivos débitos se hallen garantizados hipotecariamente (no cuando por carecer de tal garantía se rijan íntegramente por las normas de la Circular 5/1987 —para los supuestos de préstamos o créditos cifrados en divisas o ECUs— y la Orden de 31 de julio de 1989, para los nominados en pesetas convertibles, la eventual exportación al exterior de las divisas y pesetas convertibles de su respectiva objetivación queda imposibilitada por el hecho de que los mismos deben destinarse forzosamente, como hemos indicado ya hasta la saciedad, a la adquisición de un inmueble en España, inexportabilidad que constituye una característica común a ambas modalidades crediticias.

Del propio modo, y ello es una simple consecuencia de lo que acabamos de decir, tanto la alternativa que estamos viendo como la nominada en pesetas convertibles presuponen una secuencialidad negocial compleja, ya que, y esto lo atisba lúcidamente el autor indicado *ut supra*, la opera-

ción se escinde en una doble enfilada operacional de crédito y de inversión ulterior, teniendo que financiarse la adquisición del inmueble en cuestión, en todo o en parte, con el importe del crédito concedido en divisas o en pesetas convertibles, debiendo discurrir su concreta utilización solvencial por los canales impregnados de rigurosa liturgia operatoria especialmente diseñados por las Resoluciones de la DGTE de 28 de abril de 1982 y por la de 14 de mayo de 1990 (en los términos ya analizados y que volveremos a ver ulteriormente cuando efectuemos la exégesis de la modalidad crediticia positivada en pesetas convertibles), disposiciones que entrañan su *ratio* en el art. 18 del RIE, precepto (antes transcrito) que viene a prohibir cualquier tipo de pago confesado o de mano amano en este orden de cosas, prohibición que se extiende del propio modo a aquel que tenga por objeto la satisfacción de los intereses y el reembolso del capital prestado, tema sobre el que volveremos en la última parte de este mismo capítulo.

bc') Préstamos financieros no liberalizados

Todos aquellos supuestos que no encajen en las coordenadas de liberalización que acabamos de reseñar requieren la previa y expresa autorización de la DGTE, pudiendo incluirse, en concreto, en relación de tales créditos —y mi cita al respecto se hurta a cualquier intento totalizador— los concertados por personas físicas residentes o por las jurídicas que no sean las entidades delegadas [matiz que requiere la puesta en evidencia de que los titulares residentes de cuentas bancarias en ECUs (alternativas de cuentas extranjeras reguladas en un primer momento por la Resolución de la DGTE de 26 de septiembre de 1989, y en la actualidad, y previa derogación de ésta, por la de 22 de junio de 1990, también de la DGTE) o en divisas convertibles (que no sean ECUs), posibilidad esta última sometida a la tutoría normativa desplegada —en general— por la Resolución de la DGTE de 10 de mayo de 1988 y en especial para las empresas de comercio exterior inscritas en el Registro creado por el Real Decreto 380/1988, de 22 de abril, por la también Resolución de la DGTE de 20 de marzo de 1989], a pesar de las pertinentes habilitaciones genéricas o específicas que les concierna para ser titulares de tales cuentas, deben demandar —caso por caso— la correspondiente autorización para prestar en los supradichos componentes financieros a los no residentes, sin que la meritada previa autorización para aperturar las mismas cubra el posible uso de sus saldos en tal concepto, criterio que resulta plenamente corroborado por la citada Resolución de 10 de mayo de 1988, disposición que al elaborar en su norma segunda todo el recital de potenciales y abonos y adeudos liberalizados a efectuar eventualmente en las referidas cuentas en divisas convertibles en favor de residentes no menciona en modo alguno los derivados

de posibles préstamos objetivados en tales componentes financieros, posición normativa silente cuyo alcance se perfila de forma definitiva —por si alguna duda cupiese al respecto— con la formulación de cierre, contenida en el apartado 6, que señala literalmente que "cualquier abono o adeudo distinto de los indicados en los párrafos anteriores (los genéricamente liberalizados) requerirá autorización administrativa previa que se solicitará de la Dirección General de Transacciones Exteriores por medio del procedimiento de 'solicitud de la previa verificación /conformidad' establecido en la Circular 4/1986, de 14 de febrero, del Banco de España, a cuyos efectos se cursarán las correspondientes comunicaciones de cobro y pago, modelos 'R' y 'A'". Otro tanto puede apuntarse respecto de las cuentas en ECUs, reguladas presentemente, tal como hemos indicado, por la Resolución de la DGTE de 22 de junio de 1990, disposición que si bien permite su apertura de forma absolutamente libre por parte de las personas físicas o jurídicas residentes, únicamente autoriza que las mismas sean abonadas o adeudadas, sin previa habilitación especial de la DGTE, por los conceptos previstos en la antes mencionada Resolución de 10 de mayo de 1988, disposición aplicable a las cuentas que estamos viendo por expresa decisión de la calendada Resolución de 22 de junio de 1990, subsunción de normatividad adventicia que determina que entre las cuentas en divisas a nombre de residentes y las en ECUs, también en favor de los mismos, se dé una absoluta propinquidad operacional impediendo; en suma, de que los préstamos que nos ocupan puedan materializarse sin haber obtenido previamente —y en todo caso— la oportuna autorización dimanante de la DGTE, credencial que únicamente podría haber sido obviada si las normas orgánicas de las referidas cuentas hubieren previsto la liberalización del supuesto que estamos debatiendo, cosa que, como sabemos, no ha tenido lugar. Continuando con esta relación exemplificativa de créditos de la suerte que estamos abordando, hemos de citar también como demandantes de específica —y previa— autorización administrativa los otorgados vulnerando las aludidas "buenas prácticas bancarias" o bien disponiendo al efecto de divisas que las entidades delegadas hayan obtenido de forma distinta a la instrumentada por la Norma Dos (antes transcrita) de la Circular 5/1987, subcaso al que aluden D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU en su antes dicho libro, edición de 1990, página 1219, cuando explican que: "La posibilidad alternativa que las entidades delegadas concedan tales préstamos a no residentes con divisas procedentes del mercado (es decir, empleando la entidad delegada sus recursos en pesetas para adquirir en el mercado las divisas necesarias para conceder el préstamo) no está específicamente regulado —desde luego no lo está por la Circular 5/1987— de forma que a este tipo de operaciones le sería aplicable el régimen de exigencia de autorización expresa".

Recapitulando ideas ya expuestas, tengo que poner de relieve que las modalidades crediticias dichas, cuyo encaje en el diseño normativo de restricción proveído por el Real Decreto 2402/1980 es absoluto, requieren, para su legítima conformación, la previa obtención de la autorización administrativa individualizada, cuya exigencia proviene del imperioso y universalizador *dictum* resultante del artículo 3.1.7 ("1. Requieren previa autorización las siguientes operaciones: ...7. La concesión por residentes de préstamos o créditos a no residentes") de tal Decreto, siendo subrayable al efecto que no existe disposición alguna ulterior a este texto de la que resulte ni siquiera una liberación parcial o condicionada de la hipótesis contemplada que viniere a atenuar, aunque fuere de mínima medida, la rigurosidad dimanante de tal inclemente *prescriptum*, cuya entrada en liza impone la consecuente actitud habilitante procedente de la DGTE, competencialidad ya tradicional en este orden de cosas y a la que nos hemos referido con anterioridad en estas mismas páginas.

Pareja a esta necesidad de que se obtenga, caso por caso, la inevitable credencial administrativa dicha y de cuya concreta —y exclusiva— competencialidad nos acabamos de ocupar, es de destacar la atipia procedimental que al efecto se detecta, abstención ordinamental respecto al establecimiento del cauce de procesalidad adecuado que obliga a sus interesados a acudir a las normas comunes de impulso y desarrollo del correspondiente procedimiento administrativo, debiendo el peticionario de la credencial dicha —el hipotético prestamista residente— presentar la pertinente instancia en la aludida DGTE, documento en el que tendrá que describirse, lo más pormenorizadamente posible, las coordenadas subjetivas, objetivas y funcionales del crédito a articular (designación *ad nominatim*, y en forma, tanto del prestamista como del prestatario, *quantum* prestable, moneda, interés, comisiones, asignación de costes fijos, plazo de vigencia, calendario de amortizaciones, garantías prestables en su caso, tipo de éstas, compromiso en firme de sus prestantes, balances acreditativos de la solvencia de los intervinientes, etc.), bloque de inexcusable requisitabilidad que *permitirá* a la Administración decantarse, en el legítimo ejercicio de sus habilidades resolutorias, en un sentido negativo o positivo, siendo reseñable al respecto el amplio margen de discrecionalidad en que queda encuadrada la eventual *ratio decidendi* de la aludida DGTE, que en el supuesto de zanjar positivamente la solicitud deducida al efecto deberá propiciar correlativamente el otorgamiento de correspondiente NOF, el cual habrá de ser puesto en conocimiento de la entidad delegada a través de la cual se vaya a instrumentar la ulterior ejecutividad financiera de la operación previamente plausibilizada por la *meritada* DGTE, NOF cuya asignación deberá ser controlada por el fedatario interviniente (y en su caso por el Registrador de la Propiedad) en méritos a lo que dejamos

explicado con anterioridad al ocuparnos de los préstamos en divisas, ECUs o pesetas convertibles concedidos por no residentes a residentes, alternativa tutelada por la Circular 6/1987 del Banco de España de 13 de marzo sobre contratación de préstamos financieros exteriores (modificada por la 6/1988, de 10 de junio, también procedente del Banco emisor).

ab) En pesetas convertibles

aa') Préstamos y créditos liberalizados

ba') Introducción

Alude a esta posibilidad, desunciéndola oportunamente del dogma administrativo general que representa el artículo 3.1.7.^a del Real Decreto 2402/1980, la Orden de 31 de julio de 1989, disposición que entrañando su propia razón de ser jurisdicente en la reserva de legisfehaciencia reglamentaria que acredita el Gobierno en este orden de magnitudes (reserva especialmente concebida por diversos preceptos alojados en la LRJCC, en especial en su artículo 2.1, y en la disposición final 2.^a), vino a posibilitar la instrumentación del tipo de préstamos que estamos viendo, es decir, de residentes a no residentes, en su eventual objetivación en pesetas convertibles, si bien encadenando *tal praxis* de lenificación a que se conciten en el supuesto planteado los requisitos que a continuación vamos a explicitar, condicionantes a los que alude programáticamente el Preámbulo de tal texto al decir que "la concesión de préstamos y créditos en pesetas de residentes a no residentes se encuentra en la actualidad, en virtud de la normativa de control de cambios, sujeta a autorización previa. Dentro del proceso de liberalización relacionado con movimientos de capital tras la adhesión de España a la CEE, se ha considerado adecuado y oportuno autorizar a las entidades delegadas en materia de control de cambios a conceder préstamos y créditos a no residentes en pesetas, dentro de unos límites porcentuales de sus pasivos en pesetas convertibles".

Tras este previo desgranamiento de intenciones, la Orden en cuestión conforma en su artículo único (que fue postteriormente modificado en cuanto a la fijación del *quantum* inicialmente prestable por la de 12 de marzo de 1990) el núcleo duro de la liberalización que se instaure, diciendo literalmente que "las entidades delegadas podrán conceder libremente a no residentes préstamos y créditos en pesetas convertibles hasta que alcancen un monto global máximo que no exceda del 50 por 100 del saldo medio del importe pasivo diario en pesetas convertibles de cada entidad delegada correspondiente al mes anterior. No se considerarán incluidos

dentro de dicho porcentaje del 50 por 100 los créditos a la exportación concedidos en pesetas por las entidades delegadas a los clientes no residentes de exportadores españoles (*).

En base al precepto transcrito, los préstamos que estamos circunstando quedan oportunamente autorizados siempre que converjan a articular los siguientes condicionantes:

— *El subjetivo.*—Es imprescindible que el prestamista residente sea una entidad delegada. Por el contrario, el prestatario no residente puede ser tanto una persona física como una jurídica.

— *El objetivo.*—Lo prestable son únicamente pesetas convertibles (no comunes).

— *El funcional.*—La suma (global) disponible en tal concepto por la meritada entidad delegada no puede rebasar el tope porcentual aludido, techo cuantitativo que no es individual, por lo que nada obsta, en teoría, a que un limitado número de prestatarios (o uno solo, apurando el ejemplo) obtengan en tal concepto la íntegra cantidad potencialmente prestable por la entidad tomada en consideración, cantidad cuyo cómputo se efectúa de la forma que precisa el texto de la Orden en cuestión y con la salvedad metodológica que en el mismo se contiene referente a los créditos a la exportación concedidos en pesetas por las entidades delegadas a los clientes no residentes de exportadores españoles (créditos en pesetas a comprador extranjero), exclusión de la que se han ocupado D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, autores que en la edición de 1990 de su pluricitada obra consignan una nota a pie de su página 1220 en la que se lee: "Incluyendo (en la relación de créditos a excluir del cómputo) tanto a los créditos directos a compradores extranjeros como las líneas de crédito comprador otorgadas a compradores o entidades de financiación extranjeras, cualquiera que sea su plazo de amortización (tal y como se regulan en la Orden de 10-V-1988 sobre cobros y pagos por exportaciones); y asimismo se incluye la refinanciación en pesetas de créditos documentarios (art. 4 de la Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989)".

Con la finalidad de disipar las hipotéticas dudas que pudieren plantearse en relación con la operatoria bancaria que deba seguirse con los menitados préstamos y créditos, la Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989 (dictada en función de lo proveído por la disposición adicional de la Orden que nos ocupa, según la cual "la Dirección General de Transacciones Exteriores y el Banco de España dictarán conjuntamente

(*) Hallándose en prensa este trabajo se ha adoptado por el Ministerio de Economía y Hacienda la Orden de 16 de abril de 1991 por la que se suprime el referido tope del 50 por 100.

las instrucciones relativas a la comunicación y control de las operaciones reguladas por la presente Orden") se encargó de aportar cobertura requisital a la consecuente instrumentación de las operaciones crediticias examinadas, ocupándose asimismo, en directas funciones de intermediación reglamentaria, no sólo en delinear el *modus operandi* de la computación antes dicha (tal como ha quedado reseñado *ut supra* al transcribir el contenido de su artículo 4), sino también de precisar, en su artículo 5 que "si como consecuencia de un descenso en los pasivos en pesetas convertibles de la entidad delegada los créditos vivos superasen dicho límite del 50 por 100, estos créditos continuarán autorizados hasta su cancelación.

Volviendo al detalle de la cobertura requisital aportada por la indicada Resolución, hemos de decir que la misma, por lo tocante al capítulo de comunicaciones e información, se halla cubierta por parte de los artículos 2 (dedicándose el resto del mismo a efectuar lo propio respecto a los créditos de la clase que estamos viendo garantizados hipotecariamente, variante que vamos a examinar de inmediato) y 3, leyéndose en el primero de ellos que "las disposiciones de los préstamos y créditos otorgados al amparo de la Orden de 31 de julio de 1989 se comunicarán en los estados VH-1 de "cuentas extranjeras de pesetas convertibles" mediante modelos A(4) aplicados a los códigos estadísticos 16.51.01 (a largo plazo) o 16.60.01 (a corto plazo)... Los reembolsos por amortización e interés de dichos préstamos y créditos se comunicarán en los estados CD-1 de "cuentas extranjeras de pesetas convertibles" mediante modelos R(2) aplicados a los códigos estadísticos 16.51.02 y 16.51.03 (largo plazo) ó 16.60.02 y 16.60.03 (a corto plazo)".

Por su parte, en el mencionado artículo 3 puede leerse que "las entidades delegadas mantendrán a disposición del Banco de España información diaria del importe global de créditos y préstamos en pesetas otorgados al amparo de la Orden de 31 de julio de 1989. En la comunicación adjunta al estado "PS", a que se refiere la norma 11 de las de procedimiento (información complementaria) de la Circular 10/1989 del Banco de España sobre cuentas extranjeras en pesetas convertibles, se incluirán, junto a los datos decenales previstos por dicha instrucción, los siguientes: saldo de préstamos y créditos en pesetas convertibles (Orden de 31 de julio de 1989):... (porcentaje sobre el saldo medio pasivo diario en pesetas convertibles del mes anterior: ...por 100".

Enfilando la última parte del estudio de este tipo de créditos liberalizados, tengo que patentizar que el pago de todos los intereses que los mismos devenguen y su amortización deberán consumarse mediante la correspondiente aportación dineraria exterior o bien mediante la utilización solutoria *ad hoc* de los pertinentes fondos de origen interno que acrediten el carácter de internacionalmente transferibles, debiendo proce-

der las consiguientes amortizaciones (si fuesen varias las programadas) o la única (si así se hubiere concebido la operación) de las correspondientes cuentas extranjeras en divisas o en pesetas convertibles u ordinarias cuya titularidad acredite al prestatario (si bien cabe también un ingreso directo de tales componentes financieros en la misma cuenta a través de la cual se hubiere instrumentado la operación en cuestión en determinados supuestos, tal como veremos en el último epígrafe de este mismo capítulo), posibilidades que tratándose de la materializada en el eventual uso amortizatorio de los correspondientes saldos de las indicadas cuentas extranjeras de pesetas ordinarias debe acompañarse al hecho de que no siempre los mismos acreditan el carácter de convertibles, dato que imposibilita su uso indiscriminado a tales efectos.

En cualquier caso, lo que no resulta factible es intentar amortizar los susodichos créditos con pesetas comunes, bien provenga el pago del propio prestatario no residente o de un tercero residente, debiendo entenderse limitado en tal sentido el criterio ampliamente permisivo que resulta del artículo 1.158 del Código Civil, precepto oportunamente viabilizador de los pagos por cuenta ajena, posibilidad solutoria totalmente desvirtuada en el ámbito que nos ocupa por mor de todas las precisiones que han antecedido, reflexiones que tendremos ocasión de ampliar en la última porción de este mismo capítulo.

Concluyo poniendo de relieve que en la instrumentación pública de los créditos que nos ocupan (bien por vía notarial, bien por la consular o bien, en última instancia, por la impulsada por los Corredores de Comercio colegiados) el fedatario interviniente queda totalmente hurtado de la práctica de un eventual control de legalidad orientado a comprobar si la cantidad prestada excede o no del montante global antes aludido (cuestión no obstante decisiva para la plena regularidad de la operación planteada), siendo del propio modo reseñable que la liberalización programada por la Orden que ha merecido nuestra presente atención no queda en modo alguno condicionada por ningún tipo de verificación o aquilataamiento requisital, no requiriendo la misma la atribución del NOF, asignación que en otras modalidades de los créditos que estamos estudiando asume una importancia extraordinaria, tal como hemos explicado ya.

No liberalizados.—Todos aquellos créditos en pesetas convertibles que no reúnan en su arquitectura instrumental las cuadernas de liberalización que acabamos de enumerar y que sean concedidos por residentes a no residentes, bien sean los mismos a corto plazo (con plazo de reembolso igual o inferior a un año) o a largo plazo (con el susodicho plazo superior a un año) requieren la previa autorización de la DGTE, credencial habilitante cuya tenencia constituye un *prius* de inexcusable control fedatario

a fin de que se llegue con regularidad a la formalización documental de la operación en cuestión.

bb') Especial referencia a los créditos y préstamos en pesetas convertibles con garantía hipotecaria

Teniendo en cuenta el carácter globalizador y no excluyente de la Orden objeto de nuestra paráfrasis en las líneas precedentes, es evidente que halla cobijo en su seno todo tipo de préstamos y créditos, tanto los que no acrediten coberturas garantistas como aquellos que sí dispongan de ella, infiriéndose lógicamente de esta visión polivalente del tema que los que acreditan garantía hipotecaria resultan también perfectamente incluíbles en su *factum* normativo (aspecto sobre el que volveremos ulteriormente al vertebrar el juicio de valor que nos merezca el art. 14 de la Orden de 4 de febrero de 1990), suscitándose únicamente respecto de ellos el tema de la posible liberalización o no de la constitución hipotecaria pertinente (aspecto que también retomamos postreramente).

De todos modos, el legislador reglamentario, con la laudable finalidad de disipar cualquier tipo de duda al respecto, dedicó a los créditos que estamos considerando una específica norma liberalizadora —la Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989, ya mencionada—, texto preceptual que tras justificar su sentido normativo en el Preámbulo ["La Orden de 31 de julio de 1989 autoriza a las entidades delegadas para conceder libremente a no residentes préstamos y créditos en pesetas convertibles hasta un importe global máximo del 50 por 100 (en la versión original figuraba el 25 por 100, habiendo sido aumentado tal dato porcentual en el sentido expuesto por la Orden de 12 de marzo de 1990) del saldo medio pasivo diario de cada entidad delegada durante el mes anterior. Al amparo del artículo 12.3 del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España, conviene extender dicha autorización a los préstamos hipotecarios que las entidades delegadas otorguen a los no residentes para la adquisición de inmuebles en España. La Orden de 31 de julio (de 1989) establece igualmente que el Banco de España y la Dirección General de Transacciones Exteriores dictaran conjuntamente las instrucciones relativas a la comunicación y control de los mencionados préstamos y créditos"] sentó en su artículo 1 que: "En virtud del artículo 12.3 del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España, aprobado por el Real Decreto 2011 / 1986, se autoriza a las entidades delegadas para otorgar a no residentes préstamos hipotecarios para la adquisición de inmuebles en España de acuerdo con el capítulo IV del Reglamento citado, con las mismas limitaciones estable-

cidas por la Orden de 31 de julio de 1989. Las normas de esta Resolución serán aplicables a estos préstamos (*).

Con ulterioridad a la adopción de esta disposición, que por lo demás se encargó de aportar las líneas básicas de procesalidad a tener en cuenta en todo lo que afecta a las comunicaciones y notificaciones relacionadas con los créditos objeto de debate (tal como con anterioridad dejamos apuntado) y de derogar los puntos 5.1 y 5.2 de la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975, se dictó la Orden de 4 de febrero de 1990, disposición que retomando con fuerza los criterios permisivos aportados por las reglas anteriormente explicitadas, es decir, por la Orden de 31 de julio de 1989 y la Resolución de la DGTE de 23 de octubre del mismo año, reafirmó la liberalización entronizada ya en este sector diciendo literalmente en su artículo 14 que: "Inversiones en inmuebles. Créditos hipotecarios. 1. Las entidades delegadas podrán conceder a no residentes préstamos hipotecarios para la adquisición de inmuebles en España, y podrán aceptar la subrogación de no residentes en los créditos hipotecarios que gravaran los inmuebles adquiridos de acuerdo con el capítulo IV del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España. Estos créditos se ajustarán a las normas y limitaciones establecidas en la Resolución de 23 de octubre de 1989 de la Dirección General de Transacciones Exteriores. 2. Al amparo del artículo 12.3 del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España, se autoriza con carácter general a las Sociedades de Crédito Hipotecario para otorgar créditos hipotecarios a no residentes para la adquisición de inmuebles en España, así como la subrogación de aquéllos en los créditos hipotecarios concedidos por estas sociedades que gravaran los inmuebles adquiridos, de acuerdo con el capítulo IV del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España. Estas operaciones no requerirán verificación administrativa previa".

Como quiera que de tal Orden me ocupé con suficiente detalle hermenéutico en el opúsculo que con finalidades actualizadoras del tomo anterior a esta obra publiqué recientemente, me remito, en términos generales, a lo ya explicado. De todos modos, y teniendo en cuenta que algún lector del presente volumen no habrá tenido acceso a tal opúsculo, voy a insertar lo que de más granjeado interés sobre el particular dejé escrito en él, así como otras reflexiones que no tuvieron cabida en el mismo, inserción que va a consistir en la transcripción parcial y adicionada de lo que en el referido Apéndice actualizador dejé escrito bajo el epígrafe "Comentarios al artículo 14" (de la Orden antes citada de 4 de febrero de 1990).

(*) Debe tenerse preferentemente en cuenta en el día de hoy que la Orden de 16 de abril de 1991 suprime el referenciado tope del 50 por 100. Véase nota anterior.

Referencia parcial (y engrosada) al Apéndice actualizador de esta obra por lo tocante a los préstamos hipotecarios que nos ocupan. En el aludido opúsculo y bajo el meritado epígrafe "Comentarios al artículo 14" dejé escrito, entre otras cosas que ahora no interesan, que:

Comentarios al artículo 14. Aproximación general al tema.—Con motivo de la adopción del nuevo RIE aprobado por el Real Decreto 2077/1986, de 25 de septiembre, que se limitó a decir en su artículo 12.3 que "los titulares de las inversiones reguladas por las disposiciones de este capítulo podrán, con previa autorización de la Dirección General de Transacciones Exteriores, recibir préstamos hipotecarios de las entidades de crédito españolas para la adquisición de inmuebles", se suscitó el tema, ciertamente crucial en el concreto devenir operativo de toda esta temática, de si ante la ausencia de normas de cobertura ejecutiva de tal disposición—dictadas con ulterioridad a la adopción de la misma—debía propugnarse la vigencia de la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975, conjunto normativo que fue dictado con la finalidad de proporcionar la correspondiente plataforma de detalle al artículo 20.2 del RIE anterior (precepto cuya concepción era prácticamente idéntica a la del citado artículo 12 del vigente RIE), tema que fue resuelto, práctica y doctrinalmente, en sentido afirmativo, entendiéndose que todo el bloque de normatividad de apoyo adoptado con referencia a los textos ahora derogados podía mantener actualizada su virtualidad en tanto en cuanto sus apremios no resultaren contradictorios ni incongruentes con los nuevos debidamente aportados por la LIE y RIE de reciente progenie.

Siendo ello así, debía legítimamente mantenerse la presencia en estas áreas de la liberalización resultante de la citada disposición, teniendo en cuenta la dicción literal de su instrucción 5.^a, apartado 1, según el cual:

"1. Se autoriza con carácter general a las personas físicas no residentes para que puedan obtener de las instituciones de Crédito Oficial, Banca Delegada y Cajas de Ahorro Confederadas créditos hipotecarios en pesetas con destino a la adquisición de inmuebles al amparo de lo dispuesto en el capítulo VI del Reglamento de Inversiones Extranjeras o en los números anteriores a esta Resolución, siempre que estos créditos reúnan las siguientes condiciones:

a) Sólo podrán utilizarse para la adquisición de un inmueble de nueva construcción o en primera transmisión a una persona de nacionalidad española residente en España.

b) No podrán ser otorgados en condiciones más favorables que aquellas que se apliquen con carácter general a los créditos similares otorgados en favor de residentes.

- c) Deberán amortizarse con alguno de los medios de aportación dineraria exterior que señala el artículo 2.1.1 del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España.
- d) Deberán destinarse al pago del inmueble que se hipoteca".

De tal precepto, cuya resonancia liberalizadora fue considerable, me ocupé en mi antes dicho libro *Estudios sobre inversiones extranjeras en España*, urdiendo en el mismo un conjunto de reflexiones sobre su alcance, que alojé en su epígrafe "Aproximación conceptual a la hipótesis prevista en la instrucción 5.ª de la Resolución de 30 de julio de 1975", observaciones que deben ser tenidas en cuenta en los actuales momentos expositivos en cuanto aporte normativo de indiscutible valor referencial.

Análisis del sistema vigente.—El sistema liberalizador que erige la Orden que nos ocupa (que se constituye en heredera directa del aporte criterial promovido sobre el particular por la Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989, concretamente de su artículo 1 ("En virtud del artículo 12.3 del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España, aprobado por Real Decreto 2077/1986, se autoriza a las entidades delegadas para otorgar a no residentes préstamos hipotecarios para la adquisición de inmuebles en España de acuerdo con el capítulo IV del Reglamento citado, con las mismas limitaciones establecidas por la Orden de 31 de julio de 1989. Las normas de esta Resolución serán aplicables a estos préstamos"), partiendo de la beligerancia actual de la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975 se encargó de derogar alguno de sus puntos de apoyo, abrogación que también se extendió a las instrucciones que con carácter provisional fueron remitidas por el Banco de España a las entidades delegadas el 11 de septiembre de 1989, caracterizándose la misma precisamente por las amplias cotas de libertad que se consiguen con su impulso, y ello tanto desde el punto de vista subjetivo como del objetivo y funcional. Así, desde el punto de vista subjetivo, el artículo 14 de la Orden que estamos glosando amplía considerablemente el espectro de prestamistas y prestatarios "liberalizados", agregando a la ya clásica categoría de entidades delegadas (operadores jurídicos que eran los únicos atenidos por la normativa anterior) a las denominadas Sociedades de Crédito Hipotecario, agentes económicos no contemplados en absoluto hasta ahora en estas áreas. Por otra parte, y desde el punto de vista del prestatario, el artículo 14 en cuestión, constituyéndose en albacea de lo que al efecto fue ya auspiciado (o por lo menos columbrado) por el escrito que procedente de la DGTE dio respuesta a la consulta formulada a dicho organismo por la Confederación Española de Cajas de Ahorro, sustituye la exigencia contenida en la supremencionada regla 5.1 de la Resolución de 30 de julio de 1975 en

el sentido de que tal prestatario fuere forzosamente una persona física no residente (único beneficiario del sistema liberalizador propuesto por tal disposición) por la mucho más omnicomprensiva consistente en la imposición de que el mismo sea un "no residente", fórmula que permite englobar dentro de su sentido circundativo —dada su genericidad indicativa— a las personas jurídicas.

Desde el punto de vista objetivo, el *plus* de liberalización que la disposición que estamos viendo introduce en este ámbito viene de la mano de que la misma, frente al criterio de restricción cuantitativa previsto en el escrito referenciado *ut supra*, no establece ningún *quantum* fijo más allá del cual el esquema liberalizador no funcione, sistema, por otra parte, que enlaza directamente con el ya seguido por la pluricitada instrucción 5.^a. 1 de la Resolución de 30 de julio de 1975.

De todos modos, y siempre desde el enfoque objetivador del aludido *quantum*, tengo que poner en evidencia que se ha introducido un techo al mismo de tipología especial, límite que resulta mediatamente aportado por el artículo 1 de la Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989, disposición de intermediación ejecutiva en este orden de cosas a la que alude el artículo 14 objeto de nuestro análisis, precepto que impone que los créditos que estamos contemplando se ajusten a sus normas y limitaciones (las de las Resoluciones antes dichas), siendo éstas, en definitiva, las contenidas en la Orden de 31 de julio de 1989 (parcialmente modificado por la de 12 de marzo de 1990 que elevó el tope prestable) en obsequio a la remisión que a tal conjunto preceptual efectúa el supraindicado artículo 1 ("En virtud del artículo 12.3 del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España, aprobado por Real Decreto 2077/1986, se autoriza a las entidades delegadas para otorgar a no residentes préstamos hipotecarios para la adquisición de inmuebles en España de acuerdo con el capítulo IV del Reglamento citado, con las mismas limitaciones establecidas por la Orden de 31 de julio de 1989. Las normas de esta Resolución serán aplicables a estos préstamos").

En virtud de este complejo y alambicado sistema remisario, el aludido techo no es individual, sino global, apareciendo reseñado el mismo en el único artículo de la calendada Orden de 31 de julio de 1989, según el cual:

"Las entidades delegadas podrán conceder libremente a no residentes préstamos y créditos en pesetas convertibles hasta que alcancen un monto global máximo que no exceda del 50 por 100 del saldo medio del importe pasivo diario en pesetas convertibles de cada entidad delegada, correspondiente al mes anterior (*).

(*) Debe tenerse en cuenta en el día de hoy que la Orden de 16 de abril de 1991 suprime el referido techo del 50 por 100.

No se considerarán incluidos dentro de dicho porcentaje del 50 por 100 los créditos a la exportación concedidos en pesetas por las entidades delegadas a los clientes no residentes de exportadores españoles (*).

En virtud de esta panorámica normativa, es evidente que los topes cuantitativos máximos de los créditos concedibles a los distintos prestatarios no residentes, de conformidad con el artículo 14 de la Orden de 4 de febrero de 1990, si bien no acreditan un techo infranqueable individual, sí se hallan, por el contrario, cuánticamente encorsetados por el nivel de concreta disponibilidad que acredite la entidad delegada de que se trate, hecho que determina el que los eventuales ulteriores prestatarios vean mermadas sus posibilidades al efecto en la misma medida en que el antes dicho porcentaje vaya decrecientándose en función de los préstamos de idéntica tipología anteriormente concedidos, incluso hasta llegar a convertirse los mismos en un imposible absoluto, circunstancia que se producirá cuando tal disponibilidad haya sido totalmente consumida, hecho con el que mantiene una estrecha relación la regla contenida en el artículo 5 de la Orden dicha *ut supra*, según la cual, "si como consecuencia de un descenso en los pasivos en pesetas convertibles de la entidad delegada los créditos vivos superasen dicho límite del 50 por 100, estos créditos continuarán autorizados hasta su cancelación".

Siguiendo con el presente tratamiento y composición especulativa de la cuestión, tengo que poner de relieve que la antes indicada huella liberalizadora ha dejado su impronta en la Orden objeto de nuestra presente prospectiva con un ímpetu inusitado cuando de los presupuestos funcionales de la liberalización se trate, siendo así que ninguno de los condicionamientos de la misma contenidos en la pluricitada instrucción 5.1 de la antes dicha Resolución de 30 de julio de 1975 (ni en el escrito al que con anterioridad hicimos alusión) han sido recogidos por la Orden de moderna progenie que estamos viendo. Así, en los préstamos hipotecarios sometidos a debate, para resultar liberalizados, si bien deben destinarse forzosamente a la adquisición de inmuebles (exigencia cuyo contraste resulta de imposible realización por parte del fedatario) no requieren que tales inmuebles sean de nueva construcción o en primera transmisión, resultando asimismo indiferente la calidad nacional y residencial del transmitente. Del propio modo, la liberalización a la que nos venimos refiriendo entra en juego aunque las condiciones en que se desenvuelvan los créditos afectados por ella sean más favorables que las otorgadas a residentes respecto a créditos

(*) El tope inicialmente establecido era del 25 por 100, resultando elevado posteriormente hasta el 50 por 100 por la Orden antes mencionada de 12 de marzo de 1990, tope actualmente desaparecido en virtud de la Orden de 16 de abril de 1991. Véanse notas anteriores.

similares, siendo asimismo reseñable que, a diferencia de lo que sucedía bajo el régimen proveído por la antes dicha Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975, cuya instrucción 5.^a, apartado d), exigía que la hipoteca que se instrumentase al efecto gravase precisamente el inmueble que se adquiriese con el montante dinerario del préstamo concedido, en el día de hoy tal exigente objetivación no se da, con lo que cabe perfectamente que la meritada hipoteca recaiga sobre cualquier otro inmueble ubicado en el territorio español, sea éste del propio prestatario no residente o de un tercero (residente o no).

Continuando en esta misma línea de análisis, tengo que aludir especialmente a otra clave de la liberalización ínsita en la normatividad que estamos observando, y es la consistente en que en la Orden que nos ocupa no se habla para nada de que tales préstamos deban ser amortizados con su aportación dineraria exterior, tal como exigía por su parte la instrucción 5.^a de la Resolución de 30 de julio de 1975, requerimiento que, por lo demás, fue ya atenuado en el escrito al que antes hicimos alusión al permitirse en el mismo que el prestatario utilizara a tales efectos un determinado porcentaje de las rentas obtenidas por el arrendamiento del inmueble adquirido, régimen que ahora se ha generalizado, posibilitándose que tal amortización se consume con cualquier tipo de activos dinerarios, sea cual fuere su concreta fuente generadora, si bien, en cualquier caso, tales activos deberán acreditar la condición de transferibles al exterior y, por lo tanto, de eventualmente ingresables en una cuenta extranjera de pesetas convertibles o de pesetas ordinarias, condición de transferibilidad que deberá adverarse de la forma adecuada a la concreta naturaleza del activo económico en cuestión.

Siempre partiendo de la base de que las primeras cuentas aludidas —la en pesetas convertibles— resultan abonables, y ello de forma libre, con los importes en pesetas procedentes de aquellos pagos efectuados por residentes a no residentes por cualquier concepto de balanza de pagos que a tenor de las normas vigentes o en virtud de autorización específica sean transferibles al exterior, *ex* artículo 2.2.f) de la Orden de 27 de junio de 1987 y norma 2.^a de la Circular 10/1989 del Banco de España de 30 de mayo, sobre tales cuentas, abonabilidad de factura incluso más liberalizada en su potencial proyección sobre las otras cuentas referidas —las extranjeras de pesetas ordinarias—, habida cuenta de lo que al respecto establece el artículo 3 de la Resolución de 20 de diciembre de 1985 y la instrucción 3.^a de la Circular 33/1986, de 18 de marzo, de la DGTE, siempre teniendo en cuenta que los importes así abonados sólo son transferibles (y consecuentemente convertibles) al extranjero bajo ciertos condicionamientos (matiz que no rige en absoluto para los fondos integrantes de los saldos de las otras cuentas dichas), fondos que una vez ingresados en las mismas quedan

automáticamente arrojados del paradigma de la convertibilidad y transferibilidad.

En cualquier caso, la liberalización solutoria programada por la Orden sometida a debate no puede, en modo alguno, asolar la filosofía cardinal que impregna el conjunto de la normativa sobre el control de cambios, y siendo ello así la misma debe ser entendida en méritos a una interpretación contextual de todo el acervo preceptivo oportunamente albergado en tal parcela jurídica, interpretación que en lo que nos concierne ahora determina que aquellas hipotecas constituidas de conformidad con los patrones conformativos que estamos analizando no pueden ser canceladas sin que se acredite de forma plena —en los sendos ámbitos notariales y registrales— que los fondos utilizados en la amortización del préstamo de que se trate acreditan, bien una neta procedencia exterior (caso del sistema anterior) o bien una interior que incorpore el carácter de transferible, transferibilidad cuya constatación por el Fedatario y el Registrador competencialmente **intervenientes** demandara la puesta de manifiesto a los mismos de la oportuna certificación bancaria o bien de la pertinente credencial administrativa procedente de la DGTE justificativa de la aludida condición, determinando todo ello, en suma, la improcedencia de cualquier pago amortizatorio del crédito hipotecario de que se trate eventualmente ingresable en la categoría de pago de mano a mano, exigiéndose, en cualquier caso, que el mismo discurra por los cauces de procesalidad bancaria que enseñorean todas las parcelas solvenciales relacionadas con el control de cambios, cauces a los que deberá hacerse alusión suficiente en la escritura de carta de pago que la entidad concedente del préstamo otorgue en su día, otorgamiento condicionado a tales efectos y cuya peculiaridad deberá ser advertida en la escritura constitutiva del préstamo en cuestión y en la inscripción determinante del nacimiento de la hipoteca de que se trate, así como en la nota de despacho de la misma, cautelas impeditivas de que un potencial desconocimiento por parte de los interesados de las singularidades satisfactivas dichas impidan la cancelación en su día de tal hipoteca, imposibilidad también extensiva a aquellos supuestos en los que la pertinente deuda asumida por el no residente como consecuencia del crédito previamente articulado pretenda ser satisfecha por un residente, bien en virtud del consiguiente acuerdo subrogatorio o bien *motu proprio* (pago por cuenta ajena), acuerdos y pagos que sólo previa autorización expresa de la DGTE resultan viables, tal como tendremos ocasión de exponer con más detalle al final de este capítulo.

Por otra parte, y partiendo de que la cantidad prestada debe destinarse —y ello de modo **forzoso**— a la adquisición de un inmueble radicado en España por parte del prestatario, la utilización solvencial de la misma materializa el consiguiente corresponsivo de aportación dineraria exterior

(carácter que deriva del hecho de que su importe deberá ser amortizado como tal tipo de merced **dineraria**), debiendo discurrir su efectividad por los rigurosos cauces bancarios (eliminadores de un eventual pago de mano a mano) que diseña al efecto la normativa sobre control de cambios de inversiones extranjeras, ocupándose específicamente de tal detalle —en lo que concierne a la concreta disposición de los préstamos que nos ocupan— la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990, en la **que**, recogiendo parcialmente la *praxis* resultante de la anterior de 23 de octubre de 1989, se dan normas para la comunicación de los créditos hipotecarios destinados a la adquisición de inmuebles, diciendo al efecto su artículo 1, en lo que nos interesa, que: "1. Los créditos hipotecarios denominados en pesetas, concedidos por las entidades delegadas o por sociedades de crédito hipotecario a personas no residentes, destinados a la adquisición de bienes inmuebles sitos en territorio español, autorizados por la Resolución de 23 de octubre de 1989 de esta Dirección General (*BOE* de 1 de noviembre) y por la Orden de 4 de febrero de 1990, o autorizados con carácter particular por la Dirección General de Transacciones Exteriores, de acuerdo con el artículo 12.3 del Reglamento de Inversiones Extranjeras, darán lugar a las siguientes comunicaciones en los estados VH-1 de "Cuentas extranjeras de pesetas convertibles":

a) Disposición del crédito (pagos directos al vendedor): Comunicación de pago modelo A(4) aplicada al Código estadístico 17.01.01 ("Créditos hipotecarios").

Si se trata de adquisiciones de inmuebles propiedad de un residente (vendedor), esta comunicación irá compensada con comunicación de un cobro modelo R(2) al código estadístico 14.50.01 ("Inversiones en bienes inmuebles para uso propio") ó 14.51.01 ("Inversiones en bienes inmuebles para actividad empresarial"), según proceda.

b) Amortización e intereses: Comunicaciones de cobro modelo R(2) aplicadas a los códigos estadísticos 17.01.02 y 17.01.03.

En las comunicaciones aplicadas al código 17.01.01/02/03 aparecerá como titular la entidad delegada que otorga el crédito hipotecario. En las comunicaciones aplicadas a los códigos 14.50.01/02/03 ó 14.51.01/02/03 aparecerá como titular el residente vendedor del inmueble, precepto, en suma, que viene a ser un complemento de la normativa básica resultante de la Resolución de la DGTE de 28 de abril de 1982 y, en definitiva, una consecuencia muy sectorial de la reserva de jurisdicción consagrada por el artículo 18 del RIE antes transcrito.

Concluyo, pues, este punto poniendo de relieve que la liberalización auspiciada por la Orden que estamos viendo, aun siendo importante, no quebranta en modo alguno las cuadernas fundamentales de la normativa

regente del control de cambios impositivas de una hipotética utilización solutoria de fondos monetarios cuya legítima procedencia foránea o internizada (aunque con visos —estos últimos— de foraneidad dadas sus peculiares condiciones de transferibilidad al exterior) no se acredite de la forma antes referida; acreditamiento que debe patentizar que tales fondos proceden, en suma, de una cuenta en divisas o de una extranjera en pesetas convertibles u ordinarias, requiriéndose además cuando tal procedencia conecte con la última de las cuentas dichas que los fondos efectivamente utilizados incorporen la condición de transferibles al exterior, circunstancia en cuya homologación deberá tenerse especialmente en cuenta las reglas que disciplinan las supradichas cuentas y la aludida transferibilidad, es decir, por un lado, la Resolución de 20 de diciembre de 1985 de la DGTE y la Circular 33 procedente del mismo Centro Directivo de 18 de marzo de 1986 (normas que se ocupan en aportar la pertinente cobertura funcional a la categoría de dichas cuentas, todo ello en relación con el fundamental Real Decreto 1723/1985, de 28 de agosto, que es su instaurador), y por el otro, la Circular número 38/1985 de la DGTE, de 8 de marzo, por la que se regulan las normas adjetivas aplicables a las operaciones invisibles corrientes liberalizadas por la Orden de 14 de septiembre de 1979.

Por lo tocante a la subrogación que el artículo que estamos viendo permite en unos términos de absoluta liberalización ejecutiva, únicamente hemos de poner de relieve que tal posibilidad funcional debe pasarse por el filtro de lo que acabamos de decir en relación con la forma de amortizar la deuda asumida como consecuencia de la subrogación efectuada, pago en cuya procesalidad deberá tenerse presente para todo el conjunto de consideraciones que han antecedido.

Por lo que se refiere a la valoración que nos merece el calendario artículo 14 de la Orden de 4 de febrero de 1990, tengo que poner de relieve que el mismo materializa un sistema de permisividad en este orden de cosas que en puridad podría calificarse de obvio y contradictorio; obvio, por cuanto que tras la adopción de la Orden de 31 de julio de 1989 todos los créditos concedidos por las entidades delegadas en pesetas convertibles en favor de no residentes dentro de los límites porcentuales explicados resultan absolutamente autorizados, y ello con independencia de que los mismos fueren garantizados o no con hipoteca. Por otra parte, tal obviedad también resulta predicable enfocando los préstamos y créditos que nos ocupan, no desde su propia mismidad, sino desde la constitutividad de la garantía (en este caso hipotecaria) que eventualmente lo refuercen, garantía que en la eventualidad debatida resultaba prestada por un no residente (el hipotecante-deudor) en favor de un residente (la entidad delegada concedente del préstamo o crédito reforzado) que aparecía como

acreedor de un también no residente (el mismo hipotecante-deudor), supuesto plenamente liberalizado a partir de la adopción del Real Decreto 2402/1980, disposición que al pormenorizar en su artículo 3.º, regla 8.ª, el espectro de garantías sometidas a control pretería por completo la que acabamos de describir, liberalización que se mantuvo bajo el imperio normativo de las Ordenes de 23 de enero de 1981 y 16 de febrero de 1989, que tampoco aludieron en modo alguno al evento considerado y cuya vigencia en la actualidad no ofrece la más mínima duda teniendo en cuenta el contenido absolutamente globalizador de la Orden de 19 de junio de 1990, que previa derogación expresa de las disposiciones indicadas *ut supra* ha venido a liberalizar todo tipo de garantías conectadas con el control de cambios.

Por lo que atañe al calificativo de contradictorio, el mismo resulta plenamente merecido, siendo así que frente al criterio absolutamente desobjetivado y generalizador de las mentadas disposiciones liberalizadoras de los susodichos préstamos y créditos (y de sus eventuales garantías), el artículo 4 que nos ocupa exige que tales operaciones (para resultar liberalizadas) se destinen monográficamente a la adquisición de inmuebles sitos en territorio español, exigencia que por lo tocante al préstamo y crédito en sí resulta tajantemente antinómica con el texto de la Orden de 31 de julio de 1989, que no introduce ningún condicionamiento objetivo en el sistema liberalizador que positiva y en lo que concierne a la garantía hipotecaria, si bien podía mantenerse su legitimidad con anterioridad a la adopción de la calendada Orden de 19 de junio de 1990, en los momentos presentes su persistencia es insostenible, teniendo en cuenta que tal disposición no condiciona la liberalización garantista que patrocina a ningún planteamiento de orden teleológico.

Pese a lo dicho, el sistema promovido por el pluricitado artículo 14 de la Orden de 4 de febrero resulta globalmente útil, no sólo por suponer el mismo una consagración normativa —a un nivel jerárquico ya aceptable— de una liberalización sectorial hasta entonces programada desde un dispositivo nomotésico resolutorio (Resoluciones de 30 de julio de 1975 y 23 de octubre de 1989, ambas de la DGTE), sino también porque en un punto concreto, y por lo que atañe al negocio crediticio en sí, el esquema normativo que propicia excede en liberalización al previamente auspiciado por la Orden de 31 de julio de 1989, refiriéndome así a que para tal artículo 14 son de idéntica condición, a los efectos que estamos viendo, tanto los créditos que otorguen las entidades delegadas en pesetas convertibles, como aquellos que sean concedidos por Sociedades de Crédito Hipotecario, entidades no mencionadas como eventuales prestamistas en la pluricitada Orden de 31 de julio de 1989.

De todos modos, la ampliación del círculo de posibilidades que viene

de la mano de la introducción en el espectro de prestamistas privilegiados de las aludidas Sociedades de Crédito Hipotecario plantea el problema de precisar cuál sea la potencial objetivación de las operaciones crediticias convenidas por esta categoría especial de prestamistas (objetivación de la que va a depender su régimen), tema que a fin de no vaciar de contenido el subepígrafe siguiente (relativo al análisis de los eventuales créditos y préstamos en pesetas comunes concedidos por residentes a no residentes) trataremos al redactar tal subepígrafe.

Por lo tocante a la instrumentación documental de este tipo de préstamo y créditos, y teniendo en cuenta su carácter de hipotecarios, es evidente que la misma corre a cargo de los Notarios (y en su caso de los Cónsules, actuando con funciones notariales), quienes teniendo en cuenta la naturaleza de los condicionantes de la liberalización proveída por las disposiciones que han antecedido únicamente deberán someter a su control de legalidad aquellos extremos que hacen referencia a la concreta tipología del prestamista residente (que tendrá que ser una entidad delegada o una Sociedad de Crédito Hipotecario), a la del prestatario (que deberá revestir la condición de no residente, valorada en virtud de los criterios administrativos al uso) y a que lo efectivamente prestado son pesetas convertibles, quedando sustraídas a su evaluación las cuestiones relacionadas con el eventual encaje del préstamo en cuestión en el capítulo de potencialidades monetarias de la entidad concedente, posibilidades más o menos engrosadas según cual sea el concreto montante del saldo medio del importe pasivo diario en pesetas convertibles oportunamente acreditado por tal entidad (tema antes debatido) y las que exigen que el préstamo se destine a la adquisición de un inmueble sito en España (requisito de legítima constitutividad al que también nos hemos referido y que en cualquier caso queda al margen del supradicho control de legalidad a desplegar por el fedatario autorizante de la escritura en cuestión), escritura que una vez autorizada deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente previa la oportuna calificación positiva por parte de su titular del bloque de condicionantes a los que acabamos de aludir.

A fin de evitar reiteraciones me remito a lo que diré al final de este capítulo en relación con las singularidades que presentan las hipotecas que estamos viendo en su parangón con las comunes, aspecto que abordaré conjuntamente con las particularidades de las mismas a los efectos de los pactos subrogatorios que puedan mediar en sus sendos negocios jurídicos constitutivos.

Concluyo esta breve aproximación considerativa al sistema promovido por el artículo 14 de la Orden de 4 de febrero de 1990 poniendo de relieve que a través de la inserción en su esquema de liberalización del correspondiente ingrediente teleológico al que nos hemos referido (invertir el importe

del préstamo obtenido en la financiación de una adquisición inmobiliaria en España por parte del prestatario), lo que se ha conseguido de inmediato es que las cantidades prestadas, a pesar de ser convertibles, no sean susceptibles de exportación (ni como dinero escriturario ni a través de su conversión en divisas), debiendo forzosamente destinarse a la ejecución de la financiación dicha, que cuando llegue el momento deberá tener lugar a través de los rigurosos canales solutorios que nuestra normativa sobre el control de cambios e inversiones extranjeras erige, todo ello de conformidad con lo previsto por el artículo 18 del RIE (cuya transcripción tuvo lugar anteriormente al ocuparme de los créditos hipotecarios objetivados en divisas) y de su cortejo de disposiciones complementarias (también mencionadas en éste y otros lugares de este mismo volumen), rigurosidad solvencial que alcanza del propio modo al procedimiento que debe seguirse con el reembolso de los intereses del crédito de que se trate, reintegro que en cualquier caso deberá acontecer a través de pagos que deberán ser consumados de forma estrictamente bancaria y a los que aludiré, en la última de sus variantes, en la porción postrera de este mismo capítulo.

ac) En pesetas ordinarias

No cabe, por razones institucionales, admitir la posibilidad de que tales activos financieros constituyan el pertinente objeto de un préstamo de los que estamos viendo sin que sea legítimo respecto de los mismos extrapolar el criterio autorizativo resultante de la disposición aludida en el subepígrafe anterior, que únicamente atina —de forma explícita— a las pesetas convertibles.

ad) En pesetas comunes

aa) Introducción

Las supradichas pesetas constituyen las únicas de libre movilización por parte de los residentes y siendo ello así las mismas integran lo que podríamos etiquetar como de normal patrimonio utilizable por tales residentes a los fines crediticios que estamos debatiendo, utilización que, en principio, queda sujeta a todas las medidas de restricción proveídas por las normas generales sobre control de cambios antes aducidas, requirentes, como sabemos, de una autorización previa e individualizada para que los préstamos en tales componentes crematísticos de residentes a no residentes se conformen lícitamente.

No obstante —y al igual que hicimos con las hipótesis ya escritas— es necesario contrastar tal criterio restrictivo general con la ulterior normativa especializada de aplicación en la materia objeto del presente análisis, homologación que conduce a entender que existen, en realidad, dos categorías de préstamos de tal calibre: los normativos y genéricamente liberalizados y los que no gozan de tal cualidad, requiriendo estos últimos —de conformidad con las normas básicas antes aludidas del control de cambios— una actuación controladora y positiva —singularizada y previa— de la Administración.

En cualquier caso, conviene tener presente que ciertas modalidades de créditos de tal carácter serán debatidos —dada su evidente especialidad— de modo singular con posterioridad, acaeciéndolo concretamente con los descuentos de efectos cifrados en pesetas comunes librados por un residente con cargo a un no residente y aquellos que medien entre un inversor español y su establecimiento o sucursal en el extranjero, hipótesis —repito— a las que nos referiremos más tarde.

Dentro de este subepígrafe, y a base de una concepción amplia del mismo, podríamos incluir alguna variante financiera que presenta un cierto allegamiento (más o menos próximo o lejano, según la óptica con que se la mire) con la modalidad crediticia que estamos considerando, alternativas en las que pueden incluirse concretamente las transferencias de fondos (entre las cuales se incluye, obviamente, las mentadas pesetas comunes que nos ocupan) efectuadas por las entidades o personas físicas residentes a sus sucursales o establecimientos en el extranjero, dotaciones patrimoniales de cuyo régimen se ocupa el artículo 9 de la Orden de 19 de diciembre de 1988, disposición que nosotros veremos ulteriormente al analizar la modalidad crediticia que estamos evidenciando cuando la misma quede objetivada en divisas, estudio que acaecerá un poco más tarde.

Asimismo, es indiscutible que presenta una marcada propincuidad —si bien predominantemente económica— con la figura de los créditos y préstamos que estamos analizando los eventuales aplazamientos del pago del precio que pudieren convenirse en el delimitado marco de las compraventas inmobiliarias inversoras entre el deudor-comprador no residente, es decir, entre el inversor extranjero y el vendedor-acreedor residente, aplazamientos solvenciales que teniendo en cuenta lo que percibe como correspondiente dinerario el aludido vendedor y su indicada condición territorial —la de residente— sólo pueden objetivarse en pesetas comunes, si bien abonables, en méritos de la concreta operación comercial de donde emerge la obligación, con fondos integrantes de la categoría genérica de la denominada "aportación dineraria exterior" a la que alude como condicionante de la liberalización del supuesto, en su vertiente operativa más distendida y omnicomprendiva, el artículo 2.1 del RIE, precepto que liga

la virtualidad de tal liberalización (que en realidad pueda predicarse para la instrumentación de todo tipo de inversiones extranjeras en España), aparte de la inequívoca presencia en ellas de determinados presupuestos subjetivos, objetivos y funcionales a que las mismas se paguen con la susodicha aportación dineraria exterior, principio de general vigencia, repito, y que afecta también, por supuesto, a las inversiones extranjeras inmobiliarias presididas por los artículos 12 y siguientes del calendario RIE.

Siendo ello así, parece claro que el estudio de esta "especial" modalidad crediticia, articulada en pesetas comunes entre un residente y un no residente, podría acreditar su sede en estos precisos momentos expositivos, si bien tengo que decir al respecto que, por una parte, el análisis de lo que da de sí tal aplazamiento solvencial ha tenido ya lugar en el capítulo XX del volumen II de esta obra y que, por otra, al abordar el tema de los créditos hipotecarios en pesetas comunes entre los indicados operadores jurídicos, alguna de las cuestiones que serían debatibles ahora volverían a hacer acto de presencia, por lo que prefiero reservar su análisis para cuando acaezca el desentrañamiento de tales créditos hipotecarios, cosa que va a suceder de inmediato.

Tras este previo descartamiento especulativo, paso a ocuparme de una cuestión que, a mi juicio, arroja una importancia extraordinaria en el diseño crediticio delineado por la nueva normativa sobre el control de cambios, y es aquella que se polariza en torno a si en los momentos presentes se hallan liberalizados o no los créditos y préstamos que estamos viendo —los positivados en pesetas comunes entre residentes y no residentes, sean éstos hipotecarios o no— cuando en su conformación aparezca como prestamista una entidad delegada y como prestatario un inversor extranjero inmobiliario no residente, cuestión que planteada de otro modo nos lleva a interrogarnos sobre la eventual vigencia del criterio liberalizador resultante de la instrucción 5.^a de la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975, texto que despejando las dudas suscitadas al efecto bajo el régimen normativo del anterior RIE (el de 31 de octubre de 1974) posibilitó la instrumentación de los precitados créditos, siempre que fueren hipotecarios y se concitase en ellos todo el rosario de condicionantes dibujados por el mismo (véase la literalidad del texto en cuestión de este mismo capítulo).

Planteado así el asunto crucial a debatir, tengo que poner de manifiesto que su *quid* sustancial acredita un caudal de conflictividad ciertamente notable. Así, y dejando de lado los créditos de las características dichas en su versión no hipotecaria (cuya falta de liberalización es evidente al no hallarse posibilitados los mismos por la Resolución que acabamos de citar ni por ninguna otra disposición), la eventual liberalización de los hipote-

carios cuando los prestamistas son las indicadas entidades delegadas se enfrenta al hecho normativo de que presentemente existe una saga de disposiciones que disciplinan los potenciales préstamos en pesetas a conceder por tales agentes en favor de los no residentes que entraña sus funciones, pese a no derogar de forma total la Resolución que acabamos de citar, en una filosofía globalizadora de la cuestión cuyo ensamblaje con la misma no resulta fácil, acaeciendo ello concretamente con todas aquellas normas que acabamos de estudiar cuando nos **referimos** a los préstamos conformados entre residentes y no residentes objetivados en pesetas convertibles (Orden de 31 de julio de 1989, Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989, Orden de 4 de febrero de 1990 y Resolución del mismo Centro Directivo de 14 de mayo de 1990).

De todo este abarrotado panorama normativo se desprende un sistema liberalizador de los préstamos en pesetas convertibles que dentro de ciertos límites otorguen las entidades delegadas a los no residentes (en general) y a los inversores extranjeros inmobiliarios en particular (debiendo ser en este último caso hipotecarios), sistema que en teoría podía haber coexistido con absoluta normalidad con el diseñado por la resolución **pluricitada** de la DGTE de 30 de julio de 1975, siempre que se entendiese que la objetivación de las operaciones crediticias instrumentales a su amparo lo era en pesetas comunes (no convertibles), coexistencia que en vez de ser pacífica se ha convertido en sumamente polémica simplemente por mor de la referencia que a la **meritada** Resolución efectuó la de 23 de octubre de 1989, alusión cristalizada en la derogación de determinados puntos de la instrucción 5.^a de la primera, hecho que ha **venido** a tender un puente entre las respectivas preceptividades (la proveniente del bloque de disposiciones recientes que acabamos de circunstanciar y la que se aloja en la policitada Resolución de 30 de julio de 1975), que a la postre repercute en la falta de claridad que achacamos al sistema, toda vez que, una de dos: o bien tal comportamiento de legisfehaciencia derogatorio supone un acto normativo autónomo que únicamente mantiene con la disposición que la materializa un nexo estrictamente formal, o bien hay que atribuirle algún significado en relación con el *factum* atendido por la sustantividad ordinal contenida en el grueso de la disposición derogante. De prevalecer la primera de las interpretaciones aducidas, legítimamente podría predicarse la pervivencia actual de los préstamos en pesetas comunes otorgables en su caso por las entidades delegadas al amparo de la Resolución de 30 de julio de 1975, pervivencia que resultaría incluso todavía más libre que con anterioridad en obsequio a la eliminación de determinados corsés operatorios por la vía de la derogación que nos ocupa. De entenderse como más viable la segunda, es evidente que tal posibilidad quedaría rigurosamente en entredicho, teniendo en cuenta que en base a tal acto

abrogario se establecería un nexo material entre una posibilidad normativa y otra, determinante, por supuesto, de la prevalencia de la última y, con ella, de la eliminación de la alternativa albergada en la Resolución de 30 de julio de 1975.

Teniendo en cuenta que en cualquier caso todos los créditos y préstamos potencialmente articulables en base a todo el conglomerado normativo mencionado han de ser reembolsados forzosamente con alguna de las categorías financieras integrantes de la denominada aportación dineraria exterior (o sea, divisas, ECUs o pesetas convertibles), es evidente que el mantenimiento de los dos tipos de posibilidades que estamos viendo (el de las objetivadas en pesetas comunes en méritos de lo eventualmente propugnado por la Resolución de 30 de julio de 1975, y el de las que permiten lo propio con las convertibles a las que aluden todas las restantes disposiciones) se relativiza desde el punto de vista operativo, pero sin llegar a provocar una precarización total de su respectiva virtualidad, siendo así que de admitir la beligerancia actual de la primera de las Resoluciones dichas, las entidades delegadas prestamistas no quedarían afectadas por los techos porcentuales que resultan de la Orden de 31 de julio de 1989, aunque, y como contrapartida, tampoco podrían concertar libremente los préstamos que nos ocupan con las personas jurídicas no residentes (cortapisa implícitamente resultante de la Resolución de 30 de julio de 1975 y no recogida por las restantes disposiciones dichas).

Por lo que a mí afecta, y salvo opinión mejor fundada, entiendo que pese a lo defectuoso de la técnica de legisfehaciencia que estamos estudiando, la modalidad crediticia cuyas cuadermas de liberalización provienen del texto meritado *ut supra* continúa viva (incluso con operatividad potenciada al haberse despojado —como ya hemos apuntado— de algunos corsés antes vigentes, en méritos a la abrogación parcial experimentada por la misma de conformidad con lo que antes adujimos), abonándome sin titubeos a tal solución en base a que ninguna interpretación puede conducir al absurdo ni a la incongruencia, y también porque en estas áreas, especialmente después de la incorporación de España a la CEE, deben apurarse al máximo todas aquellas posibilidades epistemológicas y de constructividad jurídica tendentes a multiplicar la eficacia del filón ya existente de potencialidades negociales liberalizadas.

ab') Préstamos liberalizados de modo general

Dentro de esta categoría genérica, aparte de resultar incluible en su caso la modalidad crediticia que nos ha ocupado precedentemente, así como algunas variantes de los aplazamientos solutorios eventualmente convenientes en las compraventas inmobiliarias materializadoras de las

correspondientes inversiones extranjeras (dilaciones solvenciales que serán analizadas con posterioridad en este mismo capítulo), nos encontramos con aquellas posibilidades crediticias atendidas por la Orden de 4 de febrero de 1990 a través de su artículo 14.2 ("Al amparo del artículo 12.3 del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España se autoriza con carácter general a las Sociedades de Crédito Hipotecario para otorgar créditos hipotecarios a no residentes para la adquisición de inmuebles en España, así como la subrogación de aquéllos en los créditos hipotecarios concedidos por estas sociedades que gravaran los inmuebles adquiridos de acuerdo con el capítulo IV del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España. Estas operaciones no requerirán verificación administrativa previa"), disposición que estribando su última *ratio* en el meritado artículo 12.3 ("Los titulares de las inversiones reguladas por las disposiciones de este capítulo podrán, con previa autorización de la Dirección General de Transacciones Exteriores, recibir préstamos hipotecarios de las entidades de crédito españolas para la adquisición de inmuebles") del vigente RIE vino a liberalizar por vez primera en nuestro ordenamiento de control de cambios la alternativa crediticia que estamos estudiando, cuyas concretas coordenadas de funcionalidad constitutiva son las siguientes:

a) *Subjetivas*.—Es imprescindible que el prestamista residente sea una Sociedad de Crédito Hipotecario y el prestatario un inversor extranjero comprador de un inmueble en España, siendo indiferente la condición ontológica que en concreto acredite éste, resultando liberalizados tanto los créditos otorgados a las personas físicas como a las jurídicas en la medida en que unas y otras parabolicen la aludida condición de inversor extranjero (*).

b) *Objetivas*.—El inmueble a hipotecar debe hallarse forzosamente ubicado en España, pero no es requisito *sine qua non* (aunque su presencia sea normal) que el mismo sea precisamente aquel cuya compra se financie con el importe del préstamo otorgado por la sociedad prestamista-acreadora hipotecaria, siendo perfectamente admisible que el débito a

(*) Las Sociedades de Crédito Hipotecario a que se refiere el precepto supratranscrito, en su consideración de operadores jurídicos dotados de potencialidades incentivadas en este orden de cosas, son aquellas entidades facultadas para actuar en el mercado hipotecario, cuyo régimen constitutivo y funcional se halla gobernado al alimón, aparte de por algunas otras disposiciones sectoriales de menor interés (y por las generales societarias que les sean aplicables) que no viene a cuenta reseñar, por los artículos 1 al 7 del Real Decreto 1144/1988, de 30 de septiembre, sobre creación de Bancos privados e instalación en España de entidades de crédito extranjeras y por el también Real Decreto 771/1989, de 23 de junio, sobre creación de Entidades de Crédito de ámbito operativo limitado, texto este último que para ilustración y comodidad del lector insertaremos en el Apéndice de este volumen.

garantizar resulte reforzado con una hipoteca constituida sobre otro bien, ya sea éste propiedad del hipotecante, perceptor del préstamo en cuestión, o de un tercero (persona física o jurídica, residente o no) que asumiría entonces el papel de fiador real o hipotecante por deuda ajena, posibilidad perfectamente viable en atención al silencio especificativo que sobre el particular mantiene el precepto que acabamos de transcribir (el art. 14.2 de la Orden de 4 de febrero de 1990), posición silente únicamente interpretable en el sentido expuesto en atención a la clásica paremia de *ubi lex ne distinguere nec distinguere debemus*, siendo éste el único argumento esgrimible sobre el particular, sin que sea legítimo aducir aquí el sistema liberalizador que para la constitución de todo tipo de garantías emerge de la pluricitada Orden de 19 de junio de 1990, siendo así que tal disposición (que en definitiva viene a maximizar en este orden de cosas el valor de la accesoriedad de toda vinculación garantista) permite la prestación de las mismas en la medida que el débito a robustecer se halle debidamente constituido (atendiendo a la normativa sobre el control de cambios), situación completamente diferente a la que estamos viendo en la que, invirtiéndose los papeles (o por lo menos posicionándose convergentemente en base a la potenciación institucional del significado de la entidad jurídica compleja denominada "crédito hipotecario"), el establecimiento de la relación crediticia subyacente queda liberalizado en la medida que se instrumentase *ab initio* con garantía hipotecaria, por lo que perfectamente podía acontecer que la norma liberalizada ora enrocarse parcialmente su significado previa la exigencia de que tal hipoteca recayese precisamente sobre el bien cuya financiación se destinase el importe del préstamo o crédito que nos ocupa, cosa que, como sabemos, no ha tenido lugar.

c) *Funcionales*.—Lo prestable son estrictamente pesetas comunes, sin que respecto a la posibilidad crediticia que nos entretiene pueda suscitarse en lo más mínimo el problema al que con anterioridad nos referiremos y que era el relativo a saber si en la actualidad las entidades delegadas sólo pueden prestar libremente a no residentes en pesetas convertibles o pueden también hacerlo en las comunes, cuestión que no es de recibo en el ámbito de las operaciones sometidas a nuestra actual óptica inquisitiva en obsequio a que las entidades concedentes no acreditan la disponibilidad legítima "normal" de otro tipo de fondos (dejando de lado su eventual titularidad —como cualquier otro residente— de alguna de las cuentas en divisas a las que alude la Resolución de la DGTE de 10 de mayo de 1988 o de las en ECUs, de conformidad con lo previsto por la Resolución de la DGTE de 22 de junio de 1990, componentes financieros cuyo estudio, en cuanto potenciales objetivadores de alguna variante de los préstamos y créditos que estamos viendo, es materia de especulación en otros pasajes de este mismo capítulo), a diferencia de las indicadas entidades delegadas

que en méritos a la posición privilegiada que asumen en el panorama normativo español del control de cambios puede legítimamente disponer —y ello de forma normal e indistinta— de pesetas convertibles y comunes, posibilidad de la que carecen las Sociedades de Crédito Hipotecario, cuya normal tenencia de fondos monetarios —en cuanto residentes no optimizados— se reduce a las comunes.

Partiendo de esta evidencia, lo que también aparece claro es que el reintegro por parte del prestatario no residente del capital prestado (y del pago de los correspondientes intereses) deberá efectuarse con la consiguiente aportación dineraria exterior (atribuyendo a esta expresión el alcance antes puesto de manifiesto), resultando tal exigencia (no recogida, por cierto, de forma explícita en el artículo 14.2 de la Orden de 4 de febrero de 1990) de una interpretación sinfónica de la normativa general sobre el control de cambios y también del hecho de que la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990 que regula el procedimiento a seguir para la pertinente comunicación al Banco de España de los movimientos relacionados con esta categoría de préstamos y créditos siempre parte en el delineamiento de sus consiguientes labores instructorias del dato de que los susodichos pagos retributivos y amortizatorios se han de efectuar con alguno de los ingredientes financieros integrantes de la antes dicha aportación dineraria exterior, o sea, divisas, ECUs o pesetas convertibles, labores que se materializan en el seguimiento de una abigarrada procesabilidad (contenida en el art. 1 de la Resolución últimamente citada y cuyo texto quedó transcrito cuando realizamos la exégesis de los créditos cifrados en pesetas convertibles concedidos por las entidades delegadas a no residentes), siendo del propio modo colacionable lo que también dijimos allí acerca de la barrera que se levanta para la eventual exportación de los fondos prestados cuando los mismos resultan estrictamente destinados a la adquisición de un inmueble en España, aunque en el caso que estamos viendo tal inexportabilidad resulta más "natural" teniendo en cuenta la naturaleza de los elementos objetivadores de los préstamos que nos ocupan (que son pesetas comunes, y no convertibles como en la hipótesis antes dicha).

Intimamente ligado con lo que acabamos de decir se halla el hecho de que la operación crediticia materia de este análisis constituye un *prius* para otra de inversión extranjera, proviniendo tal compleja secuencialidad del componente teleológico que acompaña a la liberalización programada por el antes literalizado artículo 14.2 de la Orden de 4 de febrero de 1990, precepto que exige, como deriva fundamental de su propia razón de ser, el que el crédito obtenido se destine de forma efectiva a la adquisición de un inmueble en España, instrumentándose la aplicación del importe obtenido en tal concepto de la forma que estipula el antes aludido artículo 1

de la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990, adquisición corporizadora de una inversión extranjera normal y de la que se deriva todo el bloque de potencialidades que son de rigor, entre ellas las relativas al ejercicio del correspondiente derecho de transferencia al exterior.

Por lo que se refiere a la labor de control a desplegar por el fedatario autorizante de la escritura de hipoteca en cuestión y el Registrador de la Propiedad llamado a prestar su congruente débito competencial al efecto, tengo que recalcar que la misma, en cuanto referida al paquete de condicionantes demandado por la normativa sobre el control de cambios, es simple en extremo, debiendo limitarse a comprobar la condición de Sociedad de Crédito Hipotecario del prestamista residente y la no residencial del prestatario, así como que lo efectivamente prestado son pesetas comunes, quedando al margen de sus cometidos de contraste la comprobación de si el préstamo en cuestión se destina de modo efectivo a la adquisición de un inmueble en España, aunque si esta adquisición llega a materializarse tales profesionales deberán comprobar que el pago de la misma (efectuado con las indicadas pesetas comunes) se realiza bancariamente, de conformidad con lo previsto en la Resolución de 28 de abril de 1982 y en la de 14 de mayo de 1990 (ambas de la DGTE), y siempre teniendo en cuenta el pedimento básico consignado en el artículo 18 del RIE (precepto cuya transcripción fue efectuada anteriormente cuando investigamos este mismo tema en relación con los préstamos hipotecarios cifrados en divisas o ECUs), conjunto de preceptos que bloquean en este caso, y en todos los que se instrumentan inversiones extranjeras, el pago confesado o de mano a mano, *praxis solutoria* cuya legitimidad queda también proscrita llegado el momento del reembolso del capital prestado y del logro de la cancelación de la hipoteca constituida, temas que veremos en la última parte de este mismo capítulo.

ac') Préstamos no liberalizados de modo general

Cualquier otra posibilidad crediticia instrumentada —en cuanto préstamo financiero— con pesetas comunes entre residentes y no residentes requiere la previa habilitación dimanante de la DGTE, debiendo incluirse en esta relación aquellos otorgados por las indicadas Sociedades de Crédito Hipotecario sin la pertinente cobertura hipotecaria, así como los vehiculizados en los aplazamientos solvenciales a los que hemos hecho alusión anteriormente cuando el "prestatario" (o sea, el comprador con precio aplazado) sea una persona jurídica no residente, valiendo esta apreciación hermenéutica tanto si prevalece la tesis de que para la lícita conformación del supuesto se requiere la propia autorización administrativa

como si sólo resulta demandable la verificación positiva, ya que en ambos casos —diferencias de matiz aparte— la constitutividad del supuesto queda totalmente sustraída a la libre disponibilidad de las partes, pudiendo incluirse en esta relación de potenciales supuestos sólo instrumentables previa la pertinente autorización todo el resto de posibilidades que pudieren plantearse, **entre** las cuales cabría incluir aquellas materializadas en los préstamos en pesetas comunes (hipotecarios o no) concedidos por las entidades delegadas a los no residentes para la adquisición de inmuebles ubicados en España, siempre que en definitiva prosperare la opinión adversa a la mía en el sentido de entender que la nueva normativa sobre los préstamos y créditos en pesetas convertibles (a conceder en su caso por tales entidades) ha "devorado" el sentido posibilista resultante de la Resolución de la DGTE (instrucción 5.^a) de 30 de julio de 1975, tema tratado con suficiente amplitud en las páginas precedentes.

Por lo tocante a las tareas de control que deben desempeñar los fedatarios (y eventualmente los Registradores de la Propiedad), entiendo que las mismas serán muy simples cuando el supuesto contemplado requiera la previa obtención de la autorización administrativa antes reseñada, ya que en este caso las calendadas labores de control deberán contraerse a la comprobación de su existencia (y a que el supuesto a calificar encaja perfectamente en el marco de lo autorizado). Por el contrario, y tratándose de supuestos sometidos a verificación, entiendo que tales profesionales deben **comprobar** la justeza de la misma, es decir, la congruencia de lo verificado a la luz de la normatividad aplicable al caso, asentándose la *ratio* de este matiz diferencial en la profunda distinción que media entre un alto autorizativo (básicamente discrecional, y por ello no controlable por los **meritados** profesionales excepto de lo estrictamente competencial y formal) y uno verificador (esencialmente reglado y controlable en su integridad por los mismos).

C) ESPECIALES

a) *Introducción*

El etiquetar de "especiales" determinadas modalidades de los créditos que estamos viendo constituye —como ya hemos **apuntado**— una tarea sumamente arriesgada, dado que los que hemos catalogado de "comunes" —y que sirven de imprescindible fiel **comparativo**— tampoco acreditan, como entidad a categorizar, unas líneas basamentales y de confinamiento perfectamente definidas.

Así las cosas, y asumiendo los inconvenientes de un reduccionismo a

la unidad erizado de dificultades, vamos a ocuparnos, a seguidas, de determinados supuestos que presentan en su régimen nomotésico notas de acusada excepcionalidad y en los que se hallan presentes, en cuanto señas de identidad categorizadoras, bien rasgos de metaforicidad (residencial o no residencial), bien agudas dosis de singularidad en cuanto a su congruente subjetivación, o bien, en última instancia, un estimable gramaje de funcionalidad financiera fuera de lo común.

Sobre la base de tal introito, vamos a entretenernos en trazar de inmediato un cuadro expositivo acerca de tales variantes especiales, diversificándolas, al igual que hicimos con las calificadas de comunes, según cuáles sean sus distintos componentes objetivadores (divisas, pesetas convertibles, ordinarias y comunes), distinguiendo según se trate de préstamos concedidos por residentes a no residentes o viceversa, cuadro que vamos a hacer extensivo a determinadas hipótesis crediticias convenidas exclusivamente entre residentes o no residentes (pese a que las mismas se hallan sustraídas, en principio, de la normativa sobre el control de cambios), concluyendo su diseño con una breve alusión enriquecedora a determinadas modalidades de técnica financiera conectada con la negociabilidad sometida a debate, que alojan en su seno una especificidad instrumental que conviene desenrañar desde la perspectiva del aludido control de cambios.

b) *En divisas*

aa) Concedidos por no residentes a residentes

aa') Idea general

Dentro del capítulo de préstamos especiales en el ámbito de los objetivados con divisas, vamos a ocuparnos de dos alternativas concretas: la referente a aquella en la que el prestamista no residente, titular de las divisas objeto del negocio financiero de préstamo en cuestión, asuma la posición jurídico-administrativa de no residente metafórico, y la consistente en los préstamos de la tipología genérica que estamos considerando cuando los mismos se articulan, instrumentan o median entre una entidad o persona física no residente y su establecimiento o sucursal en España.

ab') De un residente real-no residente metafórico a un residente

Uno de los temas más espinosos —y de más agudos y filamentosos quiebros— es el relativo al tratamiento que merezcan, desde el circunscrito punto de vista del control de cambios, los trueques residenciales de los

implicados en su vigor, cuestión de **polivalentes** perfiles de la que ya nos ocupamos con singular intensidad en el tomo I, volumen I, de esta obra, especialmente en los capítulos VII, VIII, IX y XII.

Sobre la base de lo allí explicado, tengo que recalcar ahora que la supradicha problemática presenta un tronco de **conflictividad** de considerable grosor y polivalencia, cuyas capas concéntricas de recubrimiento aparecen materializadas por diversos **tegumentos** conflictivizados, tales como el de la posible utilización por residentes (españoles y extranjeros), como medios solutorios de inversiones extranjeras en nuestro país, de componentes patrimoniales (capital y rentas) generados en el exterior durante su tiempo de permanencia en el mismo. Del propio modo, y desde vertientes especulativas de suficiente latitud, también nos ocupamos en desbrozar la cuestión relativa a la precisión del carácter —**desde** la óptica toscamente simplificadora del control de cambios y de su subparcela de la inversión **extranjera**— de las adquisiciones de activos españoles por parte de ciudadanos no residentes advenidos a la condición de residentes, distinguiendo los distintos medios de pago (de procedencia interior o exterior) utilizados al efecto, cuestión directamente entrañada con la precisión ontológica de cuál sea la situación en la que quedan las inversiones extranjeras efectuadas por los supradichos ciudadanos (o los españoles, en su caso) no residentes cuando de tal ubicación jurídico-territorial transiten a la de residentes, temas todos ellos suficientemente entrelazados que presuponen mutaciones y trueques de la prístina situación territorial (de residentes o su antinomia) detenida por el operador jurídico (nacional o foráneo) considerado.

Siendo ello así, es evidente que la especialidad negocial de los préstamos que vamos a evidenciar aparece directamente imbricada con todo el conjunto de reflexiones que quedaron ya debidamente explayadas en los correspondientes pasajes expositivos del tomo I anteriormente referenciados, observaciones de porte explicativo que acreditaban como punto fundamental de irrupción metodológico un bloque intelectual bastante denso acerca de las concretas alternativas genéticas de la metaforicidad residencial, es decir, de aquellas situaciones en las que residentes o no residentes "reales" ostentaban potencialidades de *agere licere* en el entorno del control de cambios (y consecuentemente de la inversión extranjera) cuya viabilidad sólo era legítimamente planteable desde posicionamientos jurídico-territoriales antagónicos, suponiendo ello, en definitiva, la titularización de la condición administrativizada de residente o de no residente (alternativa crucial para los vectores jurídicos que estamos debatiendo) de talante putativo o espiritualizado, ubicación que podría asimilarse salvando, obviamente, las diferencias, con lo que desde planos gnoseológicos de teoría general jurídica se califica de posesión civilísima, entidad científica

cuya dimensión conceptual, en su aproximación al caso que nos preocupa, tendría que engrosar con su vertiente antónima, que sería la de la desposesión civilísima, supuestos que yo califico con la, a mi juicio, gráfica expresión de "residencia o no residencia metafórica", situaciones que afectan a aquellos residentes o no residentes "reales" que en determinadas hipótesis pueden actuar —a efectos del control de cambios— como residentes, y viceversa (caso en el que un residente real puede comportarse como no residente).

Siguiendo con este liviano acarreo de observaciones recordatorias de lo que con más extensión aduje en las porciones expositivas de mi obra antes reseñadas, sólo resta para concluir con las mismas que me refiera brevemente a los concretos veneros ordinamentales de metaforicidad residencial que nos es dable vislumbrar en nuestro ordenamiento jurídico de control de cambios (y de la inversión extranjera), fuentes que podemos diversificar en una doble categoría, según que las mismas enfoquen el problema en obsequio a planteamientos de máxima globalidad o bien lo hagan, por el contrario, desde centros de gravedad normativos más sectorializados. En relación con el primero de los campos dichos, constituyen principios angulares sobre el particular (en cuanto legitimadores al máximo nivel de todo el resto de posibilidades de jurisdicción particularizada al respecto) los contenidos en los artículos 4 de la Ley de Régimen Jurídico del Control de Cambios (LRJCC), de 10 de diciembre de 1979, y 10 de su texto reglamentario general que es el Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre de 1980, diciendo el primero de ellos sobre el particular (en texto de denotación legal que corrobora, *pari pasu*, el segundo de los preceptos indicados) en su apartado 1, que: "Las personas físicas de nacionalidad española que residan en el extranjero tendrán la consideración de residentes respecto al patrimonio constituido en España con anterioridad a su toma de residencia en el extranjero y a las rentas procedentes del mismo", precepto que acuña la posición de metaforicidad residencial antes aludida en su sentido positivo (un no residente real que es considerado como residente en España) y cuyo alcance debe completarse con la norma contenida en el apartado 2 del propio artículo, regla que viene a plasmar la situación opuesta a la descrita (la del residente real que normativamente es tenido como no residente) y cuyo tenor literal es el siguiente:

"Las personas físicas de nacionalidad extranjera que residan en España tendrán la consideración de no residentes respecto al patrimonio constituido fuera de España con anterioridad a la toma de residencia y a las rentas procedentes del mismo.

Las personas físicas de nacionalidad española que residan en España tendrán la consideración de no residentes respecto al patrimonio constituido fuera de España durante su residencia en el extranjero".

Ciertamente, los preceptos transcritos *ut supra* no constituyen un modelo de claridad y las dudas provocadas por su elíptica redacción fueron consistentes, dudas motivadas especialmente por la ambigua expresión de "patrimonio constituido fuera de España" y a la diferencia de trato que era detectable en su seno por lo concerniente a que los españoles no residentes metafóricos sólo podían hacer valer tal calidad en cuanto al supradicho patrimonio y no respecto a sus rentas (a diferencia de lo que acontecía con sus congéneres extranjeros).

En cualquier caso, y pese a las alegadas incertidumbres (que la norma ulterior a la apuntada contribuyo en gran medida a paliar, destacando en tal sentido la luz que aportó al tema el ahora derogado Real Decreto 622/1981, de 27 de marzo, cuyo artículo 2.1 sentó sobre el particular que "las inversiones efectuadas por extranjeros residentes mediante capital exterior tendrán la consideración de inversiones extranjeras, con los derechos y obligaciones propios de dicho régimen", precepto que no sólo reafirmó en el área de las inversiones extranjeras las posibilidades previstas *in genere* por la normativa sobre el control de cambios vista, sino que prescindió por completo de la exigencia contenida en la misma de que lo utilizable a tales efectos fuere exclusivamente el patrimonio constituido "fuera de España", demandando únicamente que tales inversiones resultaren instrumentadas solvencialmente mediante "capital exterior", noción de amplios perfiles de cuya interpretación se ocupó con su destreza habitual NÚÑEZ LAGOS en su obra dicha, pág. 387), la operatividad permitida por el bloque ordinamental que acabamos de reseñar resultaba perfectamente diáfana, contribuyendo, por lo demás, a la concreción de sus confines (por lo que atañe a la preceptividad vigente), y esta vez con evidente rigurosidad legisfehaciente, tanto la normativa ulterior sobre inversiones extranjeras como la proyectada de forma directa sobre la funcionalidad que estamos escudriñando en el ámbito de las cuentas conectadas con el control de cambios.

Desde la primera de las vertientes ordinamentales que acabamos de mencionar, resulta absolutamente noticiable el sentido normativo que se desprende del conjunto preceptual contenido en el artículo 1 del RIE ("1.1. Las inversiones realizadas en España por españoles no residentes perderán la condición de extranjeras cuando su titular recupere la residencia en territorio español; y no adquirirán tal condición las que realice a partir de este momento cualquiera que sea el origen del capital invertido. 1.2. Las inversiones realizadas en España por extranjeros no residentes no perderán la condición de extranjeras cuando su titular adquiera residencia en territorio español; las que realice a partir de este momento serán extranjeras si se efectúan con capital exterior, y unas y otras mantendrán su naturaleza de extranjeras cuando el titular pierda la residencia española.

1.3. Las inversiones realizadas en España con pesetas ordinarias por extranjeros residentes no se considerarán extranjeras. En caso de cambio de residencia del inversor se aplicará a estas inversiones la normativa sobre transferencias privadas de emigrantes. 1.4. La condición de no residente se acreditará, cuando sea necesario, en la forma que establezca el Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre. 1.5. Se presume, salvo prueba en contrario, que las inversiones en España hechas sin precisar el origen del capital invertido por españoles no residentes y por extranjeros residentes no son inversiones extranjeras"), precepto de consistente impacto en todo el bloque de problematización al que antes hicimos alusión y de cuya exégesis me ocupé con suficiente detenimiento en el antes indicado volumen del tomo I de esta obra a donde me remito, recordatorio no obstante que no impedirá el que la mentada problemática vuelva a hacer acto de presencia en estas páginas en todo aquello que juzgue necesario para una mejor comprensión de la materia que estamos investigando.

Por otra parte, y ya desde parcelas directamente conectadas con la procesalidad a la que debe atenderse el manejo solutorio de los medios de pago crematísticos regulados por la normativa sobre el control de cambios, es de tener en cuenta que los pedimentos basilares relativos a las situaciones de metaforicidad residencial antes vistos han recibido la pertinente respuesta normativa por lo tocante a la concreta instrumentación de las cuentas bancarias que los recojan, quedando diafanizado el tema relativo a la peculiar forma de entender la residencia de los titulares de tales cuentas por concretas disposiciones que se encargan de la tutoría operativa de las mismas.

Así, y desde premisas ordinamentales de talante generalizador, es de notar que el Real Decreto 1723/1985, de 28 de agosto, simplificador y unificador del sistema de cuentas extranjeras en pesetas, dispuso en su artículo 6, en absoluta sintonía normativa con los apremios preceptuales básicos antes relacionados, "que las personas físicas de nacionalidad extranjera o españoles residentes en España, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 40/1979 y en el artículo 4 (*sic*) (debió decir el 10) del Real Decreto 2402/1980, sobre régimen jurídico de control de cambios, tengan la consideración de no residentes respecto al patrimonio constituido en el exterior hasta su toma de residencia, podrán ser titulares de cuentas extranjeras en divisas o en pesetas convertibles, en las condiciones y con los requisitos que establezcan el Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España".

Tal precepto, oportunamente sancionador en el área bancaria del excepcional régimen de no residencialidad metafórica objeto de nuestras consideraciones, se constituyó en el repunte normativo básico al respecto, punto de irrupción preceptual que, a su vez, fue desarrollado por otras

disposiciones de rasgos más adjetivos y sectoriales, disposiciones debidamente orientadas, de una parte, a poner de manifiesto los presupuestos de la concreta funcionalidad general a la que debe atenerse la persistencia, *in genere*, de la titularidad del patrimonio foraneizado del nacional y extranjero no residente metafórico, condicionantes a los que alude la Resolución de la DGTE de 9 de octubre de 1985, y de otra, a articular de forma específica el régimen de las cuentas extranjeras en las que, en su caso, quedasen abonados los componentes dinerarios generados fuera de España (o dentro, cuando su genética se atempere a determinados presupuestos constitutivos), instrumentación cuyas coordenadas fueron explicitadas, por lo tocante a las cuentas en divisas en favor de no residentes, por la Circular 5/1987, de 13 de marzo, sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera procedente del Banco de España; y en lo que atañe a las cuentas extranjeras de pesetas convertibles, por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 26 de junio de 1987 (*).

En lo que se refiere a las cuentas en divisas, la posibilidad de que el no residente metafórico abra o mantenga una cuenta de tal carácter suscitó en principio considerables dudas entre los autores que se ocuparon de la materia, especialmente porque la ya mencionada Circular 9-DE, que rigió hasta el mismo momento de la adopción por el Banco de España de la 5/1987, no ofertó, en modo alguno, cobertura operativa requisital a las reglas fundamentales provenientes de la LRJCC y de su Reglamento (tema del que me ocupé, contando con la inestimable ayuda al respecto de LUCAS FERNÁNDEZ, en el capítulo XII del volumen I del tomo I antes dicho), dudas en la actualidad afortunadamente superadas no sólo por el expresivo *dictum* contenido en el artículo 6 del Real Decreto 1725/1985, que indistintamente alude, en cuanto congruentes destinatarias de su impulso —tal como hemos visto—, a las cuentas en divisas y a las en pesetas convertibles, sino también por el correspondiente *prescriptum* dimanante del artículo 5 de la Resolución de 9 de octubre de 1985, también citada con anterioridad, según el cual: "Los españoles y extranjeros podrán abonar sus cuentas en divisas o pesetas convertibles con cantidades procedentes del patrimonio reflejado en la declaración...", precepto que es suficientemente explícito en cuanto confirmador de la posibilidad dual de que tanto los españoles como los extranjeros residentes "reales" puedan mantener [o abrir, en su caso, *ex art. 4* de la supradicha Resolución ("Las entidades delegadas exigirán la presentación de la copia de la declaración sellada

(*) La Circular referenciada ha sido modificada por la 3/1989, de 10 de febrero y la Orden dicha, por las ulteriores de 10 de abril de 1989 y 12 de marzo de 1990, debiendo también tenerse muy presente en la concreta *operatividad* de las cuentas extranjeras en pesetas convertibles lo establecido por la Circular 10/1989 del Banco de España, de 30 de mayo.

por la Dirección General de Transacciones Exteriores, tanto para el mantenimiento de las cuentas en divisas o en pesetas convertibles abiertas antes del traslado de residencia como para la apertura de nuevas cuentas..."[las supradichas cuentas en divisas, completándose así, en línea con los pronunciamientos permisivos sobre el particular, resultantes tanto de la normativa básica sobre el control de cambios como del fundamental Real Decreto unificador del régimen jurídico de las cuentas extranjeras, la inexpresividad que al respecto transe la Circular antes dicha 5/1987, cuya norma 3.^a (que alude al tema de la no residencia del titular de las cuentas que tal disposición regula) no menciona *ad litteris* la potencialidad de tales no residentes metafóricos para ser titulares (persistentes o *ex novo*) de las meritadas cuentas en divisas, inexpresión que también reluce en la Resolución de la DGTE de 10 de mayo de 1988 sobre cuentas en divisas de residentes abiertas en las oficinas operantes en España de las entidades delegadas a nombre de personas físicas o jurídicas residentes, texto que en modo alguno se refiere a la posibilidad contable que estamos viendo, determinando todo ello un considerable vacío legal respecto al régimen de apertura (que debe entenderse autorizada de modo genérico) y movilización de las mismas, vacío normativo oportunamente colmable mediante la pertinente labor de integración jurídica, tarea reestructurativa en la que asumen un relevante papel (especialmente por lo que se refiere a la concreción de los eventuales abonos y adeudos a realizar en tales cuentas) las disposiciones anteriormente barajadas, es decir, la Circular 5/1987 del Banco de España y la Resolución de la DGTE que acabamos de citar.

A pesar de la certeza generalizada de todo lo aducido *ut supra*, la posibilidad de que residentes reales-no residentes metafóricos abran cuentas en divisas de forma liberalizada acredita una fuente normativa concreta —aparte de la general resultante del art. 4 de la LRJCC y 10 de su Reglamento—, si bien bastante imprecisa y de porte muy especializado, positivándose la misma en la Carta-Circular 1/1989 de la DGTE, de 16 de marzo, sobre acreditación de la no residencia de determinados trabajadores españoles en el extranjero y sobre tenencia y disponibilidad de divisas autorizada por el artículo 7.4 del Real Decreto 2402/1980, texto producto del insondable filón de posibilidades de normofehaciencia reglamentaria titularizado por el Gobierno en este orden de cosas que en su apartado 2 se encarga de puntualizar que el menado precepto "autoriza la tenencia y disponibilidad de divisas para los españoles que habiéndose trasladado al extranjero con ánimo de residir allí y no estando todavía inscritos como residentes en el Registro del Consulado español correspondiente estén tramitando el cambio de residencia a través de los organismos oficiales correspondientes".

Tras este pasaje, que podríamos calificar de preambular, el precepto

que nos ocupa impacta directamente en lo que nos interesa, diciendo literalmente que "esa autorización abarca la tenencia en divisas tanto en España como en el extranjero, puesto que el Real Decreto no distingue. En consecuencia, las personas a que se refiere el artículo citado podrán abrir cuenta en divisas en entidades delegadas. Tales cuentas se considerarán como de no residentes".

Vemos, pues, que el precepto que acabamos de transcribir erige una variante de las cuentas en divisas en favor de no residentes de tipología verdaderamente especial y que en pureza, y a pesar de su matiz singularizado, podría considerarse titularizada por un residente real-no residente metafórico, singularidad que viene de la mano de que así como en las hipótesis normales tal situación de residencia metafórica proviene del hecho de que tratándose de españoles la misma requiere el retorno (permanente) a España de alguien que en su día se trasladó domiciliariamente al extranjero en la eventualidad que estamos viendo, la misma afecta a quien va a dejarla (aunque no lo haya hecho todavía), circunstancia que introduce una variante de especialidad en la aludida calidad de no residencia metafórica eventualmente ostentada por los españoles.

Siguiendo con este desmenuzamiento analítico de la cuestión, que estimo imprescindible para el logro de una acabada cognición epistemológica sobre esta temática, tengo que poner de relieve que la aludida inexpressividad denotativa al efecto, y a la que acabamos de hacer alusión (colmada a base de una aplicación asonante de las normas que vamos barajando), no se da en la vertiente de las cuentas extranjeras en pesetas convertibles, toda vez que la disposición básica que las disciplina, es decir, la antes referida Orden de 26 de junio de 1987, atiende, taxativa y directamente, a la potencialidad que estamos considerando, al decir de su artículo 3.2, que: "En el caso de personas físicas, españolas o extranjeras, que pasen a residir a España y que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 40/1989 y en el artículo 4 (*sic*, debió decir el 10) del Real Decreto 2402/1980, sobre Régimen Jurídico del Control de Cambios, conserven la condición de no residentes respecto a su patrimonio en el exterior, podrán continuar como titulares de cuentas extranjeras de pesetas convertibles siempre que acrediten ante la entidad delegada que han declarado a la Dirección General de Transacciones Exteriores su patrimonio constituido en el extranjero. Dicha acreditación se efectuará mediante copia de la notificación que dicho Centro Directivo les hubiera dirigido acusando recibo de la presentación de la citada declaración".

Prosiguiendo con el estudio de este orden de cuestiones, tengo que puntualizar que el precepto que acabamos de transcribir no permite el menor resquicio de duda sobre su significado. De todos modos, y apurando el análisis de su alcance, no puedo menos de poner de relieve que el

mismo no deviene globalizador de toda la suerte de posibilidades que emergen de la hipotética actuación del no residente metafórico en su conexión con el problema de la titularidad de las cuentas que estamos viendo, ya que el calendado precepto sólo alude concretamente al eventual mantenimiento de éstas por parte del operador jurídico —nacional o extranjero— que resulte adornado por tal excepcional condición sin hacer la más mínima alusión a la potencialidad de que el mentado operador aperture *ex novo* una cuenta de tal tipo, alternativa cuya viabilidad —a pesar del silencio que sobre la misma mantiene el artículo pretranscrito— queda fuera de toda duda al acreditar el soporte de todo el conjunto de prescripciones que sobre el particular provienen de la normativa antes referenciada y cuya muestra más sobresaliente resulta ser el antes transcrito —parcialmente— artículo 4 de la Resolución de 9 de abril de 1985, precepto que alude indistintamente tanto al mantenimiento de las cuentas ya existentes en el momento del cambio residencial tomado en consideración como a la ulterior apertura de alguna de ellas (una vez acaecido tal cambio).

Partiendo de estos elementales planteamientos introductorios —ineludibles para un adecuado entendimiento de esta rica y umbrosa temática—, pasamos a la exposición de las dos posibles alternativas de préstamos protagonizados en divisas por residentes “reales”-no residentes metafóricos, alternativas que exigen (dada la imposibilidad de que en calidad de residentes efectivos en el territorio español dispongan de haberes en divisas más allá de los quince días hábiles a los que alude el artículo 3.2 del Real Decreto 2402/1980, plazo durante el cual tampoco acreditan ningún tipo de facultad fructuaria o dispositiva, sino sólo el derecho a una pura tenencia depositaría forzosamente desembocable en una venta forzosa en el mercado oficial de divisas) la existencia de una cuenta en divisas en su favor (mantenida o abierta al efecto de conformidad con lo que acabamos de decir) de donde provengan las sumas a prestar a los residentes.

ac') De un no residente metafórico extranjero a un residente

Tal posibilidad no plantea ningún tipo de problema, resultando la misma sujeta, en cuanto inversión extranjera, a su régimen peculiar, que es, en suma, el diseñado por la Circular del Banco de España 6/1987, de 13 de marzo, sobre contratación de préstamos financieros exteriores; y siendo ello así, la misma quedará normativamente autorizada si concurren en el supuesto a considerar los condicionantes que tal disposición prevé y que nosotros hemos expuesto en las páginas anteriores al analizar el su-

puesto de préstamo normal en divisas de no residentes a residentes, lugar a donde nos remitimos.

ad') De un no residente metafórico español a un residente

La posibilidad de que el español que recupere su residencia en España, en su eventual calidad de no residente metafórico, acredite la titularidad de una cuenta en divisas resulta fuera de toda **duda razonable** de conformidad con lo que hemos aducido hasta aquí. Lo que sí resulta más problemático es que en tal condición pueda instrumentar una inversión atípica extranjera del tipo de las sujetas a especulación, es decir, materializada en la modalidad de préstamo que estamos viendo, duda difícil de conjurar y que se asienta en el estricto *dictum* que se contiene en el antes transcrito artículo 1 del **RIE**, apartado 1.1 ("Las inversiones realizadas en España por españoles no residentes perderán la condición de extranjeras cuando su titular recupere la residencia en el territorio español; y no adquirirán tal condición las que realice a partir de este momento, cualquiera que sea el origen del capital invertido"), tesis normativa que parece bloquear todo intento de conformación de una inversión con el marchamo de extranjera por parte del español no residente metafórico y de la que me ocupé en el indicado volumen I del **tomo I** de esta obra en su capítulo VII, bajo el epígrafe "Hipótesis de españoles residentes en cuanto inversores extranjeros".

De ser admisible la instrumentación de tal tipo de inversión —cuestión que a mi juicio queda **abierta**—, la **misma** conllevaría la atribución al español residente "real" no residente metafórico que preste desde una cuenta de divisas cuya titularidad ostente del correspondiente derecho de transferencia al exterior de los rendimientos obtenidos a través de la consumación del préstamo referenciado, préstamos cuyo marco normativo general sería el procedente de la Circular del Banco de España antes dicha, o sea, la **6/1987**, de 13 de marzo.

ba') De sucursales y establecimientos "residentes"
de no residentes

1.a) Idea general

La problemática relativa a las inversiones empresariales a las que alude la normativa vigente sobre la materia ha quedado suficientemente descrita en el volumen II del **tomo I** de esta obra, concretamente en su capítulo

XVI, en donde efectué un estudio suficientemente denso y versatilizado sobre la forma de articular tales inversiones, así como acerca de la capacidad —siempre relativa y mercurial— de los entes creados. Siendo ello así, y a fin de evitar insulsas e innecesarias reiteraciones, me remito a lo que allí dije, limitándome ahora a poner de relieve ciertas reflexiones, no sobre la capacidad de tales entes para obtener préstamos en el mercado financiero interior (o para concederlos en su caso), sino para recibirlos directamente del exterior, bien de la entidad (persona física o jurídica) fundadora matriz o bien de un tercero no residente, dístico de posibilidades que paso a considerar desde coordenadas erísticas de máxima concisión.

1.b) Provenientes de la sociedad o persona jurídica o física constituyente (o titular) de la sucursal

Respecto a esta posibilidad se discute incluso su simple existencia, toda vez que pese a la impremeditada y optimista declaración del vigente RIE, formulada en el apartado 1.c) de su artículo 1 ("Pueden ser titulares de inversiones extranjeras en España... c) Los establecimientos y sucursales en territorio español de personas jurídicas privadas extranjeras o de personas físicas no residentes en España"), oportunamente conferitiva de una ilusoria capacidad operacional a los entes a los que venimos haciendo alusión (criterio corroborado, desde su peculiar punto de vista, por el art. 8 del Real Decreto 2402/1980, atributivo de la calidad de residentes en España a "los establecimientos y sucursales en territorio español de personas jurídicas extranjeras o de personas físicas residentes en el extranjero"), lo cierto es que la legislación de control de cambios no puede imponer la plena subjetivación de los referidos entes, que continúan siendo, pese a las bienintencionadas formulaciones personificadoras dichas, más el congruente resultado de una inversión (directa) que depurados actores de relaciones jurídicas autónomas.

Siendo ello así, la remisión de fondos en divisas provenientes del exterior con destino a una sucursal o establecimiento ubicado en nuestro país y procedentes de su titular (persona física o jurídica), más que un préstamo constituyen una modificación de la previa inversión directa empresarial efectuada, requirente, por ello, de la verificación administrativa a la que alude el artículo 6.2 del RIE, modificación materializada en una ampliación de la dotación patrimonial inicialmente homologada y a la que se refiere la Resolución de la DGTE de 20 de enero de 1975 (vigente todavía dada su inclusión en el Anexo A del Real Decreto 2402/1980) al mencionar en su apartado 1.2.c), como datos a verificar respecto de la inversión

empresarial proyectada, la "cifra parcial de capital asignado". Incidiendo en esta línea discursiva, tengo que poner de relieve que en virtud de la verificación impuesta en el entorno de las inversiones directas empresariales por la normativa vigente —y que ha venido a sustituir en este ámbito a la anteriormente requerida autorización específica—, el elemento objetivo crematístico procedente del exterior —inicialmente relacionado en la solicitud demandante de la aludida verificación— queda regular y primigeniamente cuantificado. De todos modos, tal cifra puede experimentar —en virtud de exigencias ulteriormente sobrevenidas en relación con el sostenimiento y explotación del ente creado— la posterior necesidad de su modificación, bien a la baja o bien al alza, supuesto este último que la persona física o jurídica no residente titular de la referida sucursal "residente" deberá afrontar en virtud de su singular responsabilidad al efecto, todo ello de conformidad con sus concretas disponibilidades financieras, disponibilidades que en el caso de que se materialicen en transferencias dinerarias (de divisas) del exterior provocarán un incremento de los fondos de maniobra de la referida sucursal "residente" de procedencia foránea, incremento cuantitativo determinante de una nueva inversión complementaria de la fundacional, requirente por ello de la misma verificación que se exigió prístinamente para la articulación de la concreta cifra inicial, refiriéndose a tal hipotético incremento —una vez el mismo haya sido legítimamente conformado— el apartado 4 de la Resolución citada *ut supra*, cuando al relacionar los componentes requisitales de la denominada "cuenta de enlace" de la sucursal con la casa matriz (cuenta que debe ser remitida el mes de enero de cada año a la DGTE, con referencia al 31 de diciembre del ejercicio anterior) alude concretamente a determinados datos monetarios que implican una alteración cuantitativa de la primitiva cifra del capital asignado constitutivamente a la precitada sucursal, trueque ulterior vehiculado a través de los sendos conceptos de índole económica a los que se refiere el indicado apartado y que son los consignados bajo sus letras *b*) ("Dotaciones recibidas de la casa matriz sin derecho de devolución") y *d*) ("Préstamos recibidos de la casa matriz, a devolver").

El planteamiento problematizado de este dilema, traducido en la articulación de sendas opciones que se materializan ambas en un aumento de las posibilidades financieras de la sucursal "españolizada" destinataria de los fondos recibidos del exterior, se resuelve en base a la clave teleológica objetivada en la precisión de si el aludido capital debe o no ser devuelto a su procedencia, siendo la disyuntiva operatoria referenciada demandante, en cualquiera de sus supradichas posibilidades, de la pertinente verificación administrativa, pero divergiendo en cuanto al alcance de sus alternativas de composición en el sentido de que las asignaciones de fondos foráneos cristalizados en "dotaciones" no precisan ser reintegradas a la

casa matriz, reintegro que es imprescindible y cuya cadencia temporaria debe asimismo ser correspondientemente verificado en la hipótesis de los "préstamos" a los que atina el supraaludido apartado c).

Esta es la solución —entiendo— más acorde con la naturaleza de la correspondiente sucursal, destinataria, en definitiva, de las sumas objeto del pertinente desplazamiento transfronterizo. Considerar que la hipótesis de asignación crematística —y de maniobra— que estamos evidenciando pueda encajar en un marco crediticio de subjetivación normal, entendiendo que la misma encarna una operación financiera en divisas de arquetípica corporeización entre un no residente y un residente (con pleno sometimiento al régimen proveído por la Circular antes explicitada del Banco de España 6/1987, de 13 de marzo) supondría quebrantar gravemente principios cardinales de nuestra filosofía normativa más elemental, fractura que vendría de la mano de una inclemente —e incoherente— subjetivación, a tales efectos, de la supradicha figura de sucursal.

1.c) Provenientes de otro no residente

En este caso, ya no es la persona jurídica o física no residente titular de tales sucursales la que efectúa una determinada transferencia monetaria en favor de las mismas, sino un tercero. En la meritada hipótesis, la operatoria a seguir quedaría estribada en bases de perfecta normalidad subjetiva si el negocio financiero proyectado se consumase entre dos no residentes, la parte prestamista y la prestataria (que sería la persona física o jurídica titular de la sucursal materialmente destinataria de los fondos), siendo esta última —o mejor su responsable— la que se preocupase en obtener la verificación antes aludida como presupuesto indispensable para tal transferencia —y colocación de fondos en nuestro país— y se acomodase, de conformidad con lo aducido en el subepígrafe anterior, a pautas de perfecta regularidad instrumental.

Este sería el camino correcto, pero, indudablemente, el más complicado. Por ello la Administración española atiende —metafóricamente— a la tesis de la subjetivación —a los limitados efectos del control de cambios— de las supradichas sucursales, presuponiendo que las mismas asumen la condición de prestatarias normales "residentes" de un no residente, préstamo que, dadas sus condiciones, no podría ser sino de tipología financiera y por ello sometido en toda su integridad constitutiva y funcional al régimen de liberalización o autorización individual que ha quedado expuesto cuando nos referimos a los supradichos préstamos financieros en general a lo largo de estas páginas (el patrocinado por la pluricitada Circular 6/1987 del Banco de España antes aludida), calificativo —éste de

préstamo— que en realidad sólo puede ser coherentemente entendido de forma traslaticia sobre la base de las reflexiones antes aducidas, reflexiones cuyo punto de asentamiento primordial pivota sobre la falta de personalidad de la sucursal destinataria efectiva de los fondos "a devolver", opinión asimismo sustentada por los precitados autores, que en su plurimencionada obra, edición 1990, página 1215, manifiestan al respecto que "la terminología adoptada por la Resolución (efectuando la supradicha calificación de préstamo de las asignaciones ulteriores de fondos monetarios a devolver) no respondía a un criterio deliberado de la DGTE de calificarlos como préstamos, sino simplemente a un deseo de hacer comprensible la operación regulada para el administrativo aceptando para ello un término que la práctica habitual ha consagrado, a pesar de su incorrección desde el punto de vista jurídico", criterio asimismo sustentado sin titubeos por NÚÑEZ LAGOS, que en su dicha obra, página 568, se atiene a la misma reflexión, aduciendo literalmente, al aludir a la conceptualización en cuanto préstamo de la operación financiera que constituye nuestro objeto de análisis, que: "En realidad lo que hay es una remesa de fondos de maniobra y como tal debe registrarse en España al entrar, convertidos en pesetas ordinarias, con derecho a transferir su importe otra vez al extranjero una vez terminado el plazo de utilización de tales fondos".

ab) Concedidos por residentes a no residentes

aa') Idea general

De tal modalidad, en su eventual objetivación de pesetas comunes, nos hemos ocupado ya con anterioridad. Siendo ello así, la especialidad que cabe detectar en la misma viene de la mano de la variante materializada en un préstamo de tales características cuando el mismo resulta concedido por un no residente real-residente metafórico, eventual titular, en tal concepto, de una cuenta en divisas de la modalidad genérica liderada por la Resolución de la DGTE de 10 de mayo de 1988, es decir, de aquellas abiertas en las oficinas operantess en España de las entidades delegadas a nombre de personas físicas o jurídicas residentes (constituyendo una alternativa singularizada de las mismas las aperturadas en favor de las empresas de comercio exterior inscritas en el Registro creado *ad hoc* por el Real Decreto 380/1988), cuentas oportunamente tuteladas por la Resolución de la DGTE de 20 de marzo de 1989, así como las cuentas en ECU, también a nombre de residentes, gobernadas por la Resolución, también de la DGTE, de 22 de junio de 1990.

Siguiendo con el trazado especulativo de esta temática, tengo que

poner de relieve que la posibilidad crediticia sujeta a escrutamiento queda rigurosamente proscrita para los extranjeros que en concepto de residentes hubieren titularizado una cuenta de las que estamos considerando, dado que en virtud de los apremios básicos sobre el control de cambios la posibilidad ofertada por el artículo 4 de la LRJCC y 10 del Real Decreto 2402/1980, a los españoles que se ubiquen foráneamente, en el sentido de permitirles mantener su condición (metafórica) de residentes "respecto al patrimonio constituido en España con anterioridad a su toma de residencia en el extranjero y a las rentas procedentes del mismo" no es en modo alguno extrapolable para tales extranjeros, quienes de ninguna manera, y dado el preciso —y excluyente— *dictum* subjetivador transcrito pueden asumir la condición de residentes metafóricos.

Siendo ello así, es evidente que la hipótesis objeto de nuestras reflexiones sólo sería predicable para los españoles que acreditando la titularidad de una cuenta en divisas de conformidad con lo proveído por la Resolución últimamente dicha (o una en ECUs, tal como advertimos anteriormente) pasasen con ulterioridad a residir en el extranjero, hecho que en virtud de los pedimentos consignados en los supradichos preceptos antes indicados (arts. 4 de la LRJCC y 10 del Real Decreto 2402/1980) no provocaría una mutación automática en la ontología de la cuenta titularizada por los mismos, que continuaría siendo "en divisas en favor de residentes"; cuenta, pues, que no perdería su sustantividad por la aludida circunstancia de que con posterioridad a su apertura su titular, de residente, adviniese a la condición de no residente.

Tal es el planteamiento general sobre la cuestión que estamos viendo y, en definitiva, sobre la modalidad especial de préstamos sometidos a debate, préstamos que sólo serían viables si el cambio en la condición residencial del titular de las aludidas cuentas no las trocase irresistiblemente en otras pertenecientes a la misma modalidad, pero ahora en su variante en favor de no residentes.

En cualquier caso, la cuestión teórica suscitada no resulta, ni mucho menos, baladí en el contexto operatorio en el que nos movemos, ya que si la cuenta en cuestión, pese a que su titular asuma ulteriormente la condición de no residente, continúa siendo regida por la Resolución de 10 de mayo de 1988 (o por la antes indicada Resolución de 22 de junio de 1990 si se tratase de ECUs), entonces los préstamos concedidos por su titular (no residente real en el momento) lo serían en calidad de residentes metafóricos y por ello sometidos a la necesidad de la obtención de la pertinente autorización individual previa, otorgable, en su caso, por la DGTE (véase lo que dijimos con anterioridad al estudiar la modalidad que estamos viendo en su vertiente común). Por el contrario, si el trueque en la condición residencial del titular implica, por sí mismo, una mutación sustancial

de la cuenta en divisas que estamos viendo, que haría tránsito a la categoría de las abiertas en favor de no residentes (tuteladas éstas por la Circular del Banco de España 5/1987, de 13 de marzo), entonces es evidente que la posibilidad excepcional que estamos tratando devendría imposible, precisamente porque la situación de residencialidad metafórica base de la misma en modo alguno podría entrar en liza.

Respecto a cuál sea la mejor solución a aportar a esta oscura temática, tengo que poner de relieve la falta de argumentos sólidos en favor de una u otra alternativa (la del mantenimiento de la cuenta en divisas en favor de residentes en su condición de tal, pese al cambio experimentado en la situación territorial de su titular o la de su refundición automática por este solo hecho, como sucede cuando su titular es un extranjero, en la categoría genérica de cuentas en divisas en favor de no residentes), pudiendo aducirse en favor de la primera de las supradichas posibilidades (permitiente de la variante crediticia objeto de nuestro análisis) el concreto *dictum* permisivo de los pluricitados artículos 4 de la LRJCC y 10 del Real Decreto 2402/1980, que no cualifican, en ningún sentido, el patrimonio constituido en España respecto del cual pueda operarse en la condición ulteriormente asumida de residente metafórico y esgrimirse en favor de la segunda el dato de la profunda comunión operativa que media entre un tipo de cuentas en divisas u otro, que continuarían siendo tales a pesar del aludido trueque residencial de su eventual titular, comunión reconocida por la Resolución de 10 de mayo de 1988 al decir en su norma 1.^a.2 que: "Las cuentas en divisas de residentes se registrarán por lo dispuesto en la presente Resolución y en lo no previsto en ella por la Circular 5/1987, de 13 de marzo, del Banco de España", invocación de derecho supletorio que en el ámbito de conjeturas en el que nos estamos moviendo podría interpretarse como indicativo de que en la hipótesis sometida a discusión el cambio en la situación residencial del calendario titular de la cuenta no afectaría al mantenimiento de la misma, aunque ésta quedaría reconducida, por lo tocante al régimen de su funcionalidad, a la modalidad regida monográficamente por la supradicha Circular, subsunción que impediría la entrada en juego de la variante especial de préstamos en divisas que acabamos de observar y el consecuente traslado de su eventual operatividad al régimen de préstamos y créditos en divisas regulado por la Circular, también procedente del Banco de España, 6/1987, de 13 de marzo, sobre contratación de préstamos financieros exteriores, texto que entra en juego tanto cuando las descritas operaciones financieras queden objetivadas con divisas procedentes del exterior en su integridad como cuando las mismas se hallen depositadas en una cuenta disciplinada por la antes indicada Circular 5/1987, es decir, en una en divisas abierta en una entidad delegada en favor de no residentes.

ab') De residentes (personas físicas o jurídicas) a las sucursales, establecimientos o explotaciones "no residentes"

En esta hipótesis, de evidente carácter antinómico a la anteriormente descrita —y que parte de la previa existencia de una cuenta en divisas en favor del otorgante del "préstamo" en cuestión—, son reproducibles aquí todo el amasijo de consideraciones ya vertido acerca de la dificultad conceptual en que queda confinada la *quaestio* de las transferencias de fondos de maniobra efectuadas por el titular de la sucursal destinataria de los mismos (o de un tercero residente), tema que tampoco nos compete dilucidar en demasía dada la situación de alejamiento que las inversiones españolas en el exterior presentan en relación con la problemática primordial desenvuelta en este libro.

Siendo ello así, sólo voy a recordar que "los préstamos" que realicen a sus sucursales en el exterior los inversores (directos) residentes en España han sido especialmente tomados en consideración por el artículo 9 de la Orden de 19 de diciembre de 1988 procedente del Ministerio de Economía y Hacienda, disposición de rasgos muy circunscritos que, previa derogación de la anterior Orden del mismo Ministerio de 25 de mayo de 1987, acomete la tarea de insuflar la suficiente dosis de ejecutividad reglamentaria a los mencionados apremios preceptuales básicos contenidos sobre las explicitadas inversiones españolas en el exterior en el fundamental Real Decreto 2374/1986, de 7 de noviembre, precisando en su apartado 3 sobre los aludidos desplazamientos internacionales monetarios que "las transferencias periódicas de fondos que fueran necesarias para atender los gastos de mantenimiento de las sucursales o establecimientos en el extranjero no tendrán la consideración de inversión directa, quedando sometidas a la verificación previa de la Dirección General de Transacciones Exteriores, que se solicitará en el impreso modelo que se publicará mediante Resolución de dicha Dirección General".

En virtud de lo aducido por tal precepto, es evidente que la opinión que antes sostuvimos en el sentido de que las aludidas transferencias crematísticas procedentes del exterior podrían suponer nuevas inversiones extranjeras directas empresariales en España de tipología modificativa de las anteriormente moduladas, resulta improcedente cuando se trate de la hipótesis analógica de las inversiones españolas en el exterior, ya que el preciso *dictum* referenciado las sustrae de tal delimitado círculo conceptual. De todos modos, la diferencia de criterio metodológico puesto en evidencia no implica un tratamiento operativo distanciado, toda vez que la exigencia de la verificación previa a la que alude el apartado que acabamos de transcribir como presupuesto condicionante de la regularidad

de los "préstamos" dichos viene a paraigualizar el régimen seguido en uno y otro supuesto.

Por lo tocante a la restante modalidad encuadrable en el marco normativo general de préstamos en divisas de residentes a sucursales y establecimientos no residentes, pertinentemente otorgados por operadores jurídicos que no sean los constituyentes de la sucursal o establecimiento destinatario de los fondos integrantes de la pertinente dotación transferida, entendemos que la misma requiere, como en las hipótesis normales, la previa y explícita autorización de la DGTE, remitiéndome a lo que antes dije al abordar el estudio de la variante ordinaria de tales préstamos en divisas procedentes de los saldos de las cuentas cifradas con las mismas y reguladas por la supradicha Resolución de la DGTE de 10 de mayo de 1988.

c) *En pesetas convertibles*

aa) Concedidos por no residentes a residentes

aa') Idea general

Las especialidades que pueden detectarse en el ámbito de los préstamos financieros materializados con estos componentes crematísticos son idénticas a las que resultan vislumbrables en la hipótesis de que los mismos devengan objetivados con las anteriormente indicadas divisas, siempre partiendo del dato de que el prestamista sea un residente real-no residente metafórico y de que tal posición negocial sea asumida por una entidad o persona física no residente con respecto a una sucursal o establecimiento residente "prestatario", pudiendo traerse a colación, a tales efectos, todo el conjunto de alegaciones que con anterioridad quedó explicitado cuando nos ocupamos de tales hipótesis en relación con los aludidos préstamos cifrados en divisas, especialmente aquellas que aducimos en el capítulo introductorio de la situación de metáfora no residencial, bloque de reflexiones propedéuticas en el que pusimos en evidencia la especificidad de respuesta normativa al respecto cuando de cuentas extranjeras en pesetas convertibles se trate (a diferencia de lo que sucedía con la situación homologa referente a las cuentas de divisas), especificidad derivada de la existencia de un *dictum* tan expresivo y concretizador como el contenido en el artículo 3.2 de la Orden de 26 de junio de 1987 reguladora de las mismas (*dictum* que quedó antes transcrito, pero cuya literalización reproducimos de nuevo para mayor comodidad del lector), según el cual: "En el caso de personas físicas, españolas o extranjeras, que pasen a residir en España y que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 40/1979 y en el

artículo 4 (*sic*, debió decir 10) del Real Decreto 2402/1980, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, conserven la condición de no residentes respecto a su patrimonio en el exterior, podrán continuar como titulares de cuentas extranjeras de pesetas convertibles siempre que acrediten ante la entidad delegada que han declarado a la Dirección General de Transacciones Exteriores su patrimonio constituido en el extranjero. Dicha acreditación se efectuará mediante copia de la notificación que dicho Centro Directivo les hubiera dirigido acusando recibo de la presentación de la citada declaración".

Así pues, en base a este precepto es factible el mantenimiento (o apertura en su caso, *ex art.* 4 de la Resolución de 9 de octubre de 1985 de la DGTE) de las cuentas que estamos viendo por parte de residentes reales en España, siempre y cuando se den en el caso de que se trate los presupuestos previstos por el referido precepto, condicionantes teñidos de absoluta esencialidad, toda vez que en su ausencia entraría en juego lo previsto en el párrafo 3 del mismo artículo de la Orden calendada, según el cual: "Si el titular de la cuenta adquiriera la condición de residente o, en el caso de personas físicas, no confirmara su continuidad como no residente (confirmación bianual según expresa imposición del párrafo 1, *in fine*, del meritado art. 3), la entidad delegada le comunicara que en el plazo de tres meses traspasará de oficio el saldo de la cuenta a otra de pesetas ordinarias. Transcurrido dicho plazo sin que el titular hubiere dispuesto del saldo de la cuenta, ejercitando o alegando la intención de ejercitar dentro del plazo aplicable la facultad prevista en el punto anterior o confirmando su continuidad como no residente, la entidad delegada efectuará el traspaso citado, con aplicación del concepto estadístico de 'transferencias diversas de capital' a que se refiere la Circular 32/1985 de la DGTE, de 8 de marzo, por la que se regulan las normas operativas aplicables a las operaciones invisibles corrientes liberalizadas por la Orden de 14 de septiembre de 1979".

Prosiguiendo con la elucidación de esta temática, tengo que poner de relieve que el criterio normativo expuesto fue reiterado por la Circular del Banco de España 10/1989, de 30 de mayo, texto de intermediación ejecutiva en la regulación de las cuentas extranjeras en pesetas convertibles cuya norma 5.^a reproduce, *ad litteris*, en sus apartados 2 y 3, el contenido de los correlativos del artículo 3 de la Orden de 26 de junio de 1987, reiteración que asimismo se detecta por lo tocante a la exigencia de la confirmación temporal de la condición de no residente que debe impulsar el titular de la cuenta en cuestión, acreditación también demandada para las restantes cuentas extranjeras, según sus respectivas reglas orgánicas [concretamente por la norma 3.^a, apartado 1, de la Circular 5/1987 del Banco de España, por lo que a las cuentas en divisas se refiere, y por la

instrucción 1.^a, apartado 3, de la Circular 33/1986 de la DGTE de 18 de marzo (modificado por la ulterior 34/1989, también de la DGTE) cuando de cuentas extranjeras en pesetas ordinarias se trate], acreditación cuya procesalidad debe atenerse a lo previsto en la normativa básica sobre el control de cambios (art. 8.º del Real Decreto 2402/1980), objeto de estudio en el volumen I del tomo I de esta obra, materia que no voy a reiterar, aunque sí creo que debo poner de manifiesto la existencia de una disposición de ámbito normativo muy circunscrito y que atina de modo directo a la forma de acreditar la existencia y persistencia en la condición de no residente, a los efectos que estamos viendo, disposición que es la carta-circular de la DGTE de 16 de marzo de 1989 sobre acreditación de la no residencia de determinados trabajadores españoles en el extranjero y sobre tenencia y disponibilidad de divisas autorizadas por el artículo 7.4 del Real Decreto 2402/1980, conjunto ordinamental del cual nos interesa, a fin de actualizar lo que ya aduje en el pasaje de mi libro indicado *ut supra*, en su apartado 1, texto que no resulta de general vigencia para todo tipo de cuentas extranjeras operativas en nuestro ordenamiento, sino sólo para las en pesetas convertibles y que señala literalmente al respecto que: "1. El Real Decreto 723/1985, de 28 de agosto, simplificó y unificó el sistema de cuentas extranjeras en pesetas estableciendo que las cuentas de ahorro del emigrante se traspasarán a cuentas extranjeras de pesetas convertibles. Las normas reguladoras de dichas cuentas exigen la acreditación de la no residencia de acuerdo con el Real Decreto 2402/1980. Sin embargo, la cumplimentación de este requisito ocasiona graves problemas a los potenciales titulares de estas cuentas cuando se trate de trabajadores temporales o marinos mercantes y pescadores españoles que prestan servicios en buques extranjeros. Estos supuestos especiales se hallaban recogidos en las normas que regulaban las antes dichas cuentas de ahorro del emigrante, hoy derogadas, por lo que resulta conveniente especificar que, de manera excepcional, se entenderán cumplidas las exigencias del artículo 3.1 de la Orden de 26 de junio de 1987 (BOE de 24 de julio) con la presentación ante la entidad delegada de su elección de: —Contrato de trabajo en vigor concertado con una empresa no residente o certificado de dicha empresa, expedido con antelación máxima de dos meses, que acredite la prestación de servicios en la misma. —Contrato o contratos de embarque que acrediten la permanencia del titular de la cuenta en buque extranjero".

En función de esta específica, clara y delimitada tutoría normativa, absolutamente incidente en el posible juego de la situación de metáfora residencial en este entorno, la modalidad crediticia objeto de nuestra actual disquisición queda sujeta al régimen normativo general pertinente alojado en la multitudada Circular 6/1987 del Banco de España sobre contratación de préstamos financieros exteriores, disposición que parifica, a efectos de

su ulterior subsunción en el esquema ordinamental de amplio espectro que la misma promueve, toda suerte de préstamos financieros de no residentes a residentes cuya objetivación monetaria se haga, bien en divisas (incluyendo en tal categoría los ECUs) o bien en pesetas convertibles (cual es el caso), *praxis* ordinamental que nosotros expusimos con anterioridad al hablar de los préstamos financieros positivados en las aludidas divisas.

Por lo tocante a otro de los posibles quiebras de especialidad en estas áreas y que hacía referencia —como dijimos— a aquellos préstamos financieros materializados en asignaciones de fondos a sucursales o establecimientos en España por parte de sus titulares (entidades o personas físicas no residentes) o de terceros (asimismo no residentes) en pesetas convertibles, entiendo que todo lo que anteriormente adujimos respecto a las hipótesis similares cuando las mismas resulten cuantificadas en divisas, es perfectamente reproducible para aquellas hipótesis en que tales asignaciones se corporeicen en transferencias de fondos materializados en las referidas pesetas convertibles.

ah) Concedidos por residentes a no residentes

aa') Idea general

Con la finalidad de apurar expositivamente esta cuestión, tengo que poner de relieve que la posibilidad de la que antes nos ocupamos, consistente en préstamos financieros en divisas de no residentes reales-residentes metafóricos en favor de no residentes (posibilidad de la que pusimos de manifiesto su esencial incertidumbre dado lo ambagioso de sus perfiles operativos), resulta totalmente improcedente en lo tocante a los fondos cuya utilización a tales efectos estamos estudiando, fondos —las pesetas convertibles— que por expreso imperativo de la normativa que disciplina su uso bancario bajo ningún concepto pueden acreditar una titularidad asentada en una situación personal distinta de la netamente no residencial (aspecto que diferencia las cuentas en pesetas convertibles de las en divisas, cuentas estas últimas que pueden ser aperturadas indistintamente por residentes y por no residentes), por lo que resulta obstaculizada *a radice* la eventual instrumentación de la modalidad crediticia objeto de estas observaciones, siendo suficientemente explícito al efecto, en cuanto imposibilitador de la apertura de cuentas que estamos viendo por residentes a secas (o sea, por parte de quienes no acrediten al propio tiempo la condición de no residentes metafóricos), el artículo 1 de la antes dicha Orden de 26 de junio de 1987 que condiciona la aperturabilidad libre de las mismas al dato de presencia inexcusable en el supuesto considerado de la no

residencialidad de su eventual titular, criterio plenamente confirmado en sus propios términos por el artículo 1 de la Circular 10/1989.

d) *En pesetas ordinarias*

aa) *Idea general*

Respecto de tales componentes financieros, sólo nos es dable detectar la presencia de la modalidad crediticia especial cristalizada en eventuales asignaciones de fondos a establecimientos y **sucursales** residentes por parte de sus entidades matrices o personas físicas erectoras no residentes (o de terceros también no residentes), modalidad cuyo régimen es el mismo que el anteriormente descrito para los supuestos de préstamos financieros en divisas articulados de la misma guisa, no siendo predicable para tales ingredientes monetarios la hipotética instrumentación de supuestos de préstamos objetivados con los mismos en los que el prestamista acreditase la condición de no residente metafórico, posibilidad yugulada por la normativa especial atinente al tipo de cuenta de donde proceden los fondos sujetos a observación, sucediendo ello concretamente con el artículo 2, *in fine*, de la Resolución de 20 de diciembre de 1985 de la DGTE, disciplinante de las mismas, que sienta literalmente al respecto que: "Cuando los titulares (de las supradichas cuentas) sean personas físicas y adquieran residencia en España, las cuentas perderán la **condición** de extranjeras y se regularán por el régimen general establecido por las cuentas de pesetas ordinarias de residente", apremio que debe armonizarse con el criterio operativo cautelar prescrito por el apartado 3 de la instrucción 1.^a de la Circular 33/1986, de 18 de marzo, de la DGTE sobre las cuentas que estamos sometiendo a reflexión parcial, apartado que tras la modificación que el mismo experimentó como consecuencia de la adopción de la Circular 34/1989 de la DGTE dice literalmente que "la condición de no residente de los titulares de las cuentas (extranjeras en pesetas ordinarias) deberá acreditarse Manualmente en la forma establecida en el artículo 9.2 del Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, sobre régimen jurídico de control de cambios".

En virtud de tal apremio, que viene a reciclar criterios absolutamente consolidados en el área de las antiguas cuentas extranjeras en pesetas interiores —**antecedentes** inmediatos de las ahora sujetas a **observación**— (y que resulta asimismo reiterado por la **preceptividad** emergente de la Resolución de la DGTE de 9 de octubre de 1985 sobre el régimen aplicable al patrimonio exterior de las personas físicas que adquieran residencia en España, disposición que alude de forma exclusiva, en su artículo 4 antes

transcrito, a las cuentas en divisas o en pesetas convertibles y pretermite por completo las que estamos viendo), es obvio que la modalidad de préstamo financiero en pesetas ordinarias de cuentas extranjeras en modo alguno puede acompañarse a las pautas operativas asentadas en la idea de la no residencialidad metafórica del residente real titular de la cuenta que las contenga, posibilidad absolutamente obstaculizada por la normativa que acabamos de recoger.

Concluyo este breve apunte analítico sobre el tema poniendo de relieve que la modalidad vislumbrable en otras vertientes crediticias (las objetivadas con divisas) relativa a la posible presencia de una situación de residencia (real o metafórica) en la persona del prestamista ni siquiera es planteable como hipótesis de trabajo en la que estamos viendo en méritos a la que las cuentas extranjeras en pesetas ordinarias (al igual que las convertibles) son únicamente aperturables de modo legítimo por operadores jurídicos que ostentan la condición de no residentes, resultando tal exigencia del preciso *dictum* contenido en el antes indicado artículo 2 de la meritada Resolución de la DGTE de 20 de diciembre de 1985, según el cual "pueden ser titulares de las cuentas las personas físicas o jurídicas no residentes".

e) *En pesetas comunes*

aa) *Idea general*

La única alternativa crediticia que en este campo podría justamente ameritar el calificativo de especial es aquella en la que se da cita una eventual residencialidad metafórica del titular de la misma, calidad que de conformidad con lo que relatamos en las consideraciones introductorias antes plasmadas en estas páginas devenía únicamente predicable para las personas físicas de nacionalidad española, no residentes reales, respecto al patrimonio que con anterioridad a su desposesión efectiva del territorio nacional acreditasen en el mismo, patrimonio respecto del cual el español foráneamente desplazado puede adoptar un doble —y legítimo— comportamiento: trasladarlo con él fuera de España o mantenerlo en ella.

En el caso de que opte por la segunda de las alternativas alegadas, su titularidad (fructuaria, dispositiva y defensiva) sobre los elementos integrantes del supradicho patrimonio internizado no presenta ningún tipo de especificidad, pudiendo el interesado gozar, disponer y defender (judicial y extrajudicialmente) del haz de facultades integrantes de la misma en idénticas condiciones —materiales y jurisdiccionales— que lo hacen los restantes miembros residentes del conjunto nacional sobre sus respectivos acervos patrimoniales, sin que ni siquiera se le imponga la preconstitución

de ningún tipo de prueba acerca de la condición interiorizada de tales elementos patrimoniales [tema del que me ocupé con cierto detenimiento —contando con una importante apoyatura doctrinal ajena— en el antes indicado volumen I del tomo I de esta obra, en su capítulo VII, especialmente bajo el epígrafe titulado “Subhipótesis de inversiones (de españoles no residentes) con capitales interiores”], dada la presencia en estas áreas de la importantísima presunción legal establecida por el artículo 15 del vigente REI, según el cual “se presume, salvo prueba en contrario, que las inversiones en España hechas sin precisar el origen del capital invertido por españoles no residentes... no son inversiones extranjeras”.

En base a tal precepto, de polivalente y lato significado, los préstamos en pesetas comunes concertados por los españoles no residentes (en su calidad de residentes metafóricos, *ex art.* 4 de la LRJCC y 10 del Real Decreto 2402/1980) no son inversiones extranjeras, quedando, por lo tanto, al margen de la normativa aportada por la legislación de control de cambios, consistiendo en esto precisamente la especialidad percibida en este sector, es decir, en el hecho de que a pesar de tratarse en realidad de un negocio jurídico crediticio entablado *de facto* entre un operador no residente (el español prestamista) y un prestatario residente, el mismo queda totalmente al margen de las derivas ordinamentales de control resultantes de la referenciada normatividad especial, hurtamiento que, por el contrario, no es predicable para aquellos supuestos en los que quien pretendiese prestar en la forma aludida —es decir, con pesetas comunes— fuese un extranjero actualmente no residente (aunque anteriormente residente), eventualidad no admisible dado que el artículo 4 antes dicho de la LRJCC (y el 10 del también citado Real Decreto 2402/1980) únicamente permiten la asunción del posicionamiento, ciertamente excepcional, de residentes metafóricos a los no residentes reales españoles, no a los extranjeros, exclusión que resulta inconcusa en méritos de la inequívoca denotación al respecto de los supradichos preceptos, que en sus labores de normofehaciencia especializada sobre el particular imponen expresamente la ciudadanía española como requisito especial que debe converger en los protagonistas de su impulso normativo liberalizador.

VIII. PRESTAMOS ENTRE RESIDENTES QUE PRESENTAN CONEXIONES CON EL REGIMEN NORMATIVO DEL CONTROL DE CAMBIOS

A) INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta los planteamientos generales sobre el particular, es evidente que las tesituras de préstamos entre residentes quedan ciertamente desprogramadas del esquema ordinamental trazado por la normativa disciplinante del control de cambios, preceptividad que únicamente resulta operativa en cuanto encuadradora de aquella fenomenología negocial en la que impere una situación de divergencia en cuanto al simultáneo o advenido posicionamiento territorial de los intervinientes en la misma.

Siendo ello irrefutablemente así, obvio es que, en principio, el análisis de los créditos y préstamos entre residentes no acredita el más mínimo interés para el aludido esquema, aseveración, no obstante, que permite el matiz consistente en evidenciar la existencia de un bloque de empirias crediticias que, a pesar de articularse exclusivamente entre tales operadores, presentan, sin embargo, determinados componentes en su congruente inervación provocadores de su natural ingreso en dicho marco, cuestión a la que vamos a destinar las líneas siguientes por las que desfilarán de forma apretada —y con rápido paso— aquellas modalidades de préstamos entre residentes en las que resulten vislumbrables con más nitidez los supradichos componentes, pudiendo incluirse en tal paquete de posibilidades, teñidas de singularidad, no sólo las cristalizadas en los avatares negociales que vimos con anterioridad en la que participaban residentes reales no residentes metafóricos (o a la inversa), sino también aquellas en las que su excepcionalidad no radicaba precisamente en esta especial subjetivación, si no en otros detalles de más consistente envergadura, incluyendo, en suma, dentro de esta categoría los préstamos en divisas entre residentes, los obtenidos (en pesetas comunes o divisas) por las sociedades españolas "residentes" participadas foráneamente de la forma estipulada por el artículo 8 del RIE de otros residentes, los igualmente conseguidos en tales componentes crematísticos por las sucursales y establecimientos en España (y, por ende, residentes) de personas jurídicas extranjeras o de personas físicas no residentes de otros residentes y los que un residente conceda —en las aludidas pesetas comunes o en las divisas dichas— a otro residente por cuenta de un no residente.

Tal es el rosario de peculiaridades que cabe resaltar al efecto y cuyo examen vamos a constreñir a aquellos supuestos dichos en los que se presten por residentes divisas a otros residentes y en los que un residente,

actuando por cuenta de un no residente, preste a otro residente, bien en pesetas comunes o bien en divisas, descartando el análisis singularizado de las restantes hipótesis enumeradas, toda vez que su examen pormenorizado ya aconteció en otros pasajes de esta obra, concretamente en el volumen II del tomo I, en el que en su capítulo XXV me ocupé de la potencialidad acreditada por las sociedades supradichas (las concernidas por el art. 8 del RIE) para acceder al crédito anterior, y en el XXVI hice otro tanto respecto a las aptitudes en tal sentido de las meritadas sucursales y establecimientos.

Por último, y como colofón de este breve conjunto de reflexiones introductorias sobre el particular, tango que poner de manifiesto que también merecerán ulteriormente mi atención expositiva dos modalidades crediticias de ambivalente factura: la del descuento de créditos y las corporeizadas en aplazamientos solutorios, dísticos de eventualidades negociales con cuya reseña pondremos punto final a este epígrafe.

B) PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS EN DIVISAS ENTRE RESIDENTES

a) *Idea general*

Teniendo en cuenta todo lo aducido con anterioridad (sometimiento excepcional de esta categoría de préstamos y créditos a la normativa doméstica del control de cambios, consideración de la divisa como dinero singular, pero dinero a la postre, papel asignado al art. 1.170 CC, equiparación al respecto de los ECUs a las divisas), vamos a ocuparnos de la modalidad crediticia que da título a este epígrafe poniendo de relieve, en primer término, que su naturaleza, siempre partiendo de los posicionamientos normativos conectados con el meritado control de cambios, no deja de ser bastante especial, habiendo autores, tales como D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, que los asimila a los propiamente exteriores, diciendo al efecto en su pluricitada obra —edición de 1990, pág. 1212— que "en realidad, y desde un punto de vista estrictamente jurídico, se trata de un supuesto de préstamo de residente a residente, puesto que las entidades delegadas tienen el carácter legal de residentes. Ahora bien, estos préstamos concedidos al amparo de la Circular 5/1987 se otorgan por las entidades delegadas con cargo a recursos en moneda extranjera obtenidos de no residentes (mediante depósitos u otra formas de captación de fondos), de forma que, en alguna medida, tales entidades delegadas actúan en estos supuestos en el papel de 'prestamistas no residentes', ficción que a efectos de control de cambios consagra la Circular citada", allegamiento, sin embargo, siempre relativo por sus propias circunstancias ontológicas

y que del propio modo puede predicarse para la hipótesis de que el prestamista no sea una entidad delegada, infiriéndose del mismo la consecuencia de que en su practicidad, y eso lo puntualizan muy bien los autores supracitados en la misma página de su obra antes dicha, debe tener lugar la constitución del depósito previo a la que alude la Circular 1 / 1989, de 31 de enero (requisito al que nos hemos referido con anterioridad al tratar de la problemática suscitada por los créditos y préstamos financieros exteriores).

Concluyo este breve intento de aproximación conceptual a la figura que estamos investigando poniendo de relieve que el susodicho emparejamiento de la misma con los auténticos créditos y préstamos exteriores no puede llevarnos al absoluto descentramiento de su auténtica *hybris* y por ello no debe perderse de vista que el pago de los intereses que los mismos devenguen y del capital necesario para su amortización se efectuaran normalmente con pesetas comunes que son las únicas de libre disposición por parte del prestatario, si bien la nominación del préstamo en divisas operará como una cláusula de estabilización de lo que en definitiva vaya a ser devuelto, pago, sin embargo, que puede trocarse por otro directo en ECUs o en divisas cuando el receptor del crédito, al efectuar el abono de tales conceptos, sea titular en España de alguna cuenta en tales componentes o acredite tal titularidad con respecto a otras eventualmente abiertas en el extranjero, pagos (estos últimos) que plantean el problema de si su impulso puede ser libre o si, por el contrario, su pertinente ejecutividad requiere la previa autorización administrativa, tema de evidente oscuridad, ya que, por un lado, las disposiciones que regulan las cuentas en divisas o en ECUs eventualmente aperturadas por residentes (cuentas sendamente disciplinadas por las Resoluciones de 10 de mayo de 1988 y 22 de junio de 1990, tal como sabemos), si bien no aluden explícitamente a esta posibilidad sí que liberalizan plenamente los eventuales apuntes de disposición de las mismas cuando se trate de "realización de pagos en divisas, siempre que se efectúe de acuerdo con las normas de control de cambios aplicables a la transacción de que se trate", enunciación contenida en la norma 2.^a, punto 3.a), de la primera de las Resoluciones, aplicable al régimen normativo de las cuentas en ECUs, por la vía del artículo 2.2 ["Las disposiciones de saldos de cuentas en ECUs de residentes podrán efectuarse por los conceptos previstos en los apartados a), b), c) y d) del punto 3 de la norma 2.^a de la Resolución de 10 de mayo de 1988"] de la segunda de ellas, textos, pues, que reconducen el tema al criterio cardinal de ecuménica vigencia en este orden de cosas consistente en entender el pago exterior (en este caso con externalización metafórica por lo que llevamos explicado) autorizando si lo está la relación obligatoria subyacente a solventar, principio cuya encarnadura tiene su punta de lanza en el artículo 3.1.9.^a ("Requieren

previa autorización las siguientes operaciones... 9.^a Los pagos y cobros entre residentes y no residentes o entre residentes por cuenta de no residentes efectuados directamente o por compensación. Cuando tales pagos o cobros tengan por causa un acto o transacción cuya realización no precise autorización o la misma haya sido otorgada, dichos pagos o cobros se entenderán autorizados, salvo que la regulación específica del acto o transacción o la autorización otorgada para su realización disponga otra cosa") del Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre de 1980, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios.

Así pues, y en méritos a la pluricitada equiparación de los préstamos y créditos en divisas que estamos analizando con los propiamente exteriores, cuando el prestatario sea una persona física o jurídica eventual titular de una cuenta interior en divisas o en ECUs podrá efectuar el pago de los intereses convenidos (y de los moratorios o de indemnización en su caso) y del propio capital del préstamo, bien en las pesetas comunes de que dispone normalmente en su calidad de residente o bien en los aludidos componentes financieros cuyo manejo solvencial a los efectos que estamos viendo resulta liberalizado en obsequio a una aplicación analógica de las meritadas normas orgánicas reguladoras de las cuentas de su cifraje (que acabamos de relacionar) y de la disposición alojada en el Real Decreto últimamente referenciado, si bien tal régimen de permisividad al respecto podría quedar yugulado cuando en la senda autorización para aperturar la cuenta en divisas en cuestión se prohibiese taxativamente tal potencial uso solutorio, matiz, sin embargo, no predicable para las nominadas en ECUs, siendo así que para estas últimas se postula normativamente en la Resolución de la DGTE de 22 de junio de 1990 antes indicada un régimen de aperturización libre, dato que impide que la Administración condicione en cualquier medida el régimen normativo ordinario al que acabamos de referirnos.

En el caso de que el prestatario fuese titular de una cuenta en divisas o en ECUs abierta en el extranjero, la entrada en liza del criterio posibilista que acabamos de explicitar resulta aún más aleatorio, toda vez que el régimen de tales cuentas resulta bastante más mediatizado administrativamente, y ello tanto en lo relativo a su potencial apertura (demandante de expresa autorización) como en lo que afecta a la movilidad de sus saldos (encorsetada por el contenido de la antes dicha autorización). De todos modos, en la hipótesis de que en la misma no se prohíba expresamente la posible utilización a los efectos que nos ocupan de los fondos integrantes de tales cuentas, su titular, prestatario residente de alguno de los créditos que estamos viendo, podrá utilizarlos con las finalidades satisfactivas objeto de análisis, todo ello en virtud de una interpretación coherente y sistemática de aquellas reglas que desde lógicas de polivalencia se encar-

gan de la tutoría de este orden de cuestiones, interpretación que, en cualquier caso, debe orientarse a la maximización de las posibilidades operativas al uso.

b) *Supuestos liberalizados*

aa) *Idea general*

Dos alternativas crediticias cabe reseñar aquí, acreditando las mismas como común denominador el hecho de que el prestamista es siempre una entidad delegada. Arrancando de esta premisa, y siempre teniendo presente el conjunto de observaciones que acabamos de verter, los préstamos y créditos en divisas entre residentes resultan liberalizados en un doble supuesto: a) Cuando el prestatario es asimismo otra entidad delegada, y b) Cuando el préstamo o crédito (concedido a personas físicas o jurídicas residentes) sea hipotecario y se destine a la adquisición de inmuebles sitos en el extranjero. Veamos individualizadamente ambas posibilidades.

ab) *Casos de préstamos y créditos entre dos entidades delegadas*

Esta variante plenamente liberalizada (cuya *ratio* se asienta en la idea de que los operadores jurídicos involucrados en la misma por sus propios rasgos fisonomizadores y por su relevante y optimizado papel en el panorama operativo general del control de cambios doméstico, disponen de un filón de potencialidades en este ámbito cuyo eventual ejercicio sin trabas no puede resultar nunca lesivo para los intereses nacionales) resulta de promoción libre en virtud de lo prescrito al respecto por la Circular del Banco de España 5/1987, de 13 de marzo, sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera, texto cuya norma 4.^a, en su párrafo a), equipara a sus propios efectos (de donde emerge la liberalización dicha) a las meretadas entidades delegadas (cuando actúan como prestatarios) con las personas jurídicas o físicas no residentes, paraigualización que supone en este entorno una evidente incentivación de las facultades de *agere licere* de tales entidades convertidas así en no residentes metafóricos, calidad que les es atribuida *ex lege* por la calendada disposición.

ac) *Casos de préstamos y créditos garantizados hipotecariamente y destinados a la adquisición de inmuebles sitos en el extranjero*

Siempre partiendo de la presencia de esta modalidad crediticia de los únicos prestamistas autorizados *ministerio legis* —y de forma global—

que cabe reseñar, y que son las pluricitadas entidades delegadas, la variante que nos ocupa presentemente hace alusión a aquellos supuestos de préstamos y créditos concertados entre una de tales entidades y la correspondiente persona física o jurídica residente que vaya a adquirir un inmueble (o varios) en el extranjero, adquisición que va a ser financiada en todo o en parte con el importe del crédito o préstamo en cuestión, posibilidad crediticia tenida en cuenta, en cuanto modalidad liberalizada, por la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990, cuyo artículo 3 dispuso al efecto que "se autoriza con carácter general a las entidades delegadas para otorgar a residentes créditos hipotecarios denominados en divisas convertibles admitidas a cotización en el mercado español con la finalidad de adquisición de bienes inmuebles sitos en el extranjero. En el momento de su utilización se formulará comunicación de cobro modelo R(2), aplicada al código estadístico 17.01.01, compensada con comunicación de pago modelo A(4) aplicada al código estadístico 14.50.01, según proceda, efectuada de acuerdo con la Orden de 19 de diciembre de 1988. Las amortizaciones e intereses darán lugar a comunicaciones de pago modelo A(4), aplicadas a los códigos 17.01.02 y 17.01.03. En todas estas comunicaciones aparecerá como titular el residente comprador del inmueble. En las comunicaciones aplicadas a los códigos estadísticos 17.01.01/02/03, a que se refiere este artículo, figurará como país España, con su clave de codificación 011".

Teniendo en cuenta el profundo allegamiento de método y concepto que media esta modalidad crediticia y la posibilitada por el artículo 21 de la Orden de 19 de diciembre de 1988 (y 2 de la calendada Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990) que liberalizó (previa verificación administrativa) las inversiones en inmuebles en el exterior (variante crediticia analizada ya precedentemente), parece lógico que, teniendo ambas alternativas financieras el mismo objetivo (el financiar la adquisición de los aludidos bienes por parte de residentes en España), deba seguirse en los dos supuestos la misma procesalidad, siendo por ello aplicable al caso que nos ocupa la exigencia de que el préstamo o crédito proyectado quede debidamente circunstanciado en el modelo TE-19 de verificación que proceda, *circunstanciación* que deberá referirse a todo el conjunto de datos subjetivos, objetivos y funcionales que deban converger en el supuesto planteado, constituyendo un serio apoyo de tal instrumentación común el hecho de que la propia Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990 (disposición que se constituye en la fuente normativa directa de la regulación de tales créditos y que materializa, dicho sea en un inciso, una notable excepción a las normas comunes de competencialidad vigentes en estas áreas al provenir de la DGTE, siendo así que según el Decreto 1791/1973, de 22 de julio, y el Real Decreto 222/1987, de 20 de febrero, las habilidades

interventoras en materia de créditos y préstamos en divisas aparecen titularizadas por el Banco de España) mencione, como asidero de su propia racionalidad normativa, al meritado artículo 21 (de la Orden referenciada de 19 de diciembre de 1988).

Por lo que se refiere al control de legalidad que deban desempeñar en este campo los fedatarios llamados a prestar su correspondiente cometido competencial, y en su caso el Registrador interviniente, el mismo dispone de una encarnadura más o menos densificada según cual sea la concreta modalidad tomada en consideración, siendo ésta de perfiles sobrios cuando se proyecta sobre la primera de las mencionadas, ya que en este caso el fedatario (y eventualmente el Registrador de la Propiedad si se constituye una hipoteca en garantía de los mismos, cosa que no es imprescindible a diferencia de la otra variante liberalizada) únicamente deberá comprobar, siempre ciñéndonos al análisis de la cuestión desde vertientes rigurosamente conectadas con el control de cambios, que tanto el prestamista como el prestatario son entidades delegadas y que lo efectivamente prestado son divisas cotizables o ECUs.

Más complejidad reviste el supradicho control cuando éste se oriente al enjuiciamiento notarial (o consular, en su caso) y registral de la otra modalidad indicada, ya que la escritura de hipoteca que se otorgue al efecto únicamente resultará inscribible tras la comprobación, en primer término, de que los datos de subjetividad que se requieren de modo ineluctable para la liberalización de la figura se dan cita en el supuesto, es decir, que el prestamista es una entidad delegada y que el prestatario es un residente (persona física o jurídica); en segundo lugar, que lo efectivamente prestado son divisas cotizables o ECUs, y en el tercero, que no sólo se ha obtenido la previa verificación positiva que cubra la adquisición inmobiliaria que se pretenda financiar con el préstamo o crédito en cuestión, sino también que los datos relativos al mismo y recogidos por el proyecto de la pertinente escritura a autorizar coinciden en un todo con los verificados (verificación proveniente, tal como hemos apuntado, de la DGTE), sin que, por el contrario, tengan que indagar los calendados fedatarios y el Registrador de la Propiedad interviniente si el préstamo se ha utilizado en lo que era su tasado objetivo (financiar la adquisición inmobiliaria extranjera verificada), siendo del propio modo reseñable que la alternativa crediticia que nos ocupa —a diferencia de otros supuestos ya analizados— no requiere la obtención de ningún tipo de NOF como presupuesto de su propia efectividad.

c) *Supuestos no liberalizados*

La eventual tenencia (legítima) de divisas por parte de residentes acreditada institucionalmente un carácter efímero y condicionado; efímero, porque salvo autorización no podrá exceder de los quince días contados desde el de su adquisición; condicionado, porque también salvo autorización su disponibilidad (siempre dentro del indicado plazo) únicamente puede orientarse al logro de su venta en el mercado nacional de las mismas, ex artículo 3.2 del Real Decreto 2402/1980, efimeridad y condicionalidad operativas que determinan en su fatal convergencia que el uso solutorio de tales componentes dinerarios requiera siempre autorización específica, siendo al efecto reseñable que en este campo no se detecta ninguna habilitación especial que permita la utilización de tales ingredientes crematísticos en cuanto elementos objetivadores de los correspondientes préstamos y créditos entre residentes, aunque en puridad tal habilitación sólo sería demandable para la eventualidad de que lo sometido a consideración fuere un préstamo y no un crédito (siempre partiendo de la "realidad" del indicado préstamo), cuestión debatida con anterioridad en este mismo capítulo cuando en su epígrafe 3 nos hemos ocupado de las relaciones obligatorias entre residentes objetivadas en divisas (tema visto concretamente en el subepígrafe "E" del calendario epígrafe 3).

Partiendo de esta reflexión, y entendiendo liberalizados los créditos y no los préstamos (del tipo que nos ocupan), tengo que puntualizar que para estos últimos rige con todo su rigor el criterio de que su pago (que comporta del propio modo su perfección) requiere la previa habilitación administrativa a la que alude el precepto indicado *ut supra*, y ello aun en la hipótesis de que el potencial prestamista disponga de la titularidad de alguna de las cuentas en divisas o en ECUs operativas en estas áreas (sendamente gobernadas por las normas a las que aludimos anteriormente).

Por lo que afecta al control de legalidad a ejercer en estas áreas por los fedatarios intervinientes en la formalización pública de los préstamos que estamos viendo (y eventualmente del Registrador de la Propiedad llamado a inscribir la correspondiente escritura de hipoteca si tal garantía hubiese sido prestada), tengo que decir que el mismo se circunscribe a la comprobación (aparte de la condición residencial de los implicados y de que la objetivación del préstamo en cuestión se efectúa en divisas cotizables o en ECUs) de que el supuesto de que se trate dispone de la pertinente autorización administrativa, discernible, de acuerdo con las reglas de distribución competenciales ordinarias en este orden de cosas (delineadas, tal como hemos apuntado anteriormente, por el Decreto 1791/1973 y el Real Decreto 222/1987, de 20 de febrero) por el Banco de España, debiendo

homologarse asimismo por parte de los indicados profesionales la plena correlación entre lo efectivamente autorizado y lo incorporable, como resultado de la predeterminación volitiva negocial de las partes, al instrumento a autorizar (e inscribir si fuere hipotecario el préstamo en cuestión), pudiendo traerse ahora a colación todo lo que apuntamos con anterioridad en el subepígrafe introductorio a la clase de préstamos y créditos cifrados en divisas y concertados entre residentes, por lo tocante a la *praxis* solutoria a seguir para la satisfacción de los intereses debidos y al reembolso del propio capital (en divisas) prestado.

C) CRÉDITOS POR PERSONAS INTERPUESTAS

a) *Idea general*

Son aquellos en los que la operación de préstamo que se conforme al efecto atina de modo expreso a dos residentes —el prestamista y el prestatario—, difiriendo esta modalidad del resto de los comunes en la circunstancia de que en la misma es presumible la presencia de una relación subyacente, determinante de que en realidad el residente concedente no sea sino o un representante declarado (modalidad carente de especialidad) o un testaferro o representante oculto de un no residente, circunstancia esta última que viene a teñir de especialidad la categoría crediticia que estamos considerando, entidad cuyo entañamiento en la teoría de los negocios indirectos o simulados puede predicarse de forma conjunta o alternativa, según los casos, y que desde netas perspectivas del control de cambios provoca considerables dosis de perplejidad, toda vez que, *prima facie*, y prescindiendo de una ulterior prueba acerca de la veracidad de la situación descrita, el préstamo en cuestión es uno más entre residentes, no mereciendo por ello ser tratado en estas páginas.

Siendo ello así, es evidente que tal disyuntiva negocial no presenta ningún tipo de particularidad desde la óptica "normal" (no patológica) del aludido control de cambios; de todos modos, en un intento controlador, a mi modo de ver bastante desorbitado, ya el Decreto de 24 de noviembre de 1939 (por el que se aprobaron los Estatutos del ahora extinto IEME), en su artículo 5.1, aludía a los préstamos que estamos viendo cuando los mismos quedaban objetivados en pesetas (que por aquel entonces sólo podían ser comunes), forma de entender la cuestión que el hacedor del fundamental Real Decreto 2402/1980 mantuvo, algo impremeditadamente, en su apartado 1.6, imponiendo la necesidad de la tenencia de una autorización previa para la "obtención por residentes de préstamos o créditos concedidos directamente o a través de un residente por no resi-

dentes", fórmula que no es sino una reelaboración algo más aquilatada de la primitiva contenida en el añejo Decreto dicho, pero que resulta escasamente útil, ya que las hipótesis debatidas (que son asimismo extensibles a los préstamos en divisas entre residentes cuando el prestamista actúe por cuenta de un no residente) requieren su inexorable reconducción —dado su incuestionable perfil noxológico— al terreno del ilícito civil o penal, toda vez que, una vez averada suficientemente la actuación no autorizada del residente por cuenta del tercero no residente, la situación creada podría ser constitutiva de una infracción a la legislación del control de cambios y quedar sometida por ello a la consecuente reprochabilidad administrativa o penal.

En base a todo lo dicho hasta ahora, entiendo que de no resultar claramente del caso en entredicho la actuación representativa que constituye el sustrato de la figura considerada —claridad que demandaría la obtención de la correspondiente autorización—, la Administración sólo podrá proceder, frente a vehementes sospechas de su concurrencia —y ante la inexistencia de tal habilitación administrativa—, a la instrucción del correspondiente procedimiento punitivo de orden civil en el que deberá depurarse la presunta existencia de tal actuación representativa (no declarada), decretándose en su caso el traslado —con el significado procesal de denuncia— de las diligencias practicadas al efecto a los órganos correspondientes de la jurisdicción criminal si de las mismas resultaren indicios de delito en la actuación de las partes (residentes o no residentes) involucradas en el tipo negocial considerado.

IX. EL APLAZAMIENTO DE PAGO COMO CREDITO

A) IDEA GENERAL

En todos aquellos contratos onerosos en los que la presencia de un corresponsivo dinerario constituye un elemento sustancial de su correcta instrumentación, es lícito pautar su efectiva cadencia cronológica por la vía del correspondiente acuerdo negocial. Cuando tal corresponsivo se materializa en la peculiar y estanqueizada categoría jurídico-económica "precio", el pago del mismo puede convenirse de presente, es decir, de forma inmediata y correlativa a la entrega de la cosa o servicio obtenido o bien dilatarse en el tiempo, es decir, desincronizarse, ora en su integridad, ora de forma fraccionada, surgiendo con esta última posibilidad la figura —de tipología jurídica especial— de las ventas a plazos, institución que en el ámbito del control de cambios presenta, al igual que en el orden operativo estrictamente internizado, una importancia capital.

Del propio modo, el plazo es un elemento de cardinal relevancia en la regular vertebración de todo tipo de préstamos (considerados éstos en su más acendrado sentido o en uno de contornos menos acendrados, hecho que sucede cuando los mismos son escudriñados desde la óptica de la teoría general del control de cambios), toda vez que lo que constituye la piedra angular de la funcionalidad emergente de tal categoría crediticia es la imprescindible necesidad de devolver, en un tiempo retrasado previamente convenido, la suma integrante del capital inicialmente puesto a disposición del prestatario.

Siendo ello así, es evidente que el elemento temporal que estamos observando resulta ser una clave negocial de trascendencia considerable en cuanto encuadradora de la *solutio* convenida en el marco de la más perfecta normalidad funcional, fenomenología solvencial cuya practicidad no puede ser demandada normalmente por el acreedor (vendedor, proveedor, arrendador o prestamista) con anterioridad al *decurso* del tiempo de aplazamiento estipulado ni tampoco impuesta por el deudor antes de su vencimiento (*ex arts. 1.125 y sigs. CC*).

Partiendo de tal esencialidad, que impone que el pago se efectúe y acepte justamente en el *tempus* oportunamente vehiculizado por el parámetro temporal preestablecido en la obligación de que se trate, se plantea la cuestión consistente en precisar qué calificativo es dable atribuir —desde la vertiente del control de cambios— a los aplazamientos aludidos, cuestión que, en puridad, sólo resulta coherentemente planteable —desde la más pulquérrima rigurosidad conceptual— en las hipótesis de aplazamientos de pagos de precios y sólo de forma relativizada y traslaticia respecto a los tiempos de devolución de los préstamos recibidos, ya que en estas modalidades negociales tal devolución temporal constituye una alternativa sustancial e ineluctable (a diferencia de lo que sucede con los pagos de los precios que pueden convenirse de contado).

En obsequio de lo dicho, y circunscrito el centro de gravedad del problema calificadorio a los precios aplazados cuando los mismos se dan cita en los negocios onerosos, entiendo que la concreta instrumentación de la dilación solvencial estipulada entronca —con más o menos *chirridos*— en una concepción amplia de la figura del crédito, concepción que, como antes apuntamos, es la única admisible en el ámbito del control de cambios y de la que parten, asimismo, la mayor parte de los autores que se ocupan de la problemática relacionada con la misma. Así, NÚÑEZ LAGOS, en su dicha obra, página 279, pone de manifiesto la integrabilidad del meritado aplazamiento en la categoría genérica del préstamo o crédito, “concepto —dice— en el que hay que incluir cualquier negocio jurídico del que resulte una deuda dineraria; por lo tanto, los precios aplazados en las

compraventas, las emisiones de obligaciones o títulos de renta fija, el descuento de letras..."

Del propio modo, D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, en su obra citada *ut supra*, en la página 1225 de su edición de 1990, mantienen una postura doctrinal asimismo indicativa de la refundición de los aplazamientos solutorios que estamos considerando dentro de la categoría genérica de los préstamos y créditos, integración, no obstante, teñida de especialidad y que los supradichos autores subrayan calificando tales aplazamientos como "créditos indirectos desde el punto de vista del control de cambios", etiquetado que sin embargo no impide su estricta sujeción al régimen normal patrocinado por la normativa reguladora de las condiciones operativas del sector exterior que estamos explayando en estas páginas.

Posición discrepante de la relacionada fue la sustentada por LUCAS FERNÁNDEZ, que en la página 161 de su obra precitada sostuvo en solitario la tesis de que el plazo convenido en la compraventa sujeta a debate no alteraba la naturaleza del contrato ni de la obligación asumida por el comprador, ni tampoco trocaba el negocio celebrado en un contrato mixto, deduciéndose de todo ello que el aludido aplazamiento no podía corporeizarse, en modo alguno, una concesión de crédito.

Por mi parte, en el capítulo XVIII de esta obra, contenido en el volumen 2 del tomo I, mantuve, en directa atinencia a la compraventa inversora con precio aplazado, una posición de extrema cautela —desde planteamientos jurídico-ideológicos uncidos a la más depurada técnica metodológica y **conceptual**— acerca del allegamiento de la figura que estamos considerando a la genérica del préstamo, coincidiendo de este modo con las opiniones últimamente vertidas; pero no dejé de puntualizar, asimismo —**adoptando** posicionamientos **templadamente sincréticos**— la evidente propincuidad económica de tal instituto a la figura del préstamo, así como el dato incontestable de que para la **normativa** especializada que estamos evidenciando —**representada**, en el caso entonces sujeto a consideración, por la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975, referida directamente a los aplazamientos solutorios establecidos en determinados supuestos de compraventas de inmuebles convenientemente engendrando de titularidades dominicales transidas de inversión extranjera—, que para el parentesco entre los aplazamientos solutorios y la categoría del crédito o préstamo —si bien especial— era obvio.

Ello dicho, y siguiendo con el desmenuzamiento de esta cuestión, tengo que resaltar igualmente que el calificativo aludido es predicable no sólo cuando tal aplazamiento es el producto de una concordada decisión negociada de las partes, materializada en la fase germinal y constitutiva del negocio oneroso de que se trate, sino también cuando tal aplazamiento

proviene de una concordabilidad ulterior a la fase inicial supradicha, es decir, cuando habiéndose establecido un pago puro o simple o cuando el aplazamiento convenido prístinamente establecido ha quedado purificado por el decurso del tiempo prescrito, las partes debidamente involucradas en el pertinente negocio oneroso modifican (novan) el parámetro solutorio temporal inserto en prístino al esquema negocial de que se trate, articulando *a posteriori* el consiguiente aplazamiento, modificación que implica la concesión novatoria de un "nuevo" crédito del vendedor al comprador (calificativo asimismo propugnable para la eventualidad de que el aplazamiento establecido afecte a la devolución de un préstamo típico).

En estos casos, pues, el nuevo plazo titularizado por el comprador para solventar la parte (o el todo) del precio pendiente de satisfacción o para que el prestatario devuelva la parte (o el todo) de la cantidad mutuada acredita asimismo el calificativo de "crédito", quedando sujeto, por lo tanto, a las directrices cardinales que disciplinan tal tipo de negociabilidad genérica, representadas, como ya ha sido dicho con reiteración en estas páginas, por el Real Decreto 2402/1980 sobre control de cambios, cuyo artículo 3.1, 6 y 7, dando respuesta normativa a la reserva reglamentaria contenida en la fundamental Ley 40/1979, exige autorización administrativa para que todo tipo de operación crediticia incluíble en las categorías de subjetividad residencial genérica aludidas por el mismo quede debidamente inmersa en la pertinente dinámica de constitutividad y funcionalidad lícitas, exigencia, no obstante, paliable en virtud de una hipotética labor de jurisdicción reglamentaria ulterior matizante, puntualizante o exonerante de la rigidez dicha, labor acometida, por lo tocante a los aplazamientos de los precios antes aludidos, por la DGTE de 30 de julio de 1975, disposición que es la única liberalizadora en la materia y que ha sido objeto de amplio debate en el volumen II del tomo I de esta obra, a donde me remito.

De todos modos, y con la finalidad de facilitar la labor del lector y también de acompasar el contenido de esta obra a lo más novedoso que dé de sí el consecuente tratamiento de su temática a la luz de los nuevos apremios normativos que sobre la misma vaya surgiendo en nuestro panorama jurídico o de los trabajos de investigación orientados a clarificar sus puntos más dudosos, voy a poner de manifiesto ahora, en consonancia con lo que antes aduje cuando me ocupé de los créditos entre residentes y no residentes cifradas en pesetas convertibles y comunes, que respecto a la especial modalidad solvencial que estamos considerando no puede en modo alguno plantearse el problema de si la misma se halla o no subsistente tras la adopción de la serie de disposiciones de moderna progeñe que incidieron en la variante crediticia disciplinada en un principio por la instrucción 5.^a de la Resolución que nos ocupa (disposiciones que son la

Orden de 31 de julio de 1989, la Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989, la Orden de 4 de febrero de 1990 y, cerrando filas, la Resolución del mismo Centro Directivo antes indicado de 14 de mayo de 1990), tema del que me ocupé con anterioridad y del que quedan al margen los aplazamientos solvenciales que nos ocupan, cuya única norma disciplinadora continúa siendo la instrucción 4.^a de la pluricitada Resolución de 30 de julio de 1975, cuya vigencia resulta por ello indiscutida, siendo así que ni siquiera la Orden mencionada de 4 de febrero de 1990 (constituyente de un verdadero apunte compilador de soluciones de este orden de cosas) se ocupó de la misma (pudiendo hacerlo si se tiene en cuenta que en su art. 17 se encargó de concretar el régimen al que deben atenerse los aplazamientos que medien entre residentes y no residentes con motivo de las desinversiones inmobiliarias).

Así pues, no hay nada que empañe la absoluta lozanía de toda la serie de consideraciones que sobre el supuesto que nos ocupa vertí en mi anterior volumen, si bien, y por prurito de **autoexigencia** personal, tengo que poner de relieve que la distinción cuya beligerancia allí mantuve entre aplazamientos liberalizados de forma plena (los concedidos por vendedores residentes a compradores no residentes personas físicas) y los absolutamente sujetos al requisito de previa autorización eventualmente discernible por la DGTE (los que en el mismo supuesto se otorgan a compradores personas **jurídicas** no residentes) no es compartida de modo generalizado, habiendo autores —**ENRIQUE CUARTERO HERVÁS**— que mantienen una postura divergente, preconizando para estos últimos su sometimiento al requisito de verificación administrativa, cuestión que retomaré con **ulterioridad** al abordar el tema de los eventuales pagos subrogatorios y acuerdos de cesión de créditos y deudas que pudieren intervenir en este tipo de negociabilidad obligacional, cosa que sucederá en las postimerías de este capítulo.

Ello dicho, tengo que puntualizar que en los momentos presentes, y partiendo siempre de la vigencia del sistema **liberalizador** que nos ocupa, el mismo ha sido potenciado en el sentido de que ahora los créditos encarnados en tales aplazamientos solutorios pueden ser garantizados con todo tipo de hipotecas (y no sólo recayentes sobre el inmueble transmitido y no pagado de presente como con anterioridad), siendo ello simple consecuencia de la entrada en liza en esta dimensión negocial de la Orden de 19 de junio de 1990, texto que, previa derogación de las anteriormente vigentes de 23 de enero de 1981 y de 16 de febrero de 1989, permite de forma general (y, por supuesto, para el caso objeto de la presente investigación) la constitutividad de todo tipo de hipotecas (siempre que el crédito reforzado se halle liberalizado o legítimamente constituido, cual es el caso), con lo que los supradichos aplazamientos podrán ser garantizados

no sólo con una hipoteca recayente sobre el propio inmueble transmitido, sino sobre cualquier otro ubicado en España, pertenezca éste al comprador hipotecante no residente (persona física o jurídica) o a un tercero (residente o no, también persona física o jurídica).

A fin de concluir adecuadamente con esta sumaria exposición, tengo que referirme ahora a que la duplicidad de posibilidades a la que hemos hecho alusión repercute directamente en el nivel de control a desplegar por los fedatarios intervinientes en la instrumentación de los negocios jurídicos de donde emerjan los aplazamientos evidenciados. Así, si se trata de la variante de constitutividad libre, su ejecución depende del exclusivo arbitrio de las partes involucradas, compitiendo al fedatario (y al Registrador de la Propiedad cuando se trate de aplazamientos garantizados hipotecariamente) sólo la homologación de que la misma acredita las condiciones territoriales antes dichas y de que el aplazamiento en cuestión lo es en relación con el precio de la compraventa de que se trate, no pagado en todo o en parte. Por el contrario, cuando se trate de la modalidad aplazatoria no liberalizada, es decir, aquella articulada entre un vendedor residente y un comprador no residente persona jurídica, entonces tales profesionales del Derecho deberán depurar, además de los requisitos ya explicitados, si en la instrumentación pretendida se dan o no cita toda la suerte de datos subjetivos u objetivos incluidos en la solicitud presentada para la autorización o bien en el modelo TE-13 extendido para obtener la verificación positiva relativa a la compraventa inmobiliaria en sí y al aplazamiento convenido (alternativa que será la que prospere según cuál sea la mejor de las interpretaciones dichas), resaltándose la enorme diferencia que media entre los dos supuestos (el liberalizado y el que no lo es en modo alguno o sólo de forma matizada) a los que acabamos de referirnos.

Por lo que afecta a los aplazamientos que eventualmente puedan darse cita en las operaciones de compraventa de inmuebles ubicados en España concertados entre dos no residentes, los mismos quedan en principio al margen de nuestra normativa doméstica sobre el control de cambios (en obsequio a la situación no residencial homogénea de sus implicados) y por ello liberalizados, criterio no obstante que si bien resultaba claro a base de una interpretación coherente de nuestra preceptiva sobre el particular, carecía de una consagración ordinamental explícita, hecho que ha tenido lugar a través de la disposición adicional de la Orden de 4 de febrero de 1990, si bien en su estricta referencia a los créditos hipotecarios entre tales residentes, tema que retomaremos ulteriormente con motivo de incorporar a estas páginas los comentarios que tal disposición me mereció en el opúsculo de actualización de esta obra.

Siguiendo con el trazado especulativo de esta temática, tendente, en lo

esencial —y bajo el prisma exclusivo del control de cambios— a la reconstrucción jurídica de la figura del aplazamiento de pago considerado, no puedo preterir ahora el dato de que el mismo puede acreditar un origen indirecto, posibilidad materializada en una previa incuria reclamativa por parte del acreedor, aquiescida expresa o tácitamente por el deudor (acaeciendo esto último al no efectuar el mismo la consignación de la cantidad adeudada), eventualidad que debe diferenciarse netamente de aquella en la que media una imposibilidad física o jurídica para reclamar o una situación patológica de incumplimiento, derivas insatisfactivas detectables en estos niveles de negociabilidad cuyas enfiladas —sustantivas y procesales— caminan por cauces rituarios distintos.

B) APLAZAMIENTOS SOLUTORIOS OPERATIVOS EN EL MARCO
DE LOS PRÉSTAMOS FINANCIEROS

Dejando aparte el supuesto antes aludido —y que fue tratado *in extenso* en el antes indicado capítulo XVIII del volumen II del tomo I de esta misma obra—, la fenomenología dilatoria, en cuanto constitutiva de la modalidad crediticia atípica objeto de este debate —tiene perfecto acomodo en el ámbito de los créditos financieros—, y ello con absoluta independencia de cuál sea la concreta causa sobrevenida provocadora de la pertinente dilación respecto al *tempus* de devolución inicialmente establecido (convenio explícito al efecto de los involucrados en la peripecia crediticia cuyo *solutio* se retrasa, inexigencia por parte del acreedor del débito ya vencido no seguido de la oportuna —y ya aludida— consignación liberatoria de su *quantum* consumada por el deudor).

En méritos de ello, el concreto aplazamiento sobrevenido, en cuanto constitutivo de una modalidad crediticia de tipología financiera relativamente atípica, resultará o lo liberalizado según que su nuevo repunte cronológico (partiendo de la base que sus restantes parámetros subjetivos y cuánticos queden inmutados) encaje o no en los esquemas de liberalización constitutiva diseñados por la normativa que regula el proceso fundacional de las variantes normales, exigiéndose, en todo caso, el congruente discernimiento del correspondiente NOF, asignación del que se ocupan, en directa referencia a la hipótesis planteada, D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, quienes en la nota 18, al pie de la página 1213 de su libro antes dicho, edición de 1990, explican —en un lúcido empeño interpretativo sobre el particular— que tal asignación requiere la práctica de un doble asiento contable por parte de la entidad delegada a través de la cual se efectúa la operación: un pago al extranjero en cumplimiento de la obligación y un cobro simultáneo en concepto de préstamo financiero del

exterior (o de otro tipo, pienso yo), operatividad que fue ya debidamente instrumentada por la Circular 283, de 8 de marzo de 1972, del ahora extinto Instituto Español de Moneda Extranjera, mecánica que en el supuesto de que se trate de un aplazamiento solutorio de factura inversa a la inmediatamente descrita presupondría la práctica de un doble asiento también: uno de entrada de divisas por el pago de la deuda, y de simultánea salida de las mismas en concepto de préstamo al extranjero.

C) APLAZAMIENTOS SOLUTORIOS OPERATIVOS EN EL MARCO

DE LAS INVERSIONES Y DESINVERSIONES SOCIETARIAS

a) *Idea general*

Resulta obvio que el derecho al componente crematístico que en el supuesto instrumentativo de la inversión perciba —como **correspectivo**— el residente, y en el de la desinversión el no residente, puede consumarse de inmediato o bien aplazarse pertinentemente, hipótesis que cristaliza, a los efectos del control de cambios objeto de nuestro análisis, en una situación de crédito instaurada entre un residente y un no residente en el primer caso, y en una de personalización territorial adversa en el segundo, posicionamientos de divergencia residencial de los operadores jurídicos intervinientes que determina que el avatar negocial concebido al respecto encaje holgadamente en el marco de restricción general oportunamente diseñado por el artículo 3.3.6 del pluricitado Real Decreto 2402/1980, precepto de polivalente factura que demanda la previa obtención de la autorización correspondiente para que la negociabilidad entablada al efecto pueda desarrollarse con éxito jurídico, exigencia, no obstante, de caracteres exponenciales muy amplios y que deviene susceptible de legítima matización por parte de aquellas parcelas de ordinamentalidad especializada que orbitan en derredor del foco preceptivo básico representado por el Real Decreto indicado *ut supra*, cosa que sucede concretamente en el ámbito de las inversiones que dan título a este apartado específicamente tomadas en cuenta por la Orden de 4 de febrero de 1990, disposición de muy reciente progenie que justificando su razón de ser en diversas consideraciones recogidas en su porción introductoria ["La promulgación de la Ley de Inversiones Extranjeras en España (Real Decreto Legislativo 1265/1986, de 27 de junio) y su Reglamento aprobado mediante el Real Decreto 2077/1986, de 25 de septiembre, supuso la adaptación de la normativa española sobre la materia a las Directivas Comunitarias de movimientos de capital y de derecho de establecimiento. La liberalización contenida en dicha legislación introdujo una notable agilidad en la tramitación

ante la Administración Pública de los expedientes de inversión extranjera, si bien quedó pendiente la tarea de dictar normas de rango inferior que viniesen a detallar cuestiones de procedimiento de índole formal. La presente Orden pretende suplir en parte la ausencia de normas de desarrollo y **procedimentales**, regulando determinadas operaciones conexas a inversiones extranjeras e introduciendo nuevos impresos modelo TE-13 de verificación de inversiones extranjeras, los cuales pretenden conciliar los objetivos de agilización en la tramitación de inversiones y de obtención de un grado de información suficiente sobre los proyectos de inversión extranjera en España por parte de la Administración")] ha venido a convertirse, desmintiendo lo anodino de su rotulación que parece referirse de modo exclusivo a cuestiones "menores" de requisitalidad instrumental, en un importante artilugio normativo de ejecución del RIE, derogando asimismo —y ello de modo formal— textos impositores de una procesalidad en la materia absolutamente obsoleta al haber decaído previamente en su vigencia los textos sustantivos en que aquéllas se basaban, dispositivo de estrategia operacional que en lo que ahora nos concierne viene a liberalizar en las áreas de inversión y desinversión societarias determinadas hipótesis de créditos materializados en aplazamientos de pago concedidos por residentes a no residentes (e inversos), liberalización **que**, como forzado corolario, se proyecta en la segunda de las hipótesis dichas sobre el traslado al exterior del **correspective** económico que perciba dilatadamente el no residente desinversor concedente del aludido aplazamiento, posibilidad que **hace** referencia a concretos supuestos de desinversión societaria; tal como vamos a ver.

b) *Casos de aplazamientos concedidos por residentes a no residentes*

aa) *Idea general*

La disposición aludida distingue una doble hipótesis al respecto, según que el aplazamiento en cuestión resulte operativo en el sector de las inversiones extranjeras societarias oportunamente vehiculizadas por constituciones de sociedades o ampliaciones de **capital** o, por el contrario, los mismos graviten sobre las pertinentes operaciones de compraventa de acciones o derechos de suscripción, dístico de eventual instrumentación a cuyos sendos componentes aluden respectivamente los apartados 1.1, 1.2 y 1.3 del artículo 13 de la supradicha disposición.

ab) Aplazamientos en los casos de constitución y ampliación no bursátil de capital

Se refiere taxativamente a este supuesto el indicado apartado 1.1 cuando, con referencia a las supradichas operaciones no bursátiles, precisa literalmente que "en el caso de inversiones extranjeras en sociedades en las modalidades de constitución o ampliación de capital, el abono de dividendos pasivos por accionistas extranjeros a las sociedades españolas en las que participan es libre, sin necesidad de verificación administrativa previa", precepto que tomado en cuenta en su rigurosa dicción literal no se refiere en realidad al aplazamiento *sensu strictu*, sino al pago de las cantidades pendientes por la asunción de los correspondientes posicionamientos de socio, quedando en pie la cuestión de cuál sea el régimen que deba guiar el supradicho aplazamiento, problema que entiendo debe resolverse en base a entender que el mismo tendrá que ser el que lidere la inversión en sí, es decir, el de libertad absoluta cuando se atenga a tal régimen o el de verificación o autorización en su caso cuando éste sea el sistema que deba disciplinar tal inversión, debiendo circunstanciarse en estos dos últimos casos el proyecto negocial del aplazamiento pretendido en la documentación que a tales efectos se remita a la DGTE como apoyatura de la pretensión inversora pertinente.

Obviamente, en aquellas hipótesis en las que tal aplazamiento se articule con posterioridad al acto inversor en sí a través del oportuno acuerdo novatorio del esquema negocial prístinamente conformado, deberá seguirse idéntico régimen.

ac) Aplazamientos en el caso de compraventa no bursátil de acciones o derechos de suscripción

aa') Idea general

Del artículo antes dicho, en sus párrafos 1.2 y 1.3, resulta el sistema a seguir en este orden de cosas, siempre con referencia a una actuación inversora no bursátil, sistema que diverge según que la aludida compraventa se halle o no sometida a un previo esquema de control administrativo, disyuntiva que pasamos a explicitar.

ab') Régimen de los aplazamientos cuando la inversión base se halle sujeta a control previo

Alude a este caso el antes mencionado apartado 1.2 al precisar literalmente que: "Cuando en operaciones de compraventa de acciones o dere-

chos de suscripción que requieran autorización o verificación previa se concedan aplazamientos de pago en favor del inversor extranjero, en la solicitud de autorización o verificación se hará constar la existencia de estos aplazamientos y de sus condiciones", verificación que en determinadas hipótesis exige —como asidero de la ulterior actuación controladora de la Administración— la constancia en el expediente administrativo que se instruya al efecto de una circunstanciación especial, refiriéndose a esta hipotética tesitura el último apartado del artículo 3 que estamos desmenuzando cuando dice literalmente que "en aquellos supuestos en los que el precio derivado de una compraventa de acciones o derechos de suscripción no se cierra en el momento de formalizar la operación por ser variable o revisable, en función de auditorías pendientes, resultados de futuros ejercicios o cualquier otra circunstancia, la solicitud de la verificación previa deberá acompañarse de información detallada de las posibles variaciones de precio y de los factores de los que esas variaciones dependan".

ac') Régimen de los aplazamientos cuando la inversión base no se halle sujeta a control previo

ba') Idea general

Cuando los aplazamientos pretendidos emerjan de inversiones societarias no bursátiles consumables de inmediato por el inversor, sin necesidad de que su proyecto pase por el previo tamiz funcionarial materializado en la pertinente verificación o autorización, entonces debemos distinguir un doble supuesto según que el aplazamiento que se pretenda convenir siga la misma suerte ejecutiva (afectante a la inversión subyacente) o requiera verificación administrativa. Veamos.

bb') Aplazamientos liberalizados de ejecutividad inmediata

Alude a tal hipótesis —siempre con referencia a la compraventa no bursátil de acciones o derechos de suscripción— el apartado 12 del artículo en cuestión cuando señala literalmente que "los aplazamientos de pago concedidos en operaciones de compraventa de acciones o derechos de suscripción no sujetas a verificación previa serán libres y no requerirán verificación previa cuando la compraventa se realice a precio cerrado y las condiciones de ese aplazamiento sean recogidas en la escritura intervenida por fedatario público español".

- bc')* Aplazamientos liberalizados,
aunque carentes de ejecutividad inmediata

En aquellos supuestos en los que no se conciten los condicionantes dichos (que el precio no sea cerrado y/o las condiciones de ese aplazamiento no se recojan en la antes aludida escritura) entonces entra en juego el párrafo siguiente del meritado apartado 1.2, que dice que "en los restantes casos será precisa la verificación previa de la Dirección General de Transacciones Exteriores", verificación en cuya procesalidad deberá tenerse en cuenta —cuando se proyecte sobre un aplazamiento de precio no cerrado— el pedimento consignado en el último párrafo del supradicho apartado 1.3, que antes quedó transcrito.

- ad')* Aplazamientos en el caso de compraventa bursátil de acciones o derechos de suscripción preferente

A esta hipótesis se refiere el apartado 2 del artículo objeto de nuestra glosa, según el cual: "Operaciones bursátiles. Se considera autorizado con carácter general el acceso de los inversores no residentes al sistema de crédito regulado en la Orden de 28 de julio de 1989 sobre sistema de crédito en operaciones bursátiles de contado, así como al crédito vinculado a operaciones bursátiles concedido al margen del sistema citado y otorgado por las entidades facultadas para ello de acuerdo con la Ley 24/1988 del mercado de valores.

En ambos casos el reembolso del crédito y de sus intereses, que deberán ser de mercado, así como los depósitos en efectivo en concepto de garantía de las posiciones de compra o de venta, deberán efectuarse mediante aportación dineraria exterior. Si las garantías citadas se aportasen *in natura*, los activos objetos de prenda deberán haber sido adquiridos mediante aportación dineraria exterior".

c) Casos de aplazamientos concedidos por no residentes a residentes

aa) Idea general

En relación con la Orden cuyo contenido estamos desbrozando en lo que nos interesa especialmente, la situación descrita en el epígrafe de este apartado sólo aparece regulada de forma muy confinada, refiriéndose tal disposición únicamente a aquellos créditos que materializados en los correspondientes aplazamientos de pago del precio convenido se instrumen-

ten entre un no residente acreedor que liquida su inversión por la vía de la venta de sus acciones "fuera de Bolsa" y el comprador residente de las mismas que no paga de presente —en todo o en parte— el precio convenido, hipótesis que la pluricitada Orden liberaliza en los términos de concepción de su artículo 16, según el cual: "Desinversiones en sociedades españolas fuera de Bolsa. Aplazamientos de pago y precio variable: Las compraventas de acciones fuera de Bolsa que supongan desinversión (supuesto, pues, antónimo al descrito en el antes literalizado art. 13.1, 2 y 3) podrán conllevar aplazamientos de pago en favor del comprador residente.

Asimismo el precio derivado de dicha compraventa podrá no quedar cerrado en el momento de formalizarse la operación por ser variable o revisable.

En estos casos, a la solicitud de verificación previa de las transferencias al exterior derivadas de la liquidación de la inversión extranjera en España deberá acompañarse copia de la escritura intervenida por fedatario público en la que habrá de constar la existencia de ese aplazamiento o, en su caso, información sobre las variables de las que dependerá el precio definitivo de la operación".

En base al gramaje de denotatividad preceptual del artículo transcrito, cuyo contenido ha de ser interpretado de forma contextual con el resto de apremios debidamente insertos en la pluricitada disposición, especialmente con el antes indicado artículo 13 [del que tiene que extraerse el significado a atribuir a la locución de "precio no cerrado" en el momento de formalizarse la inversión (o desinversión)], los aplazamientos articulables en virtud de la reglatividad que resulta de su seno se escinden en un doble grupo: los absolutamente liberalizados y los sometidos a control. Veamos las alternativas de tal desdoblamiento.

ab) Hipótesis de aplazamientos ejecutivamente liberalizados

Son aquellos que surjan de compraventas de acciones no bursátiles provocadoras de la correspondiente desinversión en las que el precio convenido y no pagado de presente queda absolutamente cuantificado desde el mismo momento de la formalización de negocio jurídico de compraventa de que se trate.

ac) Hipótesis de aplazamientos ejecutivamente no liberalizados

A esta hipótesis se refiere el propio artículo que estamos viendo cuando somete el trámite de previa verificación a aquellos supuestos de aplaza-

mientos de pagos surgidos de compraventas de acciones desinversoras no bursátiles cuando el precio convenido por las mismas y que deba pagar el residente de forma aplazada (en todo o en parte) no queda definitivamente cerrado desde el mismo momento de la concepción del negocio desinversor de que se trate, entendiendo que tal precio (que en todo caso deberá ser determinado siguiendo las exigencias del Código Civil, *ex art. 1.447 y sigs.*) no acredita tal cualidad cuando su cuantificación sea "variable o revisable", sucediendo tal cosa, de conformidad con lo previsto al efecto en el antes transcrito artículo 13.1.3, *in fine* (precepto integrador del que estamos viendo, tal como hemos dicho antes), cuando la objetivación definitiva de la cantidad a entregar dependa de "auditorías pendientes, resultados de futuros ejercicios o cualquier otra circunstancia", supuestos en los que tal aplazamiento deberá ser sometido previamente al filtro adverbador que supone el aludido sistema de verificación administrativa, verificación a la que se llegará una vez controladas las condiciones de habilidad funcional de la operación aplazatoria pretendida, cernimiento burocrático de idoneidades que exige que los interesados presenten "información detallada", *ex artículo 13* (o simplemente "información", *ex art. 16*), sobre las antes dichas variables, de las que dependerá, en suma, la concreta cantidad del correspondiente crematístico convenido (y aplazado en todo o en parte).

D) APLAZAMIENTOS SOLUTORIOS CONVENIDOS EN EL MARCO
DE LAS DESINVERSIONES INMOBILIARIAS

A diferencia de lo que sucedía en la hipótesis anterior en la que el tratamiento de esta cuestión debía bifurcarse analíticamente en una doble eventualidad según que se tratase de aplazamientos solvenciales materializados en créditos de residentes a no residentes (o a la inversa), ahora no es de recibo tal fragmentación porque tales aplazamientos, en su variante de créditos otorgados por residentes a no residentes, han sido ya examinados en el volumen precedente, concretamente en su capítulo XX, y en lo que quedó dicho con anterioridad. Siendo ello así, la exégesis que procede hacer ahora al efecto únicamente puede proyectarse sobre la restante modalidad, es decir, aquella que cristaliza en una concesión de un crédito por un no residente (el inversor titular del inmueble que vende) a un residente (comprador del mismo que no satisface de presente —en todo o en parte— el precio convenido), supuesto que aparece recogido por el artículo 17 de la Orden que nos ocupa, que al enfocar el tema reconviene sobre el particular que:

"Liquidación de inversiones extranjeras en inmuebles:

1. La transferencia al exterior del producto de la liquidación de una inversión extranjera en inmuebles no requerirá verificación previa de la Dirección General de Transacciones Exteriores, aun cuando el inversor extranjero conceda aplazamiento de pago en favor del comprador residente.

En estos supuestos, la entidad delegada a través de la cual se efectúe la transferencia al exterior de los fondos correspondientes vendrá obligada a requerir la presentación del modelo TE-7 de declaración ante el Registro de Inversiones, y el TE-8 correspondiente a la desinversión y la justificación de haberse cumplido las obligaciones fiscales relativas a la transmisión de que se trate.

2. Si se hubiere pactado aplazamiento de pago en favor del comprador residente, deberá presentarse a la entidad delegada, además de la documentación anterior, copia de la escritura pública en la que conste la existencia del aplazamiento".

X. CREDITOS INSTRUMENTADOS POR LA VIA DEL DESCUENTO

A) CASO DE LIBRADOR RESIDENTE Y LIBRADO NO RESIDENTE

Partiendo del dato de que de esta figura jurídica (la del descuento) nos hemos ocupado con anterioridad a través de una serie de reflexiones que damos por reproducidas, únicamente vamos a contemplar ahora tal posibilidad en cuanto que a través de la misma un crédito sujeto a control de cambios materializado en la consiguiente expedición de una cambial cifrada en divisas, pesetas convertibles o pesetas comunes por parte de un acreedor residente (librador-tenedor) resulte aceptada por el librador deudor no residente, siendo la misma objeto del pertinente descuento, percibiendo, en consecuencia, el tenedor de la aludida cambial su importe en pesetas comunes del Banco o entidad delegada descontante, componentes crematísticos —las aludidas pesetas comunes— que son los únicos a los que normalmente tiene acceso el librador descontante en cuanto residente, requiriéndose autorización específica cuando lo que debiere percibir éste fuesen pesetas convertibles o divisas.

En este caso, lo que resulta evidente es que la operación de crédito aparece entablada entre dos residentes —el descontante y el Banco interviniente—, situación que supone lógicamente —dada la absoluta situación de homogeneidad y convergencia territorial que acreditan los implicados

en la relación crediticia dicha— el neto hurtamiento de la misma de los esquemas operativos del control de cambios y, con ella, la consecuente sustracción del descuento ejecutado del arco ordinamental de restricción tendido por el Real Decreto 2402/1980, no requiriéndose por ello la necesidad de la pertinente autorización administrativa para la practicidad del mismo, autorización que únicamente podría demandarse en el supuesto de entender la operación de descuento examinada como un caso de concesión de un crédito por un no residente (el librado) a un residente (el librador-tenedor) utilizando los servicios intermediarios de un residente (el Banco), interpretación que al decir de D. ALVAREZ PASTOR y F. AGUIDAZU en su pluricitada obra, página 1224, edición de 1990, resulta insostenible por trocar indebidamente al deudor de la cambial en prestamista, autorización que tampoco sería requerible por la vía del artículo 3.1.8 del aludido Real Decreto, precepto que se refiere al "otorgamiento de garantías por no residentes respecto de obligaciones de no residentes", toda vez que la eventual acción ejecutiva cuya posibilidad resulta institucional en toda letra de cambio y afectante, en su caso, al librado que **impagó**, no implica, ni mucho menos, la asunción por éste de ningún compromiso garantista, dado su carácter de específica y forzosa obligación cambiaría a su cargo.

En cualquier caso, la modalidad crediticia que estamos viendo —cuya concreta singladura en el ámbito de las compraventas inversoras inmobiliarias ha sido ya examinada en el ya indicado capítulo XXIII del volumen II del tomo I de esta obra— requiere para su legítima articulación que la relación subyacente de donde proceda la cambial descontada se halle legítimamente instrumentada desde la óptica del control de cambios y que el pago de la letra en cuestión a cargo del librado no residente quede debidamente domiciliado en una cuenta extranjera en divisas o en pesetas convertibles, exigencia que impuesta específicamente en el dintorno normativo dibujado por la Resolución de 30 de julio de 1975 (ampliamente debatida en el supradicho capítulo XXIII) resulta extrapolable, por pura coherencia sistémica, a todo tipo de descuentos en las condiciones dichas.

B) CASO DE LIBRADOR NO RESIDENTE Y LIBRADO RESIDENTE

En tal caso, de factura inversa al anteriormente descrito, se da una situación crediticia en la que el Banco descontante español otorga un crédito al librador no residente, crédito que por exigencias de la normativa del control de cambios, *ex* artículo 3.1.7 del Real Decreto 2402/1980, requiere la previa obtención de la oportuna autorización, discernible, en su caso, por la DGTE, y ello con absoluta independencia del componente monetario en que estuviere cifrada la cambial emitida a cargo del librador residente.

XI. PRESTAMOS ENTRE NO RESIDENTES QUE PRESENTAN
CONEXIONES CON EL REGIMEN NORMATIVO
DEL CONTROL DE CAMBIOS

A) IDEA GENERAL

A simple vista puede sorprender el etiquetado de este epígrafe en cuanto aquellos créditos que se articulen entre no residentes quedan en principio —y de forma global— al margen de la preceptiva que nos ocupa, preceptiva que acredita como soporte epistemológico fundamental una efectiva situación de asimetría o divergencia territorial de los implicados por la misma.

De todos modos, un análisis más pausado de la cuestión nos permite vislumbrar determinados créditos que por sus características singulares entrañan su *hybris* sustancial en tal normativa, acaeciendo ello concretamente con los convenidos entre no residentes en cuanto que los mismos resultaren garantizados con una hipoteca constituida sobre algún bien ubicado en España, posibilidad que vamos a analizar a través de la incorporación a estas páginas del comentario que me mereció la disposición adicional de la Orden de 4 de febrero de 1990, comentario que publiqué en el opúsculo de actualización de esta obra y que ahora voy a insertar en estas páginas a fin de ofrecer a los lectores que no consiguieron tal Apéndice mi visión intelectual al respecto, cognición que queda reducida a lo estrictamente conectado con la normativa sobre el control de cambios y no alcanza en modo alguno a determinados problemas que acreditan las hipotecas a las que alude la aludida disposición [sobre si resulta factible la instrumentación negocial de las mismas (y su inscripción) en base a la regla *locus regit actum*, acerca de cuál sea el procedimiento adverbatorio del incumplimiento de la obligación garantizada sobre si cabe que su ejecución se acomode en su seguimiento a los procedimientos gobernados por la legislación de los intervinientes en la relación garantizada, etc.), problemas que van a ser obviados en los presentes momentos analíticos, sin perjuicio de que algunos de ellos sean debidamente desbridados en el volumen siguiente de este mismo tomo cuando enfoquemos el estudio de la hipoteca desde vertientes especulativas de máxima versatilidad.

B) TEXTO LITERAL DE MIS COMENTARIOS A LA DISPOSICIÓN ADICIONAL
DE LA ORDEN DE 4 DE FEBRERO DE 1990, PUBLICADOS
EN EL OPÚSCULO DE ACTUALIZACIÓN DE ESTA OBRA

"Tal disposición hace concreta referencia a un supuesto que inveteradamente ha provocado abundantes dudas en este sector, y es el relativo a

la posibilidad de que los no residentes hipotequen algún bien de su propiedad ubicado en España en garantía de una deuda propia o ajena cuyo acreedor (el titular asuntor de la garantía hipotecaria de que se trate) es asimismo un no residente.

Tal supuesto ha planteado tradicionalmente considerable inquietud entre los operadores jurídicos obligados a efectuar el pertinente enjuiciamiento extrajurisdiccional de su licitud conformativa, es decir, del Notario autorizante de la escritura de la hipoteca en cuestión (dejamos para otro momento el análisis de la regla *locus regit actum* en este ámbito) y del Registrador de la Propiedad, profesional revestido de funciones de partero —a través de la inscripción consitutiva pertinentemente autorizada por él— del correspondiente derecho de hipoteca, dudas que entrañaban su razón de ser en la evidencia normativa de que tanto las potenciales habilidades dispositivas del hipotecante como las asuntivas del acreedor hipotecario de que se trate, ambos no residentes, resultan teóricamente sometibles a control (en su consideración individual y desde las perspectivas que estamos contemplando) por el artículo 2.a) de la Ley de Régimen Jurídico de Control de Cambios de 10 de diciembre de 1979, precepto que reconviene literalmente que "corresponderá al Gobierno, en defensa de los intereses generales, regular, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, los actos, negocios, transacciones y operaciones a que se refiere el artículo anterior. A estos efectos, y mediante la reglamentación del control de cambios, podrá prohibir, someter a autorización previa, verificación o declaración, y en general a cualquier tipo de control administrativo: a) Los actos de adquisición y disposición realizados por un residente sobre bienes o derechos poseídos en el extranjero, y los mismos actos referentes a bienes o derechos poseídos en España cuando el adquirente o *disponente* (el subrayado es mío) sea un no residente".

Siguiendo con el desbrozamiento de estas cuestiones, tengo que reseñar que tal precepto, junto con el resto que contiene el propio artículo 2, y siempre arrancando de la clave fundamental de imputación fáctica resultante del artículo 1 del mismo texto legal ("... quedan sometidos a los preceptos de la presente Ley los actos, negocios, transacciones y operaciones de toda índole entre residentes y no residentes que supongan, o de cuyo cumplimiento se deriven o puedan derivarse cobros o pagos exteriores"), se encarga de explicitar el *quid* máximo de control a desplegar en estas áreas diseñando al efecto el marco del mismo a base de establecer una verdadera pléyade —yo diría multitud— de actos y negocios jurídicos (atribuyendo a tales vocablos la máxima latitud denotativa) eventualmente controlables mediante la reglamentación intermediaria ulterior, marco de concepción sumamente abigarrada y en el que se dan cita tanto verdaderos supuestos contractuales (que deben establecerse entre individuos de diversa

ubicación residencial, o sea, entre residentes y no residentes) como otros de configuración negocial más dudosa (actos de cobro y pago, asimismo, entre residentes y no residentes), como también diversas hipótesis francamente alejadas de cualquier tipo de negociabilidad (introducción o exportación de medios de pago nacionales o foráneos, tenencia de los mismos por parte de residentes o no residentes más allá de cierto plazo, etc.), listado de configuración sumamente cromática en el que asimismo aparecen integrados actos jurídicos convencionales o unilaterales engendrados de disposiciones y/o adquisiciones de bienes sitos en España por parte de no residentes y los inversos, supuestos que acreditan muy amplios perfiles de delincación y que, según la normativa que estamos viendo, constituyente de su soporte preceptual básico al respecto, pueden englobar tanto determinados casos en los que media una efectiva relación disposición-adquisitiva entre residentes y no residentes como aquellas eventualidades en la que tal relación, siempre resultando objetivada en un bien ubicado en España, se instrumente entre dos no residentes.

Ciertamente, en base de tal precepto —que junto con otros integrados en el texto legal dicho era conferitivo de un auténtico cheque en blanco al Gobierno, permitiente de que el mismo vertebrase, por la vía de la pertinente (y ulterior) acción legisferante reglamentaria, el control que estimase necesario sobre los supuestos legalmente tipificados— es evidente que tal hipoteca, en cuanto acto dispositivo otorgado por un no residente, podía ser sometido a restricción, posibilidad, no obstante, que no se materializó debidamente por el texto reglamentario que asumió especial y prolija relevancia ejecutiva en este orden de cosas, texto que era (y es) el Real Decreto 2402/1980, conjunto normativo que en la conformación del repertorio de supuestos sometidos a autorización olvidó por completo el avatar antes descrito, quedando éste, en consecuencia, plenamente liberalizado.

De todos modos, el desvanecimiento de esta duda, si bien importante, no afecta a la que pertinentemente gravita sobre la globalidad del supuesto, en cuanto atinente a la posición del operador jurídico no residente que devenga titular de la hipoteca dicha, posibilidad que, del propio modo, resultaba eventualmente sometible a control en virtud del propio pedimento legal antes referido (el indicado art. 22.a) de la Ley del RJCC], control que tampoco esta vez mereció la imprescindible respuesta afirmativa por parte del antes dicho Real Decreto, cuyo artículo 3, si bien somete a autorización previa "los actos de adquisición realizados por un no residente sobre bienes o derechos (sitos en nuestro país) materiales o inmateriales de carácter patrimonial", *ex* parágrafo uno, regla quinta, condiciona tal exigencia —según resulta de tal precepto— a que tales bienes sean poseídos en España por un residente, caso en el que no encaja precisamente

el supuesto que estamos viendo, toda vez que en el mismo el titular de los bienes que se hipotecan es asimismo un no residente, situación de absoluta homogeneidad en cuanto a la no residencialidad de los implicados en la tesitura adquisitiva que estamos viendo, que determina la sustracción de la hipótesis vista del *factum* tomado en consideración por la normativa ejecutiva del control de cambios, materializada, en este caso, por el aludido precepto.

Continuando con la clarificación de ésta, ciertamente, inextricable temática, tengo que decir que el crédito hipotecario presupone una entidad compleja (aun revistiendo cierta unidad institucional), hecho que determina el que la noción del crédito y de la garantía no puedan ser obviadas en el tratamiento de la misma, el primero, por la congénita accesoriedad de la hipoteca, y la segunda, por su profundo impacto en el ámbito del control de cambios, parcela de donde acredita una tipificación y tratamiento especial.

Siendo ello así, vamos a analizar la cuestión suscitada desde las perspectivas del crédito (de cuya validez depende la de la hipoteca) y de la garantía que la misma implica para ver si el supuesto objeto de nuestro análisis resulta sometido a restricción desde estas vertientes (no estándolo, como ya hemos visto, desde las sustantivas relacionadas con las sendas capacidades de hipotecar y aceptar el derecho real que la hipoteca implica).

Pues bien, desde el punto de vista del crédito garantizado, y tal como reconoce la disposición adicional que estamos considerando, el mismo se instrumenta entre dos no residentes, por lo que de acuerdo con la filosofía básica que impregna la teoría general normativa sobre el control de cambios en su específica conexión con las relaciones obligatorias, y también en consonancia con lo específico y ejecutivamente aducido por el antes mencionado artículo 3.2.6.^a y 7.^a (que sólo sujeta a previa autorización los créditos concedidos por residentes a no residentes, y viceversa), tales créditos, prescindiendo del control de legalidad que según el derecho material que los sustantive deban efectuar los Notarios y los Registradores de la Propiedad, en el entorno de sus respectivas atribuciones competenciales, quedan absolutamente extramuros de la normativa sobre el control de cambios y de las reglas de restricción que la misma propicia.

En base de todo ello, sólo queda que me refiera a la concreta composición del dispositivo hipotecario al que estamos aludiendo en función de la garantía que el mismo incorpore, categoría negocial especialmente tipificada —*in genere*—, tal como quedó dicho con anterioridad, por la precitada reglatividad del control de cambios en méritos a que el pluricolacionado artículo 3 del Real Decreto 2402/1980 la contempla especialmente, requiriéndose para su legítima viabilidad conformativa la previa obtención

de la correspondiente credencial administrativa, exigencia, no obstante, que únicamente resulta demandable en los supuestos previstos en la regla 8.^a del apartado 2 del precepto citado *ut supra*, disposición que al circunstanciar las garantías debidamente controlables en base a su propia preceptividad atina al "otorgamiento de garantías por no residentes respecto de obligaciones de residentes, y por residentes respecto de obligaciones entre no residentes o entre residentes y no residentes", pormenorización negocial asentada en la divergencia territorial de los implicados en la misma que no incluye el supuesto contemplado, consistente, en definitiva, en el otorgamiento de una garantía (hipotecaria) otorgada por un no residente (el hipotecante) respecto de obligaciones entre no residentes (bien sea el deudor, el propio hipotecante o un tercero).

En función de todo lo dicho, bienvenido sea el criterio clarificador que auspicia la aludida disposición adicional, criterio que viene a confirmar todas aquellas opiniones doctrinales (entre las que se encontraba la mía) que con anterioridad a su enunciación propugnaban la absoluta libertad conformativa de la eventualidad tomada en cuenta por la supradicha disposición, eventualidad hurtada por completo al régimen normativo "práctico" del control de cambios —pese a su eventual sujeción teórica al mismo en virtud de lo patrocinado por el antes dicho artículo 2.2.a) de la LRJCC— por mor del absoluto silencio que sobre la misma mantiene el pluricitado Real Decreto 2402/1980.

XII. ADECUACION DE LA NORMATIVA DOMESTICA CONSIDERADA PRECEDENTEMENTE A LOS APREMIOS COMUNITARIOS

A) IDEA GENERAL

En el delineamiento de este epígrafe, tenemos que partir, forzosamente, de la base de todo el conjunto de observaciones que sobre el Derecho comunitario derivado oportunamente proyectado sobre los movimientos de capital ha quedado debidamente expuesto en las páginas precedentes, punto de arranque especulativo de nuestra ulterior analítica al respecto que requiere asimismo la apoyatura materializada en la constatación de que para la aludida normativa comunitaria las únicas claves a tomar en consideración, en cuanto determinantes del concreto régimen jurídico a aplicar, son las referentes a la situación residencial o no de los intervinientes en la negociabilidad crediticia tomada en cuenta y aquellas que atinan a la singular extensión cronológica de la vigencia de la supradicha negociabilidad, no diversificándose, en modo alguno, tal preceptiva en función

de las distintas clases de componentes financieros utilizables, en su caso, como elementos objetivadores de las distintas variantes de la aludida negociabilidad crediticia, diversificación, por el contrario, que acredita estimable envergadura, como ya hemos visto, a la luz de nuestro ordenamiento sobre el control de cambios.

En méritos a todo lo dicho, vamos a referirnos al punto relativo a la eventual adecuación de nuestra ordinamentalidad sobre la materia a las premisas normativas procedentes del acervo comunitario sobre el particular, adecuación que deberá ser examinada tanto desde las orientaciones aportadas por la Directiva de 11 de mayo de 1960 como de aquellas proveídas por la que ha sustituido a la anterior a partir del 1 de julio de 1990 y que es la de 24 de junio de 1988.

B) SEGÚN LO QUE FUE PROVEÍDO AL EFECTO POR LA DIRECTIVA
DE 11 DE MAYO DE 1960

A tenor de los pedimentos resultantes de la misma, que acantonaba los préstamos financieros objeto de nuestras pesquisas en sus correspondientes listas B y C de su Anexo I (haciéndolo en la primera de ellas si lo eran a medio o a largo plazo, y en la segunda si a corto), es obvio que nuestra preceptiva de entonces (y de ahora) incumplía las exigencias comunitarias por lo tocante a los préstamos financieros a medio plazo incluidos en su horquilla cronológica de uno hasta tres años, ya que para tales operaciones la antes dicha Circular del Banco de España 6/1987, de 13 de marzo, requería (y requiere) una autorización individualizada otorgable por dicha institución que resultaba rigurosamente incompatible con los criterios medianamente liberalizadores provenientes de la inclusión de tal modalidad (la del préstamo financiero a medio plazo), sin distinguos en cuanto a los segmentos cronológicos de su posible vigencia (de uno a cinco años) en la supracitada lista B del Anexo I de la calendada Directiva.

C) SEGÚN LO VIGENTEMENTE PROVEÍDO AL EFECTO POR LA DIRECTIVA
DE 24 DE JUNIO DE 1988

Esta Directiva, que previa derogación de la anterior con referencia al 1 de julio de 1990, ha venido a constituirse a partir de tal fecha en el marco fundamental normativo sobre el particular, diversifica los préstamos financieros que estamos viendo en dos grandes grupos, según que los mismos, por ser a corto plazo, queden eventualmente sometidos al régimen de restricción permitido por el artículo 3 de la misma o que por no acreditar tal vigencia cronológica queden sustraídos a tal régimen.

Siendo ello así, la preceptiva española sobre el particular tendrá que liberalizar estos últimos de forma incondicionada (pudiendo someter, sin embargo, a restricción la liberalización de los primeramente dichos en base a lo evidenciado), debiendo modificarse en tal sentido la normativa que acabamos de exponer, aunque, de todos modos, tal exigencia liberalizadora debe pasar por el filtro del Derecho transitorio que recoge la propia Directiva, tamiz que permite a España someter a cuarentena los préstamos financieros a medio o a largo plazo hasta el 31 de diciembre de 1992.

XIII. TRUEQUE EN LAS POSICIONES PERSONALES DE DEUDOR Y ACREEDOR Y EL CONTROL DE CAMBIOS

A) IDEA GENERAL

Frente al posicionamiento epistemológico netamente personalista del Derecho romano sobre la concepción de la obligación (vínculo absolutamente individualizado entre dos personas determinadas de imposible deambulación subjetiva excepto en la hipótesis de *successio in ius mortis causa*), el Derecho moderno ha impulsado decididamente una visión predominantemente patrimonialista de la misma, que en lo que nos ocupa ha encarnado en la posibilidad de que a través de diversas figuras negociales las sendas posiciones de acreedor y deudor puedan ser sustituidas, sin que por ello la obligación quede modificada en su propia mismidad objetiva y funcional, hallándose el filón de tal fungibilidad en todos aquellos preceptos que desde distintas estrategias normativas contemplan, de forma más o menos directa, estos cambios de logística personal, preceptos que se convierten en las piezas maestras del ensamblaje de la nueva arquitectura jurídica sobre el particular, constituyendo claves de bóveda maestras de la misma, por lo tocante a la cesión de créditos, el artículo 1.112 ("Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes si no se hubiere pactado lo contrario") del Código Civil, precepto de amplísimo espectro legitimador cuyo cortejo ordinal de operatividad hallase representado por los artículos 1.526 y siguientes del propio cuerpo legal.

Siguiendo en esta misma parcela de transmisibilidad activa de las obligaciones, en cuanto bienes jurídicos susceptibles de disposición y asunción, debemos destacar la enorme importancia que acredita el pago (en cuanto fenómeno provocador de tal asunción) cuando el mismo es impulsado por un tercero, o sea, en aquellas hipótesis previstas en los artículos 1.158 y siguientes, 1.209 y siguientes, 1.839, etc., todos ellos del Código

Civil, artículos que arrancando de la habilidad solvencial de obligaciones ajenas que acreditan todas las personas en general o algunas en particular (por ejemplo, el fiador) determinan una adquisición *ex lege* de un crédito ajeno.

Algo más ardua es la posibilidad de admitir la cesión *uti singuli* en las deudas, siendo así que las mismas no constituyen un propio valor económico, sino todo lo contrario, es decir, un contravalor. De todos modos, y a base de optimizar las facultades de autorregulación de intereses propios ofertadas por el artículo 1.255 del Código Civil y de insuflar importantes dosis de imaginación en el consenciente entendimiento de los artículos que regulan el instituto de la novación por cambio de deudor o acreedor (arts. 1.203 y sigs. CC), la figura de la asunción de deuda ha ido abriéndose paso en nuestro ordenamiento, habiendo contribuido poderosamente a ello todos aquellos supuestos más o menos nítidos que han sido consagrados en la legislación hipotecaria, especialmente aquellos alojados en los artículos 118 y 140 de la Ley Hipotecaria, que veremos ulteriormente.

En méritos de todo ello, es evidente que las adquisiciones de crédito (por los distintos procedimientos conformados al efecto), así como las de las deudas (por los suyos) han ido adquiriendo carta de naturaleza en nuestro sistema jurídico, y en base a ello cábenos referirnos a la repercusión que la normativa sobre el control de cambios despliega sobre tal realidad, cuestión que vamos a debatir seguidamente.

B) RELACIONES ENTRE ESTE TEMA Y EL CONTROL DE CAMBIOS

Este ordenamiento jurídico, sin grandes preocupaciones de metodología conceptual y utilizando una *praxis* verdaderamente ecuménica, alude a las alternativas antes mencionadas permitiendo su potencial control a través de la preceptiva reglamentaria, permisión contenida en la LRJCC al señalar entre los actos eventualmente modulables por tal vía "los actos y negocios por los que un residente resulte o pueda resultar acreedor o deudor de un no residente y los actos de disposición realizados sobre los derechos y obligaciones derivados de aquéllos", fórmula que dados sus polisémicos y versátiles términos de enunciación engloba todos los distintos supuestos de cesibilidad y asuntividad de créditos y deudas a los que nos hemos referido en cuanto que los mismos se objetivan sobre una relación obligatoria (entablada o por entablar) entre residentes o no residentes, omnicomprensividad (subjética y objetiva) que se hace todavía más visible cuando la propia LRJCC incluye dentro del círculo fenomenológico hipotéticamente controlable no sólo los indicados actos o negocios jurídicos (directamente orientados al logro de tal trueque subjético), sino

también los "de cobro y pago entre residentes y no residentes", solicitud legíslahaciente que en consonancia con lo anteriormente explicado, y dado el prototípico efecto subrogatorio que en determinados supuestos provoca el pago hecho por tercero, viene a clausurar el capítulo de posibilidades al respecto, debiendo patentizarse al hilo de lo alegado que el criterio de admisible rigidez que resulta de los preceptos transcritos [que son, respectivamente, los parágrafos *b*) y *d*) del apartado 2 del artículo 2 de la supradicha LRJCC] acreditan unos parámetros de vigencia que van más allá de las típicas cesiones de créditos y asunción de deudas (negocios jurídicos que implican el mantenimiento de la identidad de la obligación o derecho en trance de deambulaci3n personal), sino que su radio de acci3n abarca todos los supuestos novatorios por cambio de deudor o acreedor y todos aquellos casos en los que por vía del pago por cuenta ajena el *solvens* no recibe el mismo crédito pagado, sino uno nuevo, supuesto que se da cuando tal *solvens* no encaja en los moldes normativos aportados por los antes dichos artículos 1.158 y siguientes y 1.209 y siguientes (todos ellos del CC) en cuanto determinantes de la adquisici3n por su parte del mismo crédito satisfecho, sino que su cometido solutorio se traduce en la adquisici3n *ex lege* de una acci3n de reembolso contra el deudor por el que se pagó, supuesto correlativamente engendradora de una obligaci3n a cargo de éste, y que aflora en aquellos casos en los que el meritado tercero pagó una duda ajena sin hallarse "interesado" en ella y sin que el deudor en cuesti3n por el que se pagó tuviese conocimiento de su pretensi3n satisfactiva (arts. 1.158 y, a *contrario sensu*, el 1.159 y 1.210), alternativa que se troca en una pura posibilidad de demandar a tal deudor aquellos en lo que le "hubiese sido útil el pago" en la eventualidad de que el tercero hubiese satisfecho la deuda de éste en contra de su voluntad (*ex art.* 1.158.2 y 3 CC).

En méritos a todo lo que llevamos dicho, es evidente la aptitud que acredita el hacedor reglamentario para encorsetar dentro de los rígidos moldes de control que estime convenientes las alternativas de transmisibilidad crediticia, subrogatorias, asuntivas y de indemnidad de origen legal a la que acabamos de hacer referencia, posibilidades hacederas, no obstante, que quedaron en gran medida en el tintero, siendo así que la labor de normofehaciencia reglamentaria plasmada en el Real Decreto 2402/1980 sólo se ocupó indirectamente de las últimas mencionadas (las subrogatorias y las de indemnidad en virtud del pago de tercero) y se olvidó por completo —y sorpresivamente— de someter a las horcas caudinas de su estricta regulaci3n las cesiones de crédito y las asunciones de deudas, eventualidades que enumeradas como admisiblemente controlables, tal como hemos visto, en la LRJCC han sido preteridas por completo en el Real Decreto aducido.

Así pues, lo único atenable a autorización previa según el texto reglamentario indicado *ut supra* es el neto acto solutorio, bien se impulse por el obligado prístino o bien por el calendado tercero, proviniendo tan innicomprendensiva sujeción del concreto *dictum* resultante de la regla 9.^a del apartado 1 de su artículo 3, que alude, en cuanto actos requirentes de tal previa homologación administrativa, a "los pagos y cobros entre residentes y no residentes o entre residentes por cuenta de no residentes efectuados directamente o por compensación. Cuando tales pagos o cobros tengan como causa un acto o transacción cuya realización no precise autorización o la misma haya sido otorgada, dichos pagos o cobros de entenderán autorizados, salvo que la propia regulación específica del acto o transacción o la autorización otorgada para su realización disponga otra cosa".

Ciertamente, el precepto transcrito deviene incoloro por lo tocante a la inclusión dentro de su ámbito de los pagos por tercero, sin que pueda aducirse al respecto que la frase que el mismo contiene de "pagos y cobros... entre residentes por cuenta de no residentes" pueda considerarse como determinante de tal inclusión, aunque de todas formas la latitud de su verbalización conduce al resultado de entender comprendido dentro de su arco iris de posibilidades tales pagos.

En méritos de ello y a fin de proporcionar al lector una visión lo más nítida de esta problemática, vamos a diseccionar el alcance del meritado precepto en función de que el mismo atine, bien a los pagos efectuados por el propio obligado, bien a los consumados por alguien adventicio a la relación jurídica obligatoria en obsequio de la cual tal acto solutorio se instrumenta.

C) PAGOS EFECTUADOS POR EL PROPIO OBLIGADO A LA LUZ
DEL CONTROL DE CAMBIOS

Partiendo de la vigencia indiscutible de todas las premisas que sobre el particular se contienen en el Código Civil (arts. 1.157 y sigs.), así como de lo que con anterioridad explicamos sobre las obligaciones objetivadas en divisas, voy a ocuparme de esta problemática en su estricta referencia a tal normativa, y en este sentido y en base al precepto que acabamos de literalizar *ut supra*, tales pagos (sea cual fuere el componente dinerario de los mismos) requieren la previa habilitación administrativa.

Tal es el principio general, regla que queda excepcionada en aquellas hipótesis en las que el negocio jurídico subyacente, es decir, la relación crediticia estructurada entre residentes y no residentes (o entre residentes por cuenta de no residentes) resulte correctamente vertebrada (siempre en

relación con la pluricitada normativa del control de cambios), supuestos en los que tal pago exterior queda autorizado, excepción, no obstante, relativa, toda vez que según el propio precepto transcrito *ut supra*, cabe que en la propia habilitación previa del negocio jurídico subyacente o en su regulación normativa se disponga lo contrario, en cuyo caso se requeriría una doble autorización: la del acto base y la del pago derivado del mismo.

En función de todo lo dicho y salvo el caso ciertamente excepcional de la alegada duplicidad de habilitaciones para un mismo negocio jurídico, el pago, considerado en su propia mismidad, sigue la misma suerte que la relación crediticia subyacente de donde emerja la obligación de su efectividad, con lo que si tal negocio jurídico base se halla genéricamente autorizado (o particularmente homologado), el pago en cuestión resulta de libremente consumable.

Así pues, la intríngrulis analítica de los actos solutorios impulsados por el propio deudor debe referirse a saber si el compromiso compeltivo de donde surge la obligación de tal pago se halla lícitamente establecido a la luz del control de cambios, conformación cuyo contraste de legitimidad deberá abarcar no sólo a los presupuestos objetivos y funcionales de tal negocio, sino también a los subjetivos, circunstancia determinante de que el único protagonista solutorio autorizado en este orden de cosas sea el propio deudor (y no otro), sujeto de derecho que en consonancia con todo lo dicho es el exclusivamente legitimado para efectuar el pago de la obligación de que se trate, ateniéndose a las cuadermas de liberalización instrumentadas por el precepto transcrito.

D) PAGOS EFECTUADOS POR TERCERO A LA LUZ
DEL CONTROL DE CAMBIOS

a) *Idea general*

Una aproximación simplista y unificadora —**burdamente** unificadora, podríamos **decir**— a esta temática nos conduciría a la reflexión de que todo tipo de pago de tercero, en su examen a la **meritada** luz del control de cambios, requiere la obtención de la previa autorización administrativa a la que alude el precepto transcrito con anterioridad, siendo así que esta peripecia solutoria, sin matices en cuanto a sus eventuales variantes, queda totalmente al margen del repunte de posibilismo asimismo contenido en tal precepto de estricta aplicación, de conformidad con lo que alegamos hace un momento, al pago efectuado por el primigenio obligado.

De todos modos, no hay nada más pernicioso que las ideas globalizadoras poco contrastadas. Por ello vamos a poner en el banco de prueba hermenéutico las distintas modalidades que pueden darse del pago por tercero consideradas en su eventual engastamiento solvencial con las diferentes categorías de relaciones obligatorias operativas en el ámbito del control de cambios, distinguiendo en base a tal método cognoscitivo entre aquellas que se conforman entre no residentes, las que hacen lo propio entre residentes y, en última instancia, las que presentan un componente de heterogeneidad territorial por lo que afecta a sus involucrados, es decir, las que se instrumentan entre residentes y no residentes. Veamos.

b) *Pago de tercero en una relación obligatoria articulada entre dos no residentes*

aa) *Idea general*

En este caso, y teniendo en cuenta que los pilares sobre los que se basamenta la entrada en liza de la reglatividad especializada sobre el control de cambios se materializan, por lo que atañe al gramaje de subjetividad interviniente en la misma, en una forzosa situación de paralogía residencial de los operadores jurídicos afectados por ella, ex artículo 1 de la LR JCC y su cortejo de disposiciones de intermediación, es indiscutible que sólo el presunto pago solutorio proveniente de un tercero residente (en España) podría interesarnos. De todos modos, también el eventual procedente de un no residente, en principio totalmente al margen de nuestra problemática, puede acreditar algún tipo de preocupación para nosotros, sucediendo ello concretamente cuando la relación obligatoria entre los supraindicados no residentes aparece objetivada en divisas y garantizada por un residente.

Siendo ello así, y a fin de apurar nuestro intento expositivo sobre el particular, vamos a desglosar nuestra hermeneusis al respecto distinguiendo una doble hipótesis en el caso que nos ocupa, según que el pluricitado pago dimane de un residente (en España) o de un no residente, díptico de posibilidades cuya exégesis nos va a ocupar en las líneas siguientes.

ab) *Subhipótesis de pago por parte de un tercero residente*

Tal pago, bien sea el auténticamente sobrogatorio, bien el propiamente indemnizatorio o bien, en última instancia, el simplemente utilitario (modalidades cuyo significado hemos puesto de relieve *ut supra*), no puede

consumarse sin la previa autorización administrativa consiguiente en base al estricto *dictum* del artículo 3.1, regla 9.^a, del Real Decreto 2402/1980, cuyo texto literalizamos con anterioridad; *dictum* al que pueden emparejarse todos aquellos que limitan, condicionan o prohíben la tenencia y disponibilidad de divisas por parte de residentes.

ac) Subhipótesis de pago por parte de un tercero no residente

En principio, y tal como advertimos anteriormente, tanto la relación primigenia como la derivada del pago del tercero en cuestión queda totalmente al margen de la normativa española sobre el control de cambios, consideración que admite el matiz de que cuando el pago debatido es auténticamente subrogatorio y la deuda solventada se halla reforzada por un garante residente, tal pago subrogatorio implica la deambulacón al tercero que pagó de la posición de acreedor garantido (de forma personal o real), *successio in ius* que tratándose de garantías personales (fianzas o avales) determina el establecimiento de una relación obligatoria que hasta entonces no existía: la materializada entre el tercero subrogado y el fiador o avalista residente, relación cuyo encaje a la luz del control de cambios es el que se debate.

Ciertamente, el pago que nos ocupa, si bien provoca una alteración subjetiva en la estructura de la relación de garantía cuestionada (el acreedor "A" desaparece y surge el "B"), no impide la permanencia de su identidad por lo que atañe a la situación no residencial-residencial de los implicados, dato que debe resultar decisivo a los efectos del control de cambios, por lo que el meritado trueque personal experimentado en la figura del acreedor (el inicial ha sido sustituido por el *solvens*) es irrelevante para lo que nos interesa, posición doctrinal cuya fortaleza ha ganado enteros con la nueva ordinamentalidad doméstica sobre el particular, siendo así que frente al matiz diversificador y puntualizante anteriormente detectable al respecto en la normativa ahora derogada sobre prestación de garantías en el sector exterior (normativa que tenía su punta de lanza en las Ordenes de 23 de enero de 1981, la de 16 de febrero de 1989, y la Resolución de la DGTE de esta última fecha) la actualmente vigente, oportunamente incorporada a la Orden de 19 de junio de 1990 y Resolución de la DGTE también del mismo día (que trasponen al ordenamiento interno el régimen promovido por la Directiva 88/361/CEE), estatuye en este sector una liberalización indiscriminada, por lo que si bien en relación con el ordenamiento ahora decaído en su vigencia resultaba hasta cierto punto legítimo el plantearse la cuestión de si el tipo de pago subrogatorio que estamos considerando implicaba la libre deambulacón de la posición

del acreedor-titular de la garantía prestada por un residente al *solvens*, también no residente, que substituyó solutoriamente al deudor inicial en aquellos supuestos en los que tal relación de garantía entre residentes y no residentes no resultaba de libre constitutividad (cuestión cuya problemática venía de la mano de que, a la postre, lo que acontecía con el indicado pago subrogatorio era el establecimiento de la pertinente relación de garantía entre sujetos que no eran los inicialmente previstos y los consecuentemente autorizados), en la actualidad, y partiendo de la aludida liberalización generalizada en este orden de cosas, la incertidumbre que acabamos de describir, no acredita visos de verosimilitud, por lo que podemos concluir que todo pago efectuado por un tercero no residente de una deuda surgida de una relación obligatoria entre dos partes asimismo no residentes queda totalmente al margen de nuestra preceptiva de control de cambios, y ello con independencia de que tal pago sea subrogatorio o no; y en el caso de que lo sea, medie alguna garantía personal o real prestada por un residente español (de las reales, y en especial de la hipoteca, nos ocuparemos con algo más de detenimiento en este mismo capítulo).

c) *Pago de un tercero en una relación obligatoria articulada entre dos residentes*

aa) *Idea general*

Al igual que sucede con la hipótesis anteriormente circunstanciada, la relación obligatoria instrumentada entre dos residentes queda extramuros del confín normativo aportado por la legislación sobre el control de cambios, marginación que también resulta predicable, en principio, para el supuesto de que el pago del tercero (en cualquiera de sus modalidades) se efectúe por un *solvens* asimismo residente. De todos modos, y a fin de aquilatar la pureza expositiva de lo que hemos dicho y de agotar las posibilidades que pueden plantearse al respecto, vamos a diversificar el análisis de la presente tesitura en un doble apartado (al igual que en el supuesto anterior), distinguiendo el caso de que en la relación obligatoria descrita (la que media entre dos sujetos residentes) intervenga un no residente o lo haga un residente, caso este último que sólo resulta investigable cuando el vínculo obligatorio en cuestión (solventado por tal pago adventicio) se halla garantizado por un no residente o se instrumente en divisas. Veamos.

ab) *Subhipótesis de pago por parte de un tercero residente*

Este caso sólo acredita interés para nuestro estudio cuando la relación obligatoria —en pesetas comunes— que eventualmente medie entre los

supradichos residentes (y en la que interviene un tercero también residente en los términos solutorios aludidos) se halle **garantizada** por un no residente en concepto de fiador personal o avalista o fiador real (caso del que nos ocuparemos con más detenimiento en este mismo capítulo), supuesto para el que resulta predicable el bloque de reflexiones a las que hicimos mérito en el apartado anterior, siendo así que la Orden antes relacionada de 19 de junio de 1990 liberaliza toda la suerte de garantías conectadas con el sector exterior, tanto las prestadas por residentes como las obtenidas por los mismos, liberalización que conduce a entender absolutamente regularizados los pagos que efectúe el tercero residente de una deuda entre residentes aun cuando la misma se halle garantizada por un no residente y el *solvens* que pagó se subrogue en la titularidad de la garantía en cuestión.

En el caso de que la deuda a satisfacer por el *solvens* (tercero) residente al que estamos refiriéndonos apareciere cifrada en divisas (posibilidad atendida por la antes dicha Circular 5/1987), entonces su eventual pago (subrogatorio, de indemnidad o utilidad) sólo sería teóricamente admisible cuando lo pretendiese una entidad delegada, siendo así que según la calendada disposición únicamente éstas pueden conceder préstamos en divisas a residentes y, en definitiva, asumir la condición de acreedor originario o subrogado por tal concepto.

ac) Subhipótesis de pago por parte de un tercero no residente

En esta eventualidad, el potencial pago por parte del *solvens* no residente deviene imposible sin previa autorización cuando la relación obligatoria subyacente entablada entre dos residentes aparezca objetivada en pesetas comunes, autorización demandable como consecuencia de que en virtud de tal pago la inicial relación internizada (entre dos residentes) se troca en otra de proyección exterior instrumentada entre el deudor por el que se pagó (residente) y el *solvens*-acreedor (no residente), supuesto alcanzado de lleno por el artículo 3.1, regla 9.^a, del Real Decreto 2402/1980.

En el supuesto de que la relación obligatoria entre residentes tomada en consideración se hallase cifrada en divisas ECU's o pesetas convertibles (supuesto previsto por la Circular 5/1987 del Banco de España, y en su vertiente hipotecaria por el art. 3 de la Resolución de 14 de mayo de 1990 de la DGTE en los términos vistos en las páginas precedentes), entonces el eventual pago por parte del *solvens* no residente que nos preocupa no queda obstaculizado en principio (considerado desde vertientes normativas conectadas con el control de cambios) ya que el **mismo**, en su calidad de tal (y teniendo en cuenta su concreta situación territorial) acredita libre

acceso a la titularidad y manejo de las divisas eventualmente utilizables en el pago de la deuda ajena en cuestión.

De todos modos, es evidente que con la consumación de tal posibilidad el meritado *solvens* devendría titular de un crédito frente al residente, inicial deudor de la obligación pagada, que únicamente resultaría de legítima articulación si el mismo encajase en las coordenadas de funcionalidad previstas por la Circular 6/1987 del Banco de España, disposición que es la que regula los préstamos financieros exteriores. En base a todo ello, el pago por tercero al que nos venimos refiriendo sólo sería factible sin autorización cuando el crédito consecuencial propiamente subrogatorio, o en su caso el de indemnidad o utilidad nacido del mismo, encajase en tales coordenadas, posibilidad, no obstante, cuya practicidad viene rigurosamente entorpecida por el hecho de que la modalidad crediticia autorizada por la Circular indicada *ut supra* es en realidad una variante obligacional sujeta a un sistema de verificación positiva encubierta materializada en la indispensable consecución, con carácter previo a la disponibilidad de la cantidad prestada, del correspondiente NOF, credencial cuya obtención en la hipótesis de pago por tercero que estamos viendo deviene imposible por razones obvias.

d) *Pago de tercero en una relación obligatoria articulada entre un residente y un no residente*

aa) Idea general

A fin de lograr el máximo de claridad expositiva en esta temática, vamos a diversificar este apartado en un doble compartimento especulativo, consignando en el primero al análisis de aquellas peripecias solutorias en las que el tercero que las protagonice sea un no residente y efectuando en el segundo lo propio en relación con un *solvens* tercero residente, desdoblando cada una de estas alternativas en una subhipótesis dual, según que la posición del deudor por el que se pague sea respectivamente la de no residente o la de residente. Veamos este abanico de posibilidades.

ab) Caso del *solvens* tercero residente

aa') Supuesto en el que el deudor es un residente y el acreedor un no residente

En esta eventualidad, el tercero residente, cuando la obligación de que se trate aparece objetivada en pesetas comunes, puede intervenir solutoriamente por su propia autoridad y ello de forma legítima (siempre, por

supuesto, que en la prístina conformación de la deuda satisfecha haya mediado el consiguiente beneplácito administrativo), posibilidad cuya liberalización deviene lógica porque a la postre la relación obligatoria que se instaure entre el indicado *solvens* (tercero) y el deudor (originario) por el que pagó se sustantiviza en otra de tipología **subrogatoria**, de indemnización o de neta utilidad entablada entre dos residentes y en pesetas comunes.

Del propio modo, cuando la supradicha obligación aparezca cuantificada en divisas, ECUs o pesetas convertibles (caso que se virtualiza en el ámbito de los préstamos financieros exteriores posibilitados por la Circular 6/1987 del Banco de España) el tercero residente puede pagar sin trabas en lugar del deudor, toda vez que, de una parte, la *ratio* de la liberalización programada por la calendada disposición no se resiente en absoluto por el hecho de que tal potencial pagador no sea el deudor inicialmente convenido en el expediente que ha conducido a la obtención del NOF (expediente que, a mi juicio, debe culminar de forma positiva una vez que se concite en el supuesto considerado el resto de condicionantes previsto por tal disposición y de que éstos se respeten en la fase solvencial aun cuando el pago efectivo provenga de un tercero ajeno a la primigenia relación crediticia). En segundo lugar, el *solvens*, en su calidad de residente, paga en pesetas comunes (si bien atemperando el *quantum* de lo efectivamente satisfecho al referencial valorista que resulte de la objetivación de la obligación de que se trate en pesetas convertibles, divisas o ECUs en el momento efectivo del pago), y siendo ello así (es decir, objetivándose el concreto acto de pago en pesetas comunes) tal acto solutorio no viene obstaculizado por todo aquel conjunto preceptual que limita la libre circulabilidad de las mercedadas divisas.

Todo ello conduce a entender, salvo mejor criterio, que en el contexto operativo de los préstamos financieros exteriores deviene legítimo el pago efectuado por un tercero residente, acto satisfactivo que en cualquier caso deberá ser reembolsado, si ha lugar a ello, en pesetas comunes, siendo discutibles si su *quantum* debe fijarse en relación con el valor que tuviesen las divisas inicialmene objetivadoras del préstamo el día en que tal reembolso se consume, o si por el contrario —y esto parece lo más lógico— el mismo se concretiza de forma absoluta en el momento de la intervención solvencial descrita, opinión que conduce a entender que la relación crediticia que se instaure entre el tercero que pagó y el primigenio deudor (ambos residentes) es un vínculo obligacional "normal", sustraído a cualquier esquema de estabilización valorista.

ab') Supuesto en el que el deudor es un no residente y el acreedor un residente

Si la obligación que se pretende satisfacer de forma adventicia se halla positivada en pesetas comunes (posibilidad requirente de expresa autorización según la normativa del control de cambios), entonces el acto solutorio que impulse el tercero residente resulta válido, siendo así que la eventual relación subrogatoria que medie entre el deudor que pagó y el mismo es una relación sustraída al rigorismo administrativo del control de cambios (por mediar entre dos residentes) y cuantificarse en pesetas.

Tratándose de una obligación nominada en divisas o ECUs (supuesto que encarna en los préstamos debidamente regulados por la Circular 6/1987, de 13 de marzo, del Banco de España), entonces el pago que pretenda consumir el tercero residente únicamente resultaría factible si se hallare previamente autorizado, y ello no sólo porque tal pago debe consumarse precisamente con tales ingredientes financieros (que no son de libre disponibilidad por parte de residentes), sino también porque tal intervención solutoria se traduciría, en definitiva, en el consecuencial nacimiento de una relación crediticia entre un residente (el *solvens* que pagó) y un no residente (el deudor por el que se pagó), relación cuya legítima conformación requiere la previa autorización administrativa.

Si se tratare de obligaciones reintegrativas resultantes de préstamos y créditos articulados entre un no residente deudor y un residente acreedor en pesetas convertibles (o en las especiales, más parejas a las convertibles que a las comunes, que pueden ser prestadas en el día de hoy por las sociedades de crédito hipotecario; ver nuestro comentario al efecto contenido en las páginas precedentes), de conformidad con la normativa básica contenida en las Ordenes de 31 de julio de 1989 y 4 de febrero de 1990 (y en la complementaria resultante de las Resoluciones de la DGTE de 23 de octubre de 1989 y de 14 de mayo de 1990, rosario de disposiciones cuyo comentario acaeció en las páginas anteriores de este mismo capítulo), entonces la hipotética intervención satisfactoria del *solvens* tercero residente al que venimos aludiendo sólo resultaría teóricamente admisible cuando la misma quedare personalizada en una entidad delegada (único operador jurídico residente que puede acreditar la legítima tenencia de las supradichas pesetas convertibles con que pagar), siendo imposible cuando quien pretendiese asumir el indicado rol de *solvens* adventicio fuere un tercero sin cualificar o una sociedad de crédito hipotecario, toda vez que, como indicamos en el pasaje antes calendado, tales sujetos de derecho residentes carecen de la habilidad requerida para detentar la legítima titularidad de las pluricitadas pesetas convertibles.

ac) Caso del *solvens* tercero no residente

aa') Supuesto en el que el deudor es un residente
y el acreedor un no residente

En este caso, cuando la deuda a solventar se halle positivada en pesetas comunes (hipótesis que requiere la previa y específica autorización administrativa española), la eventual intervención solutoria de un no residente discurre al margen de la normativa española por lo que atañe al acto satisfactivo en sí, acto que se desarrolla en su integridad fuera de los confines nacionales, dado que el aludido *solvens* y el acreedor son ambos no residentes (en España). De todos modos, este pago encaja en el ámbito de tal normativa por lo que concierne al posible efecto subrogatorio (de indemnidad o de utilidad) al que nos venimos refiriendo constantemente, ya que como consecuencia del mismo el tercero que pagó deviene titular de un derecho de crédito frente al supraindicado deudor residente, circunstancia que determina la necesidad de precisar si tal subrogación (o afloración en su caso del meritado crédito de indemnidad o utilidad) puede consumarse sin la previa aquiescencia administrativa.

Por mi parte, y salvo mejor criterio, entiendo que el pluricitado pago puede consumarse libremente cuando acredita el típico efecto subrogatorio al que nos estamos refiriendo, toda vez que en tal caso la previa autorización inicialmente concedida para que un residente devenga deudor de un no residente puede valer para legitimar la ambulación del crédito inicialmente habilitado, siendo así que la esencia de la relación obligatoria contemplada permanece idéntica por lo tocante a la posición genérica residencial de los prístinamente involucrados, si bien el acreedor, en vez de ser el primeramente visto, es otro distinto (el tercero que pagó).

Otra cosa distinta es cuando el calendado pago, en vez del arquetípico efecto subrogatorio engendra sólo la virtualidad residual de indemnidad o utilitaria antes mencionada, siendo así que en este caso el crédito primitivamente autorizado ha sido íntegramente sustituido por uno completamente distinto, crédito de recambio cuya cobertura por la previa habilitación obtenida para el primero resulta altamente aleatoria.

En el evento de que el tercero no residente pague una deuda objetivada en divisas o ECUs o pesetas convertibles, posibilidad normativamente atendida por la Circular del Banco de España 5/1987 (y otras disposiciones complementarias), entonces la situación que se plantea es idéntica a la que acabamos de describir, debiendo por tanto distinguirse entre el pago estrictamente subrogatorio y el que no acredita tal beligerancia, siendo reproducible, *quid pro quo*, todo lo que con anterioridad explicamos respecto a la alternativa solutoria anterior.

ab') Supuesto en el que el deudor es un no residente
y el acreedor un residente

En este caso, si la deuda parece cifrada en pesetas comunes, hipótesis requirente de una específica autorización administrativa, el pago que pretenda ser materializado al efecto por el *solvens*, también no residente, puede realizarse libremente siendo así que para la normativa doméstica española el que se establezca entre dos no residentes una relación subrogatoria *strictu sensu*, de indemnidad o utilidad por tal pago resulta absolutamente irrelevante. Ahora bien, si el crédito del residente aparecía reforzado por una garantía prestada por otro residente, es evidente que tal pago de tercero —si es subrogatorio— llevará aparejado el traslado al mismo de la titularidad sobre tal garantía, ambulación que plantea el problema de determinar si la autorización inicialmente obtenida en cuanto legitimadora de la vertebración del crédito solventado puede respaldar el crédito del *solvens* no residente que efectivamente pagó, ya que en el caso que estamos debatiendo una relación de garantía netamente interna por lo que atañe al titular de la misma y a su prestador (ambos residentes), por efecto del pago que nos ocupa se ha convertido en otra netamente externalizada cuya legítima erección requiere (como ya sabemos hasta la saciedad) que el crédito base se halle debidamente establecido con arreglo a la legislación de control de cambios, constitución regular que en el caso que nos entretiene se proyecta sobre el crédito inicial, pero no sobre el subrogatorio, siendo por ello dudosa la viabilidad del mismo.

Si la deuda que pretende pagar el *solvens* no residente aparece objetivada en divisas, ECUs o en pesetas convertibles, su intervención aparece en principio como posible por las mismas razones aducidas con anterioridad, siendo asimismo reproducibles todas las reflexiones que acabamos de verter acerca del eventual traslado al meritado *solvens* de la posición jurídica del titular de la garantía primigeniamente conformada para reforzar la deuda satisfecha por el mismo.

E) REPERCUSIONES DE LO HASTA AQUÍ EXPLICADO EN EL ÁMBITO
DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA

a) *Idea general*

La hipoteca, figura jurídica de riquísimos matices conceptuales y metodológicos, presenta un claro engaste (en su visión garantista) con el genuino ámbito operativo cubierto por la normativa del control de cambios, conexión promovida, si bien de forma parcial y unilateralizada, por

diversas manifestaciones de la meritada normativa, concretamente por aquellas que en los diversos jalones históricos de su ciertamente azaroso devenir ordenancista se han ocupado en precisar en qué condiciones tal figura podía legítimamente prestarse en el circunscrito entorno de los créditos y deudas exteriores, manifestaciones que unas veces han sido (y son) de textura general, englobando dentro de su ánimo todas las posibles variantes garantistas reconocidas por nuestro Derecho, y otras han atinado de forma muy directa a la pluricitada hipoteca en cuanto concreta alternativa de las mismas, constituyendo un depurado exponente de las primeras la Orden de 19 de junio de 1990 en cuanto liberalizadora de todo tipo de garantías actuantes en el sector exterior y revistiendo nítidamente del paradigma de las segundas, por citar una de acusado protagonismo en estas áreas, la todavía vigente, aunque de forma parcial, Resolución de la DGTE de 31 de julio de 1975.

Ello explicado, tengo que poner de relieve que el estudio en profundidad del ensamblaje de la hipoteca de la calendada normativa del control de cambios será abordado monográficamente en el volumen II de este tomo, lugar en donde pasará revista a los más importantes problemas que tal ensamblaje provoca, y ello tanto desde el punto de vista de la concreta constitutividad de la figura como desde aquel que hace referencia a su eficacia cuando la misma es contemplada desde las áreas especulativas en que nos movemos, temas de muy acusado interés y que serán debidamente examinados en el indicado pasaje de esta obra.

Siendo ello así, voy a limitarme ahora a poner de relieve el impacto que las cuestiones precedentemente debatidas acreditan en el contexto de los créditos hipotecarios, es decir, a cuál sea en definitiva la repercusión de todo lo alegado cuando la entidad crediticia sujeta a observación aparece garantizada con una hipoteca, cuestión que vamos a diversificar distinguiendo entre las cesiones de créditos y las asunciones de deuda, concluyendo con una alusión individualizada a los problemas que suscita la cancelación formal de las hipotecas cuando las mismas aparezcan constituidas en garantía de créditos sometidos al control de cambios.

b) *Cesión de créditos hipotecarios*

aa) *Idea general*

La traducción específica en el mundo de los créditos hipotecarios del pedimento posibilista previsto en el artículo 1.112 del Código Civil, antes transcrito, se alberga en el 149 de la Ley Hipotecaria, según el cual “el crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte siempre

que se haga constar en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más de lo que estuviere por el suyo. El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente”, precepto que no es sino una sublimación especial de lo aducido con vocación de universalidad por el artículo del Código Civil antes citado que enfoca la cuestión de la cesibilidad de los créditos desde panorámicas posibilistas de máxima latitud (y cuya cohorte de ordinamentalidad de apoyo se haya integrada, entre otros, por los arts. 1.526 y 1.537 del mismo cuerpo legal).

No es del caso indagar en la profunda *episteme* del precepto que acabamos de transcribir (apoyado en sus funciones ordenancistas por otros del Reglamento Hipotecario, tales como el 176, 242-244, etc.) y sí sólo decir que el hecho de que el crédito garantizado sea uno de los que estamos viendo no impide su plena virtualidad, aunque indiscutiblemente la arroja de cierto matiz de singularidad, circunstancia que nos obliga a diversificar su eventual entrada en juego en este orden de cosas, distinguiendo según que se trate de un crédito entre residentes, entre no residentes o entre residentes y no residentes, y ello partiendo siempre de la premisa fundamental de que el bien gravado se halle ubicado en España.

ab) Caso de créditos hipotecarios entre residentes

aa') Cesión a otro residente

De conformidad con lo que antes alegamos, esta alternativa crediticia, garantizada o no con hipoteca, sólo presenta interés en nuestro contexto expositivo cuando su cifraje se objetiva en divisas o ECUs, posibilidad cuyas fuentes normativas de regulación hemos apuntado anteriormente, ya que en las restantes hipótesis de créditos positivados en pesetas comunes la entrada en juego del artículo 149 de la Ley Hipotecaria que contemplamos discurre por los cauces de la más absoluta normalidad negocial.

En el supuesto que estamos viendo, es decir, tratándose de aquellos créditos que resultan genéricamente autorizados por nuestro ordenamiento o cuya normalidad constitutiva provenga de un acto expreso de habilitación y en los que aparece como eventual acreedor cedente una entidad delegada (único operador jurídico posibilitado para conceder tales créditos y por supuesto para disponer de ellos), parece obvio que sólo ésta podrá impulsar tal cesión cuando el sujeto de derecho que deviniere su cesionario fuese otra entidad delegada (y no un tercero sin cualificar), solución que intuitivamente se aprehende con cierta facilidad, pero cuya compostura epistemológica presenta a mi juicio más dificultad de lo que a primera vista parece.

Así, y teniendo en cuenta lo que antes explicamos acerca de que los convenios de cesión de créditos y asunción de deudas no fueron específicamente tomados en consideración (pese a poder serlo) por el Real Decreto 2402/1980, parece lógico que su liberalización (que resulta del silencio que sobre los mismos mantiene la supracitada disposición) debería extenderse a los créditos hipotecarios, lógica que en el caso que nos ocupa (y en otros supuestos) se precariza de forma *quasi*-absoluta al tener en cuenta que los actos de adquisición de derechos reales sobre bienes sitos en España por parte de no residentes sí que están sujetos a autorización (en general) (siempre que el correlativo acto de disposición sobre los mismos provenga de un residente), *ex* artículo 3.1, regla 5.^a, del calendado Real Decreto, criterio universalizador que decae sólo en los supuestos previstos por la ulterior normativa especializada y que en el campo en que nos movemos actúa cuando se trata de un derecho real materializador de una garantía que opera respecto de un crédito debidamente conformado según las normas del control de cambios (*ex* art. 1.º de la Orden antes dicha de 19 de junio de 1990).

En base de todo ello, la hipoteca recayente sobre bienes españoles en favor de acreedores no residentes sólo es factible sin expresa autorización (cuando el constituyente de la misma es un residente) si el crédito reforzado se halla debidamente constituido según las normas del control de cambios, criterio que en su aplicación al supuesto que nos ocupa tiene que salvar el escollo —ciertamente escarpado— de que en realidad el eventual cesionario del crédito en cuestión es un residente, obstáculo, no obstante, salvable teniendo en cuenta el concreto componente dinerario de la prestación reforzada, objeto cifrado en divisas, que indiscutiblemente aproxima la relación crediticia cuestionada a las oportunamente sujetas a la preceptiva del control de cambios.

Sobre esta premisa analógica, es evidente que la cesión del crédito que nos ocupa no puede llevarse a efecto libremente porque el crédito (garantizado o no) en modo alguno podría articularse, sin expresa autorización entre el eventual adquirente del mismo (el cesionario que no fuese una entidad delegada) y el residente deudor cedido, aserto que en su proyección sobre lo que nos interesa se traduce en la idea de que la hipoteca, en cuanto tal, no podría ser adquirida por el cesionario residente en cuestión teniendo en cuenta su posición pareja a la de no residente, argumento reafirmado por la idea de que la hipoteca, en cuanto derecho accesorio, no puede constituirse ni pervivir sin una obligación válida que reforzar, *ex* artículo 1.857,1 del Código Civil, validez que siendo inicial en la eventualidad considerada se convierte en invalidez como consecuencia del cambio de acreedor experimentado al no resultar el mismo previamente respaldado por el pertinente acto habilitante de la Administración, trueque personal

que deslegitima el negocio jurídico subyacente y, por supuesto, su eventual garantía.

ab') Cesión a un no residente

En este caso debemos distinguir según que la deuda se halle cuantificada en pesetas comunes o en convertibles, ECU's o divisas. En el primer supuesto rige con todo rigor el criterio impositivo antes aludido en atención a que todas las consideraciones anteriormente expuestas son perfectamente aplicables, sin que ni siquiera se tenga que hacer ningún esfuerzo analógico al respecto, toda vez que el eventual cesionario es un no residente. Por el contrario, si la deuda cedida se halla cifrada en alguno de los restantes componentes dinerarios aludidos, la solución podría ser la de permitir la cesión que estamos viendo, siempre que el crédito objeto de negociación pudiere encajar en las premisas de liberalización diseñadas por las diversas disposiciones que regulan los préstamos en tales componentes de residentes a no residentes, solución, sin embargo, no segura teniendo en cuenta el dato de que la entidad delegada residente que prestó es sustituida en méritos de la cesión operada por un no residente, cambio subjetivo en cuanto a la calidad de acreedor de evidente impacto cualitativo.

ac) Caso de créditos hipotecarios entre no residentes

aa') Cesión a otro no residente

Esta eventualidad, íntegramente sustraída a los estrictos corsés operativos diseñados por la normativa indígena sobre el control de cambios (hurtamiento impuesto por la situación de absoluta homogeneidad territorial de todos los implicados, o sea, del deudor cedido y de los que dispusieron, en calidad de cedentes y adquirentes del mismo) debe poder negociarse libremente, sin que el hecho de que el bien hipotecado radique en España pueda constituir un obstáculo a la potencial cesibilidad —sin trabas ni cortapisas administrativas— que se propugna, siempre teniendo en cuenta que por lo tocante a la adquisición de la titularidad de la garantía hipotecaria por parte del nuevo acreedor (el cesionario) esté, por su aludida calidad de no residente, si bien en un principio resulta alcanzado de lleno por el *dictum* controlador ofertado por el artículo 3.1, regla 5.^a, del Real Decreto 2402/1980 ("Requieran previa autorización las siguientes operaciones: ... 5.º Los actos de constitución o adquisición a título oneroso

realizados por un no residente sobre bienes o derechos materiales o inmateriales de carácter patrimonial poseídos en España por un residente, salvo los derivados de un acto de disposición *mortis causa*”), lo cierto es que tal eventual condicionante resulta totalmente orillado por el contenido posibilista del artículo único de la Orden de 19 de junio de 1990, disposición que liberaliza la prestación y obtención de todo tipo de garantías por parte de residentes y no residentes cuando la obligación reforzada por las mismas se halle perfectamente acompañada, desde el punto de vista de su nacimiento, a los apremios aportados por la legislación doméstica sobre el control de cambios.

ab') Cesión a un residente

En este caso, la relación de garantía urdida en un principio entre dos no residentes se reinstaura *ex post facto*, entre un residente acreedor (titular activo de tal relación en virtud de la cesión operada) y un no residente (deudor cedido propietario del bien hipotecado), si bien, y tratándose de la presencia en este orden de cosas de la figura del fiador real, cabe detectar en esta dimensión una vinculación crediticia dual que teniendo como parte activa un único acreedor residente (el cesionario) acredita un doble legitimado pasivo: el deudor no residente y el dueño del bien hipotecado (residente o no).

Sea cual fuere la estructura (simple o compleja, tal como hemos visto) de la cesión de créditos materializada, la misma es factible, siempre y cuando el crédito de que se trate fuere de libre constitutividad entre los que, a la postre, aparecen directamente involucrados (el acreedor-cesionario residente y el deudor, cedido-no residente), lo que exige contemplar la normativa que disciplina la creación de tales créditos, teniendo en cuenta que la cesión que nos ocupa implica una transformación en profundidad de la relación obligatoria considerada, que de ser entre dos no residentes (y quedar por ello al margen de la preceptiva interna especializada objeto de investigación) pasa a ingresar directamente en el seno de la misma al cristalizar toda la operatoria contemplada en una relación crediticia (hipotecariamente garantizada) entre un residente como acreedor y un no residente como deudor.

Así pues, resultando liberalizado el crédito cedido, la consecuente asunción de su garantía hipotecaria por parte del cesionario residente, bien aparezca prestada la misma por el propio deudor no residente o bien por un tercero ajeno a la relación obligatoria de que se trate (residente o no), resulta asimismo permitida, todo ello en virtud de que tal asunción, por consumarse en favor de un residente y proyectarse sobre un bien ubicado

en España, permanece totalmente al margen de los apremios controladores aportados por el Real Decreto 2402/1980, obviamente que no queda menoscabado en modo alguno ni aun en la hipótesis de que el constituyente de la garantía sea el propietario no residente del bien hipotecado, todo ello en base a que los eventuales actos de dominio provenientes de tal operador jurídico no resultan contemplados [a pesar de poder serlo según lo previsto por el art. 2.2.a) de la LRJCC] por el Real Decreto 2402/1980 (potencial contemplación intervencionista, por otra parte, que a la postre sería irrelevante en el supuesto que nos ocupa al haber entrado en juego para la hipoteca —en cuanto neto acto de dominio garantista— el criterio absolutamente liberalizador promovido por la pluricitada Orden de 19 de junio de 1990).

ad) Caso de créditos hipotecarios entre residentes y no residentes

aa') Supuesto de acreedor hipotecario residente y deudor no residente

ba') Cesión a un residente

Tratándose de créditos o préstamos en pesetas comunes que cuenten, como es preceptivo, con la pertinente autorización administrativa, el acuerdo de su cesión debe poder consumarse libremente, siendo así que una vez obtenida la autorización previa ésta debe cubrir no sólo al acreedor inicial, sino a los que de él traigan causa (siempre que unos y otros mantengan la misma posición residencial, dato que se convierte en realidad en el único relevante a los efectos que nos ocupan). Así, la asunción de la garantía hipotecaria por parte del cesionario resulta absolutamente liberalizada en base a todo lo que hemos dicho bajo el subepígrafe *ab')* anterior.

Tratándose de divisas, ECUs, pesetas convertibles o las "especiales" prestadas por las antes citadas sociedades de crédito hipotecario (entidades especialmente facultadas para prestar a no residentes en tales componentes por la Orden de 4 de febrero de 1990, en su artículo 14, y por la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990), la cesión de crédito hipotecario que estamos viendo no es, a mi juicio, factible por los mismos argumentos que aduje cuando me ocupé de la misma posibilidad negocial en relación con los créditos y préstamos objetivados en divisas entre residentes, excepto, y ello es obvio, cuando el cesionario sea una entidad delegada u otra sociedad de crédito hipotecario, pudiendo asimismo colacionarse como argumento *ad abundantiam* el consistente en poner de relieve que el trueque del acreedor inicial por otro no autorizado por la Administración provoca, a efectos de la hipoteca, la ulterior deslegalización de la situación jurídica

inicialmente creada, resultado impediendo el éxito de la negociabilidad transferida que estamos debatiendo, siempre partiendo del carácter accesorio de la hipoteca.

bb) Cesión a un no residente

En esta eventualidad y por lo que atina directamente a la normativa doméstica sobre el control de cambios, la cesión del crédito hipotecario es factible sin autorización, y ello tanto desde el punto de vista del crédito en sí (que a la postre queda articulado entre dos no residentes, quedando por ello al margen de la supradicha garantía) como por lo que concierne a la consecuente adquisición de la titularidad hipotecaria por parte del cesionario no residente, posibilidad cuya liberación viene de la mano de la serie de consideraciones que explicaremos un poco más tarde.

ab') Supuesto de acreedor hipotecario no residente y deudor residente

ba') Cesión a un residente

Esta eventualidad, que puede plantearse respecto a aquellos créditos típicos cuantificados en divisas (regulados en la Circular 6/1987, de 13 de marzo, del Banco de España sobre contratación de préstamos financieros exteriores y por el art. 21 de la Orden de 21 de diciembre de 1988, sobre inversiones españolas en el exterior) y respecto a los eventuales atípicos, sea cual fuere su concreta objetivación dineraria (pesetas comunes, convertibles, divisas o ECUs), requirente todos ellos del pertinente respaldo administrativo, sólo puede practicarse previa la correspondiente autorización *ad hoc*, sirviendo como cobertura de esta opinión todo el conjunto de alegaciones que propuse respecto a la situación descrita bajo el subepígrafe *ab')* del epígrafe *ab)* anterior ("caso del *solvens* tercero residente").

bb) Cesión a un no residente

Quid pro quo, todo lo que fue aducido en el subepígrafe *bb)* anterior resulta perfectamente colacionable para la explicación del presente.

c) *La asunción de la deuda hipotecaria en el caso de la adquisición y venta de una finca materializadora de una inversión extranjera inmobiliaria*

aa) Idea general

Con anterioridad aludimos al dato de que los pactos de asunción de deuda en este orden de cuestiones quedan al margen, al no haber sido mencionados por el Real Decreto 2402/1980, de la necesidad de que medie en su eventual instrumentación el previo beneplácito administrativo, consideración que ahora debemos matizar en el sentido de que tal liberalización sólo es propugnable para aquellos supuestos en los que tal asunción opere sin el debido consentimiento del acreedor, toda vez que si se presta éste, en realidad, y por lo menos para el control de cambios, lo que existe es la creación de una nueva obligación cuyo régimen variará en méritos a la condición residencial —y en ocasiones ontológica— de los intervinientes en la negociabilidad asuntiva de que se trate, aspecto que reconduce la cuestión a las vertientes de creatividad de los créditos a la luz del control de cambios, tema ya debatido en las páginas precedentes.

Continuando al hilo de estas reflexiones, tengo que puntualizar, pues, que lo verdaderamente liberalizado son las modalidades asuntivas impropias, es decir, aquellas cuya beligerancia no demanda la debida cooperación del acreedor ni provocan la consecuente liberación del primitivo deudor y que por ello se presentan como concretas manifestaciones del pago de tercero en su vertiente solutoria, tercero, no obstante, que no actúa *motu proprio*, sino en virtud de un previo acuerdo con el prístinamente obligado, materializando esta previa relación de subyacencia vinculativa entre el deudor primitivo (y autorizado desde el punto de vista del control de cambios y que continúa siéndolo) y el nuevo la esencia de la figura que estamos viendo, precisión que reconduce en gran medida al tema puesto sobre nuestra palestra expositiva a lo que con anterioridad ha quedado dicho con ocasión de ocuparnos del pago de tercero en sus distintas alternativas.

En base a ello, y ya adentrándome en el terreno de lo concreto, tengo que poner de relieve que el hecho de que la finca que vaya a materializar o que materializa de presente una inversión extranjera aparezca ya hipotecada en garantía del precio aplazado a pagar por su adquisición (o que se hipoteca en el mismo momento adquisitivo en garantía de tal precio) no obstaculiza ni su potencial adquisición por el inversor extranjero ni su ulterior enajenación por parte del mismo, díptico de posibilidades negociales que pasamos a considerar de inmediato, no sin antes decir que lo que ahora voy a explicar debe ponerse en sintonía con lo que ya aduje en

el volumen II del tomo anterior, en su capítulo XVIII, puntualización extensible al hecho que voy a prescindir ahora de aludir a las repercusiones que provocan las hipotecas que no garanticen los indicados precios aplazados en el contexto de los supuestos negociales mencionados, tema que será oportunamente analizado cuando me ocupe de tal hipoteca —en cuanto categoría jurídica general— desde panorámicas especulativas de máxima omnicomprendividad, circunstancia que acaecerá en el volumen siguiente.

Así las cosas, voy a compartimentar esta pieza expositiva distinguiendo al efecto cuatro apartados. En el primero me ocuparé de explicitar la incidencia que provoca la existencia de la pluricitada hipoteca (la que garantiza el pago del precio aplazado del inmueble adquirido) en su eventual titularización dominical por parte de un inversor extranjero. En el segundo haré lo propio respecto a los actos de enajenación que éste impulse. En el tercero precisaré algunos detalles relacionados con la cancelación formal de la inscripción hipotecaria cuando la deuda garantida ha sido ya debidamente pagada, y en el último aludiré a las repercusiones engendradas en este contexto por la posible entrada en liza del artículo 140 de la Ley Hipotecaria.

ah) Adquisición por parte de un inversor extranjero de un inmueble hipotecado o que se hipoteca de presente en garantía del todo (todo o parte) del precio aplazado

aa') Idea general

Bajo este epígrafe resultan albergables dos situaciones cuyos sendos significados y consecuencialidad son totalmente diferentes, haciendo referencia la primera a la posibilidad de que el operador jurídico de que se trate adquiera, en concepto de inversión extranjera fundiaria, un inmueble ya previamente hipotecado por el precio no pagado por su vendedor a su anterior titular o en garantía de un crédito previamente obtenido por tal vendedor de un tercero (financiador) y destinado por el primero de ellos a la solvencia de su título adquisitivo, y aludiendo la segunda a la alternativa materializada en el hecho de que sea el propio comprador inversor extranjero quien hipoteque el inmueble que adquiere en su calidad de tal bien en favor de su vendedor (residente o no) por la parte (o la totalidad) del precio no pagado de presente o bien de un tercero financiador (también residente o no).

ab') Supuesto en que el inmueble que adquiere el inversor extranjero se halla ya hipotecado

ba') Idea general

En esta eventualidad negocia!, el inversor extranjero adquirente del inmueble en cuestión "paga" el mismo utilizando alguna de las alternativas pseudosolutorias previstas en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria ("En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito. Si no se hubiese pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta o lo hubiere retenido y al vencimiento de la obligación fuera ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre del total importe retenido o descontado"), precepto que, dejando aparte el supuesto de que el convenio satisfactivo al que alude fuere debidamente bendecido por el asentimiento expreso o tácito del acreedor (asenso que comporta la entrada en juego en este orden de cosas de la asunción propia a la que hemos aludido anteriormente en cuanto requirente de autorización expresa a fin de que su articulación resulte legítima en su eventual consideración a la luz del control de cambios) se refiere a determinadas modalidades asuntivas de cumplimiento de la deuda que el vendedor del comprador asumente tenía contraída con su anterior vendedor y que aparecía garantizada con una hipoteca en favor de este último recayente sobre el inmueble adquirido en última instancia por el inversor extranjero (asuntor de tal deuda), modalidades diversificadas en una triple alternativa: la del pacto de asunción de deuda propiamente dicho, la del descuento del importe de la deuda en cuestión del precio efectivamente pagado por el inversor extranjero de que se trate, y la de retención del mismo, tripleta de posibilidades que de modo real se circunscriben a estas dos últimas (acompañadas o no del aludido pacto).

Así pues, lo que tenemos que evaluar ahora es la admisible virtualidad *per se* de las alternativas solutorias referenciadas, es decir, la de descuento por parte del inversor extranjero del precio anterior no pagado por su vendedor al primitivo transmitente y la de la retención del mismo, fórmulas sol venciales que implican, tal como hemos indicado, una asunción de cumplimiento por su parte (siempre soslayando la otra posibilidad a la que nos referimos anteriormente y que era la del pacto asuntorio que nos ocupa cuando el mismo aparece debidamente aquiescido por el acreedor)

y que pueden proceder, tal como hemos apuntado, de un pacto expreso al respecto no aceptado por el acreedor o bien de su simple aposición al contrato de compraventa de que se trate, sin que mediere al efecto tal convenio de asunción.

Penetrando ya en el terreno especulativamente acotado y remitiendo al lector interesado en la profundización de esta temática a los importantes libros y trabajos que se ocupan de forma monográfica del desmenuzamiento inquisitivo de las posibilidades ofertadas por el artículo 118 de la Ley Hipotecaria, tengo que poner de relieve que, a los efectos del control de cambios, la clarificación de la tesitura exige que distingamos diversas situaciones, concretamente aquellas en las que el inmediato vendedor del bien materializador de una inversión extranjera prediaria sea un residente, o bien, por el contrario, se arrope con una posición territorial anónima.

bb') Caso en el que el vendedor es un residente

Debemos distinguir dos diferentes situaciones. Veámoslas:

ca') Supuesto en el que el prístino vendedor, acreedor hipotecario, sea un residente

En tal supuesto, las fórmulas satisfactivas antes relacionadas, es decir, las de descuento y retención (tesituras de asunción de cumplimiento para cuya conformación negocial no se cuenta con la anuencia del acreedor del crédito garantizado ni se prevé su potencial intervención ulterior), son libremente instrumentales en la escritura materializadora de la inversión extranjera inmobiliaria de que se trate (y consecuentemente inscribibles en el Registro de la Propiedad), en base a todo lo que hemos dicho hasta la saciedad en las páginas anteriores, o sea, que los convenios (del tipo que sean) de asunción de deuda no liberatorios del deudor primitivo conectados con el sector exterior [convenios que en el caso debatido aparecen conformados entre el vendedor y el inversor extranjero de modo exclusivo (sin posibles repercusiones para el acreedor) y bajo el ropaje de una concreta *praxis* solutoria] quedan absolutamente al margen de los esquemas de coerción previstos en el Real Decreto 2402/1980, todo ello con independencia de que en el momento del pago del crédito garantizado con tal hipoteca el inversor extranjero asumente de la misma tenga que satisfacerla con pesetas convertibles, divisas o ECUs, componentes integradores de la denominada aportación dineraria exterior, que son los únicos ingredientes solutorios de potencial utilización al efecto, debiendo acompañarse su

pago a todas las cuadernas de requisitalidad que se exigen desde las estrategias ordenancistas generales del control de cambios, catalizador as, en suma, de una premisa fundamental: la de que queda rigurosamente prohibido el pago de mano a mano, debiendo articularse el mismo en todo caso de forma bancaria (tema debatido, desde vertientes muy generales, en el epígrafe 5 de este mismo capítulo).

Más conflictividad suscita la hipótesis en la que medie un convenio expreso de asunción de deuda, eventualidad respecto de la cual, y partiéndose de la imposibilidad de su instrumentación sin previa licencia cuando en la misma participen todos los interesados (el vendedor-delegante, el comprador delegado y el acreedor hipotecario delegatorio), lo que se discute es si la misma resulta potencialmente articulable sin intervención administrativa de ningún tipo cuando en ella no comparece el acreedor, siendo así que cuando el descuento o la retención se vertebra de tal guisa, en realidad se está ofertando al acreedor del débito garantizado de la forma que estamos viendo, es decir, al primitivo vendedor, titular del derecho de crédito hipotecario oportunamente cifrado en la parte del precio que no le satisfizo su comprador (a su vez, vendedor del inmueble de que se trate al inversor extranjero) la posibilidad de que aquiesca con ulterioridad a tal pacto asuntivo, con lo que —y consecuentemente— en vez de hallarnos en presencia de una asunción de cumplimiento —y en cuanto tal liberalizada por impropia— nos hallaríamos ante una auténtica asunción de cumplimiento propia, con el consiguiente desligamiento del primitivo deudor (el vendedor intermediario que transmitió el bien hipotecado) al inversor extranjero comprador asumente de la deuda.

En base a esta posibilidad, es evidente que tal pacto de asunción de deuda presenta muchas más enfiladas de conflictividad que el puro y simple descuento o retención de la misma (sin pacto explícito de asunción por el pluricitado inversor extranjero), siendo legítimo cuestionarse si su eventual negociabilidad es de libre instrumentación fedataria (y de consiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad), punto problematizado que experimenta una severa e intensa agudización partiendo de la base de que el supradicho asentimiento del acreedor hipotecario destinatario de la oferta negocial considerada puede ser incluso tácito.

Por mi parte, y aun reconociendo lo aventurado de sentar conclusiones tajantes al respecto, entiendo que el convenio de asunción que nos ocupa centra lo más medular de su eficacia en el acuerdo de voluntades que media entre el deudor primitivo —comprador que en su momento no pagó íntegramente el precio convenido y que con ulterioridad vendió el inmueble hipotecado al inversor extranjero de que se trate— y el nuevo (inversor extranjero adquirente con pacto explícito de asunción del cual resulte el descuento o la retención a la que nos venimos refiriendo), que-

dando relegada la posición del acreedor a la de un potencial ratificante de un negocio jurídico ajeno, ratificación que por ser tal sólo puede operar cuando el **meritado** negocio jurídico resulte perfectamente conformado; y el que estamos viendo no lo es al carecer del previo beneplácito administrativo, toda vez que, y ahora reitero ideas fundamentales anteriormente desgranadas, la asunción propia implica en realidad el nacimiento de un nuevo crédito a los efectos del control de cambios, crédito que en el caso que estamos viendo se articularía entre un residente (el primitivo vendedor) y un no residente (el último comprador, es decir, el inversor extranjero en cuestión), situación requirente en su propia mismidad de la oportuna autorización administrativa.

cb') Supuesto en el que el prístino vendedor, acreedor hipotecario, sea un no residente

En este caso, las alternativas de pacción y satisfactivas antes dichas afectarían a un acreedor hipotecario no residente en cuanto delegatario y al comprador inversor extranjero también no residente en cuanto delegado, supuesto en el que, dados los términos de absoluta homogeneidad territorial de sus protagonistas, todo el elenco de alternativas dichas son de legítima sustantivización, incluso la encarnada en el propio pacto de asunción de deuda, es decir, en aquel expresamente consentido —y ello *ab initio*, al instrumentarse la escritura de venta *intermediaria*— entre todos los personajes que han aparecido en la escena jurídica descrita, es decir, el prístino acreedor hipotecario no residente que inició la saga negocial que nos ocupa, su comprador, residente, inicial deudor hipotecario por la parte del precio que quedó pendiente de pago (y ulterior vendedor intermediario), y el asumente propio, o sea, el comprador inversor extranjero de que se trate.

bc') Caso en el que el vendedor es un no residente

En este supuesto, y partiendo del dato ya resaltado suficientemente de que el Real Decreto 2402/1980 ha desdeñado las posibilidades de control que sobre los actos impositivos impulsados por los no residentes afectantes a los bienes ubicados en España le ofertó la LRJCC, ex artículo 2.1.a), es evidente que las ventas de los calendados bienes oportunamente efectivizadas por tales operadores jurídicos pueden desarrollarse —consideradas desde las estrategias de intervención operativas en estas áreas— libremente, estén los mismos hipotecados o no y sean cuales fueren las concretas

fórmulas de satisfacción del precio que al efecto se instrumenten, de entre las cuales pueden incluirse, lógicamente, las que estamos debatiendo.

Partiendo de esta posibilidad genérica de articulación negocial, el problema se reconduce al estudio de la legitimidad de tales fórmulas a la luz del control de cambios en cuanto que las mismas se proyecten sobre la relación creada a consecuencia de ellas ante el acreedor hipotecario delegatario (residente o no) y el comprador inversor extranjero —y en concepto de tal no residente— asumente de la deuda; y al respecto tengo que puntualizar que cuando el indicado acreedor (el primigenio vendedor de que se trate) sea un no residente, la virtualidad de las mismas a los efectos que estamos viendo (siempre teniendo en cuenta la situación de absoluta homogeneidad territorial de los implicados) es absoluta, quedando incluso totalmente al margen de la normativa especializada que nos preocupa. Por el contrario, cuando tal acreedor hipotecario sea un residente, la cuestión admite el mismo repertorio de soluciones que propusimos en el epígrafe anterior, es decir, partir de la validez de los compromisos de asunción de deuda impropios, pero no de los impropios, atribuyendo siempre a estas expresiones el significado que resulta de todo lo anteriormente alegado.

ac) Asunción por parte del inversor extranjero de débito hipotecario que grave el inmueble que adquiriera cuando el mismo no se objective en la parte del precio no pagado por el vendedor intermediario de tal inmueble a su transmitente

aa') Idea general

Con tal extenso etiquetado nos estamos refiriendo a todas aquellas eventualidades en las que el inversor extranjero, comprador no residente del inmueble en cuestión, asume la deuda garantizada con una hipoteca recayente sobre el mismo constituida no en garantía de la porción de precio aplazado que dejó pendiente su inmediato vendedor al anterior transmitente (caso contemplado en las páginas precedentes) ni en la garantía del que tal comprador, inversor extranjero, deje a su vez de satisfacer de presente a su vendedor (supuesto que examinaremos con ulterioridad), sino de aquel que objetiva el crédito que su transmitente solicitó de un tercero (no de su propio vendedor) para pagar el inmueble adquirido e hipotecado.

Tras esta precisión iniciática, que debemos enriquecer poniendo de manifiesto que el concepto de asunción de deuda que estamos manejando responde en un todo a las mismas premisas ontológicas que han quedado

debidamente explayadas en la páginas precedentes, paso a desglosar la tesitura que nos ocupa, en base a su consecuente fragmentación analítica en un doble apartado, distinguiendo los supuestos liberalizados de los que no lo son.

ab') Supuestos liberalizados

Una dual categorización podemos vislumbrar en este caso; la primera abarca los casos de liberalización implícita, y la segunda, aquellos que han merecido una expresa sanción administrativa. Los implícitos son todos los que, *mutatis mutandi*, se adecuan, dadas sus correspondientes premisas de subjetividad territorial, a los casos inmediatamente aludidos en la páginas precedentes, a las que me remito a fin de evitar lo que sólo sería una torpe dialéctica reiterativa.

Los segundos son todos aquellos que de forma más o menos ociosa y por prurito de claridad han sido impactados por una expresa autorización administrativa, casos cuyo rosario de posibilidades se inicia con el contemplado por el que fue (y todavía lo es, aunque parcialmente) el artículo 5 de la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975, precepto que en su apartado 2.º liberalizó un supuesto específico de subrogación (concepto considerado como sinónimo de asunción de deuda en todas sus posibles variantes) tratándose de compras por parte de personas físicas no residentes de bienes inmuebles previamente hipotecados por el vendedor (residente o no) en favor de algún Instituto de Crédito Oficial, Banca Delegada o Caja de Ahorro Confederada siempre que el crédito en cuestión hubiese sido destinado por el prestatario —ulterior vendedor del inmueble hipotecado al inversor extranjero en cuestión— a la financiación de la construcción del bien hipotecado o al propio pago del mismo, condiciones que debían ir acompañadas por otras tal como resulta del aludido precepto (en la actualidad parcialmente derogado por la Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989), cuya transcripción literal puede encontrarse en una de las páginas integrantes de este mismo capítulo.

El testigo autorizativo discernido por esta disposición, de suprema importancia liberalizadora en este orden de cosas, fue oportunamente recibido, tras la adopción del nuevo RIE, por la supradicha Resolución de 23 de octubre de 1989, texto analizado en las páginas precedentes y que apoyando su disciplina normativa de intermediación en el artículo 12.3 del indicado RIE y en la Orden de 31 de julio de 1989 (también ampliamente comentada en este mismo capítulo) supuso un nuevo avance en este ámbito al desrigidificar las posibilidades asuntivas dimanantes de la calendada Resolución de 30 de julio de 1975 (cuya vigencia se reafirmaba) mediante

la derogación de algunas de sus más cortapisantes condiciones (concretamente las resultantes de los puntos 5.1 y 5.2 de la misma).

Siguiendo con este mosaico de disposiciones directamente orientadas a la disciplina de esta materia y adentrándome ya en lo que podríamos calificar de novísima legislación sobre el particular, tengo que poner de relieve que las posibilidades asuntivas que estamos considerando aparecen perfectamente tipificadas en el artículo 14 de la fundamental Orden de 4 de febrero de 1990 (precepto ampliamente comentado en el Apéndice de adaptación de esta obra y en este mismo capítulo), aludiendo a ellas, del propio modo, la Resolución de la DGTE de 14 de mayo, también de 1990, en su artículo 4 ("Los casos autorizados de subrogación por adquisición de inmuebles que estuvieren gravados con hipoteca se atenderán, según corresponda, a las normas contenidas en la presente Resolución").

Vemos, pues, que la liberalización implícita a la que en un principio aludimos ha recibido una expresa consagración en la serie de preceptos relacionados, disposiciones que se refieren indiscriminadamente a todo tipo de convenios asuntivos de deuda, tanto los propios, congruentemente comportadores de la oportuna liberalización del deudor [y requirentes por ello del consiguiente asentimiento al respecto del acreedor (expreso o tácito, *ex art. 118 LH*) como los impropios no demandantes del asentimiento indicado (ni provocadores del también explicitado —y consecuencial— desligamiento del deudor primigenio)].

En cualquier caso, y con ello concluyo esta breve referencia analítica sobre el particular, la fórmula asuntiva (subrogatoria) que se instrumente en la escritura de compra en cuestión será inscribible en el Registro de la Propiedad, en concepto de "forma de pago" de la adquisición (tabulación demandada por el art. 10 de la LH), corriendo a cargo del Fedatario y del Registrador de la Propiedad competente el control de legalidad al respecto, que en los supuestos evidenciados se ha aligerado ostensiblemente de contenido, siendo así que han desaparecido —como ya hemos puntualizado— alguno de los condicionantes operativos antes vigentes, debiendo contraerse en definitiva tal control a la comprobación de que el prestamista delegatario es, o una entidad delegada o una sociedad de crédito hipotecario a que lo efectivamente prestado son divisas, ECUs, pesetas convertibles o las especiales, discernibles, en su caso, por las indicadas entidades delegadas o sociedades de crédito hipotecario (en realidad pesetas comunes, que son las únicas de libre titularización por parte de las calendadas sociedades), préstamos —los objetivados en tales pesetas— necesariamente reintegrables en las indicadas divisas, ECUs o pesetas convertibles que son los exclusivos fondos de libre movilidad a los que pueden tener acceso los prestatarios en su calidad de no residentes, quedando al margen del debido control a efectuar por los indicados profesionales el resto de presupuestos

de legítima constitutividad a los que aluden las normas que dispensan la liberalización a la que nos venimos refiriendo, tales como el que las cantidades verdaderamente prestadas no sobrepasen el límite porcentual del 50 por 100 del saldo medio del importe pasivo diario en pesetas convertibles, tal como demanda la Orden de 31 de julio de 1989 (en juego en este orden de cosas por la remisión que hace a la misma la citada Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989) o que las divisas o ECU's efectivamente prestables procedan de los recursos que en tales activos crematísticos y financieros obtengan las entidades prestamistas mediante depósitos u otras formas de captación de fondos, tal como reza, como absoluto condicionante de la liberalización que estamos viendo, la norma 4.^a de la Circular 5/1987 del Banco de España sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera (norma colacionable en la dimensión investigada, en méritos a lo prescrito por el artículo 2.2 de la antes mencionada Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990, precepto que hace oportuno objeto de su vigor normativo a los préstamos hipotecarios en divisas concedidos por tales entidades delegadas a los no residentes), o bien, en última instancia, a que la cantidad prestada haya sido invertida de forma efectiva en la adquisición o financiación del inmueble hipotecado, requisito que puede preocupar en el momento fundacional del crédito de que se trate, pero no cuando se autorice o inscribe la escritura de donde emerja la subrogación que nos ocupa, escritura de cuyo contexto ya resulta evidente que tal condicionamiento ha sido debidamente cumplido.

Concluyo la investigación de esta fértil problemática poniendo de manifiesto que no está de más que el fedatario interviniente haga la oportuna advertencia en la escritura que autorice (y el Registrador en la inscripción que extienda) de que la subrogación consensuada (del tipo que sea) deberá ser satisfecha con aportación dineraria exterior, advertencia que también puede ser útil reproducir en la nota de despacho de la susodicha escritura una vez inscrita ésta y para cuya práctica no es obstáculo, como es lógico, que la misma figure ya en la inscripción anterior y/o en el título previo.

ac') Supuestos no liberalizados

Todos aquellos casos de asunciones de deuda (propios o impropios) que no encajen en las premisas de liberalización explicitadas deberán someterse al régimen regulador de los supuestos a los que con anterioridad nos referimos, régimen que unas veces será el autorizativo y otras todo lo contrario, debiendo comprobarse por el fedatario interviniente (y en su caño reseñarse en el cuerpo de la escritura *autorizada*) que la habitación individual que se estime necesaria ha sido efectivamente discernida, discer-

nimiento también calificable por el Registrador (y asimismo constatable en el cuerpo del asiento registral extendido *ad hoc*).

- ad*) Casos en los que el comprador, inversor extranjero, hipoteca la finca objeto de la inversión al tiempo de consumir su adquisición

aa') Idea general

A diferencia de los supuestos anteriormente descritos en los que el comprador extranjero asumía una deuda hipotecaria ajena (la de su inmediato vendedor), en los que vamos a contemplar ahora el susodicho comprador, inversor extranjero en el sector inmobiliario, es parte integrante del negocio jurídico de constitución garantista de que se trate en calidad de hipotecante por deuda propia.

Ello sentado, tengo que poner en evidencia que la posibilidad que se aloja en lo meritado acredita dos distintas alternativas de operatividad según que el acreedor hipotecario que intervenga en la tesitura negocial que estamos contemplando sea el propio vendedor que asegura de tal guisa la parte del precio aplazado de la inversión consumado por el comprador-hipotecante o bien lo sea el tercero que financie la compra que efectúa el indicado comprador hipotecante, adquisición en la que el pago de su precio al vendedor se efectúa en su totalidad (y si es en parte, sin garantía hipotecaria; garantía, repito, que se constituye en favor del tercero financiador). Veamos ambas posibilidades.

- ab')* Supuesto de hipoteca constituida en favor del vendedor

ha') Caso en que éste es un residente

En esta eventualidad la hipoteca que nos ocupa viene a garantizar un crédito de residente a no residente encarnado en el consiguiente aplazamiento solutorio referido a la totalidad o parte del precio convenido como correspectivo de la compra en cuestión, crédito respecto del cual se plantea el problema de determinar si el mismo se halla o no posibilitado sin previa licencia, cuestión fundamental porque de la respuesta que se dé a este interrogante va a depender la congruente liberalización de la hipoteca que en su caso se constituya por el no residente comprador —y deudor— en favor del correspondiente vendedor-acreedor, crédito de tipología singular en cuanto que a pesar de ser concedido en pesetas comunes por parte del

susodicho vendedor debe ser inexcusablemente devuelto en algunos de los ingredientes integrantes de la denominada genéricamente aportación dinerada exterior (divisas, ECU's o pesetas convertibles), siendo así que sin la utilización solvencial de alguno de tales componentes (o de los saldos procedentes de las cuentas extranjeras en pesetas ordinarias, activos que ahora no nos interesan) la adquisición inmobiliaria de que se tratase requeriría la previa autorización administrativa, del propio modo extensible al crédito que estamos viendo.

Centrando el tema, debidamente polarizado en torno a la cuestión de si se hallan liberalizados los créditos eventualmente cifrados en pesetas comunes (aunque reembolsables, tal como hemos apuntado, con alguno de los circunstanciados componentes crematísticos) objetivados en los oportunos aplazamientos de pago concedidos por el vendedor-residente al comprador-no residente en el marco de una compraventa inversora inmobiliaria, hemos de contestar afirmativamente, teniendo en cuenta que la prohibición ecuménica resultante en este orden de cosas del Real Decreto 2402/1980, *ex* artículo 3.1.7.^a, fue parcialmente levantada para el supuesto que nos ocupa por la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975 en su norma 4.^a, tal como hemos dicho en otras porciones de este mismo capítulo y, en extenso, en el capítulo XX del volumen II del tomo I de esta obra.

De todos, tal disposición atina de modo exclusivo a los créditos concedidos a los compradores, inversores extranjeros, que sean personas físicas, olvidando por completo a las jurídicas, omisión que debe interpretarse en el sentido de que los aplazamientos concedidos a estas últimas requieren autorización administrativa, autorización, no obstante, que pese a su pulcritud metodológica podría chocar con el dato de que las compraventas inmobiliarias, en cuanto moduladoras de las correspondientes inversiones extranjeras, se hallan sujeas en el día de hoy, en su potencial activación por parte de personas jurídicas extranjeras, al pertinente sistema de verificación administrativa (lo que supone su gobierno por sus premisas de liberalización bastantes más cautelosas que las que presiden el sistema de permisividad ejecutiva o absoluta), implicando ello la posibilidad de que un mismo evento negocial quede sujeto a un doble régimen de articulación, el atinente a la compraventa en sí y el propiamente afectante al aplazamiento solvencial concedido (tema del que ya nos hemos ocupado en otros pasajes de esta obra, concretamente en el antes mencionado capítulo XX del volumen II de su tomo I).

Esto, por lo que concierne al crédito en sí. Por lo que afecta en concreto a la construcción hipotecaria debatida, ninguna de las partes intervinientes en la misma se halla sujeta a tipo alguno de condicionamiento; así, el acreedor hipotecario —vendedor del inmueble en cuestión— se sitúa totalmente al margen de las barreras erigidas por la preceptiva de Control de

Cambios al presuponer la asunción de la titularidad hipotecaria que materializa un acto adquisitivo sobre inmuebles ubicados en España, dato que unido a su condición residencial le sustrae por completo de cualquier impedimento proveniente de tal normativa. Por su parte, el hipotecante comprador (y deudor en tal concepto del precio que quedó aplazado por la adquisición del inmueble hipotecado) también queda hurtado al rigorismo desplegado en estas áreas por el Real Decreto 2402/1980, por la sencilla razón de que los eventuales actos de disposición que materialice (en favor de residentes o no residentes) no se hallan mencionados como potencialmente controlables en el abigarrado rosario de posibilidades sujetas a intervención diseñado por el artículo 3 del mencionado Real Decreto, todo ello con independencia de que sea cual fuere (o hubiere sido) el criterio normativo proveído al efecto en este orden de cosas por el citado texto, la Orden de 19 de junio de 1990 liberaliza por completo la prestación de garantías en el sector exterior —incluyéndose entre ellas, por supuesto, la hipotecaria—, siempre que el crédito subyacente se halle legítimamente constituido, cuestión que reconduce la solución de esta problemática al control de la legítima fundabilidad de tal crédito por parte del fedatario interviniente y del Registrador de la Propiedad autorizante de la inscripción constitutiva de hipoteca, control que por lo tocante a los aplazamientos de pago del precio, cuando los mismos son concedidos al inversor extranjero persona física, ha de resultar forzosamente positivo y, de adverso, negativo en la hipótesis en la que tal beneficiario sea una persona jurídica no residente, opinión ya sostenida por mí en el antes indicado capítulo XX de esta obra y que reafirmo ahora, aunque enriqueciendo el panorama doctrinal al efecto me complazco en ofrecer en estas páginas una posición antagónica a la expuesta, y es la de ENRIQUE HERVÁS CUARTERO, autor que en unos interesantes comentarios sobre las últimas modificaciones normativas en este ámbito (de circulación restringida entre los Corredores de Comercio Colegiados y que dada su reciente concepción no recogí en el antes indicado capítulo XX) al enfocar esta problemática, y tras referirse al artículo 17.1 de la Orden de 4 de febrero de 1990 ("La transferencia al exterior del producto de la liquidación de una inversión extranjera en inmuebles no requerirá verificación previa de la DGTE, aun cuando al inversor extranjero conceda aplazamientos de pago en favor del comprador residente"), pone de manifiesto el silencio que sobre el tema que nos ocupa mantiene la meritada Orden, silencio sólo colmable de forma insuficiente por las antes indicada Resolución de 30 de julio de 1975 de la DGTE, insuficiencia normativa derivada del dato antes aducido de que tal disposición pretermite por completo el régimen a aplicar a los aplazamientos concedidos por los residentes vendedores del inmueble en cuestión, no a las personas físicas, sino a las jurídicas, omisión que ajuicio

del indicado autor debe ser subsanada unificando bajo el común denominador del sistema de verificación tanto la legitimación para invertir en adquisición de inmuebles como para obtener el aplazamiento que nos entretiene, conclusión cuya encarnadura literal es la siguiente: "En este caso (cuando interviene comprando una persona jurídica extranjera) sugerimos que el mencionado aplazamiento se haga constar en el modelo TE-13, en el que se solicite la verificación administrativa para la inversión en inmuebles que vaya a realizar en España una sociedad extranjera, ya que, de acuerdo con los términos del artículo 12 del RIE, todas estas adquisiciones inmobiliarias realizadas por personas jurídicas extranjeras están sujetas al trámite de verificación administrativa previa".

Pues bien, y concluyendo, sea cual fuere el mejor de los criterios expuestos, lo cierto es que se vislumbra con toda claridad una diferencia fundamental por lo tocante a la conformación de los sendos aplazamientos operativos en estas áreas (y de sus garantías hipotecarias), ya que los convenidos por el vendedor y su comprador persona física no residente resultan directamente ejecutables por los mismos, circunstancia que no se da tratándose de la misma tesitura de dilación solvencial cuando su impulsor comprador es una persona jurídica residente, ya que en este caso, bien se mantenga la necesidad para su instrumentación de la previa autorización específica o bien la de la simple verificación, es evidente que mientras no se obtenga una u otra la supraindicada instrumentación no podrá tener lugar.

Con la finalidad de agotar el tema —siempre en la medida de lo posible teniendo en cuenta la superlativa magnitud de esta temática—, tengo que resaltar, al igual que lo hicimos cuando abordamos la cuestión de la eventual asunción por parte del inversor comprador extranjero de las potenciales deudas hipotecarias titularizadas por su vendedor, la suprema utilidad de que se consigne en los sendos cuerpos de la escritura de la hipoteca y de la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad (así como en la nota de despacho registral de tal título) la advertencia de que la amortización de los préstamos hipotecarios en cuestión (y su consiguiente cancelación tabular) sólo podrá realizarse previo el pago de su importe con la pertinente aportación dineraria exterior.

bb') Caso en que éste es un no residente

En tal supuesto, la dudas que podían mantenerse en el enfoque de la cuestión han quedado absolutamente disipadas por el concreto *dictum* de la disposición adicional de la Orden de 4 de febrero de 1990, objeto de comentario en este mismo capítulo y al que remito a los lectores.

ae) Supuesto de hipoteca constituida en favor de un tercero financiador

aa') Idea general

En esta eventualidad, la relación de garantía hipotecaria en la que aparecen como partes interesadas el comprador-inversor extranjero no residente y el acreedor garantizado con un gravamen oportunamente recayente sobre el bien adquirido no se establece como respaldo del precio aplazado resultante de la compraventa materializada por el hipotecante como parte compradora, sino como reforzamiento del préstamo previamente recibido por el indicado hipotecante para la satisfacción de la totalidad o parte del precio de tal compraventa, solvencia que se efectúa en favor del vendedor (residente o no), sujeto que queda totalmente al margen de la relación debidamente instaurada entre el susodicho hipotecante y el acreedor hipotecario.

Ello precisado, vamos a diversificar, al igual que lo hicimos con otra de las modalidades crediticias anteriormente analizadas, el estudio de esta problemática escindiéndola en dos apartados respectivamente destinados a recoger las variantes de la alternativa garantista que estamos viendo que dispongan de la vitola de liberalizadas y aquellas que no acreditan tal condición, siempre sin perder de vista la explicación epistemológica básica de la figura que acabamos de aportar, figura que, partiendo de la condición institucional no residencial del hipotecante en cuanto inversor extranjero, únicamente visibiliza cierta problematicidad en tanto en cuanto el tercero financiador en cuestión sea un residente, toda vez que si éste es un no residente el instituto queda totalmente al margen de la normativa del control de cambios español, debiendo entenderse por ello plenamente liberalizada su conformación, considerada ésta desde el punto de vista interno, conclusión en la perfectamente taxativizada en el día de hoy a través de la indicada disposición adicional de la Orden de 4 de febrero de 1990 (objeto de comentario específico, como ya hemos apuntado, en este mismo capítulo).

ab') Supuestos liberalizados

Al igual que sucedió cuando acometimos el análisis de las distintas eventualidades de subrogación hipotecaria operativas en este orden de cosas, el hablar de créditos hipotecarios específicamente liberalizados en este sector normativo puede resultar una acabada obviedad, siendo así que la hipoteca, como hemos reiterado hasta la saciedad en estas mismas páginas, se halla absolutamente liberalizada en su potencial contemplación

in genere si el crédito que garantiza resulta regularmente constituido a la luz del control de cambios (Orden de 19 de junio de 1990). Por ello, lo que tenemos que ver es si la relación crediticia subyacente entre un tercero financiador y el no residente para la adquisición del inmueble que se hipoteca se halla liberalizada *per se*, con independencia de la serie de garantías que puedan prestarse para reforzar su solvabilidad.

De todos modos, y a fin de desvanecer cualquier tipo de hesitación al respecto, el hacedor gubernativo de la oportuna preceptiva de intermediación en éstas áreas normativas se preocupa, deviniendo por ello ciertamente redundante (tal como ya apuntamos precedentemente) en sancionar de forma individualizada la liberalización de algo que ya lo estaba de manera genérica, refiriéndome así al hecho de que, y ya descendiendo al terreno de lo concreto, los préstamos en pesetas convertibles (todos, es decir, con o sin garantía) otorgados por las Entidades delegadas a los no residentes (para cualquier finalidad) se hallaban ya liberalizados, dentro de los límites porcentuales anteriormente reseñados, por la Orden de 31 de julio de 1989. Siendo ello así, no hacía falta sancionar normativamente una liberalización específica para los hipotecarios de tal categoría, cosa que, sin embargo, ha tenido lugar a través del artículo 1 de la Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989, engendrando ello una duplicidad de disposiciones sobre el mismo tema que provoca una evidente disfunción, tal como hemos tenido ocasión de resaltar en las páginas precedentes cuando abordamos, desde una panorámica de gran angular, esta peculiar modalidad crediticia.

Si de esta alternativa obligacional pasamos a la homóloga, pero cifrada en divisas, observamos también la meritada insistencia liberalizadora, ya que, de una parte, y comprendiendo a todo tipo de crédito y préstamos otorgados en ECUs o divisas por las entidades delegadas, la misma resulta absolutamente liberalizada (sin sujeción a objetivos concretos y sin exigencias en cuanto a las garantías prestables) por la Circular del Banco de España 5/1987 sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera, y por otra, y ya incidiendo en reiteración, tal liberación resulta de la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990, reguladora de los préstamos y créditos hipotecarios en divisas concedidos por dichas entidades delegadas para la adquisición de inmuebles.

De todos modos, no siempre se incide en este contexto en tal superflua corroboración de criterios normativos ya resultantes de disposiciones anteriores, toda vez que en el mismo detectamos dos alternativas de créditos concedidos por terceros financiadores (residentes o no) para la adquisición de inmuebles ubicados en nuestro país o fuera de él que si no fuese por la garantía que les acompaña no resultarían liberalizados, refiriéndome así, por una parte, a la modalidad consistente en el préstamo o crédito que

eventualmente pueda ser concedido por las denominadas Sociedades de Crédito Hipotecario (operadores jurídicos residentes en España) en pesetas comunes (aunque forzosamente reembolsables mediante alguno de los componentes financieros integrantes de la genéricamente denominada aportación dineraria exterior, o sea, divisas, ECU's o pesetas convertibles) a los no residentes para la adquisición de inmuebles sitos en nuestro país (alternativa liberalizada en primer término por la Orden de 4 de febrero de 1990 art. 14, apdo. 2.º, e inmediatamente después por la Resolución de 14 de mayo de 1990), y por otra, a aquella variante crediticia también instaurada entre residentes y no residentes (pero esta vez invirtiéndose las posiciones en cuanto que el prestamista es el no residente) que sustrayéndose a las coordenadas objetivas y funcionales de liberalización condicional —general— previstas por la Circular del Banco de España 6/1987, de 13 de marzo, sobre contratación de préstamos financieros exteriores, resulta de libre conformación siempre que su finalidad sea la de financiar la adquisición de un inmueble en el exterior por parte de un residente y su garantía sea hipotecaria, posibilidad normativa cubierta, tal como ha quedado debidamente relatado en las páginas precedentes, por el artículo 21 de la Orden de 19 de diciembre de 1988 sobre inversiones españolas en el exterior, precepto que viene, pues, a constituirse en una modalidad excepcional de los calendados préstamos financieros otorgados en divisas o ECU's por no residentes a residentes, modalidad tenida en cuenta a efectos del diseño de su consecuente procesalidad calendada por la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990.

Todavía podríamos vislumbrar en estas áreas otra modalidad liberalizada de préstamos y créditos que lo son en la estricta medida en que cuentan con el oportuno respaldo hipotecario, refiriéndome así a aquellas variantes de los mismos instrumentada entre residentes que por hallarse nominados en divisas entronca directamente con la normativa ordenancista del control de cambios, créditos que posibilitados en términos generales por la Circular del Banco de España 5/1987, de 13 de marzo, sobre toma y colocación de fondos en moneda extranjera, presentan una doble variante según que resulten de libre conformación o requieran el previo beneplácito administrativo, incluyéndose dentro de la primera categoría la generalidad de todos ellos en virtud de lo oportunamente prescrito por la norma 8.^a, apartado 4, de dicha disposición, generalidad que queda exceptuada en aquellos supuestos en los que los mismos sean hipotecarios y se destinen a la adquisición de un inmueble en el exterior, de conformidad con lo previsto por el artículo 3 de la antes citada Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990.

Por lo tocante al control de legalidad que deban practicar el fedatario competencialmente llamado a autorizar la escritura de hipoteca en cuestión

y el Registrador de la Propiedad a quien le incumba su toma de razón registral, tengo que puntualizar que su contenido es diverso en función de cuál sea la concreta modalidad tenida en cuenta. Así, en aquellas eventualidades en las que se pretenda vertebrar un crédito hipotecario otorgado por un residente a un no residente, tal control **deberá** extenderse a los aspectos subjetivos de la operación, debiendo homologarse especialmente que el prestamista es una entidad delegada o una sociedad de crédito hipotecario, y que el prestatario (persona física o jurídica) se arroja en la supraindicada condición no residencial (arropamiento **proveído** de la normativa sobre el control de cambios ya analizado en otras porciones de esta obra), homologación que también deberá extenderse a las condiciones de cifra del crédito en cuestión (divisas, ECUs, pesetas convertibles o las comunes reembolsables con aportación dineraria antes referidas), pero no, y con esta advertencia reitero ideas ya expuestas, así se respetan los límites porcentuales establecidos por la Orden de 31 de julio de 1989 (y por su corte de disposiciones de apoyo) o si efectivamente la cantidad prestada se destina a la financiación del inmueble objetivador de la inversión extranjera en cuestión, aspectos que quedan absolutamente al margen del indicado control de legalidad, todo ello sin perjuicio del posible reproche administrativo o penal en que pueda incurrir el prestatario en el caso de que tal financiación o alcance el **cénit** impuesto por la normativa liberalizadora, cabiendo también la posibilidad de que el concreto dispositivo de la operación tome cuerpo en una inscripción hipotecaria en garantía de un crédito de las características que estamos viendo cuya concreta efectividad acontecerá cuando tal adquisición inmobiliaria se consume, o bien, y tratándose de inversores extranjeros personas jurídicas, cuando las mismas obtengan la previa verificación administrativa oportunamente amparadora de la adquisición inmobiliaria proyectada (verificación cuya obtención en el caso de personas jurídicas adquirentes es de rigor a tenor de lo previsto por el artículo 12 del RIE).

Por el contrario, y tratándose de los créditos hipotecarios atendidos por el antes mencionado artículo 21 de la Orden de 19 de diciembre de 1988 o de los regulados por el artículo 3 de la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990, el control de legalidad al que nos estamos refiriendo debe centrarse, aparte de en los extremos subjetivos y de cifraje antes indicados, en el dato de que el préstamo o crédito proyectado haya recibido el consiguiente beneplácito verificador, siendo ello consecuencia de que tal precepto exige que el crédito liberalizado en tal artículo se detalle, con todas sus **características**, en el modelo TE-19, impreso normalizado que es el utilizado por el eventual inversor español en el extranjero para demandar de la DGTE la oportuna verificación administrativa de su proyecto inversor inmobiliario, inclusión que en realidad determina el que tal

crédito quede sometido, pese a su pregonada liberalización, al sistema de verificación administrativa, aunque ello no es óbice para que el crédito pueda concederse y la hipoteca inscribirse sujetando su efectividad a la condición suspensiva de que tal verificación se consiga, debiendo controlarse en tal caso que lo inscrito coincide exactamente con lo ulteriormente verificado, ya que en la hipótesis de que así fuese, en realidad la condición no se habría cumplido, control que también deberá practicarse con rigor en todos aquellos supuestos en los que la obtención de la aludida verificación sea anterior al otorgamiento de la escritura correspondiente.

Por último, y tratándose de aquellas operaciones crediticias liberalizadas por el artículo 3 de la antes dicha Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990 (créditos hipotecarios en divisas concedidos por las entidades delegadas a residentes para la adquisición de inmuebles sitos en el extranjero), a pesar de que el meritado precepto no se reproduce en unos términos tan claros como el pluricitado artículo 21 de la Orden de 19 de diciembre de 1988, una interpretación sistemática del mismo conduce a idéntico resultado, por lo que lo que acabamos de explicar resulta válidamente traíble a colación en su congruente enfoque analítico.

F) PARTICULARIDADES ACERCA DE LA CANCELACIÓN REGISTRAL
DE LOS CRÉDITOS Y PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS
CONECTADOS CON EL CONTROL DE CAMBIOS

La elaboración de una teoría general sobre la materia tendría que construirse a base de tratar materiales normativos de diversa factura a fin de ensamblar una pieza jurídica de alcance semiótico polivalente que nos sirviese para explicar, por ejemplo, en qué forma podía conseguirse tal cancelación en aquellos supuestos en los que a la postre resultasen infringidas las condiciones a las que se anuda la pertinente liberalización de la operación instrumentada o la forma de acreditar que tal operación ha resultado frustrada en definitiva, tema que al trasluz de la normativa que nos ocupa presenta singularidades que en su caso serán debatidas en el volumen siguiente cuando efectuemos la radiografía general de la hipoteca cuando la misma actúe en el ámbito del control de cambios.

Efectuado este breve descarte analítico, voy a ocuparme a seguidas en puntualizar lo relativo a la indicada cancelación cuando ésta devenga impuesta por la satisfacción de la deuda garantizada hipotecariamente, acto solutorio que debidamente reseñado en la pertinente escritura de carta de pago que provoca la defunción registral de la hipoteca establecida.

A tales efectos, tengo que reiterar una premisa cuya virtualidad ha sido resaltada hasta la exageración a lo largo de estas páginas, y es la de que el pago en este entorno obligacional —como todos los relacionados con el control de cambios y las inversiones extranjeras— se halla siempre sometido a verificación por lo tocante a su consecuente funcionalidad, control que en el entorno en que nos movemos —el de las operaciones de crédito y préstamos operativos en el sector exterior— se hace presente en una doble dirección —del concedente al acreditado y a la inversa—, ocupándose de su cobertura concreta toda una serie de disposiciones que no es del caso reseñar.

En méritos a ello, la escritura de carta de pago que deba ser otorgada por el concedente no podrá nunca reflejar un pago de mano a mano o confesado, sino que tendrá que circunstanciar la ritualidad bancaria que se haya utilizado en la solvencia de la operación y de la que resulte que la secuencia de amortizaciones (o la única, en su caso) afectante al crédito concedido ha sido debidamente positivada con la consiguiente aportación dinerada exterior, siendo así que la relación de créditos que estamos viendo de residente a no residente únicamente pueden ser legítimamente reintegrados con alguno de los fondos integrantes de tal categoría pecuniaria.

Así pues, en la escritura de carta de pago autorizada al efecto deberá hacerse expresa evidencia de que las transferencias de dinero en relación con el crédito a cancelar se han efectuado desde el exterior a la cuenta de la disponibilidad de los fondos que al efecto tenga abierta el acreditado en la entidad concedente (o la propia sociedad de crédito hipotecario en su caso) o de aquellas con destino directo a tal cuenta provengan de una en divisas, pesetas ordinarias procedentes de cuentas extranjeras (bajo ciertos condicionamientos), pesetas convertibles en ECUs que al efecto tenga aperturada el *solvens* en alguna de las entidades delegadas operativas en el territorio nacional o bien de los talones o cheques que con tales finalidades amortizatorias de los créditos que nos ocupan se libren contra alguna de tales cuentas.

De todos modos, la acreditación de la procedencia exterior de los fondos utilizados en la solvencia del préstamo o crédito en cuestión (capital e intereses) puede excepcionalmente conseguirse de forma relativamente extrabancaria, eventualidad que entra en juego en el supuesto normativamente previsto por la Circular 965 de 18 de mayo de 1987 de la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales sobre movimientos en divisas y pesetas en frontera por viajeros, disposición que basamentado el grueso de su reglatividad intermediadora y de ejecución en la Orden de 13 de marzo de 1987 sobre gastos de viaje y estancia en el extranjero y sobre los explicitados movimientos de divisas y pesetas por frontera, ha establecido

la forma de documentar fehacientemente, a efectos de su ulterior adverbación y control, la potencial entrada de fondos monetarios por no residentes en nuestro país, sujetos de derecho que en la hipótesis de que sean prestatarios de alguna de la variantes crediticias antes dichas podrán utilizar tales fondos —legítima y probadamente ingresados— con finalidades diversas, tales como su posterior reexportación, su eventual consumo (extrabancario) en nuestro país bajo determinadas premisas de liberalización o bien, y así me adentro en lo que me interesa específicamente en este preciso *tempus* expositivo, para su ulterior abono en la pertinente cuenta en divisas, ECUs, pesetas ordinarias (de cuentas extranjeras) o pesetas convertibles que tenga abierta a España (a efectos de su pertinente movilización talonaria o de su ulterior remisión a la entidad concedente del crédito en cuestión, todo ello con los objetivos reembolsatorios especificados) o en última instancia para el ingreso directo de tales fondos (los ingresados) en la cuenta de la disponibilidad del crédito (o en la que tenga abierta a su nombre —y a tales efectos— la sociedad de crédito hipotecario), siendo dudoso si debe hacerse referencia en la pertinente escritura de carta de pago que otorgue la entidad concedente de los datos identificativos básicos de la declaración aduanera a la que nos estamos refiriendo (cuya presentación se requiere para la consecuente procedibilidad del ingreso directo dicho).

En aquellos supuestos en los que se trate de préstamos y créditos en divisas concedidos por no residentes a lo residentes: inversores inmobiliarios en el extranjero (eventualidad prevista por el art. 21 de la Orden de 19 de diciembre de 1988 y el art. 2 de la Resolución de la DGTE de 14 de mayo de 1990), entonces la escritura de carta de pago otorgada por el concedente no residente deberá ajustarse, en lo que concierne a la clase, procedencia y justificación de los fondos utilizados en el reembolso del crédito, a lo que resulte de la verificación de la operación inmobiliaria a la que nos hemos referido con anterioridad, presupuesto habilitante que determinará las circunstancias anteriormente indicadas, siempre teniendo en cuenta que el inversor español en el extranjero requiere autorización específica de la DGTE para movilizar, en el sentido solutorio que nos ocupa, las divisas que en su caso genere el disfrute de la inversión inmobiliaria extranjera en cuestión, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.1 ("Los inversores españoles estarán obligados a ceder en el plazo de quince días, a través del mercado español de divisas, los correspondientes dividendos, intereses o cualesquiera rendimientos explícitos o implícitos que perciban de sus inversiones exteriores, así como el producto de la liquidación o transmisión de las mismas, salvo en los supuestos de reinversión previstos en el siguiente párrafo") de la indicada Orden de 19 de diciembre de 1988, exigencia que se matiza, pero no hasta el punto de

que el inversor pueda utilizar libremente las divisas en cuestión a los fines amortizatorios que nos ocupan, en el apartado 3 del supraindicado artículo ("Si el país en que se hubiere realizado la inversión impone limitaciones a la libre convertibilidad de los dividendos, intereses o rendimientos o, en su caso, al producto de la liquidación, el inversor deberá comunicar a la Dirección General de Transacciones Exteriores, junto con la justificación documental de tales limitaciones, la entidad bancaria no residente y número de cuenta en que quedan depositados los fondos. En cuanto cesaren dichas limitaciones el inversor deberá ceder al mercado español las divisas correspondientes a los conceptos citados").

De todo ello se desprende que en la escritura de carta de pago que otorgue el tercero financiador no residente deberá reflejarse la legitimidad del pago amortizatorio dicho, extremo que deberá ser objeto del pertinente control de legalidad a efectuar por el fedatario interviniente y por el Registrador de la Propiedad que inscriba la misma, siempre teniendo en cuenta que queda rigurosamente excluida la operativa solvencial materializada en el pago de mano a mano (o simplemente confesado), y ello aun cuando el *accipiens* actúe a través de un representante residente en nuestro país, acreditando suprema importancia a tales efectos cuando el susodicho pago se realice en pesetas comunes la documentación a la que alude, en cuanto justificativa de la legitimidad y congruencia del pago exterior que se consume con tales pesetas, la Circular 32/1985, de la DGTE de 8 de marzo por la que se regulan las normas operativas aplicables a las operaciones indivisibles corrientes liberalizadas por la Orden ministerial de 14 de septiembre de 1979, disposición que en sus diversas rúbricas va encajando la concreta procesalidad a seguir con tales pagos, según cual sea su etiología, y que parece atinar a la eventualidad que nos ocupa en los números 133 y 134.

En aquellos supuestos en los que el español inversor en el exterior acredite la titularidad de alguna cuenta en divisas o ECUs fuera de España (cuya apertura requiere la pertinente autorización administrativa española), entonces el pago podrá proceder de la misma utilizando al efecto la técnica bancaria de la transferencia o dé la *disposición* mediante dinero escriturario librado contra dicha cuenta y entregado al *accipiens*, quien al otorgar la correspondiente escritura de pago hará la oportuna referencia a estos extremos.

Cabe también la posibilidad de que se pongan a disposición de tal *accipiens* no residente las divisas necesarias para solventar la deuda garantizada y cancelar la hipoteca que nos ocupa (a través del otorgamiento de la correspondiente escritura por parte del mismo) mediante su ingreso en la oportuna cuenta que éste tenga abierta en nuestro país en divisas, ECUs o pesetas convertibles, materializándose tal ingreso, bien mediante el abo-

no en las mismas del dinero escriturario que proceda librado contra la cuenta en divisas que eventualmente mantenga el deudor en el extranjero o bien efectuando este libramiento contra alguna de las cuentas en tales divisas o en ECUs que la normativa española permite aperturar (unas veces, de forma absolutamente libre, y otras, previa licencia administrativa) a los residentes (ver la Resolución de la DGTE de 10 de mayo de 1988 sobre cuentas en divisas de residentes abiertas en las oficinas operantes en España de las Entidades delegadas a nombre de personas físicas o jurídicas residentes y la Resolución, también de la DGTE, de 22 de junio de 1990 sobre cuentas en ECUs de residentes abiertas en oficinas operantes en España en entidades delegadas), cobijándose la posibilidad de los pagos a los que venimos haciendo alusión (siempre utilizando las técnicas bancadas de rigor en este orden de cosas), por lo tocante a la indicada cuenta en divisas, en la norma 2.^a de la mencionada Resolución de 10 de mayo de 1988, al sentar en su Regla 3.^a.a): "No precisarán autorización administrativa las disposiciones de los saldos de las 'cuentas en divisas de residentes' por los siguientes conceptos: a) Realización de pagos en divisas, siempre que se efectúen de acuerdo con las normas del control de cambios aplicables a la transacción de que se trate"; y por lo que apunta a la de en ECUs, en virtud de la remisión que el artículo 2 de la antes dicha disposición orgánica (la ya explicitada Resolución de 22 de junio de 1990) efectúa, al relacionar las eventuales disposiciones a practicar en tales cuentas, al precepto que acabamos de relacionar, contenido en la Resolución primeramente citada, libramiento que puede ser reemplazado por el oportuno ingreso en la cuenta del *accipiens* no residente de lo transferido desde alguna de las que acabamos de enumerar, fórmulas solvenciales cuyas concretas cotas de practicidad deberán relacionarse en la correspondiente escritura de carta de pago que al efecto se otorgue, en la que, del propio modo, resulta conveniente hacer una referencia a la autorización que haya mediado en la apertura de las cuentas dichas en las hipótesis en que ésta sea necesaria (caso que se contrae sólo —como sabemos— a las en divisas y no a las en ECUs).

Continuando con este desgranamiento de posibilidades, y ya penetrando en la recta final de este apartado y del capítulo, tengo que puntualizar que la única de las alternativas crediticias a la que con anterioridad aludimos que se sustrae a las rigurosas cuadermas de control solutorio al que estamos haciendo mérito es aquella articulada entre una entidad delegada y un residente cuando la misma aparece objetivada en divisas y resulta destinada a financiar la adquisición por parte del prestatario de un inmueble en el extranjero, posibilidad que teniendo en cuenta la condición residencial de los directamente implicados puede ser satisfecha en pesetas comunes, supuesto respecto del cual no se plantea problema alguno de control.

Ahora bien, ello no impide que si el inversor español, o sea, el prestatario acredita la titularidad de alguna de las cuentas en divisas o en ECUs abiertas en España o en el extranjero, no puede pagar a la entidad prestamista con tales componentes financieros, posibilidad cuya liturgia deberá discurrir por los cauces solvenciales de control a los que con anterioridad hicimos alusión, resultando de todo ello el que la escritura de la cancelación otorgable al efecto difiera ampliamente del contenido según cual sea en concreto el medio de pago efectivamente utilizado.

Como colofón de todo lo hasta aquí dicho, únicamente resta que me refiera a un principio cardinal en todo este orden de cosas, y es el de que la situación residencial de los implicados en el momento fundacional de la hipoteca que se cancele es el que lidera todo el seguimiento ulterior de la misma, y ello tanto por lo que apunta a su fase biológica como lo que hace lo propio con la extintiva. Así, y descendiendo al terreno de lo concreto, la hipoteca constituida por un residente, aun cuando pierda con ulterioridad su condición de tal, puede cancelarse mediante los procedimientos comunes de pago de mano a mano (o confesado) y con pesetas comunes, presumiéndose que éstas son aquéllas que el cancelante obtuvo legítimamente durante su anterior etapa residencial en España. Correlativamente, la hipoteca constituida por un no residente en garantía de un crédito objetivado en divisas, ECUs, pesetas convertibles o en las comunes —especiales a las que alude la Orden de 4 de febrero de 1990 y la Resolución de la DGTE de 14 de mayo del mismo, procedente de la DGTE, únicamente pueden cancelarse mediante aportación dineraria exterior y no con pesetas comunes de las que eventualmente pueda disponer —y ello de forma legítima— el no residente hipotecante devenido con ulterioridad residente.

De todos modos, este principio no es absoluto, y así, en la eventualidad anteriormente descrita de hipoteca reforzante de un crédito cifrado en pesetas comunes constituida por un extranjero residente, éste, una vez recobrada lo que podríamos calificar de situación no residencial "normal", podrá satisfacer el débito garantizado (con tales pesetas) reembolsando el mismo con divisas, ECUs o pesetas convertibles, siendo así que ningún daño causa con ello a los intereses financieros españoles (sino todo lo contrario). Por otra parte, la hipoteca constituida en garantía de un débito objetivado en divisas, ECUs, pesetas convertibles o en las especiales aludidas, podrá, llegado el caso de que el prestatario no residente devenga residente, ser satisfecho con las pesetas comunes que éste obtenga legalmente en el territorio nacional durante su nueva etapa residencial, siempre que tales pesetas tengan el marchamo de transferibles al exterior según las normas del control de cambios (circunstancia, sin embargo, que no posibilita el que el pago efectivo de las mismas pueda realizarse directamente,

debiendo canalizarse el mismo por alguno de los rigurosos procedimientos de solvabilidad controlada a los que con anterioridad nos referimos, lo cual obliga, en primer término, a efectuar el ingreso de tales pesetas transferibles en una de las cuentas extranjeras operativas en nuestro panorama financiero).

Como colofón de lo hasta aquí alegado, tengo que patentizar también que la cancelación de la hipoteca de que se trate no puede alterar en modo alguno el régimen general de constitución previsto para el crédito garantizado, reflexión que en el entorno de los préstamos financieros exteriores tutelados por la Circular 6/1987 del Banco de España determina el que la misma no pueda acaecer sin expresa autorización antes de que transcurra el plazo de tres años que tal disposición prevé como requisito constitutivo de los mismos, autorización que puede ser obviada por la obtención del pertinente NOF en la hipótesis de que la inicial operación crediticia haya sido previamente novada en el sentido expuesto de abreviamiento del plazo inicialmente convenido.

ADENDA

MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA

RESOLUCION de 6 de mayo de 1991, de la Secretaría de Estado de Economía, sobre préstamos otorgados por las Entidades delegadas a no residentes autorizados por la Orden de 16 de abril de 1991.

La Orden de 16 de abril de 1991 autoriza a las Entidades delegadas para 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.

Esta liberalización comprende los préstamos y créditos de carácter financiero en pesetas otorgados por las Entidades delegadas a no residentes, es decir, aquellos préstamos y créditos no relacionados con transacciones comerciales o prestaciones de servicios en las que participe un residente, entre los que se incluyen los préstamos hipotecarios destinados a la realización de inversiones extranjeras en España por no residentes. En este último caso, la Orden de 16 de abril de 1991 también supone la eliminación del límite al que hace referencia el artículo 14.1 de la Orden de 4 de febrero de 1990.

La supresión de la limitación vinculada a los pasivos en pesetas convertibles de las Entidades delegadas vigente hasta el momento conlleva la

necesidad de dictar las normas de procedimiento relativas a la comunicación y control de las operaciones afectadas por la citada Orden de 16 de abril de 1991.

En su virtud, dispongo:

Artículo 1.º 1. Por medio de la presente Resolución se dan las normas de procedimiento aplicables a las comunicaciones a efectuar por las Entidades delegadas y al control de los préstamos y créditos autorizados por la Orden de 16 de abril de 1991, que podrán efectuarse con el mismo alcance que la autoridad monetaria determina para la concesión de estos préstamos y créditos a residentes.

2. Las disposiciones de esta Resolución se aplicarán a los préstamos y créditos financieros en pesetas otorgados por las Entidades delegadas a no residentes y a los préstamos hipotecarios en pesetas otorgados, asimismo, por las Entidades delegadas a no residentes destinados a la realización de inversiones extranjeras en España de acuerdo con el artículo 14.1 de la Orden de 4 de febrero de 1990.

Art. 2.º Los préstamos hipotecarios denominados en pesetas otorgados por las Entidades delegadas a no residentes destinados a la realización de inversiones extranjeras en España, al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Orden de 4 de febrero de 1990, de acuerdo con el artículo 12.3 del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España, serán objeto de comunicación conforme a la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 14 de mayo de 1990, por la que se dan normas para la comunicación de créditos hipotecarios destinados a la adquisición de bienes inmuebles, sin perjuicio de la aplicación a dichos créditos de lo establecido en el artículo 4.º de la presente Resolución.

Art. 3.º 1. Las disposiciones de préstamos y créditos financieros otorgados al amparo de la Orden de 16 de abril de 1991 serán objeto de abono en cuenta extranjera de pesetas convertibles y se comunicarán en los estados VH-1, mediante modelo A(4) aplicado al código estadístico 16.51.01 (a largo plazo) o 16.60.01 (a corto plazo).

2. Los reembolsos por amortización e intereses de dichos préstamos y créditos se adeudarán en cuenta extranjera de pesetas convertibles y se comunicarán en los estados CD-1, mediante modelo R(2) aplicado al código 16.51.02 y 16.51.03 (a largo plazo) o 16.60.02 y 16.60.03 (a corto plazo), según corresponda.

Art. 4.º Las Entidades delegadas mantendrán a disposición del Banco de España información diaria del importe total de activos en pesetas frente a no residentes.

La comunicación decenal adjunta al estado "PS" a que se refiere la norma undécima de las de procedimiento (información complementaria) de la Circular 10/1989, del Banco de España, sobre cuentas extranjeras de

pesetas convertibles, contendrá dicho total de activos con la siguiente disposición de los datos:

1. Saldo de préstamos y créditos en pesetas convertibles (incluidos los hipotecarios)
 2. Saldo de préstamos y créditos vinculados a transacciones comerciales y de servicio
 3. Saldo de descubierto en cuentas de pesetas convertibles
- Total activos en pesetas frente a no residentes
(1 + 2 + 3)

DISPOSICION DEROGATORIA

Queda derogada la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores, de 23 de octubre de 1989, sobre préstamos en pesetas otorgados por las Entidades delegadas a no residentes autorizados por la Orden de 31 de junio de 1989.

DISPOSICION FINAL

La presente Resolución entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Madrid, 6 de mayo de 1991.—El Secretario de Estado de Economía, Pedro Pérez Fernández.

Como colofón de todo lo expuesto, y en referencia a la disposición que acabo de transcribir, tengo que poner de relieve que la misma conecta la concesión de los créditos a los que alude a la concomitante apertura de una cuenta en pesetas convertibles en favor del prestatario no residente. Dato que corrobora todo lo que en el curso del trabajo que ha antecedido hemos apuntado acerca de la necesidad de que el reembolso de los créditos en pesetas otorgados por Entidades delegadas en favor de no residentes se efectúe con aportación dineraria exterior y que su manejo se haga forzosamente por la vía bancaria, extremos de inexcusable control por parte del Registrador interviniente.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD

Registrador de la Propiedad