

2. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1973.

(Teng Bo Khoe y Sra. v. Hans Richartz)

SUMARIO: 1. El cheque como medio de pago. La "congelación" del cheque. 2. Adquisición, por extranjeros, de fincas en zonas estratégicas. La autorización del Ministerio del Ejército.—3. Traducción de las escrituras públicas a idioma extranjero.

En documentos privados fechados en Puerto de la Cruz el 19 de diciembre de 1968 se pactó por don Teng Bo Khoe y señora, de nacionalidad indonesia, y don Hans Richartz, de nacionalidad alemana, todos residentes en Puerto de la Cruz, promesa de venta y opción, respectivamente, de unas parcelas de terreno solares en la Urbanización "Las Adelfas" en Puerto de la Cruz, fijándose como precio de venta el de cien marcos alemanes el metro cuadrado.

En 24 de junio de 1969 se otorgaron escrituras públicas de compraventa de las parcelas entre las mismas personas antes referidas y ante un Notario de Puerto de la Cruz, por el precio de 117.070 marcos alemanes, para cuyo pago el comprador señor Richartz libró un cheque a nombre del señor Khoe y a cargo del Staatliche Sparkasse de Bremerhaven. La venta se otorgó sin autorización del Ministerio del Ejército ni de ningún otro organismo. No se expresa en la escritura si se tradujo o no al alemán o a cualquier otro idioma ni si los comparecientes sabían o no el español.

El señor Khoe ingresó en el Banco de Canarias el referido cheque para que le fuese abonado en su cuenta corriente y posteriormente dicha entidad le notificó que el señor Richartz había dado órdenes al Banco alemán para que no fuese pagado, es decir, "congeló" el cheque.

Ante este hecho, el señor Khoe se querelló por estafa contra el señor Richartz, abriéndose el oportuno sumario en el que se declaró que la orden de "congelación" del cheque la dio el mismo señor Richartz, so pretexto de un incumplimiento por el vendedor de unos compromisos de construcción. El Juzgado sobreseyó el sumario considerando que la cuestión planteada era asunto civil.

Es entonces cuando los señores Khoe formulan demanda ante el Juzgado de 1.ª Instancia de La Orotava, contra el señor Richartz, suplicando se declare que este último debe pagar a aquéllos el equivalente en pesetas de 117.070 marcos alemanes en el momento del pago, así como a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se hubieran ocasionado a los acreedores. En reconvencción pidió el demandado la resolución de los contratos privados firmados en 19 de diciembre de 1968, la devolución de 250.000 marcos alemanes que tenía recibidos del demandado, pago de los perjuicios, nulidad o inexistencia de los contratos contenidos en escrituras públicas de 24 de junio de 1969, así como la nulidad de las respectivas inscripciones. Fundamentaba su petición

en lo esencial en un doloso incumplimiento por el señor Khoe de unas obligaciones de construcción de ciertos edificios a que se había comprometido, a que no conocía el idioma español y no se le tradujeron las escrituras, que enterado después de lo que había firmado, estimó que éstas suponían una modificación unilateral de lo pactado en documento privado, ante lo cual ordenó la "congelación" del cheque.

El Juez de 1.^a Instancia de La Orotava dictó Sentencia en 7 de junio de 1971, por la que, estimando en todas sus partes la demanda, condenó al señor Richartz a pagar a los demandantes el equivalente en pesetas a 117.070 marcos alemanes a razón de la cotización del marco alemán en el momento del pago, así como a las cantidades que en concepto de impuestos hayan satisfecho los actores por cuenta del demandado y ello en concepto de indemnización de daños y perjuicios, cuya cuantía se determinará en ejecución de sentencia. absolvió a los señores Khoe de los pedimentos de la reconvencción, sin expresa imposición de costas.

Interpuesto recurso de apelación por la representación del demandado, la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia con fecha 3 de febrero de 1972, por la que revoca parcialmente la sentencia apelada declarando la nulidad de una cláusula contenida en ambos contratos, por los que al parecer se establecían ciertas limitaciones al dominio de las parcelas compradas, ordenando la nulidad de las inscripciones y menciones de tales limitaciones en el Registro de la Propiedad y, confirmando parcialmente la sentencia, pronuncia la misma condena de ésta antes referida al pago de las cantidades antes expuestas reproduciendo en esta parte el pronunciamiento de aquélla.

La representación del señor Richartz interpuso recurso de casación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo, y éste en sentencia de 6 de abril de 1973 de la que fue Ponente don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenza declaró no haber lugar al mismo en base a los siguientes considerandos:

CONSIDERANDO: Que denegados por Auto de esta Sala de diecinueve de diciembre de mil novecientos setenta y dos la admisión de los motivos segundo, cuarto, quinto, sexto y octavo por los defectos formales que en el mismo se consignan, sólo cabe ahora entrar en el estudio de los motivos primero, tercero, séptimo, noveno y décimo que fueron admitidos.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la inaplicación en la sentencia recurrida de la Ley de veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco, de su Reglamento de veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis, de la Ley de mayo de mil novecientos sesenta y del Decreto-Ley de marzo de mil novecientos sesenta y dos que prohíben la transmisión de inmuebles sitios fuera del casco de las poblaciones o zonas de ensanche o urbanizadas a extranjeros, sin la previa autorización del Ministerio del Ejército, por la que al no haberse cubierto dicho trámite, la venta debatida es nula; y habida cuenta que, como acertadamente se sostiene en la resolución impugnada, tales *disposiciones admiten excepciones*, como la de que los terrenos estén sitios en zonas turísticas,

según Decreto de veintitrés de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro; es evidente que *dado por probado* que el terreno debatido *se encuentra en zona exceptuada, sin que se haya combatido eficazmente tal declaración*, obliga a desestimar el motivo; máxime si se tiene en cuenta que tal alegación no fue formulada en el oportuno período expositivo del proceso, que la constituye en cuestión nueva, no aducible en casación y *también que las disposiciones alegadas tienen carácter administrativo* y a sus órganos corresponde su determinación y ejecución, así como la exigencia de las responsabilidades que señala en caso de su incumplimiento.

CONSIDERANDO: Que por el mismo cauce procesal que el anterior se articula el tercer motivo, señalando la inaplicación del *artículo cuarto del Código civil en relación al ciento cincuenta del Reglamento Notarial*, y del mil doscientos diecisiete de citada Ley sustantiva, basándose para ello en que no se cumplieron en el otorgamiento de la escritura pública de referencia ninguno de los requisitos que se exigen cuando intervengan extranjeros que no conozcan el idioma español; y como quiera que la resolución impugnada declara que no se ha probado que el recurrente desconociera tal idioma, sin que esta declaración haya sido combatida eficazmente y el Notario anteriormente da fe de que se cumplieron todos los requisitos de lectura y aprobación y otorgamiento por el señor Richartz, sin que se haga la menor alusión a la ignorancia después alegada; es evidente que no se ha demostrado la necesidad de aplicación de las normas aducidas y perece el motivo.

CONSIDERANDO: Que con apoyo en el número séptimo de dicho mil seiscientos noventa y dos, se articula el séptimo motivo del recurso basado en error de hecho en la apreciación de las pruebas por la sentencia impugnada, señalando como documento auténtico que lo acredita la *certificación expedida por el Ayuntamiento de Puerto de la Cruz* en dieciocho de diciembre de mil novecientos setenta que demuestra que *la urbanización "Las Adelfas" no fue definitivamente aprobada por estar en terreno rústico del Plan de Ordenación Urbana de dicho Puerto de la Cruz*, en estudio de revisión, al que debe incorporarse añadiendo que las parcelas son libres y las limitaciones o servidumbres que se establecen son sólo beneficiosas para el vendedor; y *teniendo en cuenta que aparece acreditado en los autos que primeramente fue aprobado el plan de urbanización de "Las Adelfas", aunque después se pretendiera incorporarlo al general del Puerto de la Cruz*, que está en período de estudio, sin que haya sido aprobado al menos al otorgarse las escrituras debatidas y que el vendedor antes de la venta puede establecer las condiciones o servidumbres que estime oportunas en la finca de su propiedad, que aceptadas por el comprador en la escritura le obligan, es visto que no se ha cometido el error denunciado y perece el motivo.

CONSIDERANDO: Que, por último, los motivos noveno y décimo, sustentados ambos en el ordinal primero del repetido artículo mil seiscientos noventa y dos, denuncian respectivamente la inaplicación del artículo mil ciento veinticuatro del Código civil por el incumplimiento del contrato por parte de los recurridos al no haber realizado las obras en el plazo convenido, ni conforme al proyecto aprobado y la también inaplicación de los artículos mil ciento uno,

mil ciento dos, mil ciento siete, mil trescientos y mil trescientos tres del mismo Cuerpo legal al no apreciar *dolo en los vendedores*, ni *error en el comprador*, con las consecuencias que de ello se derivarían; motivos que tampoco pueden prosperar en cuanto no respeten los hechos declarados probados por la sentencia que estima cumplidas por los recurridos las obligaciones esenciales que les incumbieren y niega la concurrencia del dolo y error alegados, que al no haber sido eficazmente combatidas en el recurso persisten y privan a estos motivos de la sustentación fáctica en que se apoyan.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos, no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por don HANS RICHARTZ, contra la sentencia pronunciada por la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha tres de febrero de mil novecientos setenta y dos, en autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos contra el mismo por don TENG BO KHOE y doña SICE XHIN TAN, sobre reclamación de cantidad; condenamos al recurrente al pago de las costas ocasionadas en el recurso; y a su tiempo, comuníquese esta resolución a la expresada Audiencia, con devolución a la misma de las actuaciones que remitió.

Vamos a centrar nuestro estudio en los problemas enunciados en el epígrafe de este comentario.

1.º *El cheque como medio de pago. La "congelación" del cheque.*—El principio de identidad en el pago conduce en las obligaciones de pagar una cantidad en dinero, a la consecuencia de que el cumplimiento efectivo de las mismas se debe llevar a cabo con la entrega de la suma de dinero convenida, en la moneda de curso legal que tenga carácter liberatorio cuando no sea posible el pago en la convenida explícitamente.

Sin embargo, cuando la cantidad que el deudor debe entregar pasa de ciertos límites, se plantean las partes consideraciones de conveniencia y aún de seguridad que impulsan a las mismas a sustituir la entrega de moneda metálica o de papel por un título representativo de la misma que evite su trasiego material y el consiguiente riesgo de extravío. El deudor ofrece al acreedor la posibilidad de que el pago se lleve a efecto mediante la entrega del cheque. Se acude entonces al cheque en su función de medio de pago de la obligación.

Pero a los ojos del jurista, todas las ventajas económicas de la utilización del cheque como medio de pago de la obligación presentan como contrapartida una serie de problemas que es necesario abordar con la brevedad que este comentario impone.

a) Si el deudor debe cumplir entregando al acreedor la prestación convenida y no otra, es indudable que no puede compeler al acreedor a que reciba, en lugar de la moneda convenida o la legal liberatoria, un cheque.

En una compraventa, por ejemplo, en que no se haya convenido sobre este particular, el precio debe ser pagado en dinero o signo que lo represente (art. 1.445 C. c.), y si en el contrato no se fija tiempo para el pago, la prestación del comprador debe ser simultánea a la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida (art. 1.500 C. c.).

El comprador debe pagar la deuda de dinero con dinero, sin que le sea posible imponer unilateralmente al vendedor el pago con la entrega de algo distinto al dinero (art. 1.170).

Ahora bien, el artículo 1.445 C. c. habla de precio cierto en dinero o signo que lo represente. Y junto al dinero efectivo, se admite hoy el llamado dinero de giro o dinero bancario constituido por los depósitos a la vista. El cheque podría quizá ser considerado como uno de los signos representativos de este dinero de giro bancario. ¿Quiere esto decir que el comprador puede cumplir su obligación de pago del precio, con carácter liberatorio y forzoso para el vendedor entregando a éste un cheque? No creemos ser ésta la conclusión que se deriva del citado artículo 1.445. Es más, ni que sea éste el tema que aborda. El Código quiere precisar que el contrato seguirá siendo compraventa (y no permuta u otro contrato) cuando no entregando dinero efectivo se entregue signo representativo de dinero. Que el dinero efectivo sea de una clase u otra o que se haya de admitir forzosamente signo representativo de dinero es otra cuestión. De no existir el artículo 1.170, al que luego nos referiremos, tendríamos que concluir igualmente que en defecto de pacto el comprador sólo podría obligar al vendedor a recibir moneda de curso legal de curso forzoso, con pleno poder liberatorio, porque sólo éste permitirá cumplir (repetimos que en defecto de pacto) con la regla de simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones en las obligaciones bilaterales (cfr. art. 1.100, párrafo último, y 1.224) y más concretamente en la compraventa (art. 1.500 C. c.) y porque como se desprende de la propia noción de moneda de curso legal, el acreedor de una deuda dineraria (salvo pacto en contra) sólo puede ser obligado a recibir la moneda cuya aceptación en pago de deudas dinerarias sea obligatoria por precepto legal, es decir, billetes del Banco de España y dinero metálico (éste dentro de ciertos límites) (1).

Así, pues, en defecto de pacto, sólo un precepto legal podría imponer al vendedor la obligatoriedad de recibir en pago del precio, un cheque. En algunos países existe tal precepto. Así, en Francia, una Ley de 22 de octubre de 1940 prevé que ciertos pagos deben ser efectuados obligatoriamente mediante cheque cruzado o mediante giro. Después de la modificación que esta Ley ex-

(1) La Ley de 9 de noviembre de 1939 establece que los billetes del Banco de España "son preceptivamente medio legal de pago con pleno poder liberatorio" (artículo 7.º, párrafo 1.º). Para las monedas metálicas, diversas leyes establecen su poder liberatorio entre particulares, dentro de ciertos límites y sin limitación alguna en los pagos en las Cajas Públicas. El poder liberatorio entre particulares, cualquiera que sea la cuantía del pago, se fija dentro de unos topes que son en la actualidad los siguientes:

Monedas de diez céntimos: hasta 25 pesetas (artículo 5.º Ley de 11 de mayo de 1959).

Monedas de cincuenta céntimos: hasta 100 pesetas (artículo 4.º Ley de 28 de diciembre de 1966).

Monedas de una peseta: hasta 100 pesetas (artículo 5.º Ley de 8 de julio de 1963).

Monedas de cinco pesetas, veinticinco pesetas y cincuenta pesetas: hasta 250 pesetas (artículo 4.º Ley de 26 de diciembre de 1957).

Moneda de cien pesetas: hasta 1.000 pesetas (artículo 4.º Ley 18 de marzo de 1966).

perimentó por otra de 2 de agosto de 1957, artículo 11, se entiende hoy (2) que sólo los comerciantes están obligados a pagar por cheque o transferencia. Los pagos que deben éstos efectuar por esos medios son en principio los superiores a 1.000 francos, siempre que sea para satisfacer alquileres, transportes, servicios, suministros, trabajos, o correspondan a adquisiciones en cualquier forma que sea de bienes muebles o inmuebles, liquidación de productos de títulos nominativos (que sobrepasen 1.000 francos por certificado y vencimiento), sueldos y salarios (que excedan de 1.000 francos por un mes entero). En definitiva, como dicen Hamel, Lagarde y Jauffret (3), casi todos los pagos quedan sometidos a la regla. Apenas quedan fuera de la enumeración legal más que la aportación a sociedad, la partición, el depósito y el préstamo. Y normas análogas se han dictado también en el vecino país, sobre pago obligatorio por cheque, o sobre todo por transferencia, de los gastos del Estado y de los entes públicos.

b) Si el acreedor de una deuda dineraria exigible acepta un cheque para su pago se produce una alteración en el mecanismo de satisfacción de su legítimo interés. Pagada la deuda en dinero, dispone ya, desde ese momento, de la contraprestación a que tiene derecho y que puede reemplazar. Si recibe un cheque se dilata a un momento ulterior tal posibilidad, al de la efectiva realización del cheque.

Algunos autores (4) entienden que el pago mediante cheque es un pago condicional, siendo el hecho condicionante la efectiva realización del cheque. Nosotros creemos que no es un pago condicional. El hecho debido, entrega y consiguiente percepción de una cantidad de dinero, no puede ser condición de lo mismo que se debe. Si se debe dinero y se entrega el cheque para facilitar la obtención del dinero sin los riesgos de su tenencia material, la entrega del cheque no supone un pago en tanto no se haga efectivo y se obtenga entonces ese dinero debido.

Con la entrega del cheque no se conviene un pago condicional, sino que se está dilatando el momento del pago a un tiempo ulterior. Con la consecuencia de que en el interín no puede pretender el cobro extracambiarario y en consecuencia no corra el plazo de prescripción de las acciones para exigirlo.

Con la consecuencia también de que si entre el giro del cheque y su efectivo cobro, se produce una devaluación monetaria, las consecuencias en su caso de la diferencia de cambio son a cargo del deudor si no ha podido cobrar antes el acreedor, por ejemplo, por estar cerrado el Banco.

Bonet Correa (5) entiende que el criterio dominante que aparece a lo largo de las decisiones del Tribunal Supremo coincide con el criterio que ya sentó

(2) Así HAMEL, LAGARDE y JAUFFRET, en *Traité de Droit commercial*, tomo 2.º, París, 1966, págs. 757 y siguiente.

(3) *Ob. cit.*, pág. 757.

(4) Por ej. FEDERICO MORA, *El Cheque*, a. 1885, pág. 100.

(5) *Las cuestiones interpretativas del artículo 1.170 del Código civil sobre el pago de las deudas de dinero*, en "Anuario de Derecho civil", año 1971, pág. 1106.

una Orden de 23 de marzo de 1869, en cuyo artículo 2.º estableció el módulo del "cambio corriente del día del pago" (sentencias de 10 de marzo de 1925, 3 de julio de 1936, 9 de noviembre de 1957, 6 de abril y 8 de junio de 1963).

Díez Picazo (6) llega a las conclusiones siguientes: la valoración debe referirse al momento de exigibilidad de la obligación; en caso de mora del deudor debe éste soportar la pérdida del valor de la moneda; si la mora es del acreedor, o en caso de retardo fortuito, la pérdida de valor no debe ser a cargo del deudor.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de noviembre de 1957, parece seguir el criterio de que tal cambio ha de referirse al día de la exigibilidad de la obligación (7).

En la sentencia que comentamos de 6 de abril de 1973, al confirmar el fallo de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife, admite, conforme a la sentencia de ésta de 3 de febrero de 1972, que el cambio debe referirse a la cotización oficial en el momento del pago.

Pero, además, con la aceptación del cheque el acreedor está asumiendo la obligación de observar una cierta conducta dirigida al cobro de la cantidad por la que se extiende este documento (8), conducta que habrá de ser diligente si quiere evitar un posible perjuicio para su patrimonio, y todo ello con alcance distinto, según que el cheque recibido esté girado por el deudor o por otra persona a favor del deudor, limitándose éste a endosarlo a favor del acreedor.

El Código de Comercio, en su artículo 537, dispone que:

"El portador de un mandato de pago deberá presentarle al cobro dentro de los cinco días de su creación, si estuviere librado en la misma plaza, y a los ocho días si lo fuere en otra diferente.

El portador que dejare pasar este término, perdera su acción contra los endosantes, y también la perderá contra el librador si la provisión de fondos hecha en poder del librado desapareciere porque éste suspendiera los pagos o quebrase."

Y el 538, a su vez, que: "El plazo de ocho días que fija el artículo anterior para los mandatos de pago librados de plaza a plaza, se entenderá ampliado hasta los doce días de su fecha para los librados en el extranjero".

De acuerdo con lo que venimos exponiendo se nos aparece lleno de lógica y en armonía con el sistema el artículo 1.170 del Código civil, conforme al cual:

(6) *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1.º, pág. 476.

(7) También interesa en esta materia la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1971. Puede verse esta Sentencia y las citadas en el texto en mi obra *La contratación en España por extranjeros*, 3.ª ed. Madrid, 1973, págs. 265 y ss., notas 161 y 162. Véase el comentario de DÍEZ PICAZO a la Sentencia de 30 de enero de 1971, en "Anuario de Derecho civil", año 1971, págs. 1047 y ss.

(8) En contra, GARRIGUES (*Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 5.ª edición. Madrid, 1968, pág. 823), que entiende que el tomador no asume ninguna obligación por el hecho de admitir un cheque como medio de obtener el pago.

"El pago de las deudas de dinero deberán 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.

"La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.

"Entretanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso."

c) El propio artículo 1.170 del Código civil parece resolver el problema de si la entrega del cheque en lugar de dinero implica o no una novación extintiva de la obligación primitiva de pago del precio en dinero.

La cuestión podría tener su importancia:

De existir novación extintiva de la primitiva obligación de pago de precio, en caso de impago del cheque, el vendedor sólo tendría las oportunas acciones derivadas del mismo. Mas no podría ejercitar una acción resolutoria del contrato de compraventa; si se tratará de un precio aplazado novado extintivamente por el cheque, perdería el vendedor las garantías que se hubiesen podido prever para el caso de impago del precio en dinero (cfr. art. 1.207 C. c.); y en caso de concurso de acreedores de este comprador perdería asimismo el privilegio a que se refiere el artículo 1.922, núm. 1.º, C. c., si se tratase de bienes muebles.

El artículo 1.170 del Código civil parece resolver el problema en sentido negativo. La entrega del cheque no produce los efectos extintivos del pago. Para ello es necesario que el cheque sea cobrado, es decir, que sea recibido por el vendedor el dinero pactado. Ciertamente que la entrega del cheque ejerce su influjo en la obligación primitiva según hemos visto en el apartado b) de este comentario, pero dicha obligación no queda extinguida hasta el momento del cobro del cheque o de su perjuicio por culpa del acreedor. En el interín, lo que hay es una suspensión o un paréntesis en la posibilidad de ejercicio de las acciones derivadas de la primitiva obligación y que sólo se cesará cuando el cheque haya sido impagado. Hasta este momento queda también en suspenso el plazo de prescripción de las acciones derivadas de la obligación primitiva (9).

(9) Pero la entrega del cheque no suspende los plazos de caducidad establecidos en diversas normas. Así lo entendió el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de febrero de 1973 en un caso de ejercicio de retracto arrendaticio urbano, en la que el retrayente consignó el precio dentro del plazo mediante talón bancario que fue realizado transcurrido el plazo para la consignación. En su tercer Considerando declara:

"Que la doctrina de esta Sala, manifestada en Sentencias de 5 julio 1944, tiene resuelto, que la entrega de un cheque, o una letra de cambio y caso idéntico es el del talón bancario, no puede equipararse a la consignación del precio, ya que para surtir efectos liberatorios de la obligación de reembolso, que impone el artículo 1.518 del Código, ha de hacerse en dinero, pues los documentos bancarios sólo producen los efectos del pago, cuando hubieran sido realizados, como ordena el artículo 1.170 del Código civil, y en el caso de autos esto tuvo lugar el 17 marzo 1969, en que se ingresó en la Caja de Depósitos el importe del talón, lo que acredita que el reembolso se hizo, fuera del término

Ocurre, sin embargo, en la práctica que aun recibiendo sólo un cheque y no dinero contante, el vendedor da carta de pago del precio. ¿Puede afirmarse en este caso que hay novación?

También aquí la respuesta debe ser negativa en base a argumentaciones ya expuestas por Laurent (10), al ocuparse del caso en relación con el Código de Napoleón, y que aún hoy son válidas. Es en este caso cuando puede afirmarse que la carta de pago del vendedor es condicional, condicionada al efectivo cobro del precio. No pretendemos decir que hay un pago condicional, sino una "carta de pago" condicional. Ciertamente que la condición no aparece apuesta de un modo expreso. Pero, como dice Laurent (11), ello sería inútil, mejor diríamos innecesario, ya que los cheques no satisfechos no son más que un pedazo de papel, y si se recibe un cheque es precisamente, y no hay que insistir sobre ello, para cobrarlo. ¿Será necesaria una explícita declaración para entender que el acreedor no quiere declararse pagado con un simple trozo de papel? Que el acreedor declare al aceptar el cheque que el pago será válido y definitivo sólo cuando sea satisfecho, es tan obvio que debe sobreentenderse aunque no se exprese.

La novación extintiva, empero, se producirá cuando de un modo expreso el vendedor así lo declare, lo que no es probable, aunque posible. Salvo en esta excepcional hipótesis, repetimos, no habrá novación.

ii) En los casos de entrega de cheque para pago del precio de la venta, decíamos antes que se producía necesariamente un lapso de tiempo mayor o menor, según los casos, entre el otorgamiento de la venta y el efectivo cobro del precio por el vendedor. En este período intermedio ¿puede el comprador "congelar" el cheque?; en otros términos, ¿puede el comprador ordenar al Banco librado que no pague el cheque?

En principio debemos contestar que no. Sería contrario a la buena fe; sería una vulneración de lo pactado libremente por el mismo comprador. Y es por esto por lo que como regla general rechazamos tal posibilidad. No porque la congelación del cheque constituya delito de estafa como parece afirmar Garrigues (12), sino porque el comprador debe cumplir lo expresamente pactado y queda obligado a todas las consecuencias que según la naturaleza del pacto sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, como reconocen los artículos 1.258 del Código civil y 57 del Código de Comercio. Revocar sin justa causa el cheque vulneraría esas normas.

de caducidad establecido, por el párrafo 2.º del artículo 48 de la Ley, y por ello ya caducada la acción, por cuyo motivo, se impone la estimación del recurso, sin necesidad de estudio de los demás formulados y en su consecuencia dejar sin efecto la sentencia recurrida y con revocación de la de Primera Instancia, desestimar la demanda de retracto, absolver al demandado de la misma, con las costas de primera instancia a los actores, sin costas en la apelación ni en el recurso y con devolución del depósito constituido."

(10) *Principii di Diritto Civile*, 2.ª ed., vol. XVIII, Milán, 1897.

(11) *Op. cit.*, pág. 236.

(12) Asimilándolo a la emisión de un cheque sin provisión de fondos, en *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo II, título valores..., Madrid, 1955, página 659.

No puede afirmarse "a priori" que tal revocación sea acto delictivo. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema: en Sentencia de la Sala 2.^a, de 6 de mayo de 1959, afirma "que sin previa definición legal no puede reputarse delito la orden expresa del procesado de que no se hiciese efectivo el cheque de que se trata, por exigirlo así los artículos 1.º y 33 del Código penal; y en Sentencia de 22 de febrero de 1968, también de la Sala 2.^a, considera que este supuesto no encaja en la figura del cheque en descubierto del artículo 535 bis del Código penal y es penalmente atípico, lo que no obsta para que pueda existir en algún caso concreto un delito de estafa, como reconoce la última de las sentencias citadas, si "produce el incumplimiento del pago (sic), con la consecuencia de quebrantar el patrimonio del acreedor, a medio de indudable mala fe, que dé vida al elemento culpabilista del engaño..." (13).

(13) Dice así el 2.º Considerando de esta Sentencia:

"Que si se aplicare esta conclusión al supuesto estudiado, habría de estimarse el único motivo del recurso formulado por el procesado condenado por dicho delito, por ser el hecho atípico, ya que habiendo realizado consumiciones en una sala de fiestas de madrugada, para pago de las mismas entregó cuatro cheques, y al siguiente día "con inequívoco afán de lucro", dio orden al Banco librado de que no se atendiera su pago, como ocurrió, defraudando al acreedor en 5.700 pesetas, pues al tener provisión de fondos, faltaba como se dijo, un requisito objetivo del tipo, que impide su punibilidad a pesar de ser reprochable esa conducta, por partir de acreedor capaz económicamente, que deja sin efectividad la "datio in solutum" otorgada en cumplimiento de su obligación; pero no puede ignorarse, sin embargo, que tal actuación, sí produce el incumplimiento del pago, con la consecuencia de quebrantar el patrimonio del acreedor, a medio de indudable mala fe, que dé vida al elemento culpabilista del engaño, puede estar incurso en el delito de estafa del artículo 529, número 1.º, del C. p., sin que sea preciso a tal fin interpretar estrictamente la cronológica del engaño con preferencia a la entrega de la cosa, al sustentarse tal delito en el deseo de defraudar, siendo suficiente sólo que preceda al efectivo desplazamiento patrimonial, que resulta el contenido material y típico del delito de estafa, por lo que basta, para su existencia, que el ardid engañoso sea en el tiempo anterior a la defraudación lograda, con independencia de la entrega primaria de los objetos materiales, pues tal interpretación tiene su apoyo en la mejor doctrina científica, en la unidad conjunta del dolo tan necesario y en la doctrina de las sentencias de esta Sala, de 8 mayo 1958 y 10 febrero 1964, que se apoyan en la estructura ideológica de la estafa, y su tipificación sobre la base del "que defraudare a otro" y en que la defraudación requiere un proceso de actividades que se perfeccionan y consuman al burlar el crédito, no al obtener materialmente la cosa, incriminando la primera de ellas en la estafa, un hecho similar al aquí estudiado, que parificó las conductas de no provisión de fondos para obtener dinero, y la de defraudar por impago, de consecuencias jurídicas idénticas para los dos sujetos del delito, puesto que para el activo supuso un lucro aunque de carácter subsiguiente, y para el pasivo un perjuicio real de matiz defraudatorio; todo lo que conduce a entender, que como el procesado, luego de haber realizado las consumiciones, en la sala de fiestas, que le fueron servidas porque extendió los cheques para su pago, pleno de ánimo de lucro, y sin otra causa ni razón alguna que la de defraudar a su acreedor, bloqueó la cuenta; es evidente que produjo un engaño en la buena fe del acreedor, que fue la única razón de generar la defraudación, y que inició al consumir bajo el señuelo de los cheques, y consumó al bloquear su cuenta, por lo que su conducta debe incriminarse en el delito de estafa citado, en atención a la doctrina indicada, pero como este delito por su cuantía lleva consigo, de acuerdo con el artículo 528, núm. 3.º, la pena de arresto mayor, que por ser reincidente se señalaría en el grado má-

"A priori" el bloqueo o congelación del cheque no es acto delictivo (14). Es más, si admitimos que la entrega del cheque provoca una dilación en el pago puede ocurrir que en el período intermedio desde el otorgamiento de la venta hasta el efectivo pago se produzcan algunas de las hipótesis que contempla el artículo 1.502 del Código civil aplicable entonces por analogía.

Podría pensarse, y así lo entendió el recurrente en el caso origen de la Sentencia de 6 de abril de 1973 que comentamos, que podría suspender el pago del precio, lo que en el caso de entrega de cheque se puede alcanzar con la revocación de la orden de pago al Banco librado, es decir, con la congelación del cheque o bloqueo de la cuenta contra la que se gira. El problema es el de si efectivamente se dan en este caso los supuestos del referido artículo, cuestión civil que parece fue resuelta en sentido negativo.

Pero, salvo en hipótesis en que haya justa causa, no creemos admisible la facultad del deudor de "congelar" el cheque o bloquear su cuenta.

Para llegar a esta conclusión no nos servirían las distintas teorías sobre la naturaleza del cheque o del contrato de cheque comúnmente expuestas por los autores que se ocupan de este mandato de pago.

Como es sabido, la doctrina distingue las relaciones entre librador del cheque y Banco librado, y entre librador del cheque y tenedor del mismo.

Entre el librador y el Banco media el llamado contrato de cheque o de disponibilidad de fondos mediante cheque. Langla (15) distingue la relación interna subyacente (que puede ser depósito irregular, cuenta corriente, apertura de crédito, etc.) y la relación propiamente cambiaria de cheque. Esta relación presupone unos fondos disponibles en poder del librado o, como dice este autor (16), debe existir un crédito líquido y exigible, y además un pacto expreso merced al cual haya contraído el librado la obligación de pagar en la

ximo, superior a la de multa impuesta por el delito de cheque en descubierto, según la escala de penas del artículo 27 del C. p., no cabe acogerse "in pejus" esta adecuada calificación, por impedirlo el artículo 902 de la L. E. Crim. y el criterio de la pena justificada que ha de acatarse imperativamente, dejando por ello vigente la sentencia recurrida por más favorable al recurrente."

(14) Después de la reforma del Código penal por Ley de 15-XI-1971, el artículo 563 bis b) dice así:

"Artículo 563 bis b). Será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 5.000 pesetas:

1.º El que librare, con cualquier finalidad, cheque o talón de cuenta corriente sin que en la fecha consignada en el documento exista a su favor *disponibilidad de fondos* bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo.

2.º El que, habiendo librado un cheque o talón con provisión, *retirase* los fondos o parte de ellos, impidiendo su pago.

3.º El tomador del efecto que lo entregare a otro con cualquier fin, a sabiendas de su *falta de cobertura*.

No obstante lo dispuesto en los números anteriores, quedará exento de responsabilidad penal el librados del cheque o talón que hiciere efectivo su importe a partir de la fecha de su presentación al cobro.

Lo ordenado en este artículo deberá entenderse salvo el caso previsto en el artículo 529, número 1 de este Código."

El texto refundido del Código penal publicado por Decreto de 14 de septiembre de 1973, mantiene este artículo con su misma numeración, 563 bis b), y con su misma redacción.

(15) *Manual de Derecho Mercantil Español*, tomo 2.º, Barcelona, 1954, página 454.

(16) *Ob. cit.*, pág. 453.

forma que el cheque supone; exige (17) la preexistencia de un saldo de dinero con que pagar y el acuerdo de voluntades por virtud del cual se compromete el librado a abonar, por cuenta del emitente de cheques, las cantidades indicadas en ellos.

El librado con quien se obliga es con el librador del cheque (18). Y la naturaleza jurídica de este contrato es la del mandato según su opinión doctrinal, que cuenta con ilustres partidarios (19). Quizá fuese más correcto configurarlo dentro de la amplia categoría de los de gestión en los que también se encuadra el mandato. Por supuesto que nos referimos al contrato de cheque y no al título respecto de cuya emisión el contrato es un presupuesto.

Cuando el cheque emitido no sale del propio círculo del librador o de personas a su servicio actuando para él, no plantea importantes problemas la "congelación" del cheque o bloqueo de la cuenta. Tampoco, a los efectos del presente comentario, en casos de robo, hurto o extravío del cheque.

Pero cuando el cheque emitido se halla legítimamente en manos de un tercero, extraño al contrato de cheque, cobra toda su gravedad la cuestión que examinamos. De ahí que hagamos una referencia a las relaciones entre librador y tomador.

También aquí podríamos ver una relación interna subyacente (por ejemplo, compraventa), que generalmente se trata de consumir o desarrollar con la entrega del cheque. Y una relación propiamente cambiaria surgida con la entrega misma del cheque.

Concretándonos a esta última, cuando el librador entrega el cheque al tomador, ¿está cediendo a éste un crédito contra el Banco librado?, ¿está delegando en el Banco la deuda de aquél frente al tomador?, ¿está delegando simplemente el pago?

La tesis de la cesión es bastante sugestiva (20). Si fuese aceptable, el:

(17) *Ob. cit.*, pág. 454.

(18) Precisamente porque es evidente que el Banco librado sólo quiere obligarse frente al librador es por lo que no puede aceptarse que haya aquí una estipulación a favor de tercero siendo tercero el tomador del cheque.

(19) Así, LANGLE, *ob. cit.*, págs. 454 y sigs., rectificando su opinión anterior. GARRIGUES, *ob. cit.*, pág. 619, lo considera como un contrato complejo, y al cheque como título lo configura como mandato de pago, no en sentido de contrato de mandato, sino de orden de pago.

(20) Conectada con ella está la tesis de que el cheque se produce "cesión de provisión" a favor del tomador y sucesivos portadores del cheque, cuestión ésta dudosa en nuestro Derecho y sobre la que conviene alguna precisión. En primer lugar, como dice MORA (*ob. cit.*, pág. 70, nota), que cuando se habla de ceder la propiedad de la provisión (o cesión de la provisión) se quiere expresar la cesión del crédito que tiene el librador frente al librado como consecuencia de la provisión.

En favor de la cesión de la provisión al portador del cheque podría invocarse el artículo 537, párrafo 2.º del Código de Comercio, al desplazar en el patrimonio del portador las consecuencias de la pérdida de la provisión de fondos en el librado por suspensión de pagos o quiebra de éste.

MAJADA (*ob. cit.* en nota 21, página 87), invoca este mismo precepto para negar la cesión de la provisión.

VICENTE Y GELLA (*Los títulos de crédito en la doctrina y en el Derecho positivo*, 2.ª ed., Zaragoza, 1942, pág. 354) admite la cesión de la provisión, "pero la efectividad de aquel derecho la determina la presentación del título al librado".

Banco librado quedaría vinculado desde que el cesionario tomador del cheque le notificase la cesión (cfr. arts. 1.527 del Código civil y 347 del Código de Comercio), lo que en la práctica ocurriría con la presentación del cheque. Esto hace que aun aceptando esta idea, si no hubiera otra argumentación, el librador podría "congelar" el cheque antes de la presentación de éste al librado. No es grave obstáculo a la teoría de la cesión la afirmación usual de la doctrina (21) de que el Banco librado no quiere obligarse sino frente al librador, y no es grave obstáculo porque esto es lo que ocurre generalmente en toda deuda. El deudor sólo quiere vincularse, obvio es decirlo, con su acreedor, y es por ello por lo que se hace precisa la cesión del crédito y su notificación al deudor para que éste quede obligado frente al cesionario (22).

No hay una propia delegación de deuda en los casos generales, que, ésta sí requeriría la aceptación por el Banco librado. Por supuesto que si indagamos la voluntad del acreedor (en nuestro caso el vendedor) éste se mostraría conforme en que su deudor fuese sustituido por un Banco. El propio deudor (en nuestro caso el comprador), ni que decir tiene que no pondría reparos a esa sustitución. Claro está que el Banco, el presunto nuevo deudor, también tiene la palabra, y es precisamente éste el que normalmente no ha asumido la deuda. De producirse tal delegación no podría ya el Banco negarse al pago alegando haber recibido orden de "congelación" del cheque, puesto que sería ya el propio Banco el directamente obligado en virtud de la delegación pasiva de deuda aceptada por el.

Garrigues (23) parece admitir que lo que hay no es una delegación de crédito ni de deuda sino una delegación de pago en la que el librado delegado no asume ninguna obligación propia frente al tomador. Entiende Garrigues (24) que desde el punto de vista del librador hay frente al tomador una indicación de pago y frente al librado un mandato de pago (25). Si esta teoría estuviese en lo cierto no nos aportaría por sí misma nuevos elementos para resolver en forma satisfactoria el problema que nos preocupa.

En general preferimos huir de las construcciones dogmáticas y refugiarnos en la realidad misma de la relación que el negocio jurídico trata de regular, en el fin práctico que se proponen las partes y en las normas que protegen la buena fe y la seguridad en el tráfico jurídico. Y así volveremos a las conclusiones que sentábamos al principio: de conformidad en lo fundamental con los artículos 1.258 del Código civil y 57 del Código de Comercio, el librador, en este caso el comprador, no puede por regla general, revocar la orden de pago,

Realmente la postura que se adopte a propósito de si existe cesión de crédito con la entrega del cheque, puede proyectarse en este tema relativo a la "cesión de la provisión".

(21) Por ejemplo, MAJADA, *Cheques y talones de cuenta corriente*, Madrid, 1960, pág. 69, y LANGLE, *ob. cit.*, pág. 456.

(22) GARRIGUES (*ob. cit.*, pág. 609, nota) acepta la tesis de BONELLI de que la cesión no sería en modo alguno compatible con la supervivencia del crédito primitivo, siendo así, que generalmente se advierte que el título no se presume transmitido ni recibido "in solutum". Y considera estas ideas de acuerdo con el sentido del artículo 1.170 del Código civil español.

(23) *Ob. cit.*, pág. 614 y siguiente.

(24) *Ob. cit.*, pág. 615.

(25) El artículo 1.162 del Código civil podría reforzar esta tesis.

es decir, no puede “congelar” el cheque, no puede bloquear su cuenta, a menos que hubiese justa causa.

Si no habiendo justa causa se “congela” el cheque por el librador, puede haber base para una querrela criminal por estafa, si en el caso concreto se dan los requisitos de esta figura de delito a la que antes hemos hecho una ligera referencia. No siempre ocurrirá esto. Desde el punto de vista jurídico-privado, que es el que ahora nos interesa, se cierra el paréntesis de la suspensión de las acciones derivadas de la obligación primitiva, que ya podrán ejercitarse.

Para ello es conveniente el protesto en forma del cheque, a fin de obtener prueba auténtica de su falta de pago y evitar que el deudor niegue el hecho e incluso se alegue en su caso el perjuicio del cheque.

Sin embargo, aun siendo conveniente, creemos que el hecho de la “congelación” del cheque podrá probarse por cualquier medio.

El vendedor, en el contrato a que se refiere nuestro comentario, podrá, a su elección, exigir el pago del precio o promover la resolución del contrato y reclamar daños y perjuicios, en este último caso al amparo del artículo 1.124 del Código civil, si, como será lo más frecuente, no se pactó condición resolutoria explícita para el supuesto de no realización del cheque que le permitiera acudir al cauce del artículo 1.504, si de bienes inmuebles se trata.

En el caso de la Sentencia, el señor Teng Bo Khoe optó por exigir el pago del precio más la indemnización de daños y perjuicios, y su pretensión en este sentido fue estimada.

e) En las posiciones jurídicas del portador, librador y librado se pueden introducir ciertas limitaciones para el ejercicio de sus respectivos derechos, generalmente establecidas por razones de garantía y a las que nos vamos a referir brevemente:

Para el tomador o portador del cheque supone una cierta limitación en el ejercicio de sus facultades de cobro el cruzamiento del cheque en las formas admitidas en el artículo 541 del Código de Comercio, por cuanto con el mismo no podrá ya el tomador o portador presentarse directamente en el Banco librado a cobrar su importe, sino que deberá efectuar el cobro a través del ingreso del mismo en cuenta corriente en el Banco donde la tenga, que será el que se encargará de gestionar el cobro, no importa qué Banco cuando el cruzamiento sea general, o a través de Banco o sociedad determinada si así se expresase en el cruzado. El inconveniente para el tenedor de cheques radica fundamentalmente en que con este cruzamiento se dilata todavía más el momento del efectivo cobro de su derecho.

Para el librado y para el librador suponen una limitación, la llamada “certificación” del cheque que no debe confundirse con el “visado” del mismo.

El “visado” es una nota firmada que el Banco librado estampa en el dorso del cheque, en la que viene a afirmar que en la fecha de la nota, el librador del cheque tiene fondos suficientes en la cuenta para su pago. No es más que esto. El Banco no asume ninguna obligación especial, ni el librador ve limitados los derechos que le puedan corresponder sobre la “revocación” o “congelación” del cheque si hay justa causa para ello.

El “visado” viene a ser una “nota informativa” que ofrece el Banco sobre

el estado de fondos de la cuenta contra las que se carga. El cheque "conformado" es un cheque "visado".

Distinta es la "certificación" del cheque. Aquí, el Banco, en nota firmada, asevera que pagará su importe al legítimo tenedor del cheque, quedando bloqueada la provisión en beneficio del portador durante el plazo en que según el Código de Comercio, en sus artículos 537 y 538, debe ser presentado al cobro. Esta modalidad de cheque es muy empleada en EE. UU. de Norteamérica. En Francia se introdujo por Ley de 28 de febrero de 1941. Los autores ponen de relieve que la forma de la certificación por el Banco es análoga a la aceptación en la letra de cambio. ¿Cabe en España el cheque certificado?

La dificultad mayor arranca del precepto del artículo 539 del Código, según el cual el pago se asegura al librado en el acto de la presentación. Se trata de un título pagadero "a la vista". Pero que no exija aceptación, ni sea necesaria, no quiere decir que sea legalmente imposible, ya que la misma no es contraria al orden público (26).

Posiblemente habría que distinguir según que la certificación se estampare a instancia del librador o a instancia del portador. En el primer caso la certificación cumpliría una evidente finalidad de garantía muy útil cuando el tomador tiene que realizar una prestación equivalente, muy útil concretamente en el contrato de compraventa cuando el vendedor entrega el dominio de un inmueble de gran valor y el comprador pretende utilizar el cheque como medio de pago. Cuando el Banco certifica a instancia del librador, cabe interpretar que con tal solicitud el librador está convirtiendo las consecuencias esperadas de la misma, entre ellas el bloqueo de su provisión en beneficio del portador al menos durante los plazos de los artículos 537 y 538 del Código de Comercio. Por lo demás sigue en pie la regla del artículo 1.170 del Código civil: el pago no se entenderá hecho sino cuando el cheque sea efectivamente realizado, obligados cambiariamente quedarán librador y librado.

Si la certificación se extiende a instancia del portador, el tratamiento es distinto. Cuando éste presenta el cheque al Banco, en principio, si hay fondos en la cuenta del librador y no media orden en contra, lo que tiene que hacer el Banco librado es pagarlo, de conformidad con lo dispuesto en el antes citado artículo 539. Si el tomador prefiere en lugar del importe del cheque, un certificado o aceptación del librador es cosa suya; pero entonces cabe concluir que el librador se libera igual que si el cheque hubiese sido realizado porque con este certificado, como dice Mora (27), se produce "el mismo resultado que si el Banco realmente pagase al portador el importe del mandato, que éste depositase de nuevo a su crédito en el Banco la suma recibida, y que este establecimiento le entregase un certificado del depósito. Como consecuencia de esa operación, el Banco deja de ser deudor del primer deponente para serlo del tenedor del cheque, que puede reclamar el pago del mismo y tiene su acción expedita contra el Banco en cualquier tiempo aun después de transcurridos muchos años...".

(26) Cfr. MORA, *ob. cit.*, pág. 109.

(27) *Ob. cit.*, pág. 110. Aunque MORA, en el texto se refiere al Derecho norteamericano, quizá una jurisprudencia progresiva podría introducir este criterio en nuestro Derecho.

II. ADQUISICION, POR EXTRANJEROS, DE FINCAS EN ZONAS ESTRATEGICAS. LA AUTORIZACION DEL MINISTERIO DEL EJERCITO

Normas básicas en esta materia (28) son la Ley de 23 de octubre de 1935 y el Reglamento de 28 de febrero de 1936 (29), que prohíben a los extranjeros la adquisición de la propiedad de fincas o de derechos reales sobre las mismas situadas en las llamadas Zonas estratégicas, sin autorización del Ministerio del Ejército.

Tales Zonas son:

Islas españolas en general, Zona de Baleares, Zona del Estrecho de Gibraltar, Zona de Galicia (establecidas por la Ley y Reglamento citados), Zona de Canarias, Plazas de soberanía del Norte de Africa, Sahara (establecidas por el Reglamento citado), Zona de Cartagena (establecida por Decreto de 26 de abril de 1936), Islas Chafarinas, Alhucemas y Peñón de Vélez de la Gomera (establecidas por Decreto de 21 de marzo de 1958).

Se exceptúan de la prohibición y consiguiente necesidad de autorización los actos que recaen:

a) *Sobre inmuebles sitios dentro del casco de las poblaciones y los incluidos en sus ensanches o zonas urbanizadas de las mismas aprobadas hasta la fecha de la publicación de la Ley de 23 de octubre de 1935, según resulta del artículo 4.º a) del Reglamento, que desarrolla la excepción que establece el artículo 2.º de dicha Ley, aunque extralimitándose, como veremos luego.*

b) *Sobre inmuebles sitios en Zonas o Centros de interés turístico. La declaración de Interés Turístico Nacional para la Zona o Centro lleva aparejados, entre otros efectos, la autorización exigida por la Ley de 23 de octubre de 1935, según establecen la Ley 197 de 28 de diciembre de 1963 sobre Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional, artículo 17, núm. 1, e); su Reglamento de 23 de diciembre de 1964, artículo 62, núm. 1 e); y también en cuanto a Centros Turísticos, el artículo 26 del Texto Refundido de la Ley de Plan de Desarrollo Económico y Social, aprobado por Decreto de 15 de junio de 1972.*

c) *Sobre hoteles o urbanizaciones cuya realización sea aprobada por el Ministerio de Información y Turismo, puesto que según el artículo 26 del Texto Refundido de la Ley de Plan de Desarrollo antes citado, la aprobación por dicho Ministerio de la Realización de los proyectos de hoteles o urbani-*

(28) Véase con más detalle en mi obra citada, *La contratación en España por extranjeros*, pág. 345 y siguientes.

(29) La Ley de 12 de mayo de 1960, que invoca el recurrente en el primer motivo del recurso, impone la inscripción necesaria en el Registro de la Propiedad de los actos y contratos por los que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan en favor de extranjeros el dominio u otros derechos reales y concesiones administrativas sobre inmuebles en Zonas estratégicas. El Decreto-Ley de 22 de marzo de 1962, que también invoca el recurrente en el primer motivo, se refiere a la necesidad de autorización del Consejo de Ministros para la transmisión a extranjeros del dominio o derechos reales sobre fincas rústicas que pasen de cierta cabida, sitas en territorio español, que no sea Zona estratégica, ya que si radican en una de estas Zonas la normativa aplicable es la propia de éstas, como reconoce el artículo 5.º del Decreto-Ley y la Orden del Ministerio de Justicia de 21 de agosto de 1962.

zaciones, lleva aparejada también entre otros efectos la autorización exigida por la Ley de 23 de octubre de 1935.

Conviene precisar:

1.º En cuanto a la excepción referida en primer lugar destaca la exigencia reglamentaria de que los ensanches o zonas urbanizadas de las poblaciones estuviesen aprobadas en la fecha de publicación de la Ley, restricción ésta que no figura en la Ley de 1935, que en su artículo 2.º se refiere, para incluirlas en su ámbito, a las propiedades que “estén situadas fuera de poblado y no incluidas en sus ensanches o zonas urbanizadas”.

Parece dudoso que el Reglamento pueda ampliar la restricción de la norma legal al añadir la exigencia antes vista, pero no impuesta por la Ley. Un Reglamento puede desarrollar una Ley, respetándola. Pero no puede modificarla.

El artículo 2.º de la Ley de 23 de octubre de 1935 exige la autorización militar para la adquisición por extranjeros de terrenos en Zonas estratégicas, siempre que estos terrenos se hallen fuera de poblado y no incluidos en sus ensanches o zonas urbanizadas.

Es decir, que según la Ley se excluyen de la necesidad de autorización las adquisiciones de terrenos: si están dentro de poblado o, si hallándose fuera están enclavados en sus ensanches o en sus zonas urbanizadas. Si estos ensanches o estas zonas urbanizadas hubieran de estar dentro de poblado sobra toda referencia a las mismas.

No hay limitación alguna en la Ley en cuanto al tiempo. Quiero decir que no se concreta la Ley a los poblados, ensanches o urbanizaciones existentes o aprobados antes de la publicación de la misma, sino que en este punto no hace distinción, por lo que cabe entender que también respecto de las aprobadas con posterioridad a la Ley quedará excluida la necesidad de autorización militar (en la compraventa de terrenos que ahora nos interesa, enclavados en las mismas, a favor de extranjeros).

El Reglamento de 1936 fue el que, excediéndose, modificó la normativa legal en la forma antes dicha. Pero si un Reglamento no puede modificar una Ley, menos puede hacerlo una Circular. Decimos estos porque una Circular del Gobierno Civil de la Provincia de Tenerife, de 2 de junio de 1971, publicada en el “Boletín Oficial” de dicha provincia, núm. 69, de 9 de junio de 1971, proclama (30).

(30) Dice así dicha Circular: “Gobierno Civil de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife.—Circular.—Como ampliación a la Circular de este Gobierno Civil de fecha 3 de febrero de 1971, “Boletín Oficial de la Provincia”, número 18, del 10, y en aclaración a si en las zonas urbanizadas por los Ayuntamientos con fecha posterior a la Ley de 23 de octubre de 1935, necesitan los extranjeros la autorización militar que señala dicha Ley y el Reglamento provisional para su aplicación de 28 de febrero de 1936, manifiesta el excelentísimo señor teniente general, jefe del Estado Mayor Central del Ejército, lo siguiente:

1.º No se precisará autorización militar para adquirir terrenos o inmuebles en aquellas zonas urbanizadas por los Ayuntamientos con posterioridad a la referida Ley, siempre y cuando las mismas estén en el casco de la población y su ensanche sea certificado por las Corporaciones Municipales.

2.º Será necesaria la autorización del Ministerio del Ejército (E.M.C.)

Que es necesaria la autorización del Ministerio del Ejército para todas aquellas urbanizaciones independientes alejadas de los centros de población y separadas de ellas por zonas rurales.

Que no se precisa la autorización militar para adquirir terrenos o inmuebles en aquellas zonas urbanizadas por los Ayuntamientos con posterioridad a la referida Ley, siempre y cuando las mismas estén en el casco de la población y su ensanche sea certificado por la Corporación municipal.

Como recuerda la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de septiembre de 1972, esta Circular de 2 de junio de 1971 no puede comprender a otros supuestos que los contemplados en la propia Ley, para aclararlos o interpretarlos. Si comprende a otros, decimos nosotros, se excede de su contenido, y en la medida en que se excede no debe ser tenida en consideración.

El recurrente, en el primer motivo, alegaba infracción de la Ley de 1935 y su Reglamento y otras leyes posteriores, como la de mayo de 1960 y el Decreto-Ley de marzo de 1962 (31), en base fundamentalmente de que las fincas objeto de la venta eran rústicas y se precisaba la autorización del Ministerio del Ejército.

En el séptimo motivo niega que las parcelas se hallaran sitas en una urbanización e invoca error de hecho del Juzgado resultante de documento auténtico, concretamente de una certificación del Ayuntamiento de Puerto de la Cruz, en donde se declara que no procede la aprobación del proyecto de urbanización de "Las Adelfas", por encontrarse en suelo rústico del vigente plan de ordenación urbana de Puerto de la Cruz y "por hallarse en estudio la revisión de éste sería conveniente que la presente urbanización quedase incorporada al mismo."

Pero en el cuarto considerando de la Sentencia que comentamos se declara que aparece acreditado en los autos que primeramente fue aprobado el plan de urbanización de "Las Adelfas", aunque después se pretendiera incorporarlo al general del Puerto de la Cruz. No aclara el Considerando la fecha de aprobación de la urbanización, ni se entra, por tanto, en el estudio de la restricción a que se refiere el artículo 4.º, a) del Reglamento de 28 de febrero de 1936.

2.º En cuanto a la excepción referida sub b), es de tener en cuenta:

para todas aquellas urbanizaciones independientes, alejadas de los centros de población y separadas de ellos por zonas rurales.

Lo que se hace público en este Periódico Oficial para conocimiento de los Alcaldes de los Municipios de esta Provincia.

Santa Cruz de Tenerife, 2 de junio de 1971.—El Gobernador Civil, Gabriel Elorriaga Fernández".

La circular anterior a que se refiere la transcrita, de 3 de febrero de 1971, publicada en el "Boletín Oficial" de dicha Provincia, de 10 de febrero de 1971, número 18, se limitaba a transcribir el artículo 4.º del Reglamento de 28 de febrero de 1936 y a recordar especialmente a los Ayuntamientos "la obligación ineludible de no conceder licencias de construcción de obras de cualquier clase al personal extranjero en las zonas señaladas en el citado artículo de dicho Reglamento en tanto no se hayan autorizado dichas obras por el Estado Mayor Central del Ejército".

(31) Este Decreto-Ley se refiere a adquisición de fincas rústicas, pero no en zonas estratégicas, según explicamos en nota 29.

Que hasta el presente no ha sido declarada ninguna Zona Turística de Interés Nacional. Sí, en cambio, Centros de Interés Turístico Nacional, concretamente, con el Decreto de 2 de abril de 1973, publicado en el "B. O. del Estado" de 2 de mayo de 1973, referente a Playas de Fornells, Mercadal (Baleares); el número de Centros de Interés Turístico Nacional asciende a 72.

Pero, repetimos, no existe ninguna Zona de Interés Turístico Nacional declarada en forma.

El segundo Considerando de la Sentencia hace referencia a la excepción de que los terrenos estén situados "en zonas turísticas" y añade "es evidente que dado por probado que el terreno debatido se encuentra en zona exceptuada, sin que se haya combatido eficazmente tal declaración, obliga a desestimar el motivo; máxime si se tiene en cuenta que tal alegación no fue formulada en el oportuno período expositivo del proceso, que la constituye en cuestión nueva, no aducible en casación...".

3.º En cuanto a la excepción referida bajo la letra c), no nos consta que en el caso debatido concurrieran los requisitos de la misma, y, por otro lado, no ha sido tampoco invocada en el pleito.

No parece que en el presente caso existiese la segunda de las excepciones expuestas, y es dudoso que la primera se pudiera aplicar. En el supuesto de que tal excepción no fuese aplicable, y puesto que no se obtuvo autorización del Ministerio del Ejército, procede examinar la influencia que la falta de la misma puede ejercer en la eficacia de los negocios jurídicos de compraventa controvertidos.

Creemos que la falta de autorización no arrastra la nulidad de la compraventa. Esta producirá sus efectos, pero desatando las responsabilidades previstas en el artículo 17 del Reglamento de 28 de febrero de 1936 para los Notarios y Registradores que intervinieron en los mismos en el ejercicio de sus respectivas funciones; además, conforme al artículo 16 de dicho Reglamento, podrán incurrir los autores de la infracción en multas de cien a cinco mil pesetas, y la autoridad militar podrá imponer la expropiación forzosa de las fincas o derechos sobre las mismas objeto del negocio otorgado sin autorización.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de noviembre de 1967, para un supuesto de compraventa de terrenos sitos en Baleares, en su segundo Considerando declara que no entra en juego en este caso el artículo 4.º del Código Civil "por establecerse en el 16 del Reglamento de 23 de febrero de 1935 que en caso de incumplimiento de las disposiciones consignadas en la Ley de 23 de octubre de 1935, la autoridad gubernativa no sólo puede imponer a los contraventores determinadas sanciones económicas, sino que incluso está facultada para ordenar la demolición de las obras llevadas a cabo y la expropiación de las fincas adquiridas, con pérdida de la indemnización a que pudieran tener derecho, por todo lo cual el presente recurso debe ser desestimado".

Y en la Sentencia que comentamos, de 6 de abril de 1973, en el 2.º Considerando, rechaza la nulidad, teniendo en cuenta "también que las disposiciones alegadas tienen carácter administrativo y a sus órganos corresponde su determinación y ejecución, así como la exigencia de las responsabilidades que

señala en caso de su incumplimiento". Las disposiciones alegadas eran la Ley de 1935, su Reglamento, Ley de mayo de 1960 y Decreto-Ley de marzo de 1962.

Como dice De Castro (32), "el Tribunal Supremo ha mantenido su prudente criterio de atender al significado de las leyes, para considerar que sólo las de carácter sustantivo producen la nulidad y que, en los casos en que se decreta especialmente la nulidad sin tener dicho carácter, la sanción se limitará al ámbito estricto de lo que exige la finalidad de la Ley. (Por ejemplo, nulidad del efecto translativo real y validez en el ámbito obligacional.)

Por otro lado, como recuerda el profesor De Castro (33), en la interpretación del artículo 4.º del Código civil, el Tribunal Supremo entiende que "no ha de ser interpretado con criterios rígidos, sino, como enseña la doctrina científica, con criterio flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la Ley sean ordenados de modo expreso y textual... (S. 8 abril 1958, también S. 8 marzo 1966)".

En el segundo Considerando de la Sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo estima que la Ley de 1935 y su Reglamento de 1936 son de carácter administrativo, e implícitamente reitera el criterio de que su infracción no dará lugar a la nulidad del negocio.

Podría añadirse que al menos el Reglamento de 1936 reconoce ciertas consecuencias, antes expuestas, al negocio otorgado sin autorización, es decir, que aunque no de modo expreso y textual, implícitamente reconoce su validez.

III. TRADUCCION DE LAS ESCRITURAS PUBLICAS A IDIOMA EXTRANJERO

Conforme al artículo 148 del Reglamento Notarial, "los instrumentos públicos deberán redactarse necesariamente en idioma español..."—El artículo 150 del propio Reglamento Notarial se refiere al caso en que el extranjero no entienda el idioma español. Según este artículo, "cuando se trate de extranjeros que no entiendan el idioma español, el notario autorizará el instrumento público si conoce el de aquéllos, haciendo constar que les ha traducido verbalmente su contenido y que su voluntad queda reflejada fielmente en el instrumento público—. También podrá, en este caso, autorizar el documento a doble columna en ambos idiomas, en forma similar a la que se establece en el artículo anterior, si así lo solicitare el otorgante extranjero, que podrá hacer uso de este derecho aun en la hipótesis de que conozca perfectamente el idioma español. Cuando los extranjeros no conozcan el idioma español y el Notario, a su vez, no entienda el de aquéllos, la autorización del instrumento público exigirá la asistencia de intérprete oficial, que hará las traducciones verbales o por escrito que sean necesarias, declarando bajo su responsabilidad en el instrumento público la conformidad del original español con la traducción. De acuerdo con lo que antecede, el Notario que conozca un idioma extranjero

(32) *El negocio jurídico*, Vol. X del *Tratado Práctico y crítico de Derecho civil*, Madrid, 1967, pág. 473.

(33) *Ob. y loc. cit.*

podrá traducir los documentos escritos en el mencionado idioma, que precise insertar o relacionar en el instrumento público. Cuando en un instrumento público hubiere que insertar documento, párrafo, frase o palabra de otro idioma o dialecto, se extenderá inmediatamente su traducción o se explicará lo que el otorgante entienda por la frase, palabra o nombre exótico. Están fuera de esta prescripción las palabras latinas que tanto en el foro como en el lenguaje común son usuales y de conocida significación”.

Queremos aclarar que cuando el Reglamento se refiere al idioma del compareciente extranjero, y a la posibilidad de que el Notario que conozca aquel idioma pueda autorizar el instrumento, se está refiriendo no al idioma nativo, no al idioma oficial del país cuya nacionalidad ostente, sino en general al “idioma que sepa el compareciente”, sea o no su idioma nativo o el idioma oficial del país cuya nacionalidad ostente, e independientemente de que el compareciente conozca además otros idiomas extranjeros. Basta, pues, con que el Notario conozca uno de los idiomas que hable el compareciente, que pueda dialogar con él, y traducirle a dicho idioma el instrumento público redactado en castellano, para poder prescindir en estos casos del requisito del intérprete oficial. Por tanto, una vez más, a estos efectos notariales, idioma del compareciente es igual a idioma que sepa o conozca el compareciente.

Los problemas surgirán cuando el Notario no conozca el idioma del compareciente, y éste no entienda el idioma español. Habrá que acudir entonces al “intérprete oficial” a que alude el párrafo del artículo 150 del Reglamento Notarial.

La doctrina se ha preocupado de dar solución a los casos en que haya urgencia y no sea posible acudir al “intérprete oficial”, así como de precisar que ha de entenderse por “intérprete oficial” (34).

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha venido a solucionar muchas de las dudas planteadas, en una Resolución de 8 de octubre de 1965, en la que evacuaba consulta formulada sobre el particular por la Junta Directiva del Colegio Notarial de Granada. Esta Junta informó en el sentido que por “intérprete oficial” ha de considerarse “a toda persona que posea título expedido por Centros de Enseñanza en España que les habilite en el conocimiento de la lengua extranjera, entre ellos a los funcionarios de la Oficina de Interpretación de Lenguas, los Corredores Intérpretes marítimos, los Catedráticos y Profesores de Universidad, Instituto o Escuela dedicados a la enseñanza de idiomas autorizados por el Estado, los Cónsules o Diplomáticos españoles o extranjeros, y los Intérpretes autorizados por el Ministerio de Información y Turismo. La referida Resolución se pronuncia en los siguientes términos:

“Visto el artículo 50, párrafo tercero, del Reglamento Notarial, y

Considerando que la falta de intérpretes oficiales en algunas localidades, que priva a los Notarios de la asistencia técnica para el otorgamiento de instrumentos públicos por extranjeros, prevista en el artículo 150 del Reglamento Notarial, puede ser remediada a través de las disposiciones contenidas en el Reglamento de la Carrera de Interpretación de Lenguas y de Intérpre-

(34) Véanse citas en mi obra *La contratación en España por extranjeros*, páginas 220 y siguientes.

tes en el Extranjero, aprobado por Real Decreto de 27 de abril de 1900, cuyos artículos 48, 49 y 50 determinan que el nombramiento de los Intérpretes Jurados que sean necesarios en las provincias continuarán expidiéndose por el Ministerio de Estado (hoy Asuntos Exteriores); que las solicitudes se remitirán por conducto del Gobernador de la provincia, acompañando el informe de éste sobre la necesidad del Intérprete; que se practicará un examen por la Interpretación de Lenguas, cuya fecha de celebración anual ha sido fijada por la Orden de 24 de abril de 1959, y que una vez obtenido el nombramiento el interesado prestará juramento de ejercer fielmente y en conciencia su profesión.

Considerando que la exigencia de que sea "oficial" el intérprete que asista al otorgamiento por extranjero de un instrumento público, cuando el Notario desconozca el idioma de aquél, está determinada porque en tales casos el intérprete no se limita a hacer la traducción, sino que ha de declarar, bajo su responsabilidad, en la escritura, la conformidad del original español con la traducción, lo que implica un desplazamiento de la responsabilidad, que la contrae el intérprete y no el Notario; el cual, por ello, debe rechazar para este menester a toda persona, aunque tenga un conocimiento perfecto del idioma de que se trate, que no ostente el título correspondiente para el ejercicio de la profesión reglamentada por las leyes.

Esta Dirección General ha tenido a bien declarar que son intérpretes oficiales a los efectos del artículo 150 del Reglamento Notarial los funcionarios de la Oficina Central de Interpretación de Lenguas, los Intérpretes Jurados, los Corredores Intérpretes de Buques, los Catedráticos y Profesores de Universidad, Institutos y Centros Oficiales que tengan a su cargo la enseñanza del idioma de que se trate, los Agentes Diplomáticos y Consulares y los Intérpretes del Ministerio de Información y Turismo."

En el caso que nos ocupa, resuelto por la Sentencia de 6 de abril de 1973, el recurrente invocó en el tercer motivo la infracción por incumplimiento del artículo 4.º del Código civil en relación con el 150 del Reglamento Notarial, y a su vez en relación con el 1.217 del Código civil.

"No ha intervenido ningún intérprete; creemos que el Notario ignora el alemán", dice el recurrente.

Y considera existente un vicio de nulidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil.

Cabe distinguir:

1.º Que el compareciente entienda el idioma español, o no entendiéndolo se le traduzca el documento al español o a otro idioma que conozca el compareciente, bien sea hecha la traducción por el Notario o por otra persona autorizada, aunque en la escritura no se consigne circunstancia alguna relativa al conocimiento del idioma o a su traducción.

2.º Que no sólo no se consignent dichas circunstancias, sino que en la realidad ni el compareciente entendía el idioma español ni se tradujo a idioma por él conocido.

En el primer caso el compareciente tuvo pleno conocimiento de lo que consentía ante Notario, el negocio es válido por lo que a esta cuestión respecta.

Hay una infracción reglamentaria por parte del Notario autorizante, pero esta infracción no puede provocar la nulidad de la escritura, ni por supuesto del negocio en ella contenido.

El artículo 27 de la Ley del Notariado señala las causas de nulidad del instrumento público, y en la enunciación que hace no se comprende la omisión que ahora estudiamos.

Se trata, por tanto, de una pura infracción reglamentaria no sancionada con nulidad de la escritura.

En el segundo caso las consecuencias son más graves y cabe concluir que hay aquí falta de consentimiento que producirá más que la nulidad, la inexistencia del contrato por falta de uno de sus requisitos esenciales (cfr. art. 1.261 del Código civil (35)). Lo que ocurre es que esa falta de consentimiento hay que probarla.

Quando el Notario silencia esta cuestión relativa al conocimiento del idioma o a la traducción, hay que presumir que el extranjero, que firma la escritura sin coacción y en su cabal juicio, ha tenido conocimiento de su contenido, bien porque conozca personalmente el idioma español en grado suficiente para enterarse de lo que firma, o porque alguien, Notario o intérprete, sea este último autorizado o no, le ha traducido el documento. Por otro lado, esta presunción puede encontrar su apoyo en la afirmación del Notario autorizante que figurará en la misma escritura con frases idénticas o parecidas a las de "así lo otorgan", "dicen", "prestan su consentimiento", "previa lectura por ... la aprueban", etc., y que abarca o comprende a todos los que ante él comparecen, y aun en el mero hecho de la firma por el compareciente extranjero.

El Tribunal Supremo parece admitir esta presunción en la Sentencia que comentamos, en cuyo tercer Considerando dice: "como quiera que la resolución impugnada declara que no se ha probado que el recurrente desconociera tal idioma (español), sin que esta declaración haya sido combatida eficazmente y el Notario autorizante da fe de que se cumplieron todos los requisitos de lectura y aprobación y otorgamiento por el señor Richartz, sin que se haga la menor alusión a la ignorancia después alegada; es evidente que no se ha demostrado la necesidad de aplicación de las normas aducidas y perece el motivo".

Sólo que en el caso de prueba del desconocimiento del idioma y falta de traducción, las normas aplicables no serían las aducidas por el recurrente, sino como se desprende de lo antes expuesto el artículo 1.261 y concordantes del Código civil.

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ

(35) Sobre distinción entre inexistencia y nulidad, y acerca de la utilidad del concepto de inexistencia, véase DE CASTRO, *ob. cit.*, págs. 464 y siguientes.