

Negocios jurídicos en moneda extranjera y autorización administrativa

JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. Los elementos esenciales del negocio jurídico y la autorización administrativa: su problemática.—2. La naturaleza jurídica de la autorización administrativa y sus repercusiones en los negocios jurídicos de moneda extranjera.—3. La autorización administrativa en cuanto condición jurídica y sus efectos en los negocios jurídicos privados.—4. El carácter administrativo y las sanciones penales de la reglamentación de cambios.—5. Las consecuencias de la falta de autorización para la validez del negocio jurídico.—6. Las consecuencias de la falta de autorización para el cumplimiento o ejecución del negocio jurídico.

1. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL NEGOCIO JURIDICO Y LA AUTORIZACION ADMINISTRATIVA: SU PROBLEMATICA

Desde la jurisprudencia romana hasta la época codificadora del siglo XIX, pasando por el movimiento de la Pandectística, los elementos que integran la contratación y la estructura del negocio jurídico son: el consentimiento de las partes, el objeto de la prestación sobre la que recae el negocio, la causa y la forma en que se debe de realizar el negocio (arts. 1.278 y 1.279 del Código civil). Todos ellos proceden y se concretan dentro de un ámbito de las relaciones privadas, sin necesidad de la intervención de una autoridad de la Administración pública (1).

Con el siglo XX van a desbordarse estos cauces haciéndose insuficientes el compromiso y la responsabilidad de las personas en sus negocios cuando éstos implican por razón del objeto de la prestación, además del consiguiente interés privado un interés público. En este supuesto se encuentran todas aquellas relaciones que se llevan a cabo con moneda extranjera, valores de cotización internacional y oro amone-

(1) Sobre la dogmática del negocio jurídico cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967; GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1969, con amplias referencias, ambos, a la doctrina anterior.

dado o en pasta. El interés público que supedita al privado —haciendo así nuevamente válida la máxima baconiana «*jus privatum sub tutela juris publici latet*»— se basa en que dichas prestaciones si se dejan al arbitrio de las partes y a sus exclusivas finalidades podrían desentenderse de aquellas más generales de la propia moneda del país, que representa la unidad de medida de los valores patrimoniales y, como consecuencia final, la que rige la balanza de pagos.

En nuestros días cada vez van adquiriendo un volumen ciclópeo las actividades de la Administración económica del Estado, al intervenir con mayor intensidad en los actos más nimios de la operatividad económica de las relaciones privadas de los individuos. Para ello, además de haber creado los organismos correspondientes, como sucede para el ámbito del control de cambios con el «Instituto Español de Moneda Extranjera» (= IEME) (2), una entidad un tanto compleja por su simbiosis estructural, al presentar su carácter estatal como «entidad de Derecho público» y su faceta privada al estar dotada de «personalidad jurídica», la Administración pública exige a los particulares que obtengan de ella, primero una «licencia» (por razón de la materia que se negocia) y, después, una «autorización» (como consecuencia de la prestación que se ha de pagar) (3).

De este modo resulta que al negocio jurídico privado no le basta contar con sus elementos esenciales (consentimiento, objeto, causa y forma), sino que ha de añadir —cuando se trata de ciertos bienes que integran el objeto de una prestación—, preceptiva e inexcusablemente, los requisitos de una licencia y de una autorización. De esta necesidad de obtener una licencia y una autorización de la Administración estatal, ¿se debe deducir, pues, que los negocios jurídicos privados deben contar con un requisito esencial más en cuanto a sus elementos constitutivos?

Es tal la fuerza de los hechos provocados por las normas pro-

(2) El IEME se crea por Ley del 25 de agosto de 1939 y sus Estatutos se aprueban por Decreto del 24 de noviembre de 1939. El Decreto del 14 de junio de 1962 clasifica este centro como «ente estatal autónomo» y así se confirma por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS. 7 diciembre 1949, 9 febrero 1965 y 4 diciembre 1965). Dependió, primero, del Ministerio de Industria y Comercio, posteriormente de este último. La Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca, apartado g) de la Base 2.^a del artículo 1.^o, ha previsto su integración en el Banco de España al resultar éste dependiente del Ministerio de Hacienda.

(3) La Ley del 4 de mayo de 1948, que estimó ampliamente superadas las circunstancias que motivaron la legislación en materia de cesión, depósito y disponibilidades de divisas (Decreto-Ley del 14 de marzo de 1937, así como otras disposiciones), se propone «la adecuada revisión de tales disposiciones enmarcándolas en los justos y debidos límites, que ofrecerán, de una parte, las vitales y supremas necesidades de la nación, y de otra, el respeto al puro contenido económico de los patrimonios privados». No obstante, sigue exigiendo tres obligaciones fundamentales: a) Obligación de declarar al IEME toda adquisición de divisas, oro en pasta o amonedado, valores extranjeros o españoles de cotización internacional (art. 1.^o); b) Obligación de ceder al Estado tales divisas y valores a los cambios vigentes en el día que tuviera lugar la operación (art. 3.^o); c) Obligación de solicitar del IEME autorización, con justificación adecuada para la disponibilidad de las divisas, oro y valores (art. 10).

hibitivas de la Administración económica del Estado, respecto a las operaciones negociales sobre determinados bienes, mercancías y objetos, que ha suscitado a los más eminentes civilistas, como Ripert (4), a pronunciar un juicio negativo de esta intervención de las autoridades públicas en la esfera de la autonomía de la libertad privada, advirtiendo cómo la autorización tiene el inconveniente de retardar y complicar la conclusión del contrato, añadiendo que, desde el punto de vista de la técnica jurídica, comporta un confusionismo en las relaciones jurídicas.

No es extraño que los juristas de todos los países donde estas interferencias se hacen patentes con licencias y autorizaciones en la vida del negocio jurídico privado, se hayan planteado una serie de interrogantes sobre la naturaleza jurídica de este nuevo requisito procedente del poder ejecutivo estatal y, sobre todo, de los efectos que comporta en una serie de situaciones y relaciones negociales, como sucede cuando no se ha autorizado, bien por no haberse pedido por las partes o ya cuando se produce una denegación discrecional de la Administración. Entonces se preguntan: ¿es válido el negocio jurídico?: ¿tiene eficacia o resulta nulo parcial o totalmente? Cuando todavía el negocio no ha sido autorizado, ¿ha tenido lugar la transferencia de propiedad?: ¿queda concluido o resulta condicionado?: ¿se trata de una *condicio facti* o de una *condicio juris*?: ¿qué efectos provoca ese condicionamiento: *ex tunc* o *ex nunc*? El lapso de tiempo hasta la concesión de la autorización, ¿cómo repercute sobre los acontecimientos negociales (lesión, mora, prescripción) que le sobrevengan? Por negativa de la autorización, ¿se extingue definitivamente el negocio por imposibilidad de incumplimiento o renace por una autorización posterior?

Son la doctrina y la jurisprudencia francesa, italiana y alemana, fundamentalmente, quienes se han preocupado más de encontrar las soluciones equitativas para la resolución de los intereses públicos y privados, tratando de resolver toda esta problemática respecto a los negocios en moneda extranjera.

Entre nosotros, quien más ha contribuido a dar un juicio equitativo de los problemas y de los conflictos de intereses en materia de divisas ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (5), seguida por la doctrina en el examen de las cuestiones concretas (6).

Para los negocios jurídicos implicativos de prestaciones en moneda

(4) RIPERT, *Le déclin du droit*. París, 1949, pp. 49 y 51.

(5) Auto del 21 marzo 1935 y SS. 8 julio 1936, 18 marzo 1956, 3 octubre 1957, 8 abril 1958, 6 abril 1963, 14 noviembre 1964, 5 julio 1965 y 20 junio 1969.

(6) Cfr. PÉREZ VITORIA, *Los delitos monetarios y su reflejo en la contratación civil y mercantil*, en *Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona* (Barcelona, 1944), pp. 140 y ss.; MOLINA RAVELLO, *La autorización administrativa y el Reglamento Hipotecario reformado*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (septiembre 1960), pp. 12 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, *Estudio de los problemas de las inversiones extranjeras en el Derecho notarial español*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XII (Madrid, 1961), pp. 407 ss.; VERDERA, *Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*, en *El centenario de la Ley del Notariado*, IV (Madrid, 1963), pp. 97 ss.; BAENA DEL ALCÁZAR, *Pro-*

extranjera la autorización supone un elemento imprescindible en el comportamiento de las partes. De aquí que sea necesario un examen previo de su naturaleza jurídica, de establecer su rango y comportamiento dentro de las relaciones privadas y las consecuencias que por tal naturaleza se derivan.

2. LA NATURALEZA JURIDICA DE LA AUTORIZACION ADMINISTRATIVA Y SUS REPERCUSIONES EN LOS NEGOCIOS JURIDICOS DE MONEDA EXTRANJERA

La doctrina italiana (7), tradicionalmente, es quien más ha contribuido a esclarecer la cuestión de la naturaleza jurídica de la autoriza-

blemas jurídico-administrativos del control de divisas en la nueva Ley de Bases de Ordenación Bancaria, en Revista de Administración Pública, 38 (1962), pp. 381 ss.; PECOURT GARCÍA, *El cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera y el control de cambios* (Nota a la sentencia del 6 de abril de 1963), en Revista Española de Derecho Internacional, XVII-4 (1964), pp. 589 ss.; BONET CORREA, *El control de cambios y las obligaciones monetarias*, Madrid-Roma, 1967; RODRÍGUEZ SASTRE, *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina de «clean hands»*, Madrid, 1968; LUCAS FERNÁNDEZ, *La contratación en España por personas naturales y jurídicas extranjeras*, Madrid, 1969, y 2.ª ed., Madrid, 1970; LORENTE SÁNCHEZ, *El Registro de la Propiedad y la Ley de Delitos Monetarios*, en Estudios de Derecho civil, en honor del profesor Castán Tobeñas, IV (Pamplona, 1969), pp. 461 ss.

(7) Cfr. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, en *La giurisprudenza italiana* (1894), pp. 1 y ss., y en *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (1894), y (1897); GABRIELI, *Profili delle concessioni e delle autorizzazioni amministrative*, en *Rivista di Diritto pubblico*, II (1941), pp. 127 ss.; VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrative*, Padova, 1944; GASPARRI, *Considerazioni in tema di autorizzazioni*, en *Giurisprudenza Completa della Corte di Cassazione (sez. civ.)*, 3 (1947), pp. 1124 ss.; DISTASSO, *Natura giuridica delle autorizzazioni amministrative e vizio di validità del contratto del «falsus procurator»*, en *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione (sez. civ.)*, 2.ª (1949), pp. 868 ss.; ORTOLANI, *Autorizzazione e approssimazione*, en *Studio in onore del prof. Santi Romano* (1949), pp. 19 ss.; GIANNINI, *In torno all'autorizzazione all'apertura di sportelli*, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, II (1950), pp. 303 ss.; RICCA, *Sulla competenza per il rilascio delle licenze per esportazioni e importazioni temporanee*, en *Commercio estero*, I (1951), pp. 113 ss.; CASSARINO, *Difetto di autorizzazione e validità dell'atto*, en *La giurisprudenza italiana*, IV (1954), pp. 33 ss.; BASSI, *In tema di autorizzazioni e concessioni amministrative*, en *Il Foro padano*, I (1955), pp. 878 ss.; COLETTI, *Sugli effetti della autorizzazione amministrative*, en *Il Foro italiano*, I (1957), pp. 423 ss.; GRILLO, *Divieti economici e valutari*, en *Vita doganale* (1958), pp. 147 ss.; ORUSA, *Disciplina generale degli scambi di merci con l'estero (resegna di giurisprudenza 1950-1956)*, en *Il Diritto dell'economia* (1958), pp. 735 ss.; SANDULLI, *Abilitazione. Autorizzazione. Licenze*, en *Resegna di Diritto pubblico*, I (1958), pp. 135 ss.; ROSSI, *La natura giuridica della licenza d'importazione*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 59-II (1961), pp. 360 ss.; ALLEGRA, *Licenze e permessi in materia de importazione ed esportazione*, en *Vita doganale* (1961), pp. 461 ss.; SPAGNOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Milano, 1962; SALVATORE, *Le autorizzazioni amministrative: struttura natura giuridica e distinzione. Revocabilità en Consiglio di Stato*, II (1965), pp. 483 ss. FORTI, *Autorizzazione (Diritto amministrativo)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, I (Torino, 1968), pp. 1580 ss.

ción administrativa. Desde Ranelletti (8), los autores han empleado el término «autorización» para concretar una habilitación pública respecto al ejercicio de un derecho preexistente. Dentro de esta línea, Vignocchi (9) cree que la autorización es un acto autónomo, una manifestación jurídica de voluntad, si bien con funciones no constitutivas de un derecho, pero consistente en una «remoción de límites» para el ejercicio de un derecho preexistente.

Por tratarse la autorización de un control preventivo no sólo tiene un significado estrictamente jurídico, sino también de hecho, siendo diversa a una aprobación; su función de control actúa a través de un examen de conjunto de la posición de derecho y de hecho del sujeto controlado; por estas razones debe preceder a la operación que se va a autorizar. Según Vignocchi, la autorización repercute sobre la validez del acto a ella subsiguiente y sobre la licitud de un hecho material. En definitiva, para este autor (10), la autorización es aquel acto especial de control preventivo caracterizado por la función de condicionamiento de la eficacia de un supuesto jurídico precedente, limitativo de la posibilidad de ejercicio de poderes concretos con la finalidad de asegurar que la actuación de tales poderes se realice conforme a criterios de interés público-social.

A partir de Vignocchi, ciertos autores han ligado la eficacia jurídica del negocio contractual a la autorización, y han llegado a una consecuencia —no siempre exacta— en sus repercusiones de Derecho privado: que suponga un requisito esencial más del negocio jurídico, sin el cual éste carecerá de validez.

En realidad, la autorización, más que afectar a la validez de los actos del negocio precedente, donde incide, es en cuanto a su ejercicio o desenvolvimiento. El negocio jurídico suele nacer sin contar con la autorización, si bien con posterioridad se pongan todos los medios para obtenerla. Con razón ha podido matizar Lessona (11) que con las autorizaciones la Administración pública consiente a un sujeto el ejercicio de una actividad o de un derecho propio y preexistente, actividad o derecho que no pueden ejercitarse si antes la autoridad competente no constata que se han verificado las condiciones impuestas a tal ejercicio por un interés público.

Por su parte, la doctrina alemana (12) y los tribunales (13) también han acometido la cuestión que presenta la naturaleza de la autorización, concretamente en cuanto a su dependencia y efectos sobre la validez del negocio jurídico subyacente. Como advierte Nipperdey (14), si un negocio jurídico solamente puede ser realizado mediante

(8) RANELLETTI, *op. cit.*, *passim*.

(9) VIGNOCCHI, *op. cit.*, p. 13.

(10) VIGNOCCHI, *op. cit.*, p. 107.

(11) LESSONA, *Introduzione al diritto amministrativo e suoi principi*, Firenze, 1952, p. 78.

(12) Cfr. LANGE, *Die behördliche Genehmigung und ihre zivilrechtlichen Auswirkungen*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, 152 (1952), pp. 241 ss.

(13) OGHZ 3, 298.

(14) NIPPERDEY, en *Deutsche Rechts-Zeitschrift* (1950), p. 197.

la obtención de una autorización, se produce una quiebra en el principio de la libertad contractual, en la autonomía privada, por lo que los derechos fundamentales de la persona constitucionalmente reconocidos pueden llegar a ser ilusorios.

Entre los autores, Lange (15) precisa cómo la regla general es que la misión de la protección de los intereses públicos se confía a los funcionarios de la Administración; de este modo, cree que la autorización resulta un «acto de administración», siendo el negocio jurídico un antecedente de Derecho civil que precede al acto administrativo, por lo que la autorización tan sólo estampa el sello del placet gubernativo; no se trata, pues, de una declaración privada, sino de un acto de soberanía estatal, cuyos efectos no se rigen por lo dispuesto en los parágrafos 182 y 183 del Código civil (§§ 182 y 183 del B. G. B.). Por tanto, este autor concluye que la autorización administrativa contiene las siguientes características: 1. Ser un acto de control o de inspección de la Administración: 2. Ser un acto administrativo subalterno o dependiente: 3. Ser un acto administrativo de carácter duplicado: 4. Es un acto administrativo de poder, o constitutivo, en cuanto el negocio jurídico, a través de la autorización, obtiene su total eficacia.

Lange también pone de relieve cómo los tribunales (17), en el caso de la necesidad de una autorización para los negocios en divisas, no se trata de una condición negocial, sino de una simple condición jurídica. Esta última cuestión es muy debatida por la doctrina desde que aparecieron las primeras medidas del control de cambios y sus repercusiones en la contratación privada (18), en particular en cuanto a su

(15) LANGE, *op. cit.*, p. 24, y en *Neue Juristische Wochenschrift* (1949), p. 201.

(16) En el mismo sentido, MEYER-MARSILIUS, *Unter dem Vorbehalt späterer Devisengenehmigung abgeschlossene Einfuhrverträge*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 18 (1953), p. 651.

(17) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung* (= RGZ), 168, p. 267.

(18) Cfr. BLAU, *Devisenrecht und Privatrecht*, en *Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 47 (1933), pp. 201 ss.; STERNBERG, *Die Einwirkung des Devisennotrechts auf das Grundbuch und Notariatsrecht*, en *Rechtspflege und Wirtschaft* (1933); SIMON *Devisenrecht und bürgerliches Recht*, en *Bank Archiv* (1934), pp. 1621 ss.; MEILIKE, *Gestaltung und Umgestaltung der Schuldverhältnisse durch das Devisenrecht*, en *Bank Archiv* (1935), pp. 407 ss.; ISENBART, *Die rechtsgeschäftliche Währungsänderung in Stillhaltung und Devisengesetzgebung*, en *Bank Archiv* (1935), pp. 235 ss.; HAFNER, *Gestaltung der Vertragsverhältnisse unter dem Devisenrecht*. Diss. Heidelberg, 1936; CASPARIUS, *Ungelöste Fragen auf dem Gebiet der Zivilrechtsfolgen der deutschen Devisengesetzgebung*, en *Iherings Jahrbücher*, 86 (1939), pp. 33 ss.; HUMBURG, *Einwirkung des Devisennotrechts auf Privatverhältnisse*. Diss. Rostok, 1936; LANGEMANN, *Kaufvertrag und Devisenrecht* (Devisenarchiv Reihe), III Heft (1936); DANNENBERG, *Der Einfluss des Devisenrechts auf Hypotheken und Grundstücksgeschäfte*. Diss. Marburg, 1936; HARTENSTEIN, *Die Einwirkungen des Devisenrechts auf die bestehenden Schuldverhältnisse*, en *Juristische Wochenschrift* (1936), pp. 2833 ss.; SCHÖEN, *Devisenrecht und Erbrecht*, en *Devisenarchiv* (1936), pp. 1284 y 1324; EHNINGER, *Die Einwirkung der deutschen Devisengesetzgebung auf privatrechtliche Schuldverhältnisse*. Diss. Tübingen, 1937; BAUER, *Devisenrecht und Grundstückverkehr*, en *Devisenarchiv* (1942), pp. 919 ss.; EHLERS, *Der Gläubigerantrag in der Devisenbewirtschaftung*, en *Devisenarchiv* (1942), pp. 113 ss.; HEINZEL,

significación jurídica y material, así como en lo referente a sus efectos en las relaciones negociales y las de procedimiento (19).

En los años de la ocupación militar aliada, precisamente en el decenio 1945-1955, la República Federal Alemana sufre de nuevo un severo régimen de control de cambios, que concluirá con la firma del Protocolo de París del 23 de octubre de 1954 (su proclamación efectiva fue el 5 de mayo de 1955). Como consecuencia, la doctrina vuelve a plantearse la serie de problemas que implica una autorización necesaria para la celebración de los negocios privados que contengan una transferencia de divisas (20).

Entre los problemas que la doctrina y los tribunales alemanes tienen ante sí y las cuestiones que deben decidir, se encuentran los referentes a la validez general del negocio a autorizar, la eficacia de las autorizaciones concedidas con posterioridad a la celebración del negocio y sus efectos civiles derivados de la pendencia de la autorización. La misma problemática aparece en los demás países que han adoptado un régimen de control de cambios, como sucede entre nosotros, por lo que se hace necesario examinar su alcance y efectos.

Der Einfluss des Devisenrechts auf das Eherecht, en *Devisenarchiv* (1944), pp. 45 y 145.

(19) Cfr. GRÜBEL, *Die Bedeutung der Genehmigung im Devisenrecht*, en *Juristische Wochenschrift* (1932), pp. 1956 ss.; LASSEN, *Kann die Genehmigung im Sinne des § 6 der Devisenordnung von 1.8.1931 auch nachträglich erteilt werden?*, en *Juristische Rundschau* (1932), pp. 152 ss.; DIETRICH, *Ist eine Devisengenehmigung für die Veräußerung verpfändeter oder zur Sicherheit übereigneter Werte bei Fälligkeit des Devisenforderung erforderlich?*, en *Deutsche Justiz* (1934), pp. 1442 ss.; Id., *Welche materiell-rechtliche Bedeutung hat die Devisengenehmigung?* en *Deutsche Justiz* (1934), pp. 1404 y 1473; Id., *Die Devisengenehmigung bei Verwertung von Sicherheiten*, en *Deutsche Justiz* (1935), pp. 718 ss.; Id., *Der sachlichrechtliche Einfluss der Devisengenehmigung* en *Deutsche Justiz* (1935), pp. 783 ss.; THILE, *Die Bedeutung der nachträglichen Devisengenehmigung im Devisenzivilrecht und für Zwangsvollstreckungsakte*, en *Juristische Wochenschrift* (1935), pp. 3130 ss.; BAERS, *Die Devisenrechtliche Anbieterspflicht*, en *Juristische Wochenschrift* (1935), pp. 1061 ss.; BÖHMER, *Anbieters- und Genehmigungspflicht bei der Einziehung von Honorarforderungen gegen ausländische Mandaten bei deren inländischen Schuldner*, en *Juristische Wochenschrift* (1936), pp. 1742 ss.; PETSCHULT, *Der Begriff der Verfügung und der Genehmigung im Devisenrecht*. Diss. Berlin, 1937; WILMANS, *Lizenzen und andere gewerbliche ideelle Leistungen im Devisenrecht*, en *Devisenarchiv* (1937), pp. 1073 y 1101; STANGE, *Zur Genehmigungspflicht bei Bürgschaftsübernahmen*, en *Devisenarchiv* (1938), pp. 485 ss.; THILE, *Die Bedeutung der nachträglichen Genehmigung im Devisenstrafrecht*, en *Juristische Wochenschrift* (1938), pp. 721 ss.; GILLEN, *Die Zivilrechtliche Bedeutung der Erteilung oder Nichterteilung einer devisenrechtlichen Genehmigung (in bezug auf Schuldverhältnisse aus Verträgen)*. Diss. Köln, 1938; CAPPENBERG, *Die Bedeutung der devisenrechtlichen Genehmigung für das Privatrecht und das Verfahrensrecht*. Diss. Greifswald, 1939; NIEMANN, *Die devisenrechtliche Bedeutung der Verfügungsbefugnis*, en *Devisenarchiv* (1941), pp. 161 ss.

(20) Cfr. BONET CORREA, *El régimen jurídico alemán de las inversiones de capitales privados*, en *Anuario de Derecho Civil*, XXII-3 (1969), pp. 604, n. 33 y 607, n. 40.

3. LA AUTORIZACION ADMINISTRATIVA EN CUANTO A LA CONDICION JURIDICA Y SUS EFECTOS EN LOS NEGOCIOS JURIDICOS PRIVADOS

La intervención de la Administración económica del Estado suele imponerse en el ámbito del tráfico de divisas mediante el establecimiento de una prohibición de traficar con ellas, en cuanto medida general, y concederse autorizaciones para su manejo, en cuanto trato excepcional (21). De este modo la Administración consigue ejercer un control de caso por caso, por lo que puede encauzar y decidir sus preferentes intereses según la política o razones de Estado que tenga a bien.

Al ser la autorización un acto de poder o de administración, como decía Lange (22), bien sea previamente o con posterioridad al negocio privado que le implica, resulta que es un elemento nuevo que se introduce para aquellas relaciones privadas entre las partes. La autorización, al proceder de un plano distinto del privado, como es el público de la Administración, no supone un requisito intrínseco para el nacimiento del negocio, ni implica una de sus condiciones negociales jurídico-privadas, sino que aparece como un elemento adherido normativamente. Normativamente, la autorización resulta ser una simple condición jurídica o de derecho.

Compartimos, pues, con Roblot (23) que la necesidad de una autorización o licencia 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, en tanto que la operación material de importación o exportación de moneda presupone tan sólo una autorización administrativa e, incluso, el pago o entrega de la moneda puede hacerse en moneda nacional, mediante la conversión, cuando haya una causa de imposibilidad.

(21) NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, trad. argentina de Schoo, Buenos Aires, 1954, p. 617, concibe el control de cambios como un sistema de permisos oficiales (government licences) que jurídicamente constituyen excepciones legales a las prohibiciones establecidas por la ley (statutory prohibitions); o lo que es lo mismo, que la autorización gubernativa deroga en caso concreto la prohibición legal. RAVINOVICHT, *Les avois étrangers et les investissements étrangers dans la réglementation française des changes*, en *Revue de la Banque*, 3-4 (1956), pp. 317-318, advierte cómo la Oficina de Cambios goza del poder de acordar derogaciones a las prohibiciones que dicte esa legislación que se encuadra en el poder reglamentario de la Administración.

(22) LANGE, *op. cit.*, p. 241. La casación italiana (26 abril 1961) también entiende que la licencia de importación es un acto administrativo de autorización emanado de un poder discrecional y, por tanto, revocable cuando desaparezcan las circunstancias que motivaron su concesión.

(23) ROBLOT, *Réglementation des changes et droit privé*, en *Le contrôle des changes. Ses répercussions sur les institutions juridiques*, París, s. a., pp. 29-30. También КАИИ, *La vente commerciale internationale*, París, 1961, p. 351.

Los supremos tribunales franceses (24) e italianos (25) también han puesto de relieve este aspecto del condicionamiento que supone la autorización administrativa respecto de la eficacia del negocio u operación en divisas.

Por su parte, la doctrina alemana es consciente de este condicionamiento que plantea la imperativa necesidad de obtener una autorización de los funcionarios del control de cambios y de su cuestión fundamental: de si se trata de un poder que se incorpora a la voluntad de las partes entre sus preceptos negociales o resulta un mero condicionamiento.

Entre los autores que parecen admitir se trata de un poder que se incorpora a la voluntad de las partes encontramos a Weber y Wesenberg (26), especificando este último que para los negocios obligatorios la obtención de una autorización ha de considerarse como un estado de pendencia; por lo que, una vez concedida la autorización, tales negocios han de considerarse como si fuesen válidos desde el principio. La negación de la prestación —concluirá— hace objetivamente la prestación imposible y las consecuencias jurídicas se producen al igual que en los contratos recíprocos (§ 323 BGB); resulta como si una de las partes no hubiese dado su consentimiento.

En cambio, para otros autores, como Lange (27) y Meyer-Marsilius (28), sin duda con mayor precisión, si bien ven en la autorización un condicionamiento del negocio privado, no la conciben como una condición negocial contractual (de los §§ 182 y ss. del BGB), sino como una mera condición de derecho derivada de un acto de poder de Derecho público. Por eso, a juicio de Lange (29), cabe que aparezca un espacio de tiempo entre la celebración del negocio jurídico y la decisión de los funcionarios del control de cambios en que pue-

(24) La Cour de Cassation (27 enero 1947) distingue entre el «acto de disposición», que tiene validez por sí mismo, y su realización, que depende de la autorización administrativa.

(25) La Casación italiana (5 agosto 1952, en II Foro italiano, 1952, pp. 1001 y 2531) ha mantenido que un contrato estipulado en el ámbito del control de cambios, su eficacia está condicionada a la concesión de la autorización, que opera como *conditio iuris*. La sentencia del 28 de mayo 1954 (en II Foro italiano, 1954, p. 1269) considera válida la obligación de importar independientemente de la licencia prescrita con este fin por ser una *conditio iuris* de la eficacia de la compraventa. La sentencia del 4 de julio 1956 (en II Foro italiano, 1957, p. 423) alegaba que el contrato ha podido considerarse legalmente condicionado a la consecución de la autorización. La sentencia del 8 julio 1957 (en II Foro italiano, 1957, p. 1146) considera el beneplácito bancario como una *conditio iuris* de la eficacia del contrato de exportación. Cfr. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie* (art. i.277-I.284). Bologna-Roma, 1959, p. 239.

(26) STAUNDIGER-WEBER, Anm. 148; WESENBERG, *Das Devisenrecht in der zivilistischen Praxis* (Westz.) en *Der Betriebs-Berater*, 13 (1952), p. 363.

(27) LANGE, *Die behördliche Genehmigung und ihre zivilrechtlichen Auswirkungen*, en *Archiv für die zivilistische Praxis*, 152-3 (1951), pp. 244 y 248.

(28) MEYER-MARSILIUS, *Unter der Vorbehalt späterer Devisengenehmigung abgeschlossene Einfuhrverträge*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 6-18 (1953), p. 651.

(29) LANGE, *op. cit.*, 245.

dan cambiar esencialmente las relaciones privadas, por lo que tampoco su ciclo vital depende del resultado de obtener o no una autorización.

La doctrina española (30) tampoco ha dejado de abordar la problemática que plantean las autorizaciones de la Administración en las relaciones jurídicas privadas. Así, Martín Retortillo (31), a propósito de la autorización para el ámbito minero, cree que no se trata de una mera formalidad administrativa, por lo que los contratos son válidos o no a todos los efectos jurídicos, tanto civiles como administrativos, si cuenta o no con la autorización. A su juicio, este intervencionismo actualizado en los tiempos presentes al conjuro de una serie de fenómenos y circunstancias presentes en el ánimo de todos, sería una ficción si las normas que el Estado estatuye para imponer tal sistema no tuviesen trascendencia necesaria para hacer depender de dichas normas la validez y efectividad de los negocios que quiere dirigir y controlar. De aquí que este autor, adhiriéndose a la opinión de Sanz (32), concluya por calificar la autorización como una *conditio iuris* o elemento propio del negocio, impuesto por su propia naturaleza y exigido por la ley.

Sin embargo, esta postura fue combatida por Molina Ravello (33) con argumentos procedentes de la reforma adicional llevada a cabo en el artículo 98 del Reglamento Hipotecario. Este precepto permite la inscripción de un título para cuyo otorgamiento o inscripción se imponga por las leyes u otras disposiciones, como requisito, la autorización de una autoridad u organismo administrativo, si no se acredita su cumplimiento, a menos que una ley sancione expresamente la omisión del requisito con la nulidad absoluta del acto o de su inscripción.

Molina llega a la conclusión de que a partir del Decreto de 17 de marzo de 1959, con el Reglamento Hipotecario a la vista, ninguna conexión administrativa de la clase expresada podrá entenderse haya de ser forzosamente previa al contrato del cual no es elemento constitutivo y sí una *conditio iuris* de eficacia por razones especiales, a veces transitoria, de interés público distinto del de los particulares, quienes perfeccionan el convenio y no lo ejecutan mientras la Administración no lo aprueba, si no está aprobado ya con anticipación (34).

(30) Cfr. MARTÍN RETORTILLO, *Acción administrativa sanitaria: La autorización para la apertura de farmacias*, en Revista de Administración Pública, 24 (1957), pp. 117 ss.; Id., *Transmisión de minas. Necesidad de autorización*, en Anuario de Derecho civil, XII-1 (1959), pp. 235 ss.; GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, 3.ª ed., I (Madrid, 1964), p. 32; VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*. Madrid, 1964, p. 307, n. 35. BIELSA, *Régimen jurídico de las autorizaciones y aprobaciones administrativas*, en Estudios de Derecho público, I, 429 ss.; MOLINA RAVELLO, *La autorización administrativa en los contratos y el Reglamento Hipotecario reformado*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 338-339 (1960), pp. 697 ss.; LORENTE SÁNCHEZ, *El Registro de la Propiedad y la Ley de Delitos Monetarios*, en Estudios en honor del profesor Castán Tobeñas, IV (Pamplona, 1969), pp. 461 ss.

(31) MARTÍN RETORTILLO, *Transmisión de minas*, cit., pp. 262 y 263.

(32) SANZ, *Instituciones de Derecho hipotecario*, II (Madrid, 1953), pp. 368 ss.

(33) MOLINA RAVELLO, op. cit., pp. 699 s.

(34) Esta posición ha tenido un reflejo positivo en el Tribunal Supremo;

Es que el artículo 98 del Reglamento Hipotecario no sólo ha dejado fuera de combate al artículo 119 del Reglamento minero, sino también a todos los preceptos análogos dictados en otras materias, por lo que la función notarial no podrá desenvolverse normalmente en su propio terreno confiada en la inscripción sucesiva de los títulos sin necesidad de condicionarlos a la autorización administrativa; así debe de ocurrir para otras intervenciones administrativas, como en las escrituras de aportación de capital extranjero y ciertas sociedades, y en otras análogas o parecidas, tales como en las requeridas para las adquisiciones de fincas por residentes en el extranjero.

Para el ámbito de las relaciones en moneda extranjera este autor se ha referido a la cuestión por la que la autorización administrativa no es un elemento constitutivo de las mismas, sino tan sólo un condicionamiento de su eficacia; a tal efecto, menciona la Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de abril de 1958 (35).

Lorente Sánchez (36) también advierte las influencias del intervencionismo administrativo en el Derecho privado a través del riguroso régimen de las autorizaciones. En el caso concreto que el autor contempla para las enajenaciones de inmuebles, pone de relieve cómo el valor jurídico de la autorización, según la Ley de 24 de noviembre de 1938, es claro, al impedir que el acto pueda ser calificado de delito monetario y sancionado en concordancia, si se contraviene; pero no es, en ningún caso, requisito de la validez del mismo. El que la autorización sea previa a la perfección de la venta o *ex post facto*, como ocurre frecuentemente en la práctica notarial, tiene el mismo valor, ya que impiden que el acto sea calificado de delictivo; resulta un defecto subsanable. Además, para este autor, el régimen ha sido mitigado por la Resolución del Instituto Español de Moneda Extranjera del 19 de julio de 1961, en cumplimiento del Decreto del día 15 anterior, al declarar la convertibilidad de la peseta y al permitirse abrir cuentas en pesetas convertibles e interiores a los residentes en el extranjero sin necesidad de autorización, siendo suficiente el certificado bancario que acredita la procedencia del dinero (37).

así, la Sentencia del 16 de noviembre de 1964 expresaba que la autorización administrativa exigida por el artículo 15 de la Ley de Minas y 67 de su Reglamento, para la transmisión de los permisos de investigación, no tiene más alcance que el Estado controle el cumplimiento de las limitaciones referentes al sujeto titular del permiso de investigación y no afecta a la perfección del contrato celebrado con anterioridad. Del mismo modo, la Sentencia del 5 de julio de 1965 declaraba que la falta de autorización prevista por la Ley de Minas no produce la nulidad de un contrato de venta, pues es válido y eficaz civilmente. Por último, la Sentencia del 11 de marzo de 1969 confirma que la cesión de un arrendamiento minero, a pesar de la especialidad de la materia, no pierde su naturaleza civil, por lo que la falta de autorización administrativa no es obstáculo para la validez de la cesión

(35) También BONET CORREA, *La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 abril 1958)*, en Anuario de Derecho civil, XIII-1 (1960), pp. 262 ss.

(36) LORENTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 461.

(37) La Orden Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado, del 10 de octubre de 1961 concreta que se acepten, en sustitución de la

Efectivamente, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 23 de junio de 1964 (38) y del 14 de julio de 1965 (39) han confirmado la suficiencia del certificado bancario sin necesitar la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera.

La primera Resolución recuerda cómo el Decreto del 15 de julio de 1961, por el que se declaró la convertibilidad de la peseta, desarrollado por la Resolución del IEME de 19 del propio mes y año, alteró profundamente la materia debatida al establecer que no requiere autorización de dicho Instituto la compra de un inmueble hecha por residente en el extranjero cuando las pesetas invertidas tengan el carácter de convertibles, ni tampoco cuando se apliquen pesetas interiores, siempre que en este caso las fincas adquiridas se destinen al uso personal del comprador, siendo suficiente que la autorización sea sustituida por la declaración del Banco proveedor de los fondos con la mención de haberse hecho el depósito y procedencia del dinero. Por tanto, la Resolución revoca la nota del Registrador, puesto que, «a mayor abundamiento, la autorización presentada aprueba la operación para un caso más riguroso que el llevado a cabo en la escritura calificada».

La Resolución del 14 de julio de 1965 confirma cómo el certificado del Banco (delegado del IEME), a través del que se hubiera verificado la provisión de divisas para inversiones en bienes inmuebles, sustituye a la autorización del IEME (Circular del 19 julio 1961), si bien decide que «como quiera que este documento no se acompañó al título calificativo a efectos del recurso, procedía confirmar el defecto señalado»; no obstante, tal defecto había sido considerado como subsanable en la nota recurrida.

Ante el alcance del intervencionismo administrativo sobre los derechos subjetivos, la disminución de las situaciones de poder real son patentes, como advierte Lorente Sánchez (40) al concluir que para este ámbito se han producido cambios esenciales, ya que el valor jurídico de la autorización del IEME —o del certificado bancario que la sustituye— ha pasado de ser un requisito de licitud a una condición de validez.

Por otra parte, nuestros Tribunales en sus instancias superiores han tenido ocasión de pronunciarse sobre la interferencia de las autorizaciones y licencias administrativas en la vida de ciertos negocios jurídicos privados. El que se estuviese pendiente de una licencia dio lugar a que se plantease la eficacia del contrato (una sociedad en constitución), tal como abordó la Resolución de la Dirección General

autorización directa del IEME, la certificación expedida por cualquier Banco o Caja de Ahorros.

(38) Cfr., en Anuario de Derecho civil, XVII-3 (1964), p. 724.

(39) Cfr., en Anuario de Derecho civil, XVIII-4 (1965), p. 951.

(40) LORENTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 463, 479 y 483. VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, p. 307, n. 35 ya había puesto de relieve que la autorización implica un juicio de valor, un contraste y confrontación entre el derecho subjetivo y el interés público singular que se contempla, para cuya tutela se somete a necesaria autorización el ejercicio del derecho.

de los Registros y del Notariado de 10 de noviembre de 1959 (41), o se reconociese su condicionamiento, según decidía el Tribunal Supremo por sentencia del 18 de marzo de 1956 (42). Igualmente aquellos negocios jurídicos en moneda extranjera en que las partes no habían obtenido previamente una autorización, se intentó pretender por los deudores la nulidad de lo contratado (SS. 8 julio 1936, 3 octubre 1957, 8 abril 1958 y 6 abril 1963), o bien invocar una imposibilidad de pago (Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1935 y SS. 8 julio 1936 y 6 abril 1963), a lo que, sin embargo, el Tribunal Supremo no accedió.

La Sentencia del 8 de abril de 1958 es la que dedica mayor atención a este aspecto de las repercusiones que provoca la autorización administrativa en los contratos privados. Concretamente, para un contrato de compraventa decidía que «la autorización del Instituto de Moneda Extranjera se ha exigido como medio de vigilancia, pero sin que se deduzca claramente que el propósito del legislador haya sido sancionar con la nulidad de pleno derecho el negocio civil», pues «en ningún momento se ha afirmado en instancia que la compraventa careciera de eficacia por omisión del que ahora se pretende requisito esencial de la repetida autorización del Instituto de Moneda Extranjera» (43).

El que nuestra jurisprudencia civil califique a la autorización como un simple «medio de vigilancia» y no lo considere como un requisito esencial constitutivo, además de que el legislador hipotecario estime la posibilidad de la inscripción de los actos todavía no autorizados, a menos que la ley sancione expresamente la omisión de la misma con la nulidad absoluta de dichos actos, nos conduce a examinar las dos cuestiones fundamentales para los negocios jurídicos en moneda extranjera: a) la de su validez e invalidez; b) la de su posible cumplimiento y ejecución.

(41) Esta Resolución manifiesta que «no puede entenderse que la sociedad constituida haya recibido efectivamente la aportación de la maquinaria y utillaje, sito en el extranjero, por parte de la sociedad francesa, porque la eficacia del contrato depende de la autorización del Instituto de Moneda Extranjera—Decreto 24 noviembre 1939—y de la correspondiente licencia de importación, permisos no presentados en el momento de extender la nota, sin que sea suficiente la tradición instrumental derivada del artículo 1.462 del Código civil», cfr. LEYVA, *Nota*, en Anuario de Derecho civil, XIII-4 (1960), p. 1299; MUÑOZ DE LA VEGA, *Inversiones extranjeras en España. Comentarios a la Resolución de la Dirección General de los Registros de 10 de noviembre de 1959*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1 (1960), pp. 37 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, *Estudio de los problemas de las inversiones extranjeras en el Derecho Notarial español*, cit., pp. 407 ss.

(42) En esta sentencia se advierte cómo las partes habían contratado con anterioridad a la obtención de las licencias de exportación, pero habían previsto paccionadamente y supeditado la operación a su obtención, por lo que el hecho de la exportación era una condición negocial de su propia existencia.

(43) Cfr. BONET CORREA, *La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios*, en Anuario de Derecho civil, XIII-1 (1960), pp. 262 ss.

4. EL CARACTER ADMINISTRATIVO Y LAS SANCIONES PENALES DE LA REGLAMENTACION DE CAMBIOS

En las dos etapas de vigencia del control de cambios español (1928-1936 y 1937 hasta la actualidad), el conjunto normativo de que se compone tiene como finalidad inmediata el salvaguardar la estabilidad de la moneda nacional, para lo cual implanta un control sobre las operaciones financieras públicas y privadas que puedan influir sobre la balanza de pagos. Tal sistema responde, fundamentalmente, a una técnica bancaria que se consolida como un medio de dirección o planificación de la economía financiera por el Estado.

En cuanto se trata de un conjunto normativo para reglamentar la Administración económica del Estado entre sus ciudadanos, con imposición de penalidades por su incumplimiento, parece indudable que desde el punto de vista de su naturaleza jurídica se deduzca su carácter eminentemente administrativo y sancionador. No obstante, al incidir sobre una amplia gama de relaciones negociales patrimoniales (tanto en el ámbito nacional como internacional), en cuanto a las posibilidades de su nacimiento y extinción, al realizarse el cumplimiento, provoca unas zonas de fricción en los intereses de las partes, sirviendo la intervención administrativa como disculpa y pretendiendo ser utilizada y aprovechada, precisamente por los que no obran de buena fe, con objeto de eximirse de sus compromisos.

El carácter eminentemente administrativo de la reglamentación de cambios se advierte tanto por el modo de proceder las autoridades gubernativas como del contenido y finalidad pública que contienen dichas normas. De acuerdo con Lemkin (44), hay que observar cómo mediante estas normas el Estado administra según un plan los fondos de divisas de la economía nacional, lo que implica la creación de un centro de disposición de estos fondos y el tener que decidir sobre cuáles pagos al exterior son considerados como útiles desde el punto de vista de los intereses de la economía nacional al distribuir las divisas para satisfacer las necesidades de los particulares que participan en el movimiento de pagos internacionales cuando se consideran urgentes e indispensables. De aquí que los bienes y valores, cualesquiera que sea su naturaleza (instrumentos de pago, valores mobiliarios, créditos, bienes muebles e inmuebles que sean susceptibles de convertirse en medios internacionales de pago), se sometan al control del Estado. Es decir, que el Estado, a través de sus órganos de administración, crea un ordenamiento material de divisas para evitar fundamentalmente la fuga de capitales al extranjero (causa inicial) y de este modo evitar un desequilibrio en la balanza de pagos (causa final) (45). En definitiva, el control de cambios se limita a impedir las transferencias de

(44) LEMKIN, *La réglementation des paiements internationaux*, París, 1939, página XXI.

(45) Más recientemente, cfr. TREVES, *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1967, pp. 2 ss.

capitales con fines no legítimos, tanto por parte de sus ciudadanos como de los extranjeros residentes en el país.

El centro rector y visible de las funciones de control de cambios se constituye como instituto especializado, siempre de carácter público, si bien con personalidad jurídica, lo que le permite no sólo decidir con *auctoritas*, sino también el llevar a cabo operaciones mercantiles (46) como un privado. Como hace notar Vignes (47), estos organismos creados por el ordenamiento material del control de cambios, en cuanto miembros de la Administración central, le imprimen un aspecto y carácter más reglamentario que legislativo. Al estatuirse las bases normativas del control de cambios por las autoridades gubernativas para trazar los principios dominantes que fijan la amplitud de los cambios, en la mayor parte de los países que impusieron el régimen de control, se hallan establecidas por los poderes administrativos habituales, según observa Chapel (48), bien a través de su poder reglamentario o bien mediante su poder de control; un poder de control que si bien parece restringido al ámbito de soberanía del territorio nacional, llega a alcanzar primordialmente a los acreedores establecidos fuera del país del deudor, así como a los deudores domiciliados en el extranjero y, también, en parte, a los capitales poseídos en el exterior por residentes extranjeros en España y nacionales españoles residentes en el extranjero.

Con Nussbaum (49), puede decirse que se trata de un nuevo tipo de legislación con alcance extraterritorial; de aquí que su problemática, en gran parte, se centre en las relaciones privadas internacionales (50).

El otro carácter dominante del régimen normativo del control de cambios es el represivo o penal. Las sanciones y penalidades que se prevén para los infractores, en realidad son la consecuencia de un régimen autoritario —la mayor parte de las veces— o de un sistema económico dirigido o planificado, según su tendencia nacionalista, neocapitalista o socialista, en donde se ejerce una ordenación total de la moneda y la más estricta vigilancia del movimiento de capitales; por

(46) Cfr. PEYTEL-HEYMANN, *L'origine de l'Office des Changes, son fonctionnement et sa réglementation*, en Gazette du Palais (1950), p. 4 ss.; IZE, *Office des Changes*, París, 1954; MESTRE, *Office des Changes*, París, 1954; WILLEMS, *L'Institut belge-luxembourgeoise du change*, en Journal des Tribunaux (1948), páginas 11 ss.; DE FRANCO, *Sulla natura giuridica dell'Ufficio italiano dei cambi (osservazioni in merito ai c.d. organi persona giuridiche)*, en Banca, Borsa e Titoli di credito, II (1961), p. 631 ss.; SENISE, *Costituzione e funzioni dell'Ufficio Italiano dei Cambi. I reati valutari e le pene*, en Il Risparmio, XV-2 (1967), páginas 78 ss.

(47) VIGNES, *Organisation administrative du contrôle des changes*, en *Le contrôle des changes*, dirigido por Hamel, Bertrand y Roblot, París, s. a., pp. 2 ss.

(48) CHAPEL, *Le régime administrative du contrôle des changes dans L'U.B.E.L.*, en Revue Internationale de Science Administrative (1953), pp. 3 ss.

(49) NUSSBAUM, *Money in the Law National and International*, Brooklyn, 1950, p. 485.

(50) Cfr. VAN HECKE, *Vertragsautonomie und Wirtschaftsgesetzgebung im internationalen Privatrecht*, en Zeitschrift für Rechtsvergleichung (1966), pp. 23 ss.; TREVES, *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1967.

ello ha de intensificarse el rigor para los infractores. Según advierte Vitu (51), la eficacia del control económico es real si los individuos no pueden sustraerse a las imposiciones y mandatos de la autoridad dirigente; para lograr su cumplimiento e intimidar al futuro transgresor se adoptan las normas penales y se les provee de un procedimiento especial.

En nuestro ordenamiento de control de cambios se establece, al igual que en otros países, una disposición conocida por la «Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios», del 24 de noviembre de 1938, en la que, además de predominar el arbitrio judicial en cuanto a la imposición de las sanciones de los actos punibles, establece su finalidad principal, cuando penaliza la ejecución de los pagos internacionales realizados sin la autorización correspondiente y el control y la movilización de los medios de pago internacionales o nacionales sin aquella autorización. La característica de las sanciones o penas (multa, con la adición de prisión hasta un máximo de tres años, e incluso pérdida de la nacionalidad española (art. 9) (52), es «intimidativa», respecto a los posibles culpables, y «satisfactoria», en cuanto a los intereses del Estado lesionados por la infracción (53).

5. LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE AUTORIZACION PARA LA VALIDEZ DEL NEGOCIO JURIDICO

En las relaciones negociales civiles puede suceder que las partes no estén advertidas respecto a las disposiciones de control de cambios y hayan llevado a cabo sus actos y contratos sin darse cuenta de la necesidad de una autorización, como puede suceder en las transmisiones de bienes muebles o por quien adquiere una finca o inmueble en su propio país a través de un apoderado que obra por cuenta de un español u otro residente en el extranjero.

En cambio, el desconocimiento de la necesidad de obtener una autorización resulta en los negocios jurídicos mercantiles implicativos de divisas en donde los asesoramientos y el propio procedimiento es indicativo para contar con la autorización y licencia del organismo de la Administración económica. Por tanto, si los contratantes prescinden de obtener una autorización, o simulan pretender obtenerla (54), re-

(51) VITU, *Réglementation des changes et droit penal*, en *Le contrôle des changes*, dirigido por Hamel, Bertrand, Roblot, cit., pp. 73 ss.

(52) Según LORENTE, *op. cit.*, pp. 469 ss., no es aplicable actualmente la sanción del artículo 9, por no encontrarse esta causa de la pérdida de la nacionalidad española entre las que enumera con carácter taxativo el artículo 20 del Fuero de los Españoles.

(53) Cfr. PÉREZ VITORIA, *op. cit.*, pp. 140 ss.; UBIERNA, *Régimen legal español de la moneda extranjera*, 2.^a ed., Madrid, 1949, pp. 173 ss.

(54) No han faltado casos donde el peticionario de divisas al IEME se valía de una simulación: formalmente, ante terceros, cumplía con el requisito aparente de su petición, y concretamente ante sus acreedores, pero, sustantivamente dejaba de aportar los justificantes necesarios de su deuda en divisas, lo que conducía al resultado—querido por él mismo—de que se le denegaran dichas

sulta más evidente que hay una intención dirigida principalmente a vulnerar las disposiciones establecidas.

Por último, puede ocurrir que la propia Administración económica del Estado a través de su centro de control de cambios, y en base a su poder discrecional, no acceda a la petición de divisas incoada por un deudor; en este caso, el negocio jurídico subyacente, si las partes no lo habían condicionado a la obtención de la licencia o de la autorización, ha de tener unas consecuencias respecto a su validez o invalidez.

Las reglamentaciones de cambios, que suelen establecer una prohibición general para el manejo de divisas, para poder salvarla, introducen un sistema de excepciones (cuyo examen es de caso por caso); de este modo se obliga al particular a solicitar del centro de control una autorización, para lo que se debe justificar adecuadamente la operación, lo que justificara la disponibilidad de las divisas (art. 10 de la Ley de 4 mayo 1948). El incumplimiento de esta obligación, pues, supone un acto en contra de las disposiciones normativas del régimen de control de cambios. Entonces, ¿cabe invocar una nulidad de los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley según el tenor del artículo 4.º del Código civil?

Nuestro Tribunal Supremo, en repetidas ocasiones, tuvo que decidir respecto a diversos casos en que una de las partes invocaba, tanto la prohibición general establecida por las normas de control de cambios, como la nulidad del negocio jurídico que había contraído en vista de la actuación omisiva de la otra parte respecto a lo dispuesto para la autorización.

En cuanto al primer caso, ocurrido bajo las disposiciones prohibitivas del primer período del régimen de control de cambios (1928-1936), la Sentencia del 8 de julio de 1936 recoge el supuesto donde el deudor alegaba que el precio expresado en marcos es una operación que estaba prohibida por Decretos y Ordenes como los del 10 de enero de 1931 y 29 de mayo del siguiente, fundando en ellos una violación, interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 1.258, 1.170 y 1.116 del Código civil. El Tribunal Supremo rechaza dicha tesis tanto por tratarse de una cuestión nueva planteada en casación y porque no fue propuesta, así como por el carácter ejecutivo de las disposiciones; razonaba del siguiente modo: «aparte de que la cuestión de la ilegalidad o ilicitud de aquella cláusula contractual no fue propuesta, ni por ello discutida en el pleito», «sin aludir ni menos atacar el valor legal de aquella estipulación, ni recordar los Decretos y Ordenes referidos», por lo que «procede declarar que las infracciones y violaciones de aquellos artículos del Código civil no pueden fundarse en disposiciones del poder ejecutivo, que cual repetidos Decretos y Ordenes, se refieren al cambio

divisas por el IEME; de este modo, u omisión, el deudor alegaba a sus acreedores imposibilidad de pago y, como consecuencia, el exonerarse del cumplimiento de su deuda por fuerza mayor. Una consideración del supuesto, cfr. BONET CORREA, *El control de cambios y las obligaciones monetarias, cit.*, pp. 158 ss. y RODRÍGUEZ SASTRE, *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina de «clean hands»*. Madrid, 1958, p. 224.

compra y especulación de moneda extranjera, para coordinar los movimientos del mercado de cambios con la acción gubernamental», «disposiciones... que en modo alguno pueden afectar a la eficacia jurídica y cumplimiento de éste».

En cuanto a la segunda postura adoptada por los deudores respecto a la pretensión de nulidad del negocio jurídico en vista de la actitud omisiva de la otra parte, al no obtener la autorización prevista por la reglamentación de cambios, la Sentencia del 3 de octubre de 1957 (55), declaraba brevemente «que la infracción del artículo 4.º del Código civil acusada en el tercer motivo del recurso, con base a que se llevó al conocimiento de embarque un pacto sobre pago de flete que se hiciese efectivo en pesetas, con especial recargo del 100 por 100, resulta totalmente estéril, por la sencilla razón de que en este pleito se reclama solamente el flete, sin recargo alguno y, por tanto, no hay posibilidad procesal de apreciar la infracción del artículo 4.º del Código civil, en relación con la Ley de 24 de noviembre de 1938».

En cambio, la Sentencia del 8 de abril de 1958 (56) aprovechaba la ocasión para entrar en la cuestión plenamente, a propósito de la compraventa de una finca rústica, cuyo vendedor fue un español residente en el extranjero, mediante apoderado; el demandante —un comunero de la finca— alega infracción del artículo 4.º del Código civil, al no haber hecho aplicación la sentencia recurrida del precepto que contiene, en relación estrecha y directa con las disposiciones de la Ley de 24 de noviembre de 1938, sobre delitos monetarios, y especialmente de los párrafos 16 y 17 de su artículo 1.º también infringido.

El Tribunal Supremo desestima aquella alegación por ser una cuestión nueva planteada en casación y, además, porque «como ha declarado esta Sala en su Sentencia de 19 de octubre de 1944, el artículo 4.º del Código civil, aparte de que se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, lo que restringe mucho su eficacia práctica como resorte para dar impulso a la casación, no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino como sugiere la doctrina científica, con criterio flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la Ley sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una Ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales que puedan ser meramente accidentales con relación al acto de que se trata, haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad (57), máxime en aquellos casos

(55) Cfr. HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I (Madrid, 1960), p. 416; BONET CORREA, *Los fletes pactados en moneda extranjera*, en *Revista de Derecho Mercantil*, 79 (1961), pp. 147 ss.

(56) Cfr. MOLINA RAVELLO, *La autorización administrativa en los contratos y el Reglamento Hipotecario reformado*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 388-389 (1960), p. 701; BONET CORREA, *La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios*, en *Anuario de Derecho civil*, XIII-1 (1960), pp. 262 ss.

(57) De modo similar a esta sentencia se expresaban literalmente las SS. 19 octubre 1944 y 8 marzo 1966, cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 473.

en que el problema que se suscita recae en realidad sobre una materia que reviste gran complejidad y no puede quedar resuelta por la nuda y aislada aplicación de dicho artículo, como sucede en el caso de los presentes autos, en que no aparece cuáles fueron las condiciones especiales en que se realizó la venta de la mitad del inmueble discutido situado en España, propiedad de residente en el extranjero, el cual recibe el precio, que se hace efectivo en pesetas, por medio de apoderado aquí residente, estableciendo el artículo 13 de la Ley de 4 de mayo de 1948, que la omisión o falsedad en las declaraciones exigidas por esta Ley, el incumplimiento de cualquiera de sus preceptos o la realización de cualquier acto que tienda a eludirlos queda sujeto a la Ley de delitos monetarios, pues para sansionar con nulidad la compraventa, sería necesario precepto claro y terminante, que no aparece dentro de la legislación que regla esta materia, cuyo contenido revela que la autorización del Instituto de Moneda Extranjera se ha exigido como medio de vigilancia, pero sin que se deduzca claramente que el propósito del legislador haya sido sancionarla con la nulidad de pleno derecho en negocio civil, provocando la consiguiente inseguridad en el tráfico jurídico, para que pueda apreciarse de oficio por los Tribunales ordinarios en casos como el presente, que ningún momento se ha afirmado en instancia que la compraventa careciera de eficacia por omisión del que ahora se pretende requisito esencial de la repetida autorización del Instituto de Moneda Extranjera» (58).

El mérito de esta sentencia está en precisar la naturaleza jurídica de la autorización respecto a los elementos del negocio jurídico civil, sin embargo, sus argumentos están faltos de rigor. No porque se trate de una «ley cualquiera», o sea, «una materia que revista gran complejidad», deja de proceder la aplicación del artículo 4.º del Código civil; con tales fundamentos la sentencia muestra una interpretación inconsistente y anodina. Si el artículo 4.º del Código civil está formulado de modo general, precisamente es debido a que no se refiere de un modo particular a las leyes civiles exclusivamente, sino también a todas las normas del ordenamiento jurídico. Sabido es, también, cómo la ubicación o sede de esta norma en el Código civil tampoco afecta o restringe para nada el ámbito material de aplicación de la misma; al contener un principio de gran generalidad actúa en función de su amplio campo de aplicación. No debe perderse de vista que el artículo 4.º, como observa el profesor

(58) Actualmente, para las compras de inmuebles hechas por residentes en el extranjero, la Resolución de la Dirección General de los Registros, del 23 junio 1964, vino a confirmar que, después del Decreto de 15 de julio de 1961, por el que se declaró la convertibilidad de la peseta, ya no se requiere autorización del IEME cuando las pesetas invertidas tengan el carácter de convertibles, ni tampoco cuando se apliquen pesetas interiores, siempre que en este caso las fincas adquiridas se destinen al uso personal del comprador, siendo suficiente que la autorización sea sustituida por la declaración del Banco proveedor de los fondos, con la mención de haberse hecho el depósito y procedencia del dinero, cfr., en Anuario de Derecho civil, XVII-3 (1964), p. 724, y LUCAS FERNÁNDEZ, *La contratación en España por extranjeros*, 2.ª ed., Madrid, 1970, pp. 194 y 379.

Castro y Bravo (59), al ser una disposición contenida en el título preliminar, se aplica a toda clase de leyes, ya pertenezcan, conforme a su naturaleza al Derecho público o al privado (60). Por tanto, cualquier violación legal que suponga desobediencia al mandato legislativo puede acarrear la sanción de nulidad. Dentro del término ley —añade el ilustre maestro—, se utiliza en el sentido de abordar una norma del Estado (ley en sentido técnico, decreto, orden) y sólo quedan fuera las disposiciones de carácter excepcional y las que carezcan del valor de normas sustantivas.

Ahora bien, para que un acto realizado contra lo dispuesto en la ley tenga la condición de nulo es otro aspecto que se necesita precisar. El criterio «flexible» a que se ha referido la sentencia de 1958 debe entenderse, tal como advierte el profesor De Castro y Bravo, en el sentido de que para aplicar debidamente el artículo 4.º del Código civil es necesario tener en cuenta que la nulidad no se origina por cualquier disparidad o disconformidad del acto respecto de la ley; el artículo 4.º se refiere a «actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley», y para saber cuándo existe tal contradicción ha de considerarse el mandato contenido en la ley y el carácter del acto.

Respecto a la naturaleza del mandato legal, el artículo 4.º ha cambiado de signo la presunción con que se enfrenta la nulidad: en vez de ser negativo, como normalmente correspondería a su carácter sancionador, es positivo, por entenderse que el Derecho no ampara jurídicamente lo contrario a Derecho: su texto indica que hay que atender, primero, a la naturaleza de la norma contradicha (61). Con los profesores Castro y Bravo y Castán (62) creemos que al decir el artículo 4.º «salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez», implica que la ley puede exceptuar el acto de una nulidad de modo expreso y, por tanto, no puede haber dificultad en que la excluya de forma tácita. Sería erróneo deducir la nulidad automáticamente por el 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. Hay que advertir con el profesor Castro y Bravo que no debe olvidarse que el Derecho puede reaccionar de modos muy distintos frente a un acto contrario a sus preceptos. En términos generales, cree este autor, la nulidad se produce de un modo inmediato y necesario cuando la ley vaya dirigida contra la eficacia del mismo acto, lo repudie o estigmatice de jurídicamente ilícito: pero hay bastantes casos en los que la ley rechaza tácitamente la sanción de nulidad: así, por ejemplo, cuando la ley no pretende la eficacia misma del negocio, sino la consecución

(59) CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Parte general. I. Libro preliminar. Introducción al Derecho civil*, 3.ª ed., Madrid 1955, p. 598.

(60) La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 15 de octubre de 1946 manifiesta que el artículo 4.º es aplicable a toda materia.

(61) La Sentencia del 13 de junio de 1947 decide que el artículo 4.º no puede prevalecer contra lo dispuesto en preceptos especiales.

(62) CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 598; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, I (Madrid, 1949), pp. 206 y 207.

(mediante la prohibición o exigencia de un requisito) de un resultado lateral o cuando se señale otro tipo de sanción, más o menos grave, como una pena.

Efectivamente este es el caso del ordenamiento de control de cambios; se trata de una legislación que no pretende ir contra la eficacia misma del negocio jurídico sustantivo, sino que se concreta a un resultado lateral, o sea, el control por las autoridades de la Administración económica del Estado de las prestaciones monetarias de sus residentes en el territorio nacional que hacen al exterior; su control tiene un alcance como «medio de vigilancia», tan sólo sancionado penalmente.

Es que las normas de la reglamentación de cambios tan sólo tienen un carácter adjetivo respecto de las que preordenan el negocio jurídico privado; no han sido dadas para establecer un elemento constitutivo de dichos negocios jurídicos y de los contratos, ni han pretendido sustituir ni alterar las normas comunes o sustantivas que los regulan; tan sólo se refieren a un aspecto parcial de los mismos, a la habilitación que impone el poder público en cuanto al ejercicio de una actividad concreta respecto de las monedas y divisas que han de traspasar las fronteras del país. Se trata, pues, de sancionar e imponer unas determinadas condiciones de hecho en cuanto a las consecuencias que se derivan del ejercicio de derechos que implican un negocio jurídico patrimonial cuya prestación consiste en moneda o valores extranjeros.

Con las normas de control de cambios no se ha pretendido alterar el régimen de los contratos, aunque como consecuencia de dicho control se produzca un cierto condicionamiento de la relación comercial hasta que se obtenga una licencia o autorización. Es que la reglamentación de cambios no pretende ir más allá de sus finalidades concretas como son la defensa de la moneda nacional, su estabilidad como medida de valor patrimonial en las transacciones nacionales e internacionales, por lo que también se trata de la defensa de su balanza de pagos; de aquí que se prohíba la salida de capitales, valores y divisas sin el control debido. Para intimidar la voluntad de los ciudadanos en este sentido le ha bastado sancionar su conducta omisiva en cuanto a la obtención de una licencia y autorización, sin necesidad de declarar una nulidad del negocio que implica la transacción monetaria; de aquí su carácter meramente penal que caracteriza dicha legislación de control de cambios. La imposición de una pena a los infractores es expresa y concreta en esta reglamentación de cambios, mientras que nada se dice sobre la nulidad del negocio jurídico subyacente.

Concretamente, la legislación española, en su «Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios», del 24 de noviembre de 1938, especifica los supuestos que las partes pueden infringir. En los supuestos concretos de los apartados 16) y 17) del artículo 1.º de dicha Ley, se dispone lo siguiente: «Se reputarán delitos de contrabando monetario, las acciones y omisiones siguientes: 16. Los ingresos y abonos de pesetas en cuentas de residentes en el extranjero y la movilización del saldo de

dichas cuentas sin autorización del expresado Comité; 17. Los pagos en pesetas por cuenta de residentes en el extranjero, sin mediar autorización del Comité citado» (actualmente IEME). Los que contravengan estas disposiciones quedan incurso como autores de un delito monetario y se les sanciona con una multa, que podrá llegar hasta el décuplo del importe de la prestación pecuniaria, el comiso de las cantidades o efectos, y, si el Juez lo estimare justo, con la adición de prisión hasta el máximo de tres años.

Resulta por tanto, que las infracciones a la reglamentación de cambios no dan base para el planteamiento de un recurso de casación, sino para proceder simplemente de oficio o en virtud de denuncia (art. 12 de la Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios). Es que no basta la presencia de un acto que contradiga la disposición legal para que proceda automáticamente la aplicación del artículo 4.º del Código civil, según queda visto, ya que es el contenido «lo dispuesto en la ley», lo que allí se sanciona: si la ley no dispone expresamente la nulidad del acto o negocio jurídico, entonces no puede entenderse que es un acto contra lo dispuesto por ella.

Es la misma tradición romanista (63) la que nos proporciona la clasificación de las leyes, precisamente bajo el punto de vista de sus sanciones y de los efectos que producen. Según esta clasificación hay: a) *leges perfectae*, aquellas que declaran nulo el acto realizado contra ellas; b) *leges minus quam perfectae*, las que castigan con una pena sin declarar la nulidad del acto; c) *leges plus quam perfectae*, las que sancionan tanto con la nulidad del negocio como con la imposición de una pena.

Resulta, pues, que la legislación de control de cambios es del tipo de las llamadas *leges minus quam perfectae*, puesto que sancionan con una pena sin llegar a declarar la nulidad del acto implicado. Por ser normas de carácter excepcional y reglamentario su interpretación ha de ser estricta y su alcance no puede llegar más allá de lo dispuesto, por las mismas. Si la legislación de control de cambios no ha tratado de alcanzar la validez del negocio, y sí, tan sólo, declarar ilícitas las consecuencias que provocan su violación es que se ha puesto un límite concreto para su interpretación y aplicación.

Se puede concluir que la reglamentación de cambios es un conjunto normativo de carácter secundario y, por tanto, no afecta a la eficacia del negocio jurídico sobre el que incide, al que sólo condiciona formal y accidentalmente (64). Ya el profesor Castán (65) hubo

(63) Ya ULPIANO, I, 2, cfr. BAVIERA, *Leges perfectae, minus quam perfectae ed imperfectae*, en *Scritti giuridici*, I (Palermo, 1909), pp. 199 ss.; GIOFFREDI, *La sanção delle legge e la perfectio della norma giuridica*, en *Archivio penale* (1946), pp. 40 ss.

(64) Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución del 10 de noviembre de 1959, entendía que «la eficacia del contrato depende de la autorización del Instituto de Moneda Extranjera (Decreto de 24 noviembre 1939) y de la correspondiente licencia de importación, permisos

de señalar, a propósito de la Sentencia de 29 de enero de 1915, cómo el artículo 4.º se aplica a normas de verdadera eficacia sustantiva y no a normas secundarias; por su parte, el profesor Castro y Bravo (66) señala cómo las leyes fiscales y administrativas que imponen requisitos formales, si otra cosa no se dispone expresamente, no acarrearán la nulidad del acto en que tal requisito falte, sino sólo lo sancionan o multan.

Es que cabe independizar el contrato y sus peculiares efectos de la sanción o pena, tal como recuerda Moreno Mocholi (67) para otro ámbito, de la ilegalidad o ilicitud que implica la trasgresión de las leyes especiales, pues ni los Tribunales ni las Fiscalías están llamados a declarar la responsabilidad civil subsidiaria aneja a la criminal, en el sentido de pronunciarse sobre la validez y eficacia del vínculo contractual en que la trasgresión tuvo lugar; tampoco existe precepto que conceda directamente acción al perjudicado por el control para atacar el ser del contrato; de ahí que la ineficacia por la ilegalidad del acto alcance sólo a aquella parte del negocio afectado por la ilicitud, que al no ser esencial del mismo, puede separarse sin detrimento de la esencia del acto, por no haber precepto expreso que declare la nulidad total y absoluta (68).

Es que las legislaciones especiales no tienen por objeto impedir los negocios jurídicos base del comercio; tan sólo se limitan a ejercer un control, a establecer una habilitación para conseguir unos efectos concretos en cuanto a un interés público específico como el que la Administración económica del Estado tiene para evitar la huida de capitales, la defensa de su moneda y de la balanza de pagos.

No obstante, la actitud de las partes, su intencionalidad subjetiva, puede influir decididamente en la relación negocial (69). Cuando el condicionamiento formal de la Administración a través de la autorización se asume por las partes y se integra dentro del mismo negocio

no presentados en el momento de extender la nota», cfr. LEYVA, *Nota*, en Anuario de Derecho civil, XIII-4 (1960), p. 1299.

(65) CASTÁN, *Derecho civil español común y foral. I. Introducción y parte general*, 9.ª ed., vol. I., *Ideas generales. Teoría de la norma jurídica* (Madrid, 1955), p. 392. También la Sentencia del 6 de abril de 1963, para un pago en moneda extranjera, precisaba que «no cabe confundir las leyes que regulan materia necesaria y contingente y las cláusulas esenciales y accidentales del contrato, no cabe sostener que lo pactado respecto al lugar y modo de cumplimiento del convenio, envuelva la nulidad de las cláusulas principales».

(66) CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España, cit.*, I-1, p. 599, n. 4.

(67) MORENO MOCHOLI, *La legislación de tasas y el contrato de compraventa*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 180 (1946), pp. 456 ss.

(68) Cfr. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, París, 1969.

(69) Cfr. LANGE, *Die behördliche Genehmigung und ihre zivilrechtlichen Auswirkungen, cit.*, p. 253; MEYER-MARSILIUS, *Unter der Vorbehalt späterer Devisengenehmigung abgeschlossene Einfuhrverträge, cit.*, p. 651, donde observa cómo en el comercio exterior las partes pactan cláusulas «bajo la condición de una autorización de divisas posterior», por lo que el negocio permanece ineficaz hasta la concesión de la autorización, si bien por propia voluntad los contratantes resultan ligados durante ese intervalo. Concedida la autorización, y en base a los §§ 308 y 309 del BGB, el contrato resulta efectivo. En caso contrario, de no concederse la autorización, resulta nulo por aplicación de los §§ 134 y 306 del BGB y artículo VII de la Militar Regierungsgesetz (MRG).

jurídico como un elemento determinante de sus propias actuaciones es indudable que su eficacia depende de que se realicen los presupuestos pactados. Con razón la Sentencia del 18 de marzo de 1956, en una operación de exportación, las partes al haber previsto y condicionado la obtención de una licencia para la realización de la operación, podía sentenciar rectamente que el deudor «contrajo finalmente el compromiso de devolver la cantidad recibida en 30 de noviembre de 1945, si no era legal la exportación, o en caso de legalidad de la misma, a cargar inmediatamente la mercancía, y como no se efectuó esto último..., la obligación de restituir no ofrece discusión».

Ya que la intencionalidad de las partes puede tener una influencia decisiva para el condicionamiento del negocio, en el caso de que este modo se pacte expresamente, también puede repercutir fundamentalmente cuando esa misma voluntad se demuestre que tuvo por única finalidad vulnerar la prohibición impuesta y defraudar los intereses públicos del Estado (70). Así viene confirmado por el Tribunal Supremo concretamente en su Sentencia del 6 de abril de 1963, al manifestar: «sin que afecte a la validez del contrato el hecho de pactarse el pago en moneda distinta de la de curso legal en España, a no ser que se demuestre que lo convenido tuvo por exclusiva finalidad la de que el pago se efectuase en la forma prohibida, sustrayendo fraudulentamente disponibilidades monetarias, con el consiguiente daño a la economía nacional» (71). En el caso de autos se desestima este último extremo por lo que se refiere a la Ley del 24 de noviembre de 1938 y lo dispuesto en el artículo 1.170 del Código civil, puesto que no cabe «confundir las leyes que regulan la materia necesaria y contingente y las cláusulas esenciales y accidentales del contrato» y tampoco «no

(70) En nuestra doctrina, sin distinguir la intencionalidad de las partes, y tan sólo en función de la prohibición general que establece la legislación de divisas, se considera la nulidad de las obligaciones contraídas, cfr. PELAYO HORE, *Cláusulas de estabilización*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, II (1948), pp. 48 ss.; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral. III. Derecho de obligaciones*, 8.ª ed. (Madrid, 1954), p. 274; BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, p. 246; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil. Derecho de obligaciones*, I-2 (Barcelona, 1959), p. 338. Para el profesor HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I (Madrid, 1960), p. 194. «basta que no esté prohibida la contratación de divisas o en determinadas divisas para que sea válida la deuda concertada o expresada en ellas». Según LORENTE, *El Registro de la Propiedad y la Ley de Delitos Monetarios*, cit., p. 475, el incumplimiento de la prohibición puede sancionarse —al menos teóricamente— con la nulidad o con la ilicitud del acto; la primera solución, demasiado rigurosa, no se acoge por la legislación española, por lo que entiende que la autorización no es, en ningún caso, requisito de la validez del mismo. Por tanto, concluye que ni el certificado bancario ni la autorización del IEME son requisitos necesarios para inscribir los títulos, en cuya virtud los residentes en el extranjero adquieren, mediante precio en pesetas, inmuebles sitos en territorio español.

(71) Como advierte LUCAS FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 1.ª ed., p. 302, en toda esta materia conviene tener en consideración los principios jurídicos básicos cuyo estudio es más propio de la parte general del Derecho, y que conducirán a la protección del contratante de buena fe, y a impedir que los contratos y negocios jurídicos en general, otorgados en fraude a la ley, desplieguen una eficacia distinta a la prevista por la norma que tratan de eludir con el fraude.

cabe sostener que lo pactado, respecto al lugar y modo de cumplimiento del convenio, envuelva la nulidad de sus cláusulas principales, al demostrarse que hubo propósito fraudulento, como causa única determinante del contrato, siendo así que, en el caso de autos, se alza contra tal suposición el hecho elocuente de que se solicite el pago de la cosa vendida y entregada en territorio nacional y en la moneda legal de curso en España».

Además, esta Sentencia de 1963 viene a confirmar lo anteriormente expuesto por nuestra doctrina más autorizada (72), si bien en base a lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código civil, precepto que proclama el principio de la autonomía de la voluntad —al haber pactado las partes un pago en moneda extranjera—, pero en relación con lo dispuesto en el propio artículo («siempre que no sean contrarios a las leyes») y el artículo 4.º del propio Código; por lo cual, el Tribunal Supremo, refiriéndose al artículo 1.255, razona: «si, como acertadamente se ha dicho, este precepto proclama el principio de la autonomía de la voluntad, justamente con sus límites naturales para trazar la línea divisoria entre lo permitido a las partes y lo a ellas vedado y, por tanto, entre la validez de un pacto y su nulidad absoluta, ha de atenderse a dos criterios fundamentales: primero, el que tiene en cuenta la propia índole de la norma aplicable, según sea imperativa o prohibitiva (*jus cogens*) o simplemente permisiva o subsidiaria (*jus voluntarium*), y segundo, el que mira al propio elemento del contrato, que estatuye o contempla, en la cláusula examinada, distinguiendo si tal elemento es esencial, por constituir la propia sustancia de la prestación, cualitativa o cuantitativamente considerada, o si se trata de un elemento accidental o accesorio que no afecte al contenido de la prestación, sino simplemente a las modalidades o condiciones en que la misma ha de hacerse efectiva, y conjugando ambos criterios se advierte que si el contenido sustancial de la prestación es materia vedada por la ley, bien en su consideración cualitativa (cosas fuera del comercio o prestaciones ilícitas e inmorales) o cuantitativas (préstamo usurario), su nulidad radical se impone, al paso que si se trata de meros accidentes que han de acompañar a la «*solutio*», determinando el modo, tiempo y lugar, etc., en que ha de hacerse efectiva la prestación, no habrá obstáculo ninguno en reconocer la validez del contrato, aun cuando temporalmente o por razones de emergencia se encuentre prohibido o sea imposible poner en práctica lo pactado, en cuanto a alguno de los accidentes con que fue convenido el pago, máxime si la ley se encarga de arbitrar medios supletorios o sustitutivos que, por sí mismos, evidencian el carácter mixto de la norma legal, que puede ser prohibitiva de la modalidad pactada y permisiva o subsidiaria en cuanto a las otras posibilidades solutorias que el mismo legislador reconoce o establece».

En conclusión, se advierte cómo los Tribunales, ante un negocio jurídico en moneda extranjera necesitado de una autorización; tratan

(72) Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, *passim*; CASTÁN, *op. cit.*, *passim*.

de salvar la base negocial subyacente establecida por las partes siempre que su intención no haya sido vulnerar exclusivamente la norma pública y sus intereses mediante el fraude, por lo que dicha autorización no implica un requisito de validez del negocio jurídico, sino una simple modalidad para su eficacia.

Como queda visto, a esta postura se une un sector doctrinal, mientras que otro adopta posiciones extremas de ligar la autorización al negocio como una condición de hecho y de derecho imprescindible e inexcusable —como ha ocurrido en el sector registral—, quizá dejándose arrastrar más por unas presiones de política económica (las Ordenes circulares del IEME a la Dirección General de los Registros y del Notariado) que por unas razones interpretativas fundamentales del ordenamiento jurídico en cuanto a los derechos y obligaciones que protegen la libertad de la persona (73).

6. LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE AUTORIZACION PARA EL CUMPLIMIENTO O EJECUCION DEL NEGOCIO JURIDICO

Generalmente, si la ausencia de una autorización administrativa no afecta a la validez del negocio jurídico, quiere decir que la fase final de cumplimiento o ejecución de dicho negocio puede llevarse a cabo por las partes independientemente de la ilicitud que implique por la jurisdicción de delitos monetarios y de sus sanciones penales.

Como han puesto de relieve los tribunales de diversos países, casi siempre han sido los deudores de mala fe quienes se han apercibido de las dificultades y obstáculos que creaba la reglamentación de cambios para aprovecharse de esta circunstancia y alegar —al menos formalmente— la disculpa de una imposibilidad material y legal de cumplimiento de sus obligaciones y poder exonerarse de sus pagos.

Los tribunales alemanes, desde un principio, manifestaron que no era posible discutir la excepción de imposibilidad de pago alegada por el deudor (74), puesto que, conforme al § 244 del Código civil (BGB), dicho deudor puede liberarse en moneda local y el acreedor así exigirlo (75). Es que el deudor debe agotar todos los recursos previstos

(73) Respecto al poder judicial como moderador de los excesos del poder ejecutivo, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970.

(74) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 103, 262, en *Juristische Wochenschrift* (= JW) (1922), p. 1122; Kammergericht Berlin, 27 octubre 1932, en JW (1932), p. 3773, con comentario de NUSSBAUM; Landesgericht Berlin, 19 febrero 1932, en JW (1932), p. 2307, cfr. NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, trad. esp. de Sancho Seral, Madrid, 1929, pp. 300 y 324. También BERGMANN, *Le régime des devises dans la pratique du droit international privé*, en *Bulletin de l'Institut Juridique International*, XXXV (1936), p. 34; LEMKIN, *La réglementation des paiements internationaux. Traité de droit comparé sur les devises, le clearing et les accords de paiement*, París, 1939, p. 301.

(75) Reichsgericht, 11 diciembre 1919, en JW (1920), p. 373; Reichsgericht, 17 marzo 1924, en JW (1924), p. 1590; Reichsgericht, 29 enero 1937, en *Warneys Rechtsprechung* (1937), p. 98, cfr. NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional*

en las reglamentaciones de cambios para dar cumplimiento a sus obligaciones, tal como reconocen los tribunales (76).

En la doctrina, Nussbaum (77), llega a precisar «cómo en todo caso la deuda de dinero, el deudor no queda liberado de su obligación por imposibilidad, no imputable a él, de efectuar el pago, aun en el caso de que en el país de origen de la moneda se halle prohibida la exportación de numerario». Es que —como precisa en otro lugar (78)— «el deudor no se halla relevado de sus obligaciones hacia el acreedor extranjero, ni deja de ser deudor del cambio extranjero que constituye el objeto de la obligación», pues «mientras existan perspectivas de poder satisfacerlas, debe adoptar las medidas apropiadas a fin de obtener el permiso necesario para transferir los fondos».

La legislación de divisas del III Reich también condujo a sus instancias superiores judiciales a ofrecer a los acreedores dos posibilidades: a recibir un interés del 4 por 100 de sus créditos o a aceptar el pago en una cuenta bloqueada hasta que se concediese una autorización para su movilización hacia el exterior (79).

Los tribunales y la doctrina de este período ponen de relieve cómo ante el régimen de divisas no cabe alegar una imposibilidad objetiva (80), en base al § 245 del BGB, puesto que los medios de pago extranjeros siempre pueden encontrarse o adquirirse mediante una autorización: ni puede invocarse una imposibilidad subjetiva, puesto que supone, en definitiva, una mera incapacidad de pago del deudor (81).

e internacional, trad. argentina de Schoo, Buenos Aires, 1954, p. 631; ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 14 ed., Tübingen, 1954, p. 44.

(76) Apelación Hamburg, en *Devisenarchiv* (1936), p. 364.

(77) NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, cit., pp. 300 y 324.

(78) NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, cit., p. 630.

(79) Cfr. BAUER, *Devisenrecht und bürgerliche Rechtspflege* (1932), p. 113; BLAU, *Devisenrecht und Privatrecht*, en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 47 (1933), p. 239; CASPARIUS, *Ungelöste Fragen auf dem Gebiete der Zivilrechtsfolgen der deutschen Devisengesetzgebung*, en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 86 (1936), p. 36; HARTENSTEIN, *Devisennotrecht*, Berlín, 1935, p. 4; HUMBURG, *Einwirkung des Devisenrechts auf Privatverhältnisse*. Diss. Rostock, 1936, p. 29.

(80) Landesgericht Dortmund, en *Juristische Wochenschrift* (1932), p. 2462; cfr. MÜLLER, en *Juristische Wochenschrift* (1932), p. 1997; HARTENSTEIN, en *Juristische Wochenschrift* (1932), p. 319, y *Devisennotrecht*, en *Rechtspflege und Wirtschaft* (1933), p. 81; Deutsches Landesgericht Düsseldorf, en *Juristische Wochenschrift* (1933), p. 971; KLÜBER, en *Deutsche Steuerzeitung* (1934), p. 320; GERSTBERGER, en *Juristische Wochenschrift* (1934), p. 1156; GILLEN, *Die zivilrechtliche Bedeutung der Erteilung oder Nichterteilung einer Devisenrechtlichen Genehmigung*. Diss. Köln, 1938; *Reichsgerichtzeitung*, 151, p. 38; en *Juristische Wochenschrift* (1936), p. 1284; en *Devisenarchiv* (1936), p. 1560, con comentario de HARTENSTEIN, en *Devisenarchiv* (1936), p. 1609; FLAD, BERGHOLD, FABRICIUS, *Das neue Devisenrecht*, 2.ª ed., 1939; CAPPENBERG, *Die Bedeutung der Devisenrechtlichen Genehmigung für das Privatrecht und das Verfahrensrecht*. Diss. Greifswald, 1939.

(81) Cfr. LENHOFF, *Privatrechtliche Probleme des Devisenrechts*, Wien, 1932, p. 4; STOLL, *Notgesetzgebung*, en *Archiv für die zivilistische Praxis*, 134 (1936), p. 344; EHNINGER, *Die Einwirkung der Deutschen Devisengesetzgebung auf privatrechtliche Schuldverhältnisse*. Diss. Tübingen, 1937, p. 30.

Los tribunales austríacos también declaran que los ordenamientos extranjeros sobre divisas no pueden tomarse en cuenta cuando se trata de juzgar la posibilidad de cumplimiento de una deuda en moneda extranjera considerándola como meramente subjetiva (82), o ya sin alcance dentro del país (83), sin suponer para el deudor una imposibilidad liberatoria de la deuda (84).

La doctrina reaccionaba del mismo modo: tanto Wahle (85) como Pisko-Gschnitzer (86) advertían que las prescripciones dadas para el ámbito de divisas no pueden plantearse dentro del ámbito de la imposibilidad, ya que sólo puede hablarse de una incapacidad subjetiva. Del mismo modo, Bydlinski (87) concluye que la falta de dinero no libera al deudor, aunque no sea por su culpa, puesto que la reglamentación de divisas no hace imposible la prestación.

La jurisprudencia suiza rechaza totalmente la alegación de una imposibilidad de pago por aquellos deudores que se amparan en sus legislaciones de control de cambios, en base a que para los tribunales suizos dicha reglamentación no es para ellos obligatoria (88), ya que pertenece a la esfera del derecho público extranjero (89), además de que debido al riesgo de un control de cambios, implantado en el país del deudor, debe estar a su cargo y no del acreedor (90): también porque el demandado tenía bienes fuera del país donde existía el control (91), además de que tampoco puede impedir que bajo la jurisdicción suiza un tribunal ejecute los bienes del deudor en ella existentes (92). Incluso, en base a la «doctrina del contacto» se llega a admitir que acreedores extranjeros pudiesen demandar a otros acree-

(82) Oberster Gerichtshof, 10 diciembre 1935.

(83) Oberster Gerichtshof, en Rechtsprechung n. 300 (1936). Oberlandsgericht Wien, en Ev. Blätter, n. 564 (1949), y en Ev. Blätter, n. 252 (1947), con comentario de WAHLE.

(84) Cfr. en Juristische Blätter, 7 (1956), p. 180.

(85) WAHLE, *Die Wirksamkeit ausländischer Devisensperre nach österreichische Recht*, en Rabels Zeitschrift (1935), p. 779 ss.

(86) PISKO-GSCHNITZER, *Kommentar*, de KLANG, VI, 2.^a ed., p. 550.

(87) BYDLINSKI, *Devisenvorschriften und internationales Privatrechts*, en Juristische Blätter, 15-16 (1956), p. 385.

(88) Tribunal federal, 18 septiembre 1934, en Journal des Tribunaux (1935), p. 72; Tribunal federal, 8 octubre 1935, en Amtliche Sammlung, 61, II, 242; Tribunal federal, 19 febrero 1936, en Amtliche Sammlung, 62, II, 108; Tribunal federal, 2 marzo 137, en Nouvelle Revue de Droit International Privé (1937), p. 624, con nota de MEZGER, cfr. BENDHEIM, *Das deutsche Devisenrecht und die Schweiz*. Diss. Bern, 1936; JEDLICKA, *Die Stellungnahme der schweizerischen Gerichtspraxis zu den deutschen Devisenbestimmungen*, en Schweizerische Juristische Zeitung, 34 (1937), pp. 85 ss.

(89) Tribunal federal, 18 septiembre 1943, en Amtliche Sammlung, 66, II, 249.

(90) Tribunal de instancia de Zürich, 23 abril 1937, en Nouvelle Revue de Droit International Privé (1937), p. 627.

(91) Tribunal de comercio de Saint-Gall, 7 marzo 1933, en Nouvelle Revue de Droit International Privé, 2 (1935), p. 428.

(92) Tribunal federal, 8 mayo 1935, en Amtliche Sammlung, 61, II, 242, cfr. THORMANN, *Die Geldschuld im Schweizerischen Privatrecht*, en Zeitschrift für schweizerische Recht, 56 (1937), p. 10 ss.

dores, también extranjeros, simplemente por haber adquirido títulos de un empréstito colocado en Suiza, aunque lo hubiera sido sólo en parte (93).

Además, como advierte la doctrina (94), en vista de las posibilidades reales que tiene un deudor para el pago de su deuda en moneda extranjera, hace irrelevante la alusión a una imposibilidad, puesto que las legislaciones sobre divisas, en definitiva, no suponen más que meras «contrariedades» o simples «dificultades locales».

En Holanda, el Tribunal Supremo rechaza categóricamente a un deudor la alegación de una imposibilidad de cumplimiento, tanto de hecho como de derecho (95). Otros tribunales locales, como el de Rotterdam (96), en base a las circunstancias, decide que la defensa de la imposibilidad de cumplimiento era de mala fe y no podía ser invocada por la sociedad deudora. El Tribunal de Amsterdam condena a una sociedad alemana a pagar los intereses de su empréstito, tanto por que se hallaba sometida al derecho local, como porque no excluía la posibilidad de procurarse de otro modo el dinero (97), además de que una legislación extranjera de divisas no podía impedir que el acreedor se procurara una modalidad ejecutiva para el cobro de su crédito sobre bienes situados fuera del país. El Tribunal de Hertogenbosch (98) no acoge la imposibilidad alegada por un deudor checo debido a que el Derecho holandés no la puede considerar.

La jurisprudencia francesa es escasa sobre esta cuestión, habiéndose pronunciado en sentido favorable a la imposibilidad de hecho (99). En general, se entiende que la legislación monetaria pierde su eficacia al traspasar las fronteras del Estado que la mantiene, debido a su carácter eminentemente político (100). Para que exonerare al deudor, se tiene el criterio de que ha de tratarse de un obstáculo insuperable, como cuando se trata de la importación o exportación de un cuerpo

(93) Tribunal federal, 1 febrero 1938, en *Ammtliche Sammlung*, 64, II, 88 y 104, cfr. SCHMID, *Kollisionsrechtliche Probleme bei internationale Darlehen und Anleihen*. Diss. Zürich, 1954.

(94) Cfr. SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, II (Basel, 1950), p. 685; CERMAK, *Kommentar*, en *Hefte für die Praxis des internationalen und ausländischen Rechtes* (1956), p. 14; KÄGI, *Der Einfluss des Devisenrechts auf internationale schuldrechtliche Verträge*. Winterthur, 1961, p. 134.

(95) Hodge Raad, 26 mayo 1939, en *Nederlandsche Jurisprudentie* (1939), p. 1386.

(96) Tribunal de Rotterdam, 6 julio 1938.

(97) Tribunal de Amsterdam, 18 junio 1935.

(98) Tribunal de Hertogenbosch, 6 febrero 1953, en *Rabels Zeitschrift* (1959), p. 316, cfr. VAN ECK, *Juridische aspecten van geld. Valutaproblemen bij de dekolonisatie*. Deventer, 1970.

(99) App. Colmar, 11.3.1938, en *Revue Critique de Droit International* (1939), p. 124, con nota de BATIFFOL. También, PLANIOL, RIPERT y BOULANGER, *Traité de droit civil*, II (París, 1957), pp. 501 y 698.

(100) Cass. Req., 4 enero 1927; App. París, 30.6.1933, en *Clunet* (1933), p. 963; App. Colmar, 16.2.1937, en *Dalloz Periodique* 1937.2.25, cfr. ARMINJON, *Précis de Droit International Privé Commercial*, París, 1948, p. 250; LEREBOURS-PIGEONNIERE, *A propos du contrat international*, en *Clunet* (1951), p. 4 ss.

cierto (101); en cambio, para el deudor que tiene a su disposición otros medios, aunque sean más complicados u onerosos, sólo se produce una simple dificultad de ejecución, pero no una posibilidad exonerativa (102). Carbonnier (103) no ha dejado de señalar que si se admitiese la alegación de imposibilidad de ciertos contratantes, encontrarían medio cómodo para desligarse de las operaciones que resultasen desventajosas para una fluctuación del cambio, por lo que se violaría la seguridad del tráfico y supondría un expediente de fraude que podrían utilizar las partes para dejar incumplidos sus compromisos.

En la doctrina belga, Van Hecke (104) ha precisado cómo las prohibiciones de las legislaciones monetarias no plantean una imposibilidad de hecho, ya que al deudor le es perfectamente posible pagar, sobre todo cuando el deudor posee haberes en el extranjero, a pesar de las prohibiciones del país establecidas por la jurisdicción que alcance a la operación.

La jurisprudencia italiana presenta en esta cuestión dos posturas opuestas respecto a la imposibilidad alegada por el deudor para cumplir en moneda extranjera: a la primera corresponde la decisión de la Casación, en su sentencia del 30 de julio de 1937 (105), ante el caso de un deudor residente en Alemania, pero con bienes en Italia y ligados a la garantía de su deuda, que invoca la imposibilidad de poder cumplir ante la legislación de divisas alemana, estableciendo que la deuda está implícitamente regulada por el derecho italiano, por lo que se debe rechazar la legislación alemana como causa de fuerza mayor que da lugar a la imposibilidad, además de tomar en cuenta la naturaleza genérica de las obligaciones de dinero: a la segunda dirección corresponde la sentencia de la misma Casación, del 10 de junio de 1938 (106), donde, a pesar de que en la controversia las normas restrictivas extranjeras no eran aplicables en virtud del Derecho internacional privado, vienen calificadas como contrarias al orden público; sin embargo, las considera como causa de imposibilidad de la prestación en cuanto estaban vigentes en el Estado del deudor y porque el deber que tenía de obedecer a las leyes del propio país era de carácter prohibitivo y dichas normas indiscutibles.

La doctrina italiana reaccionó ante ambas sentencias. En cuanto

(101) Cfr. EMORINE, *L'action du contrôle des changes sur le commerce extérieur. Les récents assouplissements*, París, 1951.

(102) Trib. de Paix de Lille, 6 octubre 1948, en Rec. Gaz. Palais, 1948.2.210, cfr. ROBLOT, *Réglementation des changes et droit privé*, en *Le contrôle des changes*, cit., p. 43.

(103) CARBONNIER, en *Revue trimestrielle de droit commercial* (1941), p. 71.

(104) VAN HECKE, *Problemes juridiques des emprunts internationaux*, Leyden, 1955, p. 229.

(105) Cass., 30 julio 1937, n. 2859, en *Giurisprudenza italiana*, I (1938), páginas 52 ss.; la improcedencia de defender la imposibilidad de cumplimiento también fue decidida por Cass., 16 enero 1933, en *Settimanale delle Cassazione* (1933), p. 262, y App. Milano, 26 noviembre 1937, en *Il Foro Italiano*, I (1938), páginas 273 y 277.

(106) Cass., 10 julio 1938, en *Il Foro Italiano* (1939), col. 571. La misma argumentación fue aducida por Trib. Venecia, 15 diciembre 1936.

a la de 1937, Ascarelli (107), Montel (108), Andrioli (109), Chirotti (110), Balladore Pallieri (111) y Conforti (112) se pronuncian de acuerdo con sus decisiones, mientras que Bassano (113) establece otra opinión al admitir la imposibilidad de cumplimiento en base a las normas de Derecho internacional privado, distintas de las civiles, criterio que posteriormente seguirá Treves (114). Y respecto a la sentencia de 1938, al haber tomado en cuenta la imposibilidad de la prestación, viene apoyada por Scalfati (115) y el mismo Treves (116), quien entiende que en la mayoría de los casos existe una verdadera imposibilidad jurídica de la prestación o bien una imposibilidad de hecho de esa misma prestación debido a la incidencia de las normas extranjeras de control de cambios.

Para la doctrina y la jurisprudencia inglesa rige la regla: «A contract, whether lawful by its proper law or not, is in general invalid in so far the performance of it is unlawful by the law of the country where the contract is to be performed» (117). Las cuestiones acerca del control de cambios, ante los tribunales ingleses, se han decidido desde dos puntos de vista: a) según la especie monetaria se encuentre regida por la ley del lugar que dicta las medidas de control; b) o por la ley que nada tiene que ver con esta legislación (118).

(107) ASCARELLI, *Legislazione sulle divise e principi generali delle obbligazioni*, en *Il Foro Italiano*, I (1938), pp. 885 ss. Anteriormente ya había sostenido esta tesis en *Controllo sulle divise e debiti di moneta estera*, en *Rivista del Diritto Commerciale*, I (1936), pp. 195 ss.

(108) MONTEL, *Legislazione straniera sulle divise e impossibilità della prestazione*, en *Rivista italiana di diritto finanziario*, II (1938), pp. 100 ss., ahora en *Questioni in tema di moneta e titoli di credito*, Napoli, 1960, pp. 16 ss.

(109) ANDRIOLI, *Legislazione sulle divise e forza maggiore*, en *Il Foro Italiano*, I (1939), col. 57.

(110) CHIROTTI, *Le norme straniere sull'esportazione delle valute in relazione all'adempimento delle obbligazioni*, en *Rivista di diritto privato*, II (1939), páginas 54 ss.

(111) BALLADORE PALLIERI, *A proposito degli effetti all'estero della legislazione sulle divise*, en *Giurisprudenza comp. diritto internazionale privato*, X (1944), páginas 48 ss.

(112) CONFORTI, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Pompei, 1962, pp. 88 ss.

(113) BASSANO, *Inadempimento dell'obbligazioni e norme valutarie straniere*, en *Giurisprudenza italiana*, I-1 (1938), col. 865.

(114) TREVES, *Problemi internazionalprivatistici delle obbligazioni pecuniarie nella giurisprudenza italiana*, en *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale* (1965), pp. 246 ss., y *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1967, pp. 293 s.

(115) SCALFATI, *Questioni di diritto internazionale privato derivanti dalle legge restrittive in materia di cambi e divise*, en *Rivista di diritto internazionale* (1942), pp. 44 ss.

(116) TREVES, *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, cit., páginas 295 y 298.

(117) Cfr. DICEY-MORRIS, *Conflict of Law*, 7.ª ed., London, 1948, p. 788. Del mismo modo fue aplicada para la Sentencia «Ralli Brothers v. Compañía Naviera Sota y Aznar», Court of Appeal, 1920, cfr. RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, II (Chicago, 1947), pp. 538 ss.; MANN, *The Legal Aspect of Money*, 2.ª ed., Oxford, 1963.

(118) Cfr. GRAVESON, *The Discharge of Foreign Monetary Obligations*, en

a) El juez inglés respeta las restricciones del control de cambios extranjero cuando las obligaciones monetarias se rigen por la ley del país que ha establecido el control. Así, se decide para dos casos en que intervenía el control de cambios chileno: el primero, ante la Cámara de los Lores, de 11 de diciembre de 1934 (119), resolvía el caso de una sociedad inglesa residente en Chile que alegaba la imposibilidad de pagar las libras esterlinas convenidas en contrapartida del alquiler de unos locales; la tesis sólo fue aceptada en cuanto a la especie de libras, pero no como causa de exoneración, debiendo pagar en la moneda local (pesos). En otro caso, igualmente el juez de primera instancia (120) dijo que el pago del residente inglés en Chile mediante giros en libras se hizo imposible de acuerdo con la ley del lugar de cumplimiento, pero que le quedaba al actor la alternativa de recibir el pago en pesos chilenos. En definitiva, que dicha imposibilidad tan sólo era respecto a la moneda inglesa, sin que pudiera alegar una imposibilidad que exonerara al deudor del pago, ya que lo puede hacer en la moneda local.

b) El otro punto de vista que la jurisprudencia inglesa mantiene ante las restricciones impuestas por las reglamentaciones de control de cambios es: Si esta legislación no pertenece a la *lex loci solutionis*, entonces se le niega cualquier consecuencia de hecho (121). Por tanto, no se reconoce la imposibilidad de pago para contratos celebrados en Gran Bretaña, incluso por deudores de otra nacionalidad (122). La posibilidad de pago en moneda local hace imposible alegar exoneración del deudor, ya que su situación contractual no altera en ningún sentido su patrimonio. De aquí que Mann (123) concluya que «si el deudor no puede pagar a su acreedor, puede depositar la suma en el Tribunal; si no lo hace, puede ser declarado en quiebra» (124).

Lectures on the Conflict of Law and International Contracts, Ann Arbor, 1951, página 125.

(119) Cámara de los Lores, 11 diciembre 1934, «De Beeche v. South American Stores (Gath and Chaves), Ltd.», en Nouvelle Revue de Droit International Privé (1935), p. 386 con nota de MEZGER, cfr. NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, cit., pp. 651 y 652; SCHOO, *Régimen jurídico de las obligaciones monetarias internacionales*, Buenos Aires, 1940, p. 887; MANN, *Das Recht des Geldes*, trad. alemana, Frankfurt am Main-Berlin, 1960, p. 349.

(120) En el caso: «Saint Pierre v. South American Stores (Gath and Chaves), Ltd.», en Clunet (1937), p. 354, y (1938), p. 589, cfr. NUSSBAUM, *Derecho monetario*, cit., p. 652; SCHOO, *op. cit.*, p. 888; MANN, *op. cit.*, p. 350.

(121) En el caso: «Kleinwort Sons and Co. v. Ungarische Baumwollindustrie, A. A. and Ungarian General Creditbank» (2 King's Bench Div. 1939, 678), cfr. MANN, *Das Recht des Geldes*, cit., p. 353, n. 55.

(122) En el caso: «Seligman Bross v. Brown Shipley y Co.» (1916, 32 T.L.R. 549), cfr. MANN, *op. cit.*, p. 352.

(123) MANN, *Gran-Bretagne*, en *Le contrôle des changes*, dirigida por HAMEL, BERTRAND, ROBLLOT, cit., p. 206.

(124) Para NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 630, igualmente, nada impide al acreedor iniciar un juicio por cobro ante los tribunales locales, creando de este modo una jurisdicción *quasi-in-rem* contra el deudor. ASCARELLI, *Obbligazioni pecunia-*

Los Tribunales norteamericanos para este caso aplican la *lex loci solutionis*, por lo que, tanto a un acreedor del país como a cualquier otro residente en él no les afecta la imposibilidad que alegue un deudor en base a las normas de un régimen de control de cambios (125). Como advierte Nussbaum (126), la mayoría de las decisiones se atienen a la no aplicación de las leyes extranjeras sobre el control de cambios, de acuerdo con lo que suele ser un uso normal de las reglas generales del Derecho internacional (conflict rules).

En el caso concreto de unos empréstitos extranjeros, pero redactados y lanzados en Estados Unidos según una terminología local, quedan sujetos a su jurisdicción (127). Para los Tribunales estadounidenses, dirá Nussbaum (128), la imposibilidad no constituye una defensa válida para no pagar las obligaciones pecuniarias o de suma.

De todo este examen comparado, en general, cabe destacar cómo los Tribunales de casi todos los países y la doctrina imperante que trata las interferencias del régimen de control de cambios en el cumplimiento de negocios jurídicos que implican el cumplimiento o pago en moneda extranjera, toman en cuenta las posibilidades subsidiarias que todo deudor tiene a su disposición para poder llevar a cabo su ejecución, cuales son: la posibilidad de hacer un depósito en cuenta bloqueada (129), el contar con un patrimonio o bienes en otro país (130)

rie, cit., p. 240, también considera que el acreedor puede ejecutar los bienes del deudor que no cumple.

(125) Así sucedió en los casos: «Sabl v. Laenderbank», 30 New York Supplement 2 d 608 (1941); «David v. Veitscher Magnesitwerke», 348 Pa. 335, 35 A 2d 346 (1944); «Stern v. Pesti Magyar Kereskedeln», 278 App. Div. 811, 105 New Work Supplement 2d 352 (1951), cfr. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 639.

(126) NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 639.

(127) Tal ocurrió para los casos: «Central Hanover Bank and Trust Co. v. Siemens und Halske A. G.», 15 E Supp. 927 District Court of New York Southern District (1936), en Clunet (1936), p. 1129; «Pery v. Norddeutscher Lloyd», 150 Mis. 73, 268 New York Supplement 525 (1934); «Glynn v. United Steel Workcorp.», 160 Mis. 405, 289 New York Supplement (1935); «Marks v. United Steel Works Corp.», 169 Mis. 678, 289 New York Supplement 1035 (1935); «Sheppard v. Hamburg-Amerikanische-Paketfahrt A. G.», en New York Law Journal, 14 marzo 1934, p. 1934, p. 1232, cfr. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 639.

(128) NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 640, n. 86.

(129) La cuenta bloqueada, como los pagos por clearing, pertenecen a una serie de medidas que fueron adoptadas por los Estados que impusieron el control de cambios, cfr. GERARD, *Les régimes de réglementation du commerce des devises et les créances commerciales bloquées à l'étranger*, en *Revue Economique International*, II (1932), pp. 471 ss.; MANN, *The Legal Aspect of Money with special Reference to Comparative and Private International Law*, London, 1938, página 335. Un bloqueo general de cuentas lo llevó a cabo Canadá en 1940, cfr. RASMINSKY, *Foreign Exchange Control in Canada*, Ottawa, 1941. Para Italia, cfr. BOLAFFI, *Efficacia liberatoria dei versanti in «conto bloccato»*, en *Giurisprudenza completa della Suprema Corte di Cassazione (sez. civ.)*, II (1947), pp. 31 ss.; MANCIOTO, *Conti e depositi bancari soggetti a controllo valutario*, en *Il regolamento dei pagamenti internazionali*, Milano, 1960, pp. 177 ss.

(130) Como recuerda VAN HECKE, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, Leyden, 1955, p. 229, de hecho, el deudor le es perfectamente posible pagar, sobre todo cuando posee haberes en el extranjero. Comparten este criterio, NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional, cit.*, p. 630; SCHOO, *op.*

y, en último término, realizar el pago en la moneda local por conversión dineraria (131).

El que no quepa alegar por los deudores una imposibilidad jurídica, o ya de hecho, es debido a una razón jurídica fundamental: que las deudas de dinero—y la deuda en moneda extranjera es una especie de ellas—son siempre posibles de realizar por su existencia en el mercado, al tener el dinero una naturaleza indestructible y ser de carácter ultrafungible, por lo que jamás perece. De aquí que desde los tiempos medievales se venga aplicando el brocardo, ya de aceptación universal: «*genus nunquam perit*» (132).

Nussbaum (133), a propósito de la alegada imposibilidad de cumplimiento (impossibility of performance) sobrevenida con posterioridad a la conclusión del contrato, manifestaba que «no existe ninguna norma jurídica que permita la aplicación de estas reglas cuando se trata de un deudor de sumas de dinero (money debtor), aún cuando las circunstancias más deplorables lo hagan financieramente incapaz (financially unable) para dar el debido cumplimiento a su obligación (to pay his debt); ni siquiera en el sistema de la *equity* podría invocarse como defensa una incapacidad (inability) de esta naturaleza». La disculpa del deudor de una imposibilidad de cumplimiento es para Mann (134) un argumento erróneo, en cuanto que favorecería a su situación patrimonial, por lo que no puede admitirse.

También recuerda Schoo (135) cómo «en esta materia, por cuanto nos hemos salido del cuadro de las obligaciones de dar sumas de dinero, ninguna legislación admite la excepción de imposibilidad de incumplimiento, ya que no nos encontramos ante una deuda de cosa cierta que perece por circunstancias fortuitas, sino ante una obligación de género, y el género no perece».

cit., pp. 859 y 860; SCALFATI, *Questioni di diritto internazionale privato derivanti dalle leggi restrittive in materia di cambi e divise*, en *Rivista di diritto internazionale* (1942), p. 49; ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, *cit.*, p. 240.

(131) Un estudio de derecho comparado muy completo en que se demuestra la universalidad de este principio, DACH, *Conversion of Foreign Money. A Comparative Study of Changing Rules*, en *The American Journal of Comparative Law*, 3 (1954), pp. 155 ss.; COHN, *Conversion of foreign money obligations maturing during war*, en *Georgetown Law Journal*, 50 (1962), pp. 513.

(132) SCACCIA, § 2, glosa 3, n. 115, ya decía de este brocardo que es una «*generalis consuetudo totius mundi*» reconociendo que invocar una imposibilidad de pago ante diversa moneda no constituye una defensa válida del deudor. Se confirma y admite por ASCARELLI, *Rattifica in tema di perimento di moneta*, en *Il Foro Italiano*, IV (1953), p. 64; NUSSBAUM, *Money in the Law National and International. A Comparative study in the borderline of Law and Economics*, Brooklyn, 1950, página 469; CHESHIRE y FIFOOT, *The Law of Contract*, 4.^a ed., London, 1956, páginas 477 y 481; LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, Hamburg, 1936, p. 78, donde destaca, también, cómo «nunca cabe una exoneración cuando se trata de una deuda de cosas genéricas; menos aún en el caso de una deuda dineraria».

(133) NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, *cit.*, p. 210.

(134) MANN, *Das Recht des Geldes*, *cit.*, pp. 351 y 352. En el mismo sentido CARBONNIER, en *Revue trimestrielle de droit commercial* (1941), p. 71.

(135) SCHOO, *Régimen jurídico de las obligaciones monetarias internacionales*, *cit.*, p. 861.

Las disposiciones monetarias de la *lex loci*, dirá Conforti (136), no parecen idóneas a producir la imposibilidad absoluta de cumplir en cuanto que, refiriéndose a obligaciones pecuniarias no implican un agotamiento total del *genus* objeto de la *solutio*; el *genus*, esto es, la divisa que el deudor se ha obligado a prestar, existe normalmente también en el extranjero, allí donde las medidas coercitivas del Estado local no tienen aplicación.

Y para concluir, Eliescu (137) insiste en que si se trata de un *genus*, en tanto que tal, no perecerá jamás; el deudor siempre podrá procurárselo a fin de sustituirlo en el pago; por tanto, no es suficiente que la imposibilidad de ejecución sea porque la deuda se rinda más onerosa o más difícil; una vez obligado, el deudor deberá realizar la misma (*pacta sunt servanda*).

La jurisprudencia española (138) y nuestra doctrina (139), con acertada visión y justicia distributiva, aplican y mantienen el brocardo «*genus nunquam perit*» como un principio ineludible para las obligaciones dinerarias.

Al igual que en otros países, ciertos deudores—no de buena fe, precisamente—también alegaron como causa de su impago la imposibilidad jurídica y de hecho a que les sometía la legislación de control de cambios.

Para la primera etapa de la reglamentación de divisas en España, la comprendida entre 1928 a 1936 (140), contamos con dos decisiones jurisprudenciales que abordan el planteamiento de la imposibilidad de

(136) CONFORTI, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Pompei, 1962, p. 91. Los internacionistas italianos que han intentado mantener una imposibilidad jurídica y de hecho para el deudor por aplicación de las normas de conflictos (BASSANO, *op. cit.*, y TREVES, *op. cit.*) no toman en cuenta el aspecto esencial de las deudas de dinero, de su naturaleza imperecedera en cuanto *genus* y de sus principios universalmente aceptados de la conversión y ultrafungibilidad.

(137) ELIEUSCU, *L'inexécution des obligations contractuelles, leur impossibilité d'exécution aussi que leur exécution forcée en natura en droit civil roumain*, en *Revue roumaine des sciences sociales*, 10-2 (1966), p. 226.

(138) La Sentencia del 27 de abril de 1943 confirmaba que «la deuda pecuniaria no se refiere a monedas individualizadas, como una obligación genérica cuya extinción por imposibilidad sobrevenida no está amparada por el artículo 1.105, conforme al principio *genus nunquam perit*, implícito a contrario sensu en el artículo 1.182, en relación con el artículo 1.170, n. 1 del Código civil», cfr. BONET CORREA, *El control de cambios y las obligaciones monetarias*, Madrid-Roma, 1967, p. 166.

(139) Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, p. 226; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil. Derecho general de las obligaciones*, I-2 (Barcelona, 1959), p. 327; HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I (Madrid, 1960), p. 413; BONET CORREA, *El cumplimiento de las obligaciones monetarias en el régimen de control de cambios*, *cit.*, pp. 28 y 34, y *El control de cambios y las obligaciones monetarias*, *cit.*, pp. 166 ss.; RODRÍGUEZ SASTRE, *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina de «clean hands»*, Madrid, 1968, pp. 222 ss.

(140) Cfr. OLARIAGA, *La intervención de los cambios en España*, Madrid, 1929; SARDA, *La intervención monetaria y el comercio de divisas en España*, Barcelona, 1936.

pago: la primera es un Auto del Tribunal Supremo, del 21 de marzo de 1935: la segunda es la Sentencia del mismo Tribunal, del 8 de julio de 1936.

En el primer caso se trataba de dos entidades, la «Financière Française et Coloniale» contra «Madrid-París, S. A.», quien previamente en el país vecino había seguido una contienda y donde el Tribunal francés había condenado a la sociedad española al pago de lo debido. El Auto del Tribunal Supremo español no acoge las pretensiones de la sociedad francesa «por no aceptarse por la legislación ni por la jurisprudencia de los tribunales franceses el principio de reciprocidad con España, ni existe tratado alguno internacional sobre punto tan importante». Este fundamento de derecho, que le hubiera bastado al Tribunal Supremo para justificar su negativa, sin embargo, se refuerza con el argumento de la imposibilidad de pago aunque sea de una manera tangencial y relativa —y exclusivamente para esta ocasión— al afirmar, además, que «siendo indiscutible el hecho de que «Madrid-París, S. A.» no obtuvo previa autorización del Centro Oficial adecuado, era incuestionable que no podía pagar al extranjero la cantidad que ahora se le exigía». No obstante, el argumento pretendía justificar más la no aplicación de la sentencia extranjera que una propia imposibilidad de pago; se trataba de un argumento secundario, o de refuerzo, que vendría a revelar su propia inconsistencia teniendo que reconocer que no se trataba más que de una mera «dificultad». Efectivamente, se tenía en cuenta «que su aplicación en España podía rozar con alguna norma de alcance político, cual el Decreto-Ley de 29 de mayo de 1931, dictado en defensa de la economía nacional, y que imposibilitaría o, cuando menos, dificultaría el abono de las cantidades que la Sala Tercera del Tribunal de Apelación de París impone a la sociedad española «Madrid-París, S. A.», en beneficio de una empresa extranjera».

Fundamentalmente era la ausencia de un principio de reciprocidad entre España y Francia lo que justificaba el impago del deudor, puesto que por falta de una autorización no se reconocía una imposibilidad absoluta de pago, al declararse tan sólo por el propio Auto que «cuando menos dificultaría el abono de cantidades»; lo que quiere decir que si únicamente dificultaba el pago es manifiesto que verdaderamente no lo hacía del todo imposible.

Efectivamente, un año más tarde, el Tribunal Supremo español, en Sentencia del 8 de julio de 1936 (141), se enfrentaba con el problema de un modo directo al haber alegado el deudor que el precio expresado en marcos es una operación que está prohibida por Decretos y Ordenes que invoca, principalmente el Real Decreto de 10 de enero de 1931 y Decretos de 29 de mayo siguiente, fundando en ellos una violación, una interpretación errónea y una aplicación indebida de los artículos 1.258, 1.170 y 1.116 del Código civil. El Tribunal Supremo, que rechazaba esta argumentación por constituir una cuestión nueva en casación, ade-

(141) Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, V (1936), núm. 1.619, páginas 778-779.

más, añadía: «procede declarar que las infracciones y violaciones de aquellos artículos del Código civil no pueden fundarse en disposiciones del Poder Ejecutivo, que cual repetidos Decretos y Ordenes se refieren al cambio, compra y especulación de moneda extranjera, para coordinar los movimientos del mercado de cambios con la acción gubernamental», concluyendo que son «disposiciones que además se dictaron con posterioridad a la perfección del discutido contrato y que en modo alguno pueden afectar a la eficacia jurídica y cumplimiento de éste», por lo que «ni son de estimar las violaciones de los artículos 1.170 y 1.116 del mismo Código, ya que se hacen derivar ambas de la imposibilidad de pagar en marcos por prohibirlo, según el recurrente, el Decreto de 29 de mayo de 1931, anteriormente comentado, todo lo cual obliga a rechazar los dos primeros motivos del recurso».

Sin que pospongamos las otras razones que el Tribunal Supremo aduce, de tratarse de una cuestión nueva en casación y de que eran normas del poder ejecutivo dictadas con posterioridad a la perfección del contrato, es indudable que nuestro más alto Tribunal dice bien claramente que no dan base para invocar una infracción o violación del artículo 1.170 del Código civil, ya que tienen un cometido distinto—el «coordinar los movimientos del mercado de cambios con la acción gubernamental»—, por lo que concluye rotundamente que «en modo alguno pueden afectar a la eficacia jurídica y cumplimiento de éste».

Efectivamente, en el artículo 1.170 del Código civil es donde se establecen las modalidades del cumplimiento de las deudas de dinero y donde se previene el caso concreto de que ocurra una imposibilidad (que al no distinguirse sus clases habrá de entenderse se refiere a todas, la jurídica, la de hecho, la absoluta o total, la relativa o de mera dificultad), por lo que si dicha especie de deuda de dinero (marco, dólar, franco, etc.) se hace imposible, el pago podrá hacerse en moneda española de curso legal. Es decir, que mientras el artículo 1.170 del Código civil norma desde un plano sustantivo y general las modalidades de pago de las deudas de dinero, las disposiciones de la Administración económica del Estado lo hacen desde otra perspectiva adjetiva y accidental—pero no por ello menos decisiva y poderosa—con una finalidad específica del control de los pagos; se trata de que las operaciones y transacciones en dinero hacia el exterior sean previamente justificadas con objeto de discernir su conveniencia dentro del contexto de la balanza de pagos del país. El poder público tutela las relaciones económicas privadas para que no queden sometidas exclusivamente a un criterio de autonomía particular, a los intereses específicos de los individuos, sino que también cooperen a realizar el más general de los intereses de la política económica nacional. En definitiva, se trata de un sometimiento de los intereses particulares a los públicos y en donde las instancias judiciales y administrativas, actúan como moderadoras y árbitros de los conflictos que surjan entre ambas partes (142).

(142) Ya en nuestro estudio: *El control de cambios y las obligaciones monetarias*, cit., pp. 185 ss.

Dentro de la segunda etapa del régimen de control de cambios español (desde 1936 a la actualidad), ciertos deudores también invocaron la imposibilidad de cumplimiento de sus pagos en moneda extranjera ante el carácter prohibitivo y obstaculizador de las normas de dicha reglamentación de cambios, así como por sus decisiones ejecutivas de incautación que toman sus funcionarios.

Así, en el caso que presenta la Sentencia del 9 de noviembre de 1957 (143), el deudor había recibido un cheque de una determinada cantidad de dólares que le había dado para negociar su acreedora, pero al hacerlo ilícitamente, sin la autorización debida, el Juzgador Especial de Delitos Monetarios se incautó de su contravalor en pesetas. Reclamada por la deudora aquella cantidad de dólares, o su contravalor en pesetas, en su defecto, el demandado alega que, a causa de la dicha incautación del Juzgado de delitos Monetarios, no podía ni procedía el reembolso. La alegada imposibilidad no es tomada por el Juez de Primera Instancia y concluye por condenar al demandado y restituir aquella suma de dólares adeudados o, en otro caso, su contravalor en pesetas al cambio oficial en la Bolsa de Madrid, tal como se cotizase el dólar el día en que recayese la sentencia. El Tribunal Supremo, al casar la sentencia de la Audiencia, que tan sólo juzgaba una devolución de pesetas, y sin tomar en cuenta, ni tampoco mencionar la incautación punitiva del Juzgado de Delitos Monetarios, se limita a decir que «ha de regir, en primer lugar, la devolución de la especie y, en segundo lugar, de no ser ello posible, según la cotización que rijan al momento del pago».

Una vez más, el Tribunal Supremo da muestras de respeto a los intereses de las partes y en este caso concreto reconoce la preferencia inexcusable de que la acreedora obtenga los dólares, si bien tomando en cuenta las medidas de la Administración económica del Estado, por lo que se condiciona la entrega de los dólares a aquellas normas, si bien deje la opción a que se reciba el equivalente pecuniario en la moneda española de curso legal que, por lo demás, ya había previsto y pedido en su demanda la parte acreedora.

En nuestra doctrina, los profesores Hernández-Gil (144) y Díez-Picazo (145), respecto a la interpretación de la imposibilidad a que se refiere el artículo 1.170 del Código civil y considerando esta última sentencia del Tribunal Supremo, hacen ver cómo dicha imposibilidad no es la meramente subjetiva, sino una imposibilidad objetiva y general. Se trata de una imposibilidad objetiva que puede proceder, a juicio del profesor Hernández-Gil, de la falta material de existencia de monedas de la especie pactada (al desaparecer de la

(143) Jurisprudencia civil (edición oficial) LXIII (noviembre 1957), páginas 226 s.

(144) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I (Madrid, 1960) pp. 413 y 415.

(145) Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I (Madrid, 1966), página 436, ahora en «*Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*. Madrid, 1970, p. 455.

circulación) en el momento del pago, de disposiciones legales que ordenan la retirada de la circulación o, en fin, tratándose de moneda extranjera, de la aplicación de normas limitativas o prohibitivas sobre la circulación de divisas. Ante esta imposibilidad, concluye el ilustre profesor, el pago ha de efectuarse en la moneda nacional de curso forzoso en el lugar de cumplimiento.

La jurisprudencia confirma esta solución para las deudas pecuniarias en moneda extranjera. Así, en un contrato de compraventa, la Sentencia de 6 de abril de 1963 (146) aborda el caso de una sociedad española que alega la nulidad de dicho contrato en base a la Ley del 24 de noviembre de 1938, por lo que deduce una imposibilidad de poner en práctica lo pactado respecto al pago en moneda extranjera; sin embargo, el Tribunal Supremo mantiene que «si se trata de meros accidentes que han de acompañar a la *solutio*, determinando el modo, tiempo y lugar, etc., en que ha de hacerse efectiva la prestación, no habrá obstáculo ninguno en reconocer la validez del contrato, aun cuando temporalmente o por razones de emergencia se encuentre prohibido o sea imposible poner en práctica lo pactado, en cuanto a alguno de dichos accidentes con que fue convenido el pago, máxime si la misma ley se encarga de arbitrar medios supletorios o sustitutivos que, por sí mismos, evidencian el carácter mixto de la norma legal, que puede ser prohibitiva de la modalidad pactada y permisiva o subsidiaria en cuanto a otras posibilidades solutorias que el mismo legislador reconoce o establece». Y cuando esta imposibilidad resulte de una disposición legal, la sentencia añade que «lo mismo sucede en cuanto al medio o instrumento de pago, que el artículo 1.170 dispone que se efectúe en la especie pactada, y no siendo posible, sin concretar ni limitar las causas de esa imposibilidad, en moneda de plata u oro que tenga curso legal en España».

Esta sentencia ha sido tomada en cuenta por nuestra doctrina civilista (147), para mostrar las influencias de la Administración sobre las relaciones jurídico-privadas, así como por la internacionalista (148), respecto al reconocimiento del principio imperante de la autonomía de la voluntad de las partes, y también contemplándola en uno de los momentos de la vida del contrato internacional, cual es el de su ejecución o cumplimiento.

Por su parte, los deudores han seguido intentando exonerarse de sus pagos —o cuando menos intentar lograr un cambio favorable— en base a la reglamentación de cambios. La Sentencia del 8 de junio de 1963 (149) aborda un caso en que el deudor vuelve a invocar una

(146) Repertorio de jurisprudencia Aranzadi (1963), núm. 2.204.

(147) Cfr. CASTRO y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 473.

(148) Cfr. PECOURT GARCÍA, *Jurisprudencia española de Derecho internacional privado* (V). *Obligaciones en moneda extranjera* (S. 6 abril 1963). Nota —A. *El cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera y el control de cambios*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, XVII-4 (1964), páginas 589 y 598.

(149) Repertorio de jurisprudencia de Aranzadi (1963), núm. 3.323, p. 2110.

imposibilidad legal de adquirir la moneda o especie pactada (liras), por existir dichas leyes prohibitivas. El Tribunal Supremo, después de reconocer la fuerza de ley que tienen las operaciones contractuales entre las partes contratantes (art. 1.091 del Código civil), establece que, «reconocida la deuda, ha de mantenerse como subsistente y exigible mientras no se extinga por alguna de las formas que prescribe el artículo 1.156, en este caso por el pago que ha de efectuarse según dispone el precepto que le sigue, entregando la cosa o la prestación en que la obligación consiste, sin que introduzca ninguna modificación en la interior doctrinal legal el hecho de que por existir leyes prohibitivas obligue a realizar el pago en pesetas, pues en tal caso esta moneda actúa en sustitución de la convenida»... «de aquí la improcedencia del recurso, que ha de perecer por no resultar contravenidos los artículos 1.096 y 1.170 del Código civil, como se denuncia en el último motivo formulado».

La sentencia es recogida por Díez-Picazo (150) para destacar cómo ni el artículo 1.170 ni la legislación de divisas establecen un régimen jurídico claro en cuanto a los pagos en moneda extranjera y su conversión a moneda española. ¿En qué casos —se interroga este autor— una deuda de moneda extranjera podrá ser pagada con moneda española? Si bien reconoce cómo la jurisprudencia admite la conversión en aquellos casos en que ninguna de las partes se ha opuesto al cambio, no obstante vuelve a preguntarse: ¿Cabe admitir, sin embargo, que la conversión pueda imponerse sin que haya mutuo acuerdo o, por lo menos, aquiescencia de ambas partes al respecto? Después de decirnos que este problema constituye una auténtica laguna legal y jurisprudencial, propone recurrir a los principios generales del Derecho (el Derecho intermedio y el Derecho europeo), para concluir que se debe admitir el pago en la moneda pactada y junto a él una *facultas solutionis* del deudor de pagar en la moneda del *locus solutionis*; cree que así es más fácil para el deudor y es razonable para el acreedor, quien no puede justamente oponerse a recibir el pago.

En realidad, el régimen jurídico establecido por el Código civil, en cuanto a los pagos en moneda específica, creemos que no es tan incompleto como se supone, ni tampoco lo dispuesto por la legislación de control de cambios.

La reglamentación de divisas no tenía por qué ser más explícita ni sobrepasar sus concretos límites de control, para lo que le ha bastado señalar, por una parte, el ámbito que abarca la materia u objeto de las operaciones que realizan las personas al entablar sus obligaciones patrimoniales en las que intervengan como último resultado el desplazamiento de monedas y, por otra parte, al exigir la reglamentación de cambios a los particulares una previa autorización que controle dichas operaciones y pagos al exterior. Ni por su finalidad de control ni por su naturaleza adjetiva o reglamentaria al servicio de la admi-

(150) DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 437, ahora en «Fundamentos de Derecho civil patrimonial», *cit.*, p. 455.

nistración económica del Estado, el ordenamiento de divisas no tiene el cometido de establecer normas sustantivas sobre el cumplimiento de las obligaciones monetarias (151).

En cambio el régimen jurídico del Código civil sobre los pagos en moneda extranjera pudo ser más explícito. Entonces, le bastó al Código civil enunciar una sola norma, el artículo 1.170, para el pago de las deudas de dinero en las que interviniese otra moneda que no fuera la de curso legal en España: Aunque su contenido resulte insuficiente para la problemática actual, no por eso puede acusársele de ser una norma oscura; antes bien, sus principios son claros y su *ratio* fue y sigue siendo útil para dar resolución justa y equitativa a los pagos en moneda extranjera. Aunque la terminología del artículo 1.170 responda a expresiones muy localizadas y próximas a su época de redacción (152), no deja de dar solución al cumplimiento de las obligaciones dinerarias, aunque de un modo particular, para las obligaciones en moneda extranjera, plantea cuestiones interpretativas respecto a alguno de sus aspectos concretos y en cuanto a la evolución que presenta el sistema monetario español vigente.

A este respecto, se deben contestar las interrogantes abiertas por la doctrina (152 bis) con objeto de poder hallar soluciones justas y equitativas ante un conflicto de intereses en materia de obligaciones dinerarias.

En primer lugar, los casos en que una deuda de moneda extranjera puede ser pagada con moneda española (siempre por aplicación del régimen establecido por el artículo 1.170 del C. c.), lo serán tan sólo «no siendo posible entregar la especie». Por tanto, la cuestión interpretativa sólo se presenta, y reduce, en cuanto a lo que ha de entenderse por imposibilidad de entregar la especie de dinero pactada. Entonces, el deudor no tiene una facultad optativa para realizar el pago en la moneda que le convenga, sino que queda condicionado por su propia voluntad inicial a cumplir en la moneda específica y por la propia norma del artículo 1.170, cuando dispone que, en primer lugar, se pague en la especie pactada y sólo en la moneda de curso legal cuando no sea posible. El problema, pues, queda reducido a examinar los casos de imposibilidad del deudor para pagar la especie pactada.

La imposibilidad que a un deudor puede presentársele es de dos clases: objetiva y subjetiva (153).

(151) A este respecto es clara la doctrina sostenida por el Tribunal Supremo (S. 8 abril 1958), cfr. Repertorio de jurisprudencia de Aranzadi (1958), núm. 1.467.

(152) Un próximo estudio lo dedicamos a «*Las cuestiones interpretativas del artículo 1.170, n. 1 del Código civil*».

(152 bis) Cfr.: DIEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil, cit.*, I, página 436.

(153) Si bien la Sentencia del 6 de abril de 1963 ha dicho que el artículo 1.170 no distingue entre causas de imposibilidad, sí conviene deslindar la modalidad llamada subjetiva, que, en realidad, según se va a ver, no supone una auténtica imposibilidad, sino tan sólo un mero «obstáculo» o «dificultad», tal como ha precisado la doctrina europea y americana, cfr. KÄGI, *op. cit.*, *passim*, y NUSSBAUM, *op. cit.*, *passim*.

Se produce una imposibilidad objetiva cuando por circunstancias sobrevenidas y completamente ajenas al deudor, bien de carácter material ya legal, le impiden absolutamente poder llegar a poseer la moneda pactada. Son, justamente, los casos que han dado lugar a la aplicación del régimen jurídico del artículo 1.170 del Código civil cuando se ha implantado un régimen de control de cambios. Al producirse una negativa de la autorización por parte de las autoridades del control de cambios, no cabe duda que el deudor se encuentra con un impedimento de carácter normativo, tanto como material, para poder entregar a su acreedor (nacional o extranjero) la moneda pactada. Ahora bien, como las deudas de dinero no son perecedoras, dada su naturaleza genérica y fungible, la obligación de pagar no se extingue, y es por lo que «no siendo posible entregar la especie» —prevista por el art. 1.170—, el deudor ha de pagar el equivalente de la especie pactada en moneda española de curso legal. No existe *facultas solutionis* para el deudor; la norma legal establece un rango de aplicación a sus modalidades de pago.

Se produce una imposibilidad meramente subjetiva cuando aparece una incapacidad de pago del deudor (la falta de recursos monetarios), o bien, cuando por su negligencia y dolo resulta un impedimento que hace el no disponer de las monedas pactadas. Dentro de un régimen de control de cambios si el deudor no justifica debidamente el origen y fundamento de su deuda en moneda extranjera ante las autoridades de control de cambios (lo que dará lugar a una negativa de la autorización) se encontrará que no dispone de la moneda pactada como consecuencia de su propia conducta. Por tanto, en este supuesto no se dará una verdadera imposibilidad, sino que aparecerán tan sólo meros «obstáculos» o «dificultades», pues son únicamente consecuencias provocadas por su propia conducta. Aquí, aún menos que en el caso anterior de verdadera imposibilidad objetiva, puede otorgársele al deudor una *facultas solutionis* para solventar su deuda, que pueda omitir el pago en la moneda extranjera comprometida, ante una situación impeditiva derivada de su propia conducta. Situación impeditiva, pues, que no es una verdadera imposibilidad, por lo que tampoco se producen los presupuestos normativos del artículo 1.170, y al no observar la ley el deudor tendrá que cumplir su compromiso entregando necesariamente la especie pactada y no la moneda española.

Al haberse implantado los regímenes de control de cambios ha sucedido que ciertos deudores de divisas, al advertir la frecuencia con que se suceden en el tiempo y alteran los cambios de cotización, han tratado de aprovechar el momento que les es favorable para obstaculizar deliberadamente los plazos de cumplimiento de sus pagos —lo que nos advierte ya su mala fe—, o bien al tratar y pretender establecer incompatibilidades formales entre las disposiciones del ordenamiento común y las derivadas del régimen de control de cambios, con la finalidad de exonerarse de sus deudas —lo que nos descubre su actitud fraudulenta—. Si concediésemos al deudor una *facultas solutionis* pondríamos en sus manos el instrumento que favoreciese sus fraudes y mala fe, al

poder decidir por sí mismo la conveniencia del pago de sus obligaciones en moneda extranjera a moneda nacional, lo que le eximiría así de sus compromisos anteriores y quedar a su arbitrio y vulnerar lo pactado (*pacta sunt servanda*) (art. 1.091 del Código civil).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo siempre ha mantenido como regla general—conforme a la letra y espíritu del artículo 1.170 del C. c.— que el pago de las deudas en moneda extranjera deberá hacerse en la especie pactada (SS. 29 octubre 1895, 3 julio 1939, 3 julio 1943, 23 diciembre 1954, 9 noviembre 1957, 6 abril 1963), aunque suele ser frecuente que se pida por el mismo acreedor, o subsidiariamente se establezca por el juzgador, una cantidad equivalente de la moneda pactada en pesetas españolas, tanto por falta de un interés específico en el acreedor como por ser la moneda nacional la que sirve de base a la condena (154), pero todo ello sin que obste al deseo explícito del acreedor en el *petito* de su demanda para recibir la moneda especificada, a lo que el Tribunal Supremo se inclina a reconocer diciendo (tal como puso de manifiesto en la Sentencia del 31 de mayo de 1954): «cuyo pago se verifique cuando las leyes españolas lo permitan, en una cantidad de dólares equivalentes a dicha suma».

Tampoco hay una laguna importante en el régimen legal español de los pagos en moneda específica en cuanto a la determinación del tiempo o momento en que ha de realizarse la conversión o equivalencia de monedas. A este respecto, la Orden de 23 de marzo de 1869 (art. 2.º), la establecía «al cambio corriente al día del pago» (155).

Sin embargo, la cuestión ha venido resolviéndose por los tribunales según el caso planteado; de aquí que la jurisprudencia presente decisiones que carecen de univocidad; no obstante, pueden apreciarse ciertas posturas esporádicas y destacarse un criterio dominante.

En cuanto al primer grupo de decisiones puede decirse que han sido determinadas por las circunstancias económico-jurídicas que concurrían especialmente en sus casos (alteraciones del valor de las monedas o de

(154) La Dirección General de los Registros y del Notariado fue quien más insistió en la necesidad de establecer siempre una equivalencia de las divisas con la moneda de curso legal en el Reino, de un modo concreto para los créditos hipotecarios (Resolución del 15 febrero 1926). Por razones de seguridad del tráfico jurídico para garantía de terceros y en función de un criterio de soberanía nacional, el legislador de ciertos ámbitos especiales exige que se fije de antemano la expresión comparativa entre la moneda extranjera que se adopta y la moneda española de curso legal, sin que ello implique necesariamente su conversión, cfr. Ley de Sociedades Anónimas (art. 31, núm. 1); Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (arts. 3 y 8); Reglamento del Registro Mercantil (art. 102 f); Reglamento de la Ley Hipotecaria (art. 219, núm. 1); Reglamento de la Ley de Hipoteca Mobiliaria (art. 15, núm. 4); Reglamento de la Ley del Notariado (art. 177).

(155) Dicho art. 2.º disponía que «cuando se hubiere estipulado algún pago en moneda extranjera, se pagase valiéndose materialmente de moneda del Estado a que se refería el acuerdo, o bien en moneda nacional al cambio corriente el día de pago». Al no ser una norma de Derecho civil común, no le alcanzó la disposición final derogatoria (art. 1.976) del Código civil, a pesar de que con el paso del tiempo, quedó inadvertida por los Tribunales.

la mora del deudor), por lo que el Tribunal Supremo adoptó varias posiciones: así, consideró como más equitativo para adecuar la correspondencia valorativa entre las monedas extranjeras y la española «el cambio del día en que se había emplazado al demandado» (S. 23 diciembre 1954 (156) y, también, porque así lo había pedido el acreedor en base a las devaluaciones y a la mora del deudor, aceptándose el «cambio del día de la sentencia» (SS. 3 octubre y 9 noviembre 1957 (157), o porque tratándose de una indemnización se juzgaba más adecuado que tuviera lugar que fuera «el cambio del día en que había ocurrido el hecho» (S. 6 julio 1957) (158).

Un criterio dominante, coincidente con la Orden de 23 de marzo de 1869, aparece en todas las épocas para determinar la equivalencia de las monedas por conversión, cual es el de atender «al cambio del día o momento del pago» (SS. 10 marzo 1925 (159), 3 julio 1936 (160), 9 noviembre 1957 (161), 6 abril y 8 junio 1963 (162).

(156) V., en *Anuario de Derecho civil*, VIII-2 (1955), p. 660.

(157) V., en *Jurisprudencia civil* (edición oficial del Ministerio de Justicia), LXII (1956), pp. 35 ss., y en *Jurisprudencia civil*, LXIII (Madrid, 1959), páginas 226 ss.

(158) V., en *Jurisprudencia civil*, LXI (Madrid, 1958), pp. 326 ss.

(159) V., en *Jurisprudencia civil*, XXXIII (Madrid, 1927), pp. 773 ss.; en *Alcubilla, Ap.* (1926), p. 891, y en *Revista de Derecho Privado*, XVIII (1931) página 307.

(160) V., en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, V (1936), núm. 1.619.

(161) V., en *Jurisprudencia civil*, LXIII (Madrid, 1959), núm. 680, páginas 226 ss.

(162) V., en *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi* (1963), núms. 2.204 y 3.323