

Resoluciones y sentencias

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

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

6. EE INSCRIBIBLE, SIN EL REQUISITO DE LA AUTORIZACIÓN DEL INSTITUTO DE MONEDA EXTRANJERA, UNA ESCRITURA DE HIPOTECA CONSTITUIDA POR UN EXTRANJERO QUE ACREDITA LA CONDICIÓN DE RESIDENTE EN LA FECHA DE OTORGAMIENTO, AUNQUE LA HIPOTECA GARANTICE UN RECONOCIMIENTO DE DEUDA DE CANTIDAD RECIBIDA ANTERIORMENTE Y NO SE DETERMINE LA FECHA DEL RECIBO, PORQUE AQUELLA AUTORIZACIÓN NO LA NECESITAN LOS EXTRANJEROS RESIDENTES EN ESPAÑA Y NO SE PUEDE, EN BASE A CONJETURAS QUE NO SE HAN TRADUCIDO EN PRUEBA POSITIVA, EXCLUIR A ÉSTOS DEL PRINCIPIO GENERAL DE EQUIPARACIÓN JURÍDICA CON LOS ESPAÑOLES.

Resolución de 7 de junio de 1972 («B. O. del E.» de 4 de julio).

Antecedentes de hecho.—En escritura otorgada en Barcelona, ante su Notario don Angel Martínez Sarrión, el 24 de enero de 1969, doña Ana Hermann Neuhaus reconoció adeudar a don Jean Tremoulet, de nacionalidad francesa con tarjeta de residencia en Barcelona, de 25 de octubre de 1968, la cantidad de un millón de pesetas, en garantía de cuyo pago, intereses al 6 por 100 y 300.000 pesetas para costas y gastos, constituyó hipoteca sobre dos fincas en San Cugat del Vallés.

La escritura fue calificada en el Registro de la Propiedad de Tarrasa con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del documento que precede, por no acreditarse la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera, exigida por la Ley de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938, Decreto de 24 de noviembre de 1939, Orden Circular de la Dirección General de Registros y del Notariado de 30 de julio de 1947 y Resolución del Instituto Español de Moneda Extranjera de 28 de mayo de 1954, y otras complementarias; toda vez que el acreedor hipotecario, de nacionalidad francesa, si bien se dice es residente en Barcelona, su tarjeta de residencia es de fecha 25 de octubre de 1968, menos de tres meses anterior a la fecha de la escritura, 24 de enero de 1969, diciéndose en ésta que la deudora reconoce adeudar un millón de pesetas que tiene recibidas con anterioridad a la escritura, debiendo, por tanto, justificar el recibo de dicha cantidad en la forma prevenida en el caso a) de la citada resolución del Instituto citado. Se califica este defecto como subsanable, no tomándose anotación preventiva por no solicitarse.»

El Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la calificación alegando: Que anteriormente se había presentado el documento y solicitado el asiento temporal que establece el párrafo 3 del artículo 98 del Reglamento Hipotecario, no accediéndose a ello por el Registrador; que las disposiciones dictadas para extranjeros y ampliadas por analogía a los españoles que residan fuera del país, no son aplicables a los extranjeros residentes en España que consuman la moneda generada en sus relaciones civiles en el interior del territorio nacional, sin que tengan limitación alguna en el vigente régimen jurídico, y que la condición de residente se concede por el Ministerio de la Gobernación, tras determinado tiempo de permanencia en el país, por un plazo de dos años, prorrogable en forma similar a los pasaportes, quedando acreditada por el plazo de vigencia de la tarjeta, que no contiene indicación alguna respecto al tiempo que cubre.

El Registrador informó: Que en los recursos gubernativos sólo pueden ser discutidas las cuestiones relacionadas directa e inmediatamente con la calificación, sin que sea aplicable al caso el artículo 98 del Reglamento, ya que el asiento a que se refiere no fue oportunamente solicitado; que se funda especialmente en la Resolución del I. E. M. E. de 28 de mayo de 1954, según la cual, en el caso a que se refería, era necesaria su autorización, por cuanto debía comprobarse el precio confesado recibido con anterioridad, aclarando el origen y circunstancias de la deuda contraída; que resulta extraño que no se solicitase la autorización dadas las facilidades existentes para pedirla y concederla; que la tarjeta de residencia lleva fecha tres meses anterior al otorgamiento de la escritura y habiéndose entregado el préstamo previamente a la formalización de la hipoteca era necesario, de acuerdo con la mencionada Resolución, acreditar que dicha residencia era cierta en el momento de recibir dicho capital, extremo que hubiese sido fácil justificar con certificación del Organismo competente, y que el recurrente no cita disposiciones legales en apoyo de su tesis y el Registrador debe atenerse a las normas vigentes que no hayan sido derogadas por otras posteriores.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador conforme a los siguientes razonamientos: Que es principio general del Derecho Internacional la igualdad jurídica de nacionales y extranjeros desde la época de la Codificación; que el artículo 27 del Código le consagra y sólo admitirá excepciones concretas sin que pueda ser interpretado restrictivamente; que el mismo criterio igualitario inspira el artículo 15 del Código de Comercio; que el sentido expansivo del artículo 27 inclina a interpretar con suavidad y generosamente normas limitativas anteriores, que por razones ocasionales al tiempo de su promulgación reclamaban

inicialmente una aplicación más rígida; que superiores intereses públicos concretados al orden monetario hicieron necesaria la promulgación de normas restrictivas de la capacidad de los extranjeros, como la Ley de 24 de noviembre de 1938, de la que emana la previa autorización del I. E. M. E. para los préstamos en pesetas otorgados por extranjeros (artículo 1, núm. 17) y para la adquisición de inmuebles también para extranjeros (art. 1, núm. 18); pero estas prescripciones, muy atenuadas en la actualidad como consecuencia de la política de mayor liberalidad y del feliz resultado en el desarrollo del plan de estabilización—como se recoge en las Resoluciones de aquel Instituto de 19 de julio y 28 de agosto de 1961, transcrita ésta en la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de octubre del propio año—, no afectan al extranjero residente en España, pues éste, en el aspecto de la normativa proteccionista de nuestra moneda, goza de una libertad de contratación no interferida, en lo que se examina, por exigencia de autorizaciones; que conceptuada la residencia a tales efectos como la surgida en virtud de la discrecional autorización gubernativa (conforme al Real Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852, arts. 4 y 5, y arts. 13, 14 y 17 del Decreto de 4 de octubre de 1935, reformado por el de 2 de julio de 1954), tendrá que entenderse para decidir el trato jurídico aplicable al extranjero que es residente el que ha obtenido autorización gubernativa y, en consecuencia, suponer en el extranjero con la citada autorización de residencia una capacidad no restringida en el orden examinado de la interferencia estatal en el tráfico privado, regla que, por la naturaleza de excepción de las restricciones, por el carácter expansivo del principio de igualdad y por el designio de favorecer la libertad de relaciones y la eficacia de los actos, conduce sin vacilaciones a una plena aplicación al extranjero con autorización de residencia del régimen previsto para los nacionales, aplicación que cederá en favor de la norma restrictiva cuando conste que la operación financiera se realizó en época o bajo una condición jurídica del extranjero que requerían el control del I. E. M. E. Continúa y termina la fundamentación del Auto presidencial refiriéndose a la interpretación teleológica, a la que con mucha frecuencia se remite el Tribunal Supremo, mencionando en especial las Sentencias de 26 de noviembre de 1929 (no ha de atenderse tanto a la observancia estricta y literal del texto legal como a su indudable espíritu, recto sentido y verdadera finalidad, usando el Juzgador la adecuada y justa flexibilidad de criterio que le permita acomodarse a las circunstancias especiales del caso), de 27 de junio de 1941 (no encerrar la interpretación dentro de los límites estrechos del elemento literal, sin el empleo de los demás elementos racionales históricos y sistemáticos que han de poner en claro el verdadero espíritu y alcance de la normal) y la de 24 de enero de 1970 (necesidad de agregar al elemento gramatical y lógico el sociológico, integrado por una serie de factores—ideológicos, morales y económicos—que revelan y plasman las necesidades y espíritu de la comunidad en cada momento histórico).

La Dirección General (1) acuerda confirmar el Auto, apelado por el Registrador, que revocó la nota, sentando la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Autorizada una escritura de préstamo con garantía hipotecaria tres meses después de que al acreedor hipotecario—de nacionalidad extranjera—se le concediese por el Ministerio de la Gobernación la tarjeta de residente en España, y confesándose en la

(1) Vistos: Los artículos 27 del Código Civil, 15 del Código de Comercio, la Ley de 24 de enero de 1938, los Decretos de 17 de noviembre de 1952, 4 de octubre de 1935, 24 de noviembre de 1939, 2 de julio de 1954 y 27 de julio de 1968, y las Resoluciones y Circulares del Instituto Español de Moneda Extranjera de 28 de mayo de 1954, 19 de julio y 28 de agosto de 1961 y 7 de agosto de 1968.

mencionada escritura que la cantidad prestada se había recibido con anterioridad al acto de otorgamiento, la cuestión que plantea este recurso consiste en determinar si será o no necesario para inscribir la mencionada hipoteca la autorización del Instituto de Moneda Extranjera aprobando el acto de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Delitos Monetarios y en los artículos 5 y 1 del Decreto de 24 de noviembre de 1939.

Tanto el artículo 27 del Código Civil como el 15 del Código de Comercio establecen el principio general de que los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo que en Tratados o en Leyes especiales se haya dispuesto que para determinados actos esto no tenga lugar, excepciones que en cada caso o supuesto habrán de ser interpretadas para su aplicación, siempre teniendo en cuenta el principio general y el alcance que por el legislador se haya querido dar al caso singular contemplado.

La Ley de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938 y el Decreto de 24 de noviembre de 1939 exigen para la realización de los actos enumerados en estas disposiciones legales la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera, lo que propiamente no viene a constituir una excepción al principio general de igualdad antes indicado, puesto que su contenido afecta lo mismo a españoles que a extranjeros, ya que lo que cualifica la especial situación de sometimiento a estas disposiciones legales es la residencia o no dentro del territorio español y no la condición de nacional.

Al faltar uno de los presupuestos esenciales para que el acto realizado quede incluido dentro de los que deben solicitar la autorización del Instituto Español de Moneda, no parece necesaria su obtención, máxime cuando toda disposición prohibitiva o limitativa ha de procurarse interpretarse en sus justos términos y no en forma extensiva, lo que supondría ampliar su campo de aplicación a supuestos no comprendidos en el texto legal, pero dado que se alega por el funcionario calificador la posibilidad de que por la proximidad en el tiempo pudiese ser necesaria la mencionada autorización, tal y conforme apuntó la Resolución del mismo de 28 de mayo de 1954, convendrá examinar esta última cuestión por si ello pudiese influir o alterar lo hasta ahora indicado.

La condición de residente, regulada en los Decretos de 4 de octubre de 1935 y 2 de julio de 1954, se concede por el Ministerio de la Gobernación a virtud de solicitud del extranjero que pretende continuar en España más allá de la permanencia temporal cubierta por el visado de su pasaporte y supone la plena aplicación al extranjero del régimen previsto para los mismos, sin que pueda, en base a conjeturas que no se han traducido en una prueba positiva de que así ha sucedido, aplicársele un régimen de control por parte del Instituto Español de Moneda Extranjera del que, en principio, se encuentra excluido por las propias disposiciones de la Ley de Delitos Monetarios, y a mayor abundamiento hay que tener también presentes los llamados Decretos de liberalización de 1959, que dulcificaron en esta materia el rigor hasta entonces existente sobre la cuestión, y que el propio Instituto Español de Moneda Extranjera lo manifiesta cuando en su Circular número 248, de 7 de agosto de 1968, dictada para la Banca delegada, establece los casos en que se considera a una persona residente o no residente para sólo a estas últimas aplicar el régimen de excepción.

COMENTARIO.—Creo que el problema básico del caso planteado a la Dirección con este recurso aparece suficientemente claro y sobradamente desmenuzado en la nota calificadora y en el informe del Registrador, en las alegaciones del Notario recurrente y en especial en los razonamientos del Auto presidencial.

Por lo mismo, creo que los considerandos de la Resolución apenas

necesitan aclaración ninguna sobre la acertada doctrina que sientan. El Registrador estuvo acertado en su reparo, que indudablemente tiene su claro fundamento; pero la Dirección también ha estado acertada en su fallo, pues de haber resuelto lo contrario, el control del I. E. M. E. se extendería por igual a residentes y no residentes en España, al amparo de que cualquier acto realizado por un residente pudiese derivar más o menos directamente, en forma más o menos encubierta, de otros actos realizados antes de la legalización de su residencia en España. Si los intereses de la economía y moneda nacionales exigiesen un planteamiento más receloso del problema del tiempo anterior (o inmediatamente anterior) a la fecha de la tarjeta de residente, es lógico que se dicten disposiciones claras, del rango oportuno, para desvirtuar el principio *tempus regit actum*, que aplicado a nuestro supuesto obliga a considerar acto de un residente en España al otorgado después de obtenida tal condición.

Aunque los considerandos de la Resolución y, aún más, el Auto presidencial insistan, acaso con exceso, en el principio de igualdad de nacionales y extranjeros y en la interpretación restrictiva de todas las normas limitativas de tal principio, y aunque tales alegaciones contribuyan a reforzar la opinión favorable a la inscribibilidad de la escritura cuestionada, la verdad es que el problema estaba centrado en si había de aplicarse o no el criterio de la Resolución del I. E. M. E. de 28 de mayo de 1954, partidario de remontarse a la fecha y las circunstancias de la entrega del dinero. La Dirección acoge el contrario de no ser permisible entrar en el pretérito de la escritura sometida a la calificación, que está otorgada cuando el acreedor hipotecario, señor Tremoulet, tenía ya la condición de residente en España.

Por eso, aunque todo el contenido de la Resolución, especialmente el Auto del Presidente de la Audiencia, en cuanto busca la interpretación restrictiva del control por el I. E. M. E., es interesante y útil para fundamentar el fallo, creo que todo el «quid» de la cuestión está en el último considerando, cuando decide que no procede aplicar dicho control «en base a conjeturas que no se han traducido en una prueba positiva». Las conjeturas que, sin traducirse en prueba positiva, excluye el considerando son, naturalmente, las que conducen al Registrador a estimar que el señor Tremoulet era, o podía ser, no residente todavía, en el momento de la entrega del dinero causa del reconocimiento de deuda garantizado por la hipoteca.

La nota de calificación es un tanto imprecisa, porque comenzando por estimar como defecto el no acreditarse la autorización del I. E. M. E., termina por afirmar que el defecto consiste en no justificarse el recibo de la cantidad objeto de la deuda reconocida en la escritura. A pesar de todo, la creo suficientemente expresiva de la intención del Registrador, consistente en dejar al interesado en la alternativa de presentar la autorización del Instituto o justificar en forma cumplida (aunque debió matizar más tal justificación) que el recibo de dicha cantidad se hizo con posterioridad a la fecha de la tarjeta de residencia o de la residencia efectiva en España.

El Registrador pretendía una justificación de la fecha del recibo de la cantidad posterior a la de obtención de la cualidad de residente, por entender que sin ella debía presumir el recibo como anterior a la tarjeta de residencia velando por el interés del I. E. M. E. en controlar los negocios de los no residentes. La Dirección ha rechazado tal presunción estimando que el Registrador hacía meras conjeturas improcedentes, pero acaso haya menospreciado un tanto el problema al resolverlo en forma tan expeditiva con argumentación que está a dos pasos de la petición de principio.

La Dirección no dice que el Registrador deba limitar su calificación a la hipoteca (derecho real) claramente constituida cuando el acreedor ya era residente. Tampoco afirma que en la hipoteca en garantía de un reconocimiento de deuda, no es la deuda reconocida, sino el reconocimiento mismo, lo que la hipoteca garantiza, y por ello, la calificación registral no puede ir más atrás del reconocimiento. Pero acaso el cuarto considerando debió entrar decididamente en estas y otras graves cuestiones para rechazar con mejor fundamento la tesis del Registrador, que dice ser coincidente con la Resolución del I. E. M. E. de 28 de mayo de 1954.

Existe en la doctrina del negocio jurídico un pasadizo mal iluminado que, sin embargo, puede ser muy útil para evitar perderse en estériles discusiones en torno al negocio abstracto: el pasadizo entre el tema del negocio abstracto, tal como quedó planteado por Otto Bähr en 1855, y el tema de la formalización o documentación del negocio, tal como fue iniciado en 1887 por Degenkolb. FEDERICO DE CASTRO, fiel a su idea de que causa y forma no son sino dos requisitos para delimitar la esfera de la autonomía de la voluntad, de los cuales la causa va, y debe ir, sustituyendo al más simple y basto de la forma, estudia la documentación del negocio inmediatamente a continuación de los epígrafes dedicados a fulminar el negocio abstracto. La aproximación de dos temas, que suelen examinarse por separado, acaso sirva para poder huir de posiciones exageradas en la materia.

Como dice DE CASTRO, la doctrina alemana y suiza, después de expulsar la causa por la puerta, la han hecho entrar por la ventana (presuposición, base del negocio). En cambio, un influyente sector de la doctrina italiana trata de arrojar por la ventana la causa, que había entrado por la puerta grande del Código (2). Igual se van calmando los ánimos fuera de España en la polémica sobre el negocio abstracto a partir del momento en que los alemanes admiten que hay diversos grados de abstracción. Pero nosotros seguimos propensos a modas y exageraciones. Se exageró mucho llevando literalmente la doctrina alemana a los considerandos de alguna Sentencia que necesitaba partir de un cierto grado de abstracción del negocio; pero posiblemente exageran ahora también CASTRO y todos los causalistas españoles en sus acerbas críticas al negocio abstracto y a la teoría «insular» de la escritura pública de NÚÑEZ LAGOS. Lo malo del negocio abstracto no es ser producto de un afán desmesurado de construcción jurídica, propio de la jurisprudencia conceptual pandectística, como injustamente suele ahora afirmarse, sino el haber pasado a ser término de una clasificación de los negocios jurídicos. El jurista, como el botánico, se encuentra en el constante dilema de que sin definiciones y clasificaciones no puede pensar; pero al propio tiempo, las clasificaciones y definiciones le constriñen el pensamiento. El negocio abstracto no es una clase opuesta a la de negocio causal, sino un aspecto existencial del negocio jurídico que aparece en cualquier declaración de voluntad en cuanto, en cierto sentido, se necesita aislarla, independizarla de sus precedentes y motivaciones por razones de seguridad, fijeza, eficacia, etc.

Uno de los argumentos más serios contra el negocio abstracto en el Derecho español reside en la afirmación de que la tasa de excepciones en nuestro juicio ejecutivo no se funda en el negocio abstracto, sino que la Ley de Enjuiciamiento se limita a establecer una lista taxativa de excepciones (art. 1.464) con miras a obtener cierta simplificación procesal, pero sin evitar que dentro del mismo juicio ejecutivo pueda discu-

(2) Emplea aquí CASTRO precisamente la misma expresión que empleó WINDSCHEID cuando después que en la segunda lectura del Proyecto de B. G. B. se dejó fuera su teoría de la presuposición (*Voraussetzung*), pronóstico que ésta, *arrojada* por la puerta, volverá por la ventana. FEDERICO DE CASTRO, *El negocio jurídico*, 1967, págs. 174, 175 y 322.

tirse la nulidad de todo lo actuado por razones basadas en el precedente causal (art. 1.467), desconociendo así nuestra legislación el efecto procesal típico del negocio abstracto. Posiblemente esto no sea tan sencillo y simple, porque está claro que si ambos preceptos se interpretan muy generosamente, el juicio ejecutivo sobra en la Ley; pero es que, además, el aspecto abstracto del negocio jurídico tiene un juego más amplio y rico que el delimitado por el juicio ejecutivo.

Prueba de ello es el caso sometido al juicio de la Dirección General en el recurso que comentamos, en el que el argumento decisivo, se quiera o no, es que el Registrador tenía que admitir cierto grado de abstracción en el negocio de constitución de hipoteca para excluir con toda tranquilidad la licencia del I. E. M. E.

Roca dice que en nuestro sistema la hipoteca es un derecho real de garantía accesorio de una obligación, en la existencia de la cual radica la causa de la hipoteca, y por ello en el título se hará referencia a la obligación garantizada. Se muestra disconforme con la doctrina de la Resolución de 31 de julio de 1928 y con las opiniones de URCISINO ALVAREZ y LACRUZ, favorables a una somera o nula calificación registral de la causa del negocio (3). Pero debemos tener en cuenta que si la hipoteca se constituye en garantía de un reconocimiento de deuda y si éste tampoco puede construirse como abstracto en el Derecho español, deberá contener la escritura todo el precedente del reconocimiento de deuda hasta su origen más remoto, lo cual no entra en los usos y formularios notariales. Sea por el camino de la abstracción de la causa o sea por el de la fuerza constitutiva, dispositiva y confesoria de la escritura de reconocimiento de deuda, es obligado llegar a la consecuencia de que el Registrador debe tener un límite en la calificación de la causa y de los precedentes del acto presentado a inscripción, porque de otra manera, y exagerando algo, se vería en la obligación de recelar de que cualquier hipoteca en garantía de un reconocimiento de deuda pudiese derivar remotamente, a través de los enlaces causales, de un negocio concertado cuando era menor de edad el hipotecante.

No aparece en la Resolución el texto literal de la cláusula de reconocimiento de deuda, pero suponemos que sería totalmente inexpresivo de la fecha y causa de la misma. El caso, desde el punto de vista causalista, es igual al de una compraventa con precio confesado recibido con anterioridad, aunque otra cosa nos parezca por considerar causal la compraventa, despreocupándonos de que, conforme al artículo 1.274, la causa para el vendedor es la prestación (o la promesa) del precio y no su propia confesión de haberlo recibido con anterioridad. En ambos casos, la calificación de la causa por el Registrador tiene que ser, necesariamente, un tanto limitada. El informe del Registrador habla de préstamo y de momento de recibir dicho capital, pero no queda claro en los resultandos qué certificación pretendía el Registrador para acreditar que la «residencia era cierta en el momento de recibir dicho capital».

Posiblemente, la Dirección haya estado acertada en no complicar su Resolución entrando en el delicado tema del negocio abstracto, y en el, no menos delicado, de la escritura de reconocimiento de deuda. Acaso vo sufra despiste al traerlos aquí a colación, pero es que creo que no se debe perder ninguna ocasión de aportar datos sacados de la vida jurídica real, a los teóricos entregados al estudio de las «grandes cuestiones», para evitar que se olviden de las menudencias de cada día, que, en definitiva, son las que interesa resolver.

T. C. G.

(3) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II, 1968, págs. 98, anteriores y siguientes.