

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

1. EFICACIA DEL NEGOCIO JURIDICO OTORGADO SIN LA AUTORIZACION MILITAR EXIGIBLE

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1978)

JUAN FRIEND MARTIN

V. MANUEL PEREZ HERNANDEZ Y OTROS

Antes de la entrada en vigor de la Ley de Zonas e Instalaciones para la Defensa Nacional de 12 de marzo de 1975 y su Reglamento de 10 de febrero de 1978, habíamos sostenido que la falta de autorización militar, cuando ésta era necesaria, no provocaba la nulidad del negocio (1).

Hay tres sentencias del Tribunal Supremo, cuya cita interesa ahora: la de 3 de noviembre de 1967, la de 6 de abril de 1973 y la de 28 de abril de 1978. Esta última es la que ha motivado nuestro actual comentario. No obstante, nos ha parecido conveniente dar un previo repaso, aunque sea somero, a las sentencias anteriores, a fin de que el estudio que abordamos sea más completo.

Sentencia de 3 de noviembre de 1967. Se trata de un caso en que el abogado del Estado interpone demanda contra "Soge, S. A." y otros, sobre nulidad de contrato de compraventa de finca en las Islas Baleares y cancelación de inscripción. El argumento básico de la demanda consideraba que al ser la compradora una sociedad anónima constituida con capital extranjero, debería ser tratada como extranjera, y exigir en consecuencia la oportuna autorización militar previa a la compraventa. La sociedad demandada se opuso argumentando que no se solicitó la autorización militar porque la sociedad es de nacionalidad española y la autorización militar sólo se requiere para los extranjeros (entonces).

El juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda declarando que los contratos en ella mencionados son negocios jurídicos "in fraudem legis". Apeló la parte actora y se adhirió a la apelación la parte demandada. La Audiencia desestimó el recurso interpuesto por el abogado del Estado y estimó el promovido por la parte demandada, y con revocación parcial de la sentencia, declaró no haber lugar a ninguna de las pretensiones formuladas en la demanda, absolviendo de las mismas a los demandados.

(1) En nuestra obra *La contratación en España por extranjeros*, 5.ª ed., Madrid 1976. vol. I, pp. 494 y ss.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, al amparo de un solo motivo, que transcribimos a continuación:

“Unico.—Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Que el fallo viola los artículos 1.º y 2.º de la Ley de 23 de octubre de 1935, así como el artículo 4.º del Código civil y doctrina jurisprudencial contenida en sentencias de 8 de abril de 1942, 6 de octubre de 1957 y 26 de abril de 1962, que resultan asimismo violados los artículos 1.261, número 3 y 1.275 del Código civil. Que los actos y contratos denunciados en la litis por la Abogacía del Estado, todos ellos admitidos en la sentencia como ciertos, dan a conocer que los consortes señores Geer Vils, de nacionalidad holandesa, a través de una sociedad anónima, en la que ellos son titulares en más de un 99 por 100, han pasado de hecho a ostentar el poder dominical de terrenos de gran extensión territorial en la isla de Ibiza y a conseguir su inscripción en el Registro de la Propiedad, y todo ello sin obtener la autorización que como salvaguarda de altos intereses nacionales establecen los artículos 1.º y 2.º de la Ley de 23 de octubre de 1935.”

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación y condena a la parte recurrente al pago de las costas.

En sus dos únicos considerandos dice:

“CONSIDERANDO que la autorización gubernativa que los artículos 1.º y 2.º de la Ley de 23 de octubre de 1935 y 4.º de su Reglamento de 28 de febrero de 1936 imponen para que los individuos o “entidades extranjeras” adquieran fincas o terrenos enclavados en las Islas Baleares, cuando estén situados fuera de poblado o zonas de ensanche o urbanizadas, no es exigible respecto de los contratos que en tal sentido lleven a efecto las compañías mercantiles que, por haberse constituido al amparo de lo prescrito en la Ley de 17 de julio de 1951, estén domiciliadas en España, conforme a lo previsto en los artículos 28 y 41 del Código civil, y gocen de personalidad distinta de la que pueda corresponder a cada uno de sus asociados, según indican los 35 de dicho Cuerpo legal y 5.º de la Ley reguladora del Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, tanto porque las normas legales y reglamentarias citadas en primer lugar suponen una limitación a los principios de autonomía de la voluntad y libertad de contratación consagrados por el artículo 1.255 de dicho Código, que no puede ser interpretada en sentido extensivo o analógico (sentencias de 11 de marzo de 1911 y 13 de noviembre de 1953), sino normalmente con criterio restrictivo, de acuerdo con el apotegma jurídico *Exceptio est strictissimae interpretationis*, como porque en realidad la finalidad práctica que el legislador se propuso a través de aquellos preceptos de “velar por los intereses y seguridad” de nuestro país (Exposición de Motivos de la Ley de 12 de mayo de 1960 y artículo 5.º del Decreto-ley de 22 de marzo de 1962), se consigue sin necesidad de acudir a semejante requisito cuando, como aquí ocurre, la sociedad compradora obtuvo la nacionalidad española por ser entonces de aplicación a la misma la totalidad de las reglas contenidas en nuestro vigente Derecho civil, sin que a ello se oponga la circunstancia de que la mayor parte de su capital fuere extranjero, porque, dada la fecha de su constitución

—2 de mayo de 1959—, no le alcanzaban las restricciones impuestas por el Decreto-ley de 27 de julio siguiente, y porque de los hechos que la resolución impugnada declara probados no se deduce que para su aportación se incumpliera lo que al efecto dispone el Ordenamiento sobre moneda extranjera.”

“CONSIDERANDO que lo acabado de exponer lleva a la conclusión de que el Tribunal “a quo”, al mantener la eficacia de los negocios jurídicos que sirven de fundamento al presente litigio, por no estimarlos realizados “in fraudem legis”, no incidió en las infracciones que se denuncian en el único motivo del recurso, formulado al amparo del número uno del artículo 1.692 de la Ley Procesal: primero porque en el escrito inicial del procedimiento no se solicitó la declaración de nulidad de la escritura de constitución de la Entidad recurrida, como sería preciso para lograr la invalidación de los contratos de compraventa por ella celebrados, puesto que éstos por sí mismos y con independencia del primero no crean situaciones de hecho o pseudo-realidades encaminadas a contrariar el contenido de una norma de carácter imperativo con apoyo en otra de cobertura, autónomamente irrelevante para la consecución de los fines propuestos, como sería indispensable para aplicar la doctrina mantenida, entre otras, por las sentencias de esta Sala de 8 de abril de 1942, 25 de mayo de 1944, 6 de febrero de 1957 y 23 de febrero de 1962; y segundo, porque, aun cuando así no fuera, tampoco entraría en juego el artículo 4.º del Código civil, por establecerse en el 16 del Reglamento de 28 de febrero de 1936 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.”

Sentencia de 6 de abril de 1973:—Los indonesios residentes, Teng Bo Khoe y señora demandaron al alemán residente Hans Richartz, en reclamación del precio de venta de unas parcelas en la urbanización “Las Adelfas”, Puerto de la Cruz, y además de la idemnización de daños y perjuicios. En reconvencción pidió el demandado la declaración de nulidad o inexistencia de los contratos de compraventa, la nulidad de las respectivas inscripciones y otros pedimentos (2), pero sin fundamentar su petición de nulidad en la falta de autorización militar, apoyándola en lo esencial en el hecho de que no conocía el idioma español y no se le tradujeron las escrituras, según él, y en otros fundamentos, que ahora no interesa considerar.

El juez de Primera Instancia de la Orotava estimó la demanda y absolvió a los señores Khoe de los pedimentos de la reconvencción.

Interpuesto recurso de apelación por la representación del demandado, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia por

(2) Véase el comentario que hice a esta Sentencia, publicado en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo XXVI, año 1973, fascículo IV.

la que revoca parcialmente la sentencia apelada, declarando la nulidad de una cláusula de los contratos por las que se establecían ciertas limitaciones al dominio de las parcelas, con la consiguiente 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 al pago de las cantidades solicitadas.

Por la representación del señor Richartz se interpuso recurso de casación por infracción de ley con apoyo, entre otros motivos, en el siguiente:

“Primero, al amparo del núm. 1.º del art. 1.692 de la LEC, Infracción de Ley de 23 de octubre de 1935, Reglamento de 28 de febrero de 1936 y otras leyes posteriores, tales como la de mayo de 1960 y el Decreto-ley de marzo de 1962, que no han sido aplicados. Todas estas disposiciones, inspiradas en razones de defensa nacional, sientan el principio (artículo 2 de la Ley de 1935 y 4 del Reglamento de 1936) de que a todos los actos traslativos de dominio relativos a inmuebles sitios fuera del casco de las poblaciones y no incluidos en sus zonas de ensanche o zonas urbanizadas de los mismos, le son de aplicación las disposiciones de las mismas. Básicamente consisten estas disposiciones en que los actos y contratos sobre inmuebles a favor de extranjeros necesitan previamente la autorización del Ministerio del Ejército. El artículo 15 del Reglamento citado dispone que los Notarios... no autorizarán... en lo sucesivo... ventas sobre fincas rústicas enclavadas en las zonas de referencia cuando en dicha operación intervenga algún extranjero, sin la autorización del oportuno permiso del Ministerio del Ejército. La isla de Tenerife, como todas las del Archipiélago Canario, están incluidas dentro de estas disposiciones, según el artículo 2 del Reglamento. No hay duda que estas disposiciones son de aplicación en este caso. Las escrituras controvertidas tienen por objeto superficies de terreno que tienen consideración de rústicos. Se trata de disposiciones de carácter imperativo y especiales que deben prevalecer sobre las disposiciones de carácter común y general. En todo caso, queda ya demostrado que el notario no cumplió, en este caso, con un deber específico, cual es de advertir a las partes sobre el particular, que viene impuesto por la legislación referida cuando dice que no autorizarán... las ventas... Y es de observar que el caso en la Isla de Tenerife es frecuentísimo en estos tiempos, pues las adquisiciones de inmuebles por extranjeros son constantes, y las autorizaciones que se solicitan de las autoridades militares son incesantes. Frente al imperio de estos preceptos no es suficiente oponer, como hacen las sentencias recurridas, que no fue invocada esta alegación oportunamente, o que la transmisión ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad. La no alegación no es motivo suficiente. El principio “iura novit curia” ha de prevalecer. La inscripción en el Registro de la Propiedad no se puede invocar en este caso. Y no sólo porque es un hecho posterior, que en cierto sentido se opone a los designios del legislador, sino por la poderosa razón de que en este caso no consta si ha sido o no ha sido inscrita.”

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 6 de abril de 1973, en su segundo Considerando, que dedica al examen de este primer motivo, de-

clara que "habida cuenta que, como acertadamente se sostiene en la resolución impugnada, tales disposiciones admiten excepciones, como la de que los terrenos estén sitos en zonas turísticas, según Decreto de 23 de diciembre de 1964; 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."

Sentencia de 28 de abril de 1978.—En escritura pública de 22 de diciembre de 1945, don Manuel Pérez Hernández adquirió por compra dos fincas rústicas sitas en término municipal de Fasnía (Tenerife), de 2.344 y 1.260 fanegadas, respectivamente, aunque en la escritura era él el único comprador, parece ser que parte del precio pagado lo obtuvo de don Ramón Díaz Gutiérrez, quien a su vez actuaba en nombre propio, aunque por cuenta del entonces súbdito inglés residente en España don Juan Friend Martín.

Tal vez por ello, el mismo día del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, se firmaron: un documento privado entre don Manuel Pérez Hernández y don Ramón Díaz Gutiérrez por el que ambos reconocieron que la propiedad de las antes referidas fincas rústicas pertenecían en comunidad a los mismos en proporción de dos terceras partes proindiviso al primero, y la otra tercera parte proindiviso al segundo. Y otro documento privado suscrito éste por don Ramón Díaz Gutiérrez, en que éste reconoció que la tercera parte indivisa que ostentaba de los aludidos inmuebles no la había adquirido para sí, sino que lo hizo en favor de don Juan Friend Martín.

Transcurridos veinticinco años, y habiendo ya obtenido el señor Friend la nacionalidad española, requirió éste al señor Pérez Hernández y señora en acto conciliatorio, al que no comparecieron, a fin de que le otorgara la correspondiente escritura pública.

La reacción inmediata del señor Pérez Hernández fue interponer demanda de retracto a fin de que se condenara al señor Friend a otorgar a su favor escritura pública de venta de la tercera parte indivisa de los expresados inmuebles (3).

Por su parte, el señor Friend interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santa Cruz de Tenerife, contra don Manuel Pérez Hernández y don Ramón Díaz Gutiérrez y sus respectivas esposas, suplicando se dicte sentencia por la que se declare que el demandante es propietario de la tercera parte indivisa de las fincas descritas, que don Manuel Pérez Hernández y esposa están obligados a otorgar escritura pública de venta de dicha tercera parte al actor, y que don

(3) No hay constancia en los antecedentes que hemos manejado de las incidencias de este juicio de retracto.

Ramón Díaz Gutiérrez y esposa no deben formular oposición alguna. Los demandados se opusieron suplicando se declaren nulos los documentos privados a que se refiere la demanda, y la absolución de los mismos. Tanto en la demanda como en la contestación se contienen otros pedimentos que aquí no interesa exponer.

El juez de Primera Instancia dictó sentencia con fecha 9 de junio de 1976 en la que desestima la demanda, absuelve de la misma a los demandados; “y estimando *de oficio* la infracción de normas de orden público que afectan a la defensa del territorio nacional —dice en el fallo—, debo declarar y declaro la nulidad de pleno derecho o inexistencia del documento privado formalizado el día 22 de diciembre de 1945 entre don Manuel Pérez Hernández y don Ramón Díaz Gutiérrez, y del documento privado formalizado en la misma fecha por don Ramón Díaz Gutiérrez a favor de don Juan Friend Martin...”.

Interpuesto recurso de apelación por la representación de la parte actora, la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia con fecha 25 de enero de 1977, en que da lugar al recurso, revoca la sentencia apelada, declara que el actor es dueño de la tercera parte indivisa de las fincas descritas, que don Manuel Pérez Hernández y su esposa vienen obligados a otorgar la oportuna escritura pública y que don Ramón Díaz Gutiérrez y su esposa deben abstenerse de formular oposición a dicho otorgamiento.

La representación de don Manuel Pérez Hernández interpuso recurso de casación con apoyo en el siguiente motivo.

“Unico.—Amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil —Infracción por violación del párrafo primero del artículo cuatro del Código civil (edición promulgada por Real Decreto de veinticuatro de julio de mil ochocientos ochenta y nueve), en relación con el artículo segundo de la Ley de veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco y artículos primero y cuarto, apartado a) del Reglamento para aplicación de dicha Ley de veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis, que asimismo han sido violados—. A) Planteamiento. Sostenemos que, atendida la nacionalidad inglesa de don John Lawrence Friend Martin no podía adquirir las fincas rústicas sitas en la Isla de Tenerife, sin obtener la previa autorización del Ministerio de la Guerra, conforme a lo dispuesto en la Ley de mil novecientos treinta y cinco y Reglamento de mil novecientos treinta y seis y habiendo tenido lugar los contratos sin haber mediado esa previa autorización, entendemos que se incidió en la nulidad de pleno derecho con la que el artículo cuarto del Código civil sancionaba a “los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley”.—Procede casar la sentencia recurrida porque ha dado efectividad a aquellos contratos o actos —nulos de pleno derecho.—B) Las normas vigentes en el año mil novecientos cuarenta y cinco sobre adquisición de fincas rústicas por extranjeros.—Uno Interesa puntualizar cuáles eran las normas legales vigentes en el año mil novecientos cuarenta y cinco sobre adquisición de fincas rústicas por extranjeros.—Dos. A la sazón, estaba vigente la Ley de veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco y el Regla-

mento para su aplicación de veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis.—Pues bien: el artículo segundo de la Ley de veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco, dispone que “la adquisición por parte de entidades o individuos de nacionalidad extranjera de obras de cualquier clase, fincas y terrenos enclavados en las zonas que a continuación se detallan, estará sujeta a la previa autorización del Ministerio de la Guerra...”.—Por su parte, en el Reglamento de veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis, se alude a “la previa aprobación del Ministerio de la Guerra para... operaciones de compra... a favor de extranjeros o entidades extranjeras en las zonas que se señalan, a las que debe agregarse la totalidad de las Islas Canarias.—El mandato de estas normas no puede ser más claro.—Tres. Así, pues, en el año mil novecientos cuarenta y cinco, para que un súbdito extranjero pudiese adquirir fincas en las Islas Canarias, enclavadas fuera de poblado y no incluidas en sus ensanches o zonas urbanizadas.—C) Nulidad de pleno derecho de los actos de adquisición de fincas rústicas en Canarias, por extranjeros, sin la “previa autorización” ministerial.—Uno. Recordemos que el párrafo primero del artículo cuarto del Código civil establecía que “son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo en los casos en que la misma ordene su validez”. (Tal norma se repite esencialmente en el artículo seis, número tres, del actual Texto Articulado del Título Preliminar).—Ha de tratarse precisamente de normas imperativas o prohibitivas. Característica que deriva de su pertenencia al campo del Derecho necesario en el que la Ley no tolera infracción.—Dos. En el caso que aquí se estudia no hay duda del carácter de “Derecho necesario” de las normas de la Ley de veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco y del Reglamento para su ejecución de veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis.—Se trata, precisamente, de normas encaminadas a asegurar la defensa nacional en las que imperativamente se exige la necesaria y previa autorización del Ministerio de la Guerra para la adquisición por extranjeros de fincas y terrenos situados en las zonas que se señalan.—La contravención de tal mandato es determinante de la nulidad radical o de pleno derecho.—En conclusión, serán nulas de pleno derecho las adquisiciones de fincas rústicas sitas en las Islas Canarias, por extranjeros, siempre que no se haya obtenido la previa autorización ministerial.—D) La sentencia recurrida no está ajustada a Derecho.—Uno. La sentencia de la Audiencia de Tenerife considera válida y eficaz la adquisición realizada a favor de don John Lawrence Friend Martin y se indica que “en tal fecha referido actor ostentaba la cualidad de extranjero, como súbdito británico” y pese a reconocer que no se obtuvo la previa autorización ministerial y que se trata aquí de fincas que no están incluidas en casco urbano, ensanche, zona urbanizada ni proyecto aprobado de interés turístico, no pueden ser más endebles.—Se argumenta sobre la base de la Ley de doce de mayo de mil novecientos sesenta, olvidando que esta Ley no viene a modificar lo establecido en la Ley de veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco y en el Reglamento de veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis, sino a establecer un requisito esencial más para la va-

lidez de las adquisiciones, cual es el de la inscripción en el Registro de la propiedad, sancionando la falta de inscripción con la nulidad de pleno derecho.—Es decir, que para la validez de las adquisiciones por extranjeros, no basta ya la previa autorización ministerial, sino que, además, se exige la inscripción en el Registro. Una transmisión autorizada —válida en principio— será nula si no se inscribe; y una transmisión no autorizada será nula precisamente por esa falta de autorización, como ya venía siéndolo anteriormente.—Lo dispuesto en el artículo segundo de esta Ley de mil novecientos sesenta hace referencia —naturalmente— a los títulos adquisitivos anteriores que, habiendo obtenido la previa autorización ministerial, no habían sido inscritos todavía; no a los títulos radicalmente nulos por falta de aquella autorización.—Tres La nulidad de pleno derecho se produjo indudablemente en mil novecientos cuarenta y cinco, al concertarse la adquisición en favor del señor Friend sin haber obtenido la preceptiva autorización; y no puede quedar enervada por el hecho de que dicho señor, que era súbdito británico, haya obtenido veinticinco años más tarde la nacionalidad española. Bastará tener en cuenta que la nulidad producida fue definitiva e insubsanable.—Cuatro. Y tampoco cabe desatender el mandato contenido en la norma con el pretexto de que —como dice la Sala de Instancia—, “la condición de extranjero del actor es más formal que real, pues nació aquí, en donde, al parecer, ha vivido prácticamente toda su vida; aquí efectuó sus estudios de Medicina, aquí casó y aquí ha ejercido la carrera”.—La realidad es que tales circunstancias son intrascendentes para dejar de aplicar la norma legal.—B) Conclusión. Por todo lo expuesto, procederá casar la sentencia recurrida, al haberse violado los preceptos invocados y, tratándose de normas de carácter imperativo y de derecho necesario, el Tribunal puede, incluso, apreciar de oficio la contravención de la Ley (Sentencias de veintinueve de marzo de mil novecientos treinta y dos, diecisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, veintiocho de abril de mil novecientos sesenta y tres, etc.).”

El Tribunal Supremo, en esta Sentencia de 28 de abril de 1978, de la que fue Ponente don José Beltrán de Heredia, declara haber lugar al recurso.

He aquí sus considerandos:

“CONSIDERANDO: Que en materia de adquisición por extranjeros de inmuebles en España, que es de la que trata el presente recurso, el único artículo del Decreto de diecinueve de junio de mil novecientos sesenta y cinco, recordado por la sentencia recurrida, puntualiza que las disposiciones legales vigentes son la Ley de veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco, el Decreto de veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis, la Orden Ministerial de veintiséis de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve, la Ley de doce de mayo de mil novecientos sesenta y el Texto Refundido de ésta de treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y cuatro con el Reglamento para su aplicación de la misma fecha, a las que debe añadirse el Decreto de veintitrés de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro; normas que deberán ser interpretadas con criterio restrictivo en atención al espíritu:

y finalidad de las mismas (que constituye una de las pautas de la hermenéutica legal según la vigente redacción del apartado primero del artículo tercero del Código civil) que no son otros sino la integridad del territorio nacional a los fines de la defensa militar, las cuales son de aplicar al supuesto discutido, que se refiere a inmuebles sitios en el Archipiélago de Canarias no incluidos en casco urbano, ensanche, zona urbanizada ni en proyecto aprobado de interés turístico, al modo requerido por el artículo segundo de la Ley de mil novecientos treinta y cinco, en relación con el también segundo del Decreto de mil novecientos treinta y seis; siendo de observar que la Ley de mil novecientos sesenta establece un régimen dual al respecto, pues en el artículo primero dice que "deberán *necesariamente inscribirse* en el Registro de la Propiedad los actos y contratos por los que se constituyan, modifiquen o extingan en favor de extranjero, el dominio u otros derechos reales sobre inmuebles sitios en las zonas señaladas por la Ley de veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco...", añadiendo en el párrafo segundo que la falta de inscripción determinará la nulidad de pleno derecho de los mencionados actos y concesiones, precepto este último que, en principio, no es aplicable a la operación que aquí se examina, en atención a las fechas respectivas y la carencia de efectos retroactivos de aquél, constando la segunda en la escritura pública de veintidós de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

CONSIDERANDO: Que, por el contrario, el artículo segundo de la misma Ley de mil novecientos sesenta se refiere expresamente a los títulos no inscritos *anteriores* a aquella, comprendidos en los supuestos del artículo primero, "...en cuyo caso deberán inscribirse en el plazo de un año, transcurrido el cual... la contribución territorial de los inmuebles que no hayan sido objeto de inscripción, se incrementará en un 10 por 100, *hasta que se cumpla lo dispuesto en la misma*", es decir, no puede reducirse exclusivamente a ese incremento de carácter tributario, como parecería desprenderse de la simple letra del precepto, porque éste está refiriéndose a los actos jurídicos no inscritos para los cuales mantiene la exigencia de la inscripción y además porque al hablar de "actos jurídicos" no puede comprender sino a aquellos que a todos los efectos legales sean válidos y susceptibles de inscripción, cuya determinación deberá hacerse con la legislación en vigor en el momento en que el acto se realizó, que no es otra sino la Ley de mil novecientos treinta y cinco y el Decreto de mil novecientos treinta y seis, a cuyo tenor "la adquisición por parte de... individuos de nacionalidad extranjera... estará sujeta a la *previa autorización* del Ministerio de la Guerra, solicitada por conducto de las autoridades militares correspondientes..." (artículos segundo de la Ley de mil novecientos treinta y cinco y, cuarto letra a) del Decreto de mil novecientos treinta y seis), teniendo que mediar la *solicitud pertinente* a dicho Departamento (artículos quinto y sexto del Decreto de mil novecientos treinta y seis), para efectividad de lo cual, el artículo quince del referido Decreto dispone que los Registradores de la Propiedad y los Notarios, *no autorizarán* en lo sucesivo ventas... de fincas rústicas o urbanas... cuando en estas operaciones intervenga algún extranjero, *sin*

la presentación del oportuno permiso del Ministerio de la Guerra, incurriendo incluso en responsabilidad en caso de contravención (artículo diecisiete del Decreto de mil novecientos treinta y seis), exigencias que no son meras formalidades administrativas, en cuanto que son condiciones "sine qua non" para la documentación pública y la consiguiente inscripción registral.

CONSIDERANDO: Que de acuerdo con cuanto antecede es evidente que la obligatoriedad de la inscripción registral, de que fundamentalmente se ocupa la Ley de mil novecientos sesenta, afecta al caso debatido aunque sea anterior a la misma, como igualmente es incuestionable que el acto que lo origina habrá de reunir los requisitos legalmente exigidos para que la inscripción pueda realizarse, lo que aquí no sucedió pues no consta —ni siquiera se alegó en la instancia— que existiese la autorización del Ministerio de la Guerra requerida por el artículo segundo de la Ley de mil novecientos treinta y cinco que, según dice el precepto, ha de ser *previa*, ni figura tampoco la *pertinente solicitud* a dicho Departamento que tiene que mediar a tenor de lo establecido en los artículos quinto y sexto del Decreto de mil novecientos treinta y seis, a causa de lo cual no tuvo —sencillamente porque no podía tener— constancia documental en la escritura notarial de veintidós de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco y subsiguiente registración pública pues no se presentó ante el Notario el oportuno permiso del Ministerio de la Guerra (artículo diecisiete del Decreto de mil novecientos treinta y seis); todo lo cual está poniendo de manifiesto que el acto alegado por el actual recurrido constante en documento privado, cuya existencia se ocultó al fedatario público en mil novecientos cuarenta y cinco, es contrario a lo exigido con carácter constitutivo para su validez, por la Ley entonces aplicable, incurriendo por tanto en la sanción de nulidad por imperativo de lo dispuesto en el artículo cuarto del Código civil (en el texto vigente a la sazón), lo que lleva consigo como secuencia ineludible la también nulidad del artículo segundo de la Ley de mil novecientos sesenta puesto en relación —que es forzoso establecer— con el párrafo segundo del artículo primero de la misma, ratificado a los efectos de repercusión pública con el precepto contenido en el artículo quinto de la propia Ley de mil novecientos sesenta según el que "los Juzgados y Tribunales y las oficinas públicas, bajo la responsabilidad del funcionario a cuyo cargo se encuentren, no admitirán documento alguno de los señalados en esta Ley (que forzoso es insistir comprende los actos posteriores y los anteriores a su promulgación) sin que coïste su inscripción en el Registro de la Propiedad.

CONSIDERANDO: Que nada de lo expuesto con precedencia, puede decirse desvirtuado con la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de este Tribunal Supremo de tres de noviembre de mil novecientos sesenta y siete y seis de abril de mil novecientos setenta y tres alegadas "in voce" por la representación letrada de la parte recurrida en el acto de la vista, porque afectan a supuestos que nada tienen que ver con el presente, pues la primera se refiere a que "...la autorización gubernativa no es exigible a las compañías mercantiles constituidas al

amparo de la Ley de diecisiete de julio de mil novecientos cincuenta y uno que (aunque integradas por extranjeros) están domiciliadas en España... y tengan (como tal persona jurídica independiente de los socios que la integran) *nacionalidad española*, a las que son de aplicar las normas comunes del Derecho civil patrio"; y la segunda porque se limitó a precisar que las disposiciones vigentes en la materia "...admiten excepciones como la de que los terrenos están sitos en zonas turísticas" (Decreto de veintitrés de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro) dándose por probado —lo que no fue impugnado en casación— que el terreno debatido "se encuentra en *zona exceptuada*..."; todo lo cual conduce a la estimación del único motivo formulado, en el que a través del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, se denuncia violación del párrafo primero del artículo cuatro del Código civil (edición de mil ochocientos ochenta y nueve) en relación con el segundo de la Ley de veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco y artículos primero y cuarto apartado letra a) del Reglamento para aplicación de la misma de veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis; estimación que supone la del recurso en su totalidad, casando y anulando la sentencia recurrida, sin que existan méritos que permitan hacer una declaración especial en cuanto a las costas causadas en este trámite."

En su segunda sentencia el Tribunal Supremo se limita en su único considerando a confirmar en todos sus términos la sentencia dictada en primer grado por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santa Cruz de Tenerife.

De lo expuesto hasta ahora resulta que en las tres sentencias examinadas se trataba de hipótesis de impugnación de transmisiones de dominio de fincas sitas en zonas estratégicas a favor de personas presuntamente extranjeras y digo presuntamente, porque no lo era la adquirente (sociedad española dominada por extranjeros) en el caso de la Sentencia de 3 de noviembre de 1967, ni era tampoco extranjero cuando se planteó la litis, aunque sí cuando se firmaron los documentos impugnados, en el caso de la Sentencia de 28 de abril de 1978.

En las tres hipótesis se motivó el recurso al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que los respectivos fallos violaban, entre otros, los artículos 2.º de la Ley de 23 de octubre de 1935 y el 4.º del Código civil, ya que para las respectivas transmisiones no se había obtenido la autorización militar que se estimaba preceptiva.

En las tres sentencias se dice algo en sus considerandos sobre la incidencia de la falta de autorización militar en los efectos del negocio jurídico.

Pero mientras en las dos primeras sentencias se declara no haber lugar al recurso y en consecuencia se mantiene la eficacia del negocio otorgado sin autorización militar, en la última sentencia examinada, en cambio, se declara haber lugar al recurso y en consecuencia se confirma la nulidad de los negocios sin autorización militar que ya había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia.

En el supuesto de esta última sentencia, de 28 de abril de 1978, el recurrido invocó en apoyo de su razonamiento los criterios favorables a su tesis en pro de la eficacia del negocio que se contenían en los considerandos de las dos primeras sentencias.

En la de 28 de abril de 1978, en su último considerando, se rechaza tal alegación, por entender que la doctrina de las dos referidas sentencias nada tienen que ver con el presente caso. Realmente se está queriendo afirmar que lo que dicen en sus considerandos acerca de este tema de la autorización militar las dos primeras sentencias, no constituían "ratio decidendi" del fallo respectivo y se trataba de simples "obiter dicta", ya que al fallo del "no ha lugar" al recurso se llegó por otros derroteros principales.

Es curioso, sin embargo, destacar algunas particularidades respecto de la Sentencia de 28 de abril de 1978.

En primer lugar, que el peso de la argumentación favorable a la nulidad de los negocios se hizo recaer mucho más en la falta de inscripción de los mismos en el Registro de la Propiedad que en el mero hecho de no haber obtenido, ni solicitado siquiera, la preceptiva autorización militar, y cuando ésta se considera lo es en función de su proyección en una posible inscripción. Si esto es así creo se puede afirmar que también en esta Sentencia cuanto se dice sobre la autorización militar es un "obiter dicta".

Y en segundo lugar y puestas así las cosas, "obiter dicta" por "obiter dicta", francamente, me quedo con lo que se dice en las dos primeras sentencias. Y no por la fuerza del número (dos a uno), sino porque en ellas se contiene a mi juicio una doctrina, o, si se quiere, unas afirmaciones, más ajustadas a Derecho.

Los negocios discutidos se otorgaron bajo el imperio del artículo 4.º del Código civil, en su redacción promulgada por Decreto de 24 de julio de 1889. Tal artículo 4.º decía: "Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez".

Federico de Castro (4) al estudiar con toda precisión los requisitos de la nulidad conforme al artículo 4.º del Código civil, puso de relieve la necesidad de que exista no una mera disparidad o no conformidad entre la ley y el acto, sino una verdadera contradicción jurídica entre ambos que ha de manifestarse tanto del lado de la Ley como del acto.

Así, respecto de la Ley, enseñó De Castro que es preciso que de la misma ley reguladora del acto resulte la sanción de la nulidad. "Para la declaración de la nulidad de un acto —dice— (5) no basta con que no concuerde con una ley o con que ésta lo contradiga o incluso que lo prohíba; es preciso, ante todo, estudiar cuál sea el significado y fin de esta ley (6). El artículo 4.º ha venido a cambiar de signo la presunción

(4) *Derecho Civil de España*, 2.ª ed., Parte General, tomo I. Madrid 1949, pp. 536 y ss.

(5) *Op. cit.*, pp. 536 y s.

(6) "El Tribunal Supremo —dice De Castro en su obra *El negocio jurídico*, Madrid 1967, p. 473— ha mantenido un prudente criterio de aten-

con el que se enfrenta la nulidad, que, en vez de ser negativo, como correspondería a su carácter sancionador, será positivo por entenderse que el Derecho no ampara jurídicamente a lo contrario al Derecho. Su mismo texto indica que hay que atender, primero que a nada, a la naturaleza de la norma contradicha. Al decir "salvo los casos en que la misma ley ordene su validez" implica que la ley ha podido exceptuar al acto de la nulidad, de modo expreso o tácito (7). Sería un grave error deducir la nulidad automáticamente del mero hecho de que un acto no reúna los requisitos señalados en la ley o de que esté en parte o en su conjunto prohibido por una ley. No debe olvidarse que el Derecho penal puede reaccionar de modos muy distintos frente a un acto contrario a sus preceptos. En términos generales, para que la nulidad se produzca de modo inmediato y necesario sería preciso que la ley vaya dirigida contra la eficacia del mismo acto, que lo repudie y estigmatice de jurídicamente ilícito. Hay, en cambio, bastantes casos en los que la ley ha rechazado expresa o tácitamente la sanción de nulidad; así, por ejemplo, cuando la ley no pretende la ineficacia misma del negocio, sino la consecución (mediante la prohibición o exigencia de un requisito) de un resultado lateral; cuando se señale otro tipo de sanción, más o menos grave, como una pena, la anulabilidad o la rescisión; el Derecho moderno, en los negocios jurídicos, acude sólo en último extremo a la declaración de su nulidad ("favor negotii") y los salva de ella —según los casos— mediante la interpretación correctoria y la figura de la conversión...".

Y en cuanto al acto, entiende nuestro maestro Federico de Castro (8), es preciso que tal acto en sí o en alguno de sus elementos esenciales, contradiga a la ley. "El artículo 4.º —dice— hasta por su mismo origen histórico repudia los actos dirigidos *contra* la ley, no a todos los actos no conformados según los preceptos legales". Por ello, entiende que no pueden considerarse nulos, entre otros, los actos incompletos pues a diferencia de lo que ocurre con los actos ilícitos, pueden ser completados, revalidados o confirmados".

El negocio jurídico otorgado sin autorización militar cuando ésta es preceptiva no es un negocio incompleto.

Tampoco lo es cuando falta la inscripción en el Registro de la Propiedad, que en este caso es necesaria, pero no constitutiva, problema del que nos ocuparemos más adelante.

der 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 transmisivo real y validez en el ámbito obligacional)."

(7) En su obra *El negocio jurídico*, p. 473, citada en nota anterior, recuerda De Castro que en la interpretación del art. 4.º del Código civil el Tribunal Supremo entiende que "no ha de ser interpretado con criterio rígido, 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... (Sentencia de 8 de abril de 1958, también Sentencia de 8 de marzo de 1966)".

(8) Op. cit., pp. 537 y s.

Aquí nos interesa la incidencia que sobre la eficacia del negocio puede producir la falta de autorización militar.

La autorización militar es una modalidad de autorización administrativa, una más de entre las muchas que en los tiempos que nos toca vivir impone la creciente invasión de la esfera privada por la pública.

No faltan autores en España, como Sanz (9) y Martín Retortillo (10) que consideran la autorización administrativa como una "conditio iuris" o elemento propio del negocio impuesto por su propia naturaleza y exigido por la ley. Martín Retortillo (11) cree que la autorización administrativa incide de tal suerte en el negocio que éste será válido si existe tal autorización y no será válido si tal autorización no existe, y ello tanto a efectos civiles como administrativos, al menos en el ámbito de la transmisión minera objeto de su estudio.

Bonet Correa (12) entiende acertadamente que la autorización, más que afectar a la validez de los actos del negocio precedente, donde incide es en cuanto a su ejercicio o desenvolvimiento. Siguiendo a Roblot (13), estima que la necesidad de una autorización o licencias en las relaciones privadas tan sólo afecta a la fase de ejecución del contrato, pero no a su creación o nacimiento, ya que la fuerza obligatoria de éste surge de la concurrencia de consentimientos.

Siguiendo las enseñanzas de De Castro y examinando la legislación sobre zonas estratégicas (como hoy la legislación sobre zonas de acceso restringido a la propiedad por extranjeros), cabe concluir que tal legislación no va dirigida contra la eficacia del mismo acto, sino que persigue un resultado lateral de control o vigilancia por la Administración militar de la inversión extranjera en determinadas zonas de interés estratégico. Por eso tal legislación no imponía de modo expreso su nulidad y hasta de un modo tácito admitía su validez, al señalar una serie de consecuencias al negocio otorgado sin autorización. Así, en el artículo 16. del Reglamento de 28 de febrero de 1936 para la aplicación de la Ley de 23 de octubre de 1935, para el caso de infracción prevé la imposición de multas y, en caso de obras ejecutadas o fincas adquiridas sin autorización prevé la posible demolición de las obras o la expropiación de las fincas.

Publicada la Ley de Zonas de 12 de marzo de 1975 y su Reglamento de 10 de febrero de 1978, tales conclusiones deben mantenerse, sobre todo habida cuenta de la nueva redacción del Título Preliminar del Código civil, texto articulado por Decreto de 31 de mayo de 1974, en el que se regula el tema de la nulidad de los actos contrarios a las normas en el

(9) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, Madrid, 1953, pp. 368. y siguientes.

(10) *Transmisión de mina. Necesidad de autorización*, en ADC, 1959, pp. 235 y ss.

(11) *Op. y loc. cit.*

(12) *Negocios jurídicos en moneda extranjera y autorización administrativa*, en ADC, 1971, pp. 149 y ss.

(13) *Reglamentation des changes et droit privé*, en "Le controle des changes. Ses repercussions sur les institutions juridiques". Paris, s. a., pp. 29 y s.

artículo 6.º, apartado 3, con una redacción más precisa que permite un fuerte apoyo a nuestra posición.

Según esta nueva redacción: "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención."

Parece, pues, que, en términos generales, los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas serán nulos, en principio. Pero no quedarán sujetos a esta sanción de nulidad si en las propias normas se establece un efecto distinto para el caso de contravención.

Por eso, Bonet Correa, en un brillante trabajo dedicado al estudio del nuevo artículo 6, 3 del Código civil (14), pone de relieve que "anteriormente, si la tarea interpretativa del artículo 4.º era más compleja, dado el tono de su generalidad, textualmente la cuestión ha quedado reducida al examen de la validez o nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas, para los que se señala una sanción concreta, que son los excepcionados por la propia ley respecto a la sanción más fuerte de la nulidad de pleno derecho".

Aunque no faltan autores, como Lacruz Berdejo (15) y Alvarez Pastor y Eguidazu (16), que entienden que el acto contrario a la norma prohibitiva o imperativa es nulo aunque la norma señale a la contravención efectos distintos si éstos no implican la validez del acto, el profesor Bonet Correa (17) critica justamente dicha postura doctrinal subrayando la posibilidad que tienen las normas imperativas y prohibitivas de imponer sanciones que no sean la de nulidad, otras menores, más conformes con la finalidad de la propia norma. "Lo erróneo de la argumentación —dice— está en entender que un juez o tribunal pueda imponer una penalidad o sanción mayor que aquéllas señaladas específicamente por la propia ley; si la ley es penal, rige el principio *nulla pena nullum crimen sine lege* y, si es civil, tampoco puede excederse de las concretamente impuestas, ya que quedarían violados los principios de legalidad y seguridad de las normas en el tráfico jurídico: sancionar más allá de lo prescrito en las leyes sería injusticia y grave iniquidad".

Con gran plasticidad dice Bonet Correa (18) que "la nulidad tiene su parangón en el orden penal con la pena de muerte, que también es la más radical y la que logra eliminar toda existencia".

Por último, nos parece acertado el criterio a seguir en esta materia, que enuncia el profesor Bonet Correa respecto a las normas imperativas y prohibitivas. "Habrá que examinar —dice— (19), primero, qué clase de sanción es la concretamente impuesta por el legislador en caso de su infracción, ya que sería la pauta a seguir, sin desviarse, por ser la es-

(14) *Los actos contrarios a las normas y sus sanciones*, en ADC, año 1976, p. 317.

(15) *Elementos de Derecho Civil*, I, Parte General. Barcelona, 1974, página 46.

(16) *Control de cambios. El régimen jurídico de las transacciones con el extranjero*. Madrid, 1975, p. 71.

(17) Op. cit., p. 319.

(18) Op. cit., p. 321.

(19) Op. cit., p. 321.

pecificamente aplicable; otra sanción no podrá inferirse, ni por interpretación extensiva, ni tampoco por analogía. Únicamente cuando las normas imperativas y prohibitivas hayan dejado de señalar una sanción concreta es cuando la nulidad de pleno derecho tendría su efecto sancionador más idóneo por la contravención”.

Esto supuesto, aplicando las precedentes enseñanzas a la hipótesis que contemplamos, podemos concluir que la falta de autorización militar en los actos o negocios que la exigen no provoca la nulidad de los mismos.

Que no hay nulidad en los casos de construcciones de obra o edificaciones de cualquier clase es evidente dado el ámbito en que se proyecta la nulidad.

En los restantes supuestos del artículo 18 y del 19 de la Ley de Zonas (y que se hallan recogidos en los artículos 37 y 39 de su Reglamento), tampoco hay nulidad, puesto que la consecuencia prevista es su posible expropiación (artículo 29 de la Ley de Zonas y 91 de su Reglamento).

Y en ambos casos, además, se prevé la sanción pecuniaria a la infracción.

En efecto, según el artículo 91 del Reglamento, en el que se reproduce el artículo 29 de la Ley, actualizándolo:

“1. Las infracciones de las disposiciones prohibitivas o limitativas que contengan los Decretos por los que se establecen las zonas de interés para la Defensa Nacional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley y de este Reglamento, así como las que vulneren lo dispuesto en los artículos 12, 14, 20, 21, 22, 27, 37 y 39 de éste, podrán dar lugar al acuerdo de demolición parcial o total o al de expropiación, según los casos, sin perjuicio de ser sancionadas pecuniariamente según su entidad o importancia objetiva y la intencionalidad de sus autores.

2. Los acuerdos de demolición o expropiación, que serán de la exclusiva competencia del Ministerio de Defensa, así como los de sanción pecuniaria, sólo podrán imponerse mediante la incoación del oportuno procedimiento, en el que preceptivamente se oír al presunto infractor.

3. La resolución de los expedientes instruidos por infracciones cometidas con motivo de obras o servicios públicos será de la competencia del Consejo de Ministros.”

Y el artículo 92 del propio Reglamento, en el cual se reproduce el artículo 30 de la Ley, dispone:

“1. A los efectos sancionadores previstos en el artículo anterior, las Autoridades militares a que se refieren los artículos 6, 31 y 42 de este Reglamento podrán imponer multas de hasta 25.000 pesetas.

2. El Ministro, a propuesta de dichas Autoridades, podrá imponer multas de cuantía no superior a 100.000 pesetas.

3. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro correspondiente, podrá imponer multas de hasta 500.000 pesetas.”

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ

Doctor en Derecho
y Notario de Madrid