

de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La Dirección General de los Registros y del Notariado es la autoridad competente para la expedición de la documentación que se refiere a la actividad de los notarios y de los registradores, así como para la realización de los actos que se realizan en los respectivos despachos. La Dirección General de los Registros y del Notariado es la autoridad competente para la expedición de la documentación que se refiere a la actividad de los notarios y de los registradores, así como para la realización de los actos que se realizan en los respectivos despachos.

## Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

DERECHO DE RETORNO.— TRANSCURRIDO EL PLAZO DEL PREVIO AVISO ORDENADO EN EL ARTÍCULO 102 (LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 31 DICIEMBRE DE 1946) SIN QUE EL ARRENDATARIO HAYA CUMPLIDO LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE RETORNO, Y CADUCADO ÉSTE CONFORME A LA REITERADA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO, ES NECESARIO, PARA PODER EXTENDER LA NOTA AL MARGEN DE LA FINCA QUE SE PRETENDE REEDIFICAR, CONFORME AL ARTÍCULO 15 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, EL OPORTUNO CONVENIO CON TODOS LOS PROPIETARIOS, PRESENTANDO AL EFECTO EL TÍTULO CONTRACTUAL CORRESPONDIENTE; Y COMO EN EL CASO OBJETO DEL RECURSO, EXCEPTO UNO DE LOS CONDUEÑOS, TODOS LOS DEMÁS SE NEGARON A PRESTAR SU CONSENTIMIENTO, SEGÚN SE DESPRENDE DE LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS NO SE PUEDE ACcedER A LA PRETENSIÓN DE EXTENSIÓN DE LA CITADA NOTA, QUE CONFIGURARÍA UN DERECHO YA EXTINGUIDO QUE SÓLO PODRÍA RENACER POR EL UNÁNIME CONSENTIMIENTO DE TODOS LOS AFECTADOS.

*Resolución de 4 de noviembre de 1960 («B. O.» del 19 del mismo mes)*

Don M. R. V., casado y dueño con sus hijos de varias fincas urbanas sitas en la calle de Alcalá, de esta capital, requirió al Notario don Alfonso de Miguel y Martínez de Tena para que levantase acta en que constasen los oportunos datos de las mismas.

«a los fines del artículo 104 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946», ya que proyectaba derribarlas para construir sobre el solar nueva edificación con el aumento de superficie aprovechable que señala la ley, derecho que le había reconocido la sentencia de 22 de abril de 1955, y que, en dicha acta, de fecha 15 de diciembre de 1958, consta que el «principal exterior letra B, sito en la casa núm. 204, ocupado por doña M. L. G., viuda y subrogada en los derechos por don V. M. S., tiene de renta ciento treinta y cinco pesetas sesenta céntimos y una superficie útil de treinta y ocho metros cincuenta y nueve decímetros cuadrados».

Presentada en el Registro por doña M. el 17 de abril de 1959 instancia pidiendo se hiciese constar su derecho de retorno a la nueva construcción, acompañada de copia del acta de 15 de diciembre de 1958 y contrato de inquilinato, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la constancia del derecho de retorno a la finca referida en el acta y solicitud que se acompaña por el defecto insubsanable de que dichos documentos no son los que exige para ello el artículo 15 del Reglamento Hipotecario en relación con el 104 de la ley de 1946, y suspendida por el subsanable de que no consta la nota de liquidación del Impuesto en el contrato de arriendo». El 17 de julio del mismo año, la interesada presentó otra instancia, acompañada de testimonio de la sentencia que reconocía al propietario el derecho de derribo, con la consiguiente facultad de desalojo de los inquilinos, y el contrato de arrendamiento con la nota de exención del Impuesto de Derechos reales, que se calificó con la siguiente nota: «Suspendida la constancia del derecho de retorno a la finca referida en la precedente instancia por el defecto subsanable de que, perteneciendo la finca a varios propietarios, no se acredita la representación de todos ellos por el don M. R. V., y en su consecuencia, se toma nota preventiva, a petición de parte, por término de sesenta días, por causa de los defectos subsanables expresados al margen de la inscripción 34 de la finca número 1.584, folio 4 del tomo 265 del archivo, libro 265 de la Sección primera».

Interpuesto recurso, el Presidente de la Audiencia, si bien confirmó la nota del Registrador, fué por estimar que no se cumplieron los requisitos exigidos por el artículo 104 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (de 31-XII-1946, que concuerda con el 81 de la

vigente), para que el arrendatario ostente el derecho de retorno, ya que no desalojó la finca en el plazo de un año, «*sin que tenga trascendencia la constancia o no del consentimiento de los condueños en el reconocimiento de tal derecho*».

Pero la Dirección, con distinta visión del asunto planteado, resuelve éste en cuanto a los dos supuestos que el mismo tiene: extinción de una parte y concesión de otra, pero sólo por un afectado, del derecho de retorno, mediante la ponderada doctrina siguiente:

Que el problema que plantea este recurso consiste en determinar si debe extenderse en el Registro la nota marginal prescrita en el artículo 15 del Reglamento Hipotecario cuando al formalizarse el documento a que hace referencia el artículo 104 de la Ley de 31 de diciembre de 1946 no hubiesen concurrido todos los propietarios del inmueble.

Que uno de los supuestos de excepción de prórroga obligatoria del contrato de arrendamiento, establecido en la causa segunda del artículo 76 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es el proyecto de derribar el inmueble, en cuyo caso—conforme al artículo 104 de la Ley derogada, que concuerda con el artículo 81 de la vigente—el arrendatario podrá volver a ocupar en el edificio que se construya un piso o local análogo al que tenía en el derruido, si cumple antes de desalojar la finca las formalidades prescritas en el artículo 104, con lo cual perfecciona, incluso frente a la voluntad del arrendador, el denominado derecho de retorno.

Que transcurrido el plazo de aviso previo ordenado en el artículo 102 sin que el arrendatario haya cumplido los requisitos necesarios para la efectividad del derecho de retorno, éste caducará conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, puesto que de otra manera se equipararía el arrendatario respetuoso con el orden legal establecido, y aquel que por desentenderse de cumplir los mandatos legales incurre en la causa de resolución del contrato de arrendamiento establecida en el artículo 149, número 10 de la Ley de 1946, según declara la sentencia firme que obra en el expediente en la que se trata de amparar la existencia del derecho, sin tener en cuenta que la reserva formulada no es un reconocimiento del retorno, sino una declaración que no afecta a su existencia autónoma.

Que, extinguido el derecho de retorno, conforme al artículo 15 del Reglamento Hipotecario, es necesario, para poder extender la nota al margen de la finca que se pretende reedificar, un convenio con los propietarios, mediante la presentación del título contractual correspondiente, y en este caso no puede practicarse el asiento porque de los documentos presentados resulta que, excepto uno de los condueños, todos los demás se negaron a prestar el consentimiento para ello.

Como de los antecedentes al principio reseñados, aparece que sólo uno de los condueños consentía este derecho de retorno, que podemos llamar convencional, debemos puntualizar que en su informe manifestó el Registrador que por acta que autorizó el mismo Notario, señor De Miguel, en 22 de enero de 1959, oportunamente presentada en el Registro, los restantes participes del inmueble (de quienes, según se dijo, no acreditaba su representación, el condueño concedente del retorno) «manifestaron su negativa a la concesión de este derecho a la arrendataria», por lo que, como añadió el expresado funcionario con toda razón, «ante una limitación de dominio, cualquiera que sea su constitución, no consentida por titulares inscritos, debe obrarse con suma cautela».

También el Registrador, coincidiendo con nuestro criterio, expresó que esta novedad legislativa hubiese sido mejor reflejarla en el Registro por medio de anotación preventiva, y como apuntábamos (basta consultar nuestras notas que más abajo citamos), el auto presidencial deduce que es a las leyes reguladoras del arrendamiento y no a lo que pueda publicar el Registro, en cuanto a este derecho, a las que se atenderán los Tribunales.

Porque la realidad es que este retorno especial que ha venido a tutelar o, si se quiere mejor en este caso, a *no tutelar*, nuestro ilustrado Centro, es un particular derecho que crea la voluntad de los afectados por él mismo, a tenor, claro, del art. 15 del Reglamento Hipotecario modificado, que para que—en nuestro ordenamiento al menos—la dubitativa doctrina sobre el *numerus clausus* o el *numerus apertus* no pueda ponerse en juego—o entredicho—se diría—aunque sin proponérselo o de soslayo—, ha venido a sancionar (es decir, a incluirlo en la lista).

Y el título contractual que lo crea—o recrea—, ¿bastará sea privado? Como nada se dice, regirá el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria. Nos cumple manifestar que acaso en el encabezamiento, contra nuestra costumbre, hayamos dicho más de lo expresado en los considerandos, pero tal es la interpretación que a éstos damos, remitiendo, finalmente, al que nos siguiere, a lo que sobre este singular derecho de retorno hemos escrito en nuestras notas 2 y 18 a los Comentarios de Ramón de la Rica sobre la Reforma del Reglamento Hipotecario, y el pensamiento de Ramón M. Roca Sastre sobre esta misma reforma, respectivamente, págs. 618, año 1959, y 737, año 1960, de esta Revista.

En igual sentido que la precedente, las Resoluciones de 8, 12 y 15 de noviembre de 1960, «Boletines» de 21—en cuanto a las dos primeras—y 24 de noviembre la tercera, añadiéndose «que sin el consentimiento de todos los condueños, no podrá válidamente configurarse el derecho, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que exige para su inscripción traer causa del titular o titulares inscritos».

**CALIFICACIÓN.—LA LIBERTAD E INDEPENDENCIA CON QUE LA LEY ATRIBUYE ESTA FACULTAD A LOS REGISTRADORES, OBLIGA A RECONOCERLES AMPLIAS ATRIBUCIONES EN EL EJERCICIO DE SU FUNCIÓN, SIN TENER QUE SUBORDINARSE A CRITERIOS SEGUIDOS ANTERIORMENTE POR EL MISMO O SUS ANTECESORES EN EL CARGO.**

**TESTIMONIOS.—EL NOTARIO, AL DAR FE EN ÉSTOS, ASEGURA EXCLUSIVAMENTE LA FIDELIDAD DE LA TRANSCRIPCIÓN REALIZADA, POR LO QUE AL HABERSE INSERTADO EN UN PODER DETERMINADOS PARTICULARS QUE APARECÍAN EN UN EJEMPLAR IMPRESO DE LAS CONSTITUCIONES DE UNA ORDEN RELIGIOSA, NO PUEDE ATRIBUIRSE A LAS CLÁUSULAS TRANSCRITAS DISTINTO VALOR DEL QUE TENGA DICHO DOCUMENTO, PUESTO QUE EL TESTIMONIO NO LE CONFIERE SUPERIOR VIRTUALIDAD.**

**PERMISO.—SEGÚN LAS CONSTITUCIONES DE REFERENCIA, LA MADRE GENERAL NECESITA, PARA HIPOTECAR BIENES, OBTENER PERMISO DE LA SANTA SÉDE CUANDO EL VALOR GARANTIZADO EXCDE DE 30.000 PESETAS (REQUISITO TAMBIÉN EXIGIDO POR EL CANON 1.532 DEL CODEX),**

Y COMO POR LA REMISIÓN HECHA POR EL CANON 1.529 EN MATERIA DE CONTRATOS A LA LEGISLACIÓN CIVIL, EN LA QUE SE DISTINGUEN, ATENDIDOS SU NATURALEZA Y EFECTOS, EL CONTRATO DE PRÉSTAMO Y EL DERECHO REAL DE HIPOTECA, DEBE ESTIMARSE INSUFICIENTE PARA EL ACTO REALIZADO—CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA A LA SEGURIDAD DE UN PRÉSTAMO—, LA AUTORIZACIÓN CONCEDIDA POR LA SAGRADA CONGREGACIÓN DE RELIGIOSOS, EN LA QUE SE PERMITE EL PRÉSTAMO, PERO SE OMITE TODA REFERENCIA (QUE TAMPOCO SE SOLICITÓ) A LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA.

PACTO.—AQUEL POR EL QUE SE CONCEDE AL ACREDOR LA FACULTAD DE EXIGIR LA INMEDIATA DEVOLUCIÓN DEL CAPITAL PRESTADO SI LA FINCA HIPOTECADA SE ENAJENA, GRAVA, ES OBJETO DE EMBARGO O ANOTACIÓN PREVENTIVA, CARECE DE LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA INSCRIBIRSE, PORQUE ES CONTRARIO AL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN QUE INSPIRA LA LEGISLACIÓN CIVIL, INÚTIL, EN CUANTO NO DA MÁS FIRMEZA A LA GARANTÍA ESTIPULADA, Y, ADEMÁS, PORQUE ASÍ SE DEUCE DEL NÚM. 3.<sup>o</sup> DEL ARTÍCULO 107 DE LA LEY HIPOTECARIA.

*Resolución de 18 de noviembre de 1960 («B. O.» de 6 de diciembre)*

Aunque de lo que antecede fácilmente se deducen los hechos de la presente Resolución, éstos, en extracto, son los siguientes: Ante el Notario de Barcelona, señor Danés y Torrás, se otorgó escritura por la que la «Caja de Préstamos para Vejez y de Ahorros», debidamente representada, concedió al Instituto de Hermanas Dominicas de la Anunciata—también debidamente representado—un préstamo de 600.000 pesetas, amortizable en veinte anualidades, en seguridad de cuyo pago quedó hipotecada una finca del Instituto. Incorporado a la escritura existe testimonio de un poder (de la Priora general de la Orden a la Madre que comparece en la escritura y otras), en el que—entre otros particulares—se expresa: «Me exhibe un ejemplar *impreso* de las Constituciones de la Orden o Instituto religioso...» de las cuales, a los fines de la presente, *entresaco*—dice el Notario autorizante del Poder—lo siguiente: «... autoridad de la Priora general: enajenar, permutar e hipotecar bienes, debiendo además obtener permiso de la Santa Sede si su valor excede de 30.000 pesetas...» También figura incorporado

testimonio de un documento expedido por la Congregación de Religiosos, por el que resulta que la repetida Priora general solicitó de la Sagrada Congregación permiso para contraer un préstamo de 600.000 pesetas, que ésta otorgó. Nada se dice sobre su garantía hipotecaria.

Presentada en el Registro de Sabadell primera copia de la escritura, junto con los documentos que se han relacionado, el Registrador la denegó, porque la Sagrada Congregación no concedió su autorización para garantizar con hipoteca el contrato de préstamo postulado y autorizado. No se reputa legítimo—sigue la nota—, y por ello, el título calificado adolece de defecto insubsanable, el mandato invocado por la hipotecante, en atención a que el testimonio de las Constituciones de la Congregación, unido a la escritura, está deducido de un ejemplar impreso. En lo que concierne al caso b) del pacto cuarto (que, por cierto, advertimos nosotros, en lo primordial afectante a la nota y por ende al recurso, se omitió en el resultando adecuado, si bien, como verá el que leyere, se transcribió en los primero y sexto considerandos), se observa el defecto insubsanable de ser opuesto al desenvolvimiento del crédito territorial y a la libre contratación sobre inmuebles.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, el Presidente de la Audiencia rechazó la nota del Registrador, pero la Dirección —con revocación en parte del auto presidencial—confirma aquélla en cuanto a los defectos primero y tercero, mediante la diáfana y ponderada doctrina siguiente:

Que las cuestiones a resolver en este expediente se reducen a dilucidar si un ejemplar impreso en las Constituciones de una Institución religiosa puede servir de base para acreditar las facultades de la Priora general y si la licencia concedida a dicho Instituto para contraer un préstamo autoriza la constitución de una hipoteca para garantizarlo, y, por último, si el pacto que declara vencido el préstamo en el caso de que la finca se hipoteque, se grava o enajene, se opone a la inscripción de la escritura.

Que la libertad e independencia con que la ley atribuye la calificación a los Registradores, obliga a reconocerles amplias atribuciones en el ejercicio de su función, sin tener que subordinarse a criterios seguidos anteriormente por él mismo a sus antecesores en el cargo, y sin que la circunstancia de que hubiere

sido inscrita alguna otra escritura para cuya formalización se haya utilizado el poder discutido, constriña a modificar el juicio formado cuando se calificó la que es objeto de este expediente.

Que en los testimonios, el Notario, al dar fe, asegura exclusivamente la fidelidad de la transcripción realizada, por lo que lo consignado constituye su fiel reflejo mientras no se impugne la autenticidad, y al haberse insertado en el poder autorizado en 28 de noviembre de 1952, que sirvió de base a la escritura calificada, determinados particulares que aparecían en un ejemplar impreso en las Constituciones de la Orden, no puede atribuirse a las cláusulas transcritas distinto valor del que tenga dicho documento, puesto que el testimonio no le confiere superior virtualidad.

Que, según las Constituciones de referencia, expresamente aprobadas por la Autoridad eclesiástica, la Madre general necesita, para hipotecar bienes, obtener permiso de la Santa Sede cuando el valor garantizado excede de 30.000 pesetas, y, como este requisito aparece también exigido por el canon 1.532 del «Codex», con el superior rango y publicidad que le es propio, es ociosa la discusión relativa a si el testimonio se obtuvo de un ejemplar auténtico o impreso sin las debidas garantías.

Que por la remisión hecha por el canon 1.529 en materia de contratos a la legislación civil en la que se distinguen y diferencian, atendidos su naturaleza y efectos, el contrato de préstamo y el Derecho real de hipoteca, debe estimarse insuficiente para el acto realizado, por los términos en que aparece redactada, la autorización concedida por la Sagrada Congregación de Religiosos a que se refiere el primer motivo de esta nota.

Que el pacto por el que se concede al acreedor la facultad de exigir la inmediata devolución del capital prestado si la finca hipotecada se enajena, grava, es objeto de embargo o anotación preventiva, carece de las condiciones necesarias para inscribirse, porque es contrario al principio de la libertad de contratación que inspira la legislación civil, porque es inútil en cuanto no da más firmeza a la garantía estipulada, según proclama la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria, y, además, porque así se deduce expresamente el número 3.º del artículo 107 de la misma y de la doctrina de este Centro, que declara que tales limitaciones disminuyen para el dueño la posibilidad de constituir nuevas hipo-

tecas, amplían las atribuciones del acreedor y contrariarían el fomento del crédito territorial, todo lo cual autorizaría en la práctica a que se niegue la inscripción tan sólo del aludido pacto y no la del derecho real creado, de no ser por la existencia del otro defecto señalado.

**FALTA DE CONGRUENCIA DEL MANDAMIENTO DE EMBARGO CON LA PETICIÓN DEL RECURRENTE.**—DEL EXAMEN DEL MANDAMIENTO SE DESPRENDE QUE SE RECLAMA DETERMINADA CANTIDAD A UNA PERSONA EMBARGÁNDOLE, COMO HEREDERO DE SU FALLECIDA MADRE, EL DERECHO HEREDITARIO QUE PUEDA CORRESPONDERLE EN UN INMUEBLE INSCRITO A NOMBRE DE ÉSTA, POR LO QUE SERÁ DE APLICACIÓN EL PÁRRAFO SEGUNDO DE LA REGLA 1.<sup>a</sup> DEL ARTÍCULO 166 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, Y NO EL PÁRRAFO PRIMERO DE IGUAL REGLA Y ARTÍCULO, COMO PRETENDE EL RECURRENTE, QUE AFIRMA QUE EL PROCEDIMIENTO QUE SE ENTABLÓ FUÉ CONTRA UN HEREDERO CIERTO Y DETERMINADO DE LA DEUDORA POR OBLIGACIONES DE LA MISMA.

*Resolución de 23 de noviembre de 1960. («B. O.» de 2 de diciembre)*

El 14 de noviembre de 1957 se presentó por el Procurador don Santos Gandarillas, en la representación de «Llorca e Hijos», demanda en juicio de menor cuantía contra don A. G. G., como heredero de doña F. G. V., en reclamación de 19.067,70 pesetas, que la misma adeudaba a los demandantes; el Juzgado de Primera Instancia número 3, de Madrid, en sentencia de 11 de marzo de 1958, condenó al demandado al pago de la cantidad reclamada; tal sentencia fué declarada firme por auto de la Sala tercera de lo Civil de fecha 27 de junio del mismo año, y pedido el embargo de los derechos hereditarios del demandado, se libró por el referido Juzgado de Primera Instancia número 3 mandamiento ordenando la anotación preventiva de embargo del piso 1.<sup>o</sup>, exterior derecha, de la calle de Teruel, número 6, de esta capital, inscrito en el Registro a nombre de doña F. G. V.

Presentado en el Registro el anterior mandamiento, fué calificado con la siguiente nota: «Suspendida la anotación preventiva de embargo ordenada en el precedente mandamiento, al que se acompaña certificación de la defunción de doña F. G. V., expedida

por el Juzgado municipal número 12 de esta capital, con fecha 2 de abril último, por no acreditarse la cualidad de herederos del demandado con los documentos a que alude el artículo 166, regla 1.ª, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario. No se ha solicitado anotación preventiva de la suspensión».

Interpuesto recurso por el Procurador señor Gendarillas, y previo informe del Juez de Primera Instancia número 3, de Madrid, para quien el juicio se siguió contra don A. G. G., como heredero de su madre, por débitos de ésta, por lo que estimaba procedente la anotación pretendida, la Dirección, con revocación del auto del Presidente de la Audiencia, que revocó la nota del Registrador, por razones análogas a las expuestas por el recurrente y Juez informante, confirma la calificación de aquél, en méritos de la ajustada doctrina siguiente:

Que la única y mínima cuestión de este expediente se deriva del distinto criterio que el recurrente y el funcionario calificador tienen acerca del contenido del mandamiento de embargo presentado en el Registro, dado que el primero declara que el procedimiento que se entabló lo fué contra uno de los herederos ciertos y determinados de la deudora por obligaciones de ésta, y, en consecuencia, procede la anotación, mientras para el segundo se trataría de un embargo del derecho hereditario por deudas propias del heredero.

Que el mandamiento calificado no está en congruencia con la petición del recurrente, puesto que del examen de su contenido se observa que, reclamada una determinada cantidad a don A. G. G., se le embarga, como heredero de su madre, doña F. G. V., el derecho hereditario que pueda corresponderle en un inmueble urbano inscrito en el Registro a nombre de ésta, lo que parece dar a entender que se trata de una deuda propia del demandado, y, en consecuencia, le será aplicable el párrafo segundo y no el primero de la regla 1.ª del artículo 166 del Reglamento Hipotecario, que requiere se hagan constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y de los certificados del Registro General de Actos de Ultima Voluntad y de defunción del causante.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

## CIVIL

### III.—*Obligaciones y contratos.*

SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1960.—*Precontrato o contrato preparatorio de Sociedad.*

El actor convino un contrato con el demandado, que titularon en el encabezamiento «Contrato privado de relaciones sociales». En las cláusulas, unas veces denominaron al ente jurídico que trataron de constituir «comunidad social», otras «sociedad» y otras «contrato social». No le asignaron nombre social o comercial alguno. Dicho acto formuló demanda pidiendo que se eleve la escritura privada a pública, señalando previamente y de momento la aportación de su parte en cantidad mínima de 117.900 pesetas, que son las que debe aportar también el demandado, sin perjuicio de la ampliación de capital que aportaría después el actor, según el contrato; que se haga cargo de la gerencia al accionante, según viene pactado, y que el demandado liquide a favor de la Sociedad todo lo que haya cobrado por cuenta de productores de la misma, así como que abone todos los daños y perjuicios que haya podido causar a la sociedad por su temeridad y obstrucción a la legal marcha de la misma.

El Tribunal de instancia, que aceptó los Considerandos de la sentencia del Juzgado, sin llegar a definir qué clase de contrato es el contenido en dicho documento privado, y sin calificar, por tanto, qué clase de Sociedad sea la constituida, si civil o mercantil, y cuál fuera el tipo de ésta en su caso, al extremo de que la enuncia en las premisas del fallo como la llamada Sociedad, pronuncia éste, denegando la elevación a escritura pública de la privada, contenida en el documento privado, a que precedentemente se ha aludido, hasta que por el actor no se terminen las obras de ampliación de la fábrica o industria a que se refieren las estipulaciones tercera y cuarta de la escritura privada; declara que la Gerencia de la llamada Sociedad corresponde, según lo convenido, al demandante, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración,

y en consecuencia a que haga entrega de la Gerencia al actor, y por último, declara que el demandado debe liquidar a favor de la llamada Sociedad todo lo que haya cobrado por venta de productos de la misma a partir del día 10 de enero de 1954, condenándola a realizar tal liquidación y al abono a la llamada sociedad de todos los daños y perjuicios que le haya podido causar por contravenir las cláusulas del referido contrato, cuya existencia y determinación deberán ser probados en ejecución de sentencia; a la vez que, desestimando la reconvenCIÓN, tendente al logro de la nulidad de tal documento, declara su validez y eficacia.

El recurso se basó, entre otros motivos, en contener el fallo disposiciones contradictorias, y en condenar a unos daños y perjuicios que se admiten dubitativamente.

El Tribunal Supremo casa la sentencia, razonando:

Que la contradicción del fallo ha de resultar de sus mismos términos entre sí para ser estimada; divergencia o disidencia entre los pronunciamientos del fallo recurrido, que es bien notoria, y determina la estimación del motivo, puesto que si se rechaza la elevación a escritura pública del documento privado de 10 de enero de 1954, hasta tanto que por el demandante no se determinen las obras de ampliación de la fábrica o industria a que se refieren las estipulaciones 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> contenidas en tal documento, es evidente que no existe sociedad, la que en todo caso estaría pendiente, para su constitución, del cumplimiento de una condición suspensiva por parte de quien ha demandado, y si así es, no puede compaginarse tal pronunciamiento con el de nombramiento de un Gerente para regir un ente jurídico que no ha nacido a la vida del Derecho, y menos aun condenar al demandado a liquidar a favor de una supuesta Sociedad lo que el mismo haya cobrado en el ejercicio de su propia industria por la venta de productos.

En cuanto a los daños y perjuicios, estima que se ha aplicado indebidamente el artículo 1.101 del Código Civil. Es bien sabido que dicho artículo presupone la prueba de los perjuicios, que ha de practicarse en el pleito y cuya apreciación real y no dubitativa debe de ser estimada por el Tribunal sentenciador, aun cuando, una vez probados, quede para ejecución de sentencia, la determinación de su cuantía, sin que a tal trámite procesal pueda quedar relegada la prueba de la existencia de los perjuicios, cual se acuerda en la sentencia recurrida.

En la segunda sentencia del Tribunal Supremo se sienta que el contrato fué preparatorio o preliminar, con el siguiente Considerando:

Que ante la necesidad de fijar cuál sea la naturaleza jurídica del supuesto contrato de Sociedad, de su lectura íntegra se advierte que en su encabezamiento se le denomina «contrato privado de obligaciones sociales», y en su articulado unas veces «comunidad social», otras «sociedad» y otras «contrato social», quedando sin precisar si la Sociedad ha de ser civil o mercantil, así como su nombre comercial o razón social, y sin determinar en numerario la aportación del demandante, al punto de que en el apartado primero del suplico de su demanda interesa que, al elevar a escritura pública el documento privado, se le señale de momento la aportación por su parte de la cantidad de 117.900 pesetas, sin perjuicio de posterior ampliación; como también se desprende de la interpretación de las estipulaciones 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup>, la necesidad previa de ampliar la fábrica que aportaba el demandado, cuyo coste habría de ser satisfecho por el titulado socio, o sea el actor, para elevar entonces a escritura pública el documento privado y concretar en ella el capital que éste aportaba, así como

que la Gerencia la desempeñaría quien en el pleito la reclama, y dependería de que la fábrica de resinas, ya ampliada, funcione, repartiéndose entonces los beneficios anualmente, según las respectivas aportaciones. De todo lo cual se infiere que lo convenido en el calendado documento privado fué un contrato preparatorio, preliminar, o precontrato, consistente en vincular a las partes en el mismo intervenientes, para la conclusión de un contrato futuro, que no se pudo o no se quiso celebrar al tiempo de suscribir el documento privado. Por ello, tal contrato preliminar no se puede identificar con el que de celebración posterior ha de ser definitivo, ni engendra otra obligación que la de prestar a éste el consentimiento por quienes a ello se ligaron, una vez realizado lo pactado, incumplimiento que si se diera podía producir el efecto de un resarcimiento de perjuicios, y, por tanto, los que se interesan en la demanda han de ser rechazados, no sólo por las razones expuestas, sino también porque su existencia no ha sido probada, y sin tal probanza no es posible dejar la determinación de su cuantía al período de ejecución de sentencia.

**SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1960.—Daños y perjuicios sufridos por el arrendatario como consecuencia de obras realizadas por el arrendador. Efectos de las sentencias de la Jurisdicción Penal en la Civil.**

En la casa arrendada se hicieron obras para elevar dos pisos. La arrendadora-demandada prometió al arrendatario que no sufriría perjuicio con las obras. Mientras éstas se realizaban acaeció una borrasca o tormenta, llovió en abundancia y el agua pasó a la vivienda del inquilino y destrozó pinturas del techo y muebles.

El arrendatario demandó a la Sociedad arrendadora, reclamándole los perjuicios sufridos. La demandada se opuso, alegando que los daños y perjuicios fueron debidos a un suceso imprevisto: la caída de agua en cantidad extraordinaria; y que en todo caso, quienes debían responder de dichos daños eran el arquitecto y el aparejador, que aseguraron a la arrendadora que se podían efectuar las obras sin daño para los inquilinos.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia y condenó a la arrendadora al pago de los daños y perjuicios sufridos. Interpuesto recurso de casación, no se dió lugar a él.

Las razones principales para ello fueron: Que la principal oposición formulada por la recurrente se basa en que al elevar dos plantas a la casa de su propiedad realizaba un acto lícito, y como las obras se ejecutaron con la intervención de arquitecto, aparejador y contratista, puso toda la diligencia que se le podía exigir, dada la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las obras, por lo que entiende quedó exonerada de toda responsabilidad, que alcanzaría, si acaso, a aquellos técnicos; pero teniendo en cuenta la realidad, no discutida, de los perjuicios sufridos por el arrendatario, que éste ninguna relación contractual tenía con tales técnicos, estando en cambio ligado con la Sociedad recurrente por el contrato de arrendamiento, y que éste imponía al arrendador las obligaciones derivadas de lo dispuesto en el artículo 1.554 del Código Civil, que fueron totalmente incumplidas; es evidente que el inquilino pudo y debió dirigirse contra la Sociedad arrendadora con la que estaba ligado por nexo contractual.

- La sentencia recurrida aplica rectamente el mencionado artículo 1.554 en relación con el 1.101 y 1.104.

Otro de los pilares sustentadores de la oposición a la demanda lo deriva la recurrente de la sentencia firme dictada por la Jurisdicción de la Criminal en la causa instruida como consecuencia de los mismos hechos originantes del litigio, y en la que se mostró parte el actual demandante. En ella aparecen como hechos probados que la causa del accidente en cuestión fué debida a un fenómeno atmosférico—la tormenta que en aquella noche descargó sobre la capital—constitutivo de fuerza mayor totalmente imprevisible. Es bien conocida la jurisprudencia de este Tribunal, añade la sentencia que estudiamos, perfectamente discriminatoria entre las sentencias en materia criminal *absolutorias*, que en nada vinculan a la Jurisdicción Civil de *las condenatorias*, respecto de las cuales son premisas inatacables las afirmaciones de hechos que se declaran probados.

Por ello, siendo absolutoria la sentencia referida, ninguna influencia puede tener en el presente proceso, y sus declaraciones sobre la causa del siniestro pueden ser atacadas y contradichas en el pleito si así resulta de las pruebas en él practicadas, independientemente de que el actor fuera o no parte en aquel procedimiento, de la postura procesal que en él adoptara y de que no recurriera de la sentencia absolutoria: sobre todo si, como aquí ocurre, no se limitó a denunciar y perseguir como culpables a los técnicos tantas veces citados, sino que lo hizo también contra el representante ante los inquilinos de la Sociedad propietaria del inmueble, sin lograr éxito en sus peticiones.

**SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1960.—*Interpretación del artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.***

El derecho de sustitución en la relación arrendaticia del local de negocio alcanza *solamente* al heredero del arrendatario; no se extiende a transmisiones posteriores derivadas de la muerte del ocupante por sucesión.

A esta clara conclusión llega el Tribunal Supremo, con los siguientes argumentos: Para la interpretación de dicho precepto, hay que acudir al Código Civil, porque aunque se trate de ley especial, las dudas que surjan en su aplicación han de aclararse y resolverse a tenor de la legislación común, pues así lo dispone el artículo 16 del Código Civil, donde se establece que en las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirán por el Código. Tampoco se puede desentender la naturaleza jurídica de la institución a que se refiere la norma que se interpreta y, con más razón, si en la ley especial no se da el concepto del contrato de arrendamiento que trata de regular a través de su articulado. Ya en este plano se ha de sentar que el arrendamiento en el orden jurídico es de naturaleza personal y de duración temporal, porque así lo define el artículo 1.543 del Código substantivo, que estatuye que en el arrendamiento una de las partes se obliga a dar a la otra el goce de una cosa por tiempo determinado y precio cierto, de donde se infiere que el derecho al uso que se cede ha de tener una limitación en cuanto al tiempo, porque de hacerse indefinidamente se cambiaría el contrato o convenio de las partes por otra institución que jurídicamente se adaptara al régimen de goce o disfrute perpetuo, lo que ha de rechazarse, porque se trata de un contrato de arrendamiento urbano sometido a normas especiales.

No vale decir que la norma sobre que se enjuicia—artículo 60—es de carácter excepcional, con substantividad propia, dictada para defender la empresa comercial, porque si así fuera, de igual manera que la ley, de forma expresa, establece como principio general la prórroga de todo contrato de arrendamiento y específicamente referido a viviendas, lo ha extendido, por el artículo 59, a dos transmisiones por muerte del inquilino, en los arrendamientos de locales de negocio lo hubiera dispuesto en forma clara y evidente, y, por el contrario, el párrafo primero del precepto en cuestión habla de la sustitución por muerte del arrendatario, y no del subrogado o advenido por este trámite hereditario.

En trámite de dar sentido al último párrafo del repetido artículo 60, donde se lee que, no obstante lo dispuesto en el párrafo primero, las transmisiones que se causen con posterioridad a la primera, darán derecho al arrendador del local de negocio a elevar la renta en los términos que se especifica; se ha de decir que se consigna que la ocupación provenga por *transmisión*, vocablo que da a entender que en ella ha intervenido la voluntad del arrendador, bien por reconocimiento expreso o consentido, porque, en otro caso, existiría evidente contradicción entre el párrafo primero y el tercero; por todo lo cual se ha de entender que las sucesivas transmisiones, esto es, las causadas con posterioridad a la primera, originada por derecho sucesorio, se refiere a las consentidas por el dueño, bien de forma expresa o tácita, en cuyo caso le da facultad de elevación de renta, criterio mantenido por esta Sala en sentencia de 12 de diciembre de 1959.

#### IV.—*Sucesión «mortis causa».*

##### SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1960—*Nulidad de testamento ológrafo mancomunado.*

El marido fechó, firmó y escribió en su totalidad el documento, y su mujer, por no saber firmar, estampó la huella dactilar. En él, después de consignarse los nombres de ambos cónyuges y su condición de tales, se declara textualmente que «de acuerdo los dos... y si por la muerte sorprende, hacen este documento, quedándose el uno al otro para hacer y deshacer», y a continuación, uno y otro separadamente, refuerzan esta rotunda, conjunta e inequívoca manifestación de voluntad, dejándose reciprocamente sus bienes «habidos y por haber para hacer y deshacer»; y tras enumerar cuáles sean éstos, concluyen repitiendo: «nos los quedamos el uno al otro para hacer y deshacer».

Los herederos legítimos del marido demandaron a la viuda sobre nulidad de tal testamento, por ser mancomunado. El Juzgado de Primera Instancia accedió a la demanda y lo declaró nulo. La Audiencia revocó la sentencia y desestimó la acción de nulidad. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo casó la sentencia recurrida y confirmó la del Juzgado: El testamento ha quedado nulo.

La Audiencia entendió que el documento litigado comprendía un testamento ológrafo del marido con todos sus requisitos y, por tanto, válido, y prescindió de la intervención que en él tuvo la mujer, por no concurrir en ella los requisitos necesarios para un testamento ológrafo válido.

El Tribunal Supremo, por el contrario, sostiene que marido y mujer se propusieron instituirse recíprocamente herederos, «lo que en esencia no es sino el otorgamiento de un testamento mancomunado», en su modalidad de mutuo, con nulidad de acto y documento, en el que las respectivas declaraciones de voluntad se ligan de tal suerte, que lo querido y dispuesto por uno de los otorgantes se halla supeditado a lo ordenado y querido por el otro, constituyendo esta concordancia en el propósito la entraña del negocio jurídico, que no permite disociar la intervención de las partes ni conceder virtualidad a una sola de ellas, por ser causa de cada una la de la reciproca.

*Creemos que muchos lectores de esta sentencia habrán quedado perplejos y preocupados, pensando en esa viuda que queda sin la herencia del marido, porque se intentó un testamento mancomunado prohibido terminantemente en el Derecho común por el artículo 669 del Código Civil. Y hemos dicho se intentó, porque nunca hubiera sido válido el testamento de ambos, ya que si bien respecto del marido reunía las condiciones prevenidas para ser testamento ológrafo, no sucedía así respecto de la mujer, y no hay que perder de vista, por tanto, que ella no otorgó ningún acto jurídico válido.*

*Sabido es que la supresión que hizo nuestro Código de los testamentos mancomunados se consideró, en general, elogiable, para evitar sugerencias y captaciones de voluntad y las cuestiones a que daba lugar la revocabilidad. Pero también es conocida la reacción favorable a los testamentos mancomunados, sobre todo entre esposos, en las legislaciones modernas. El Tribunal Supremo ha aplicado con todo rigor el artículo 669; ha considerado nulo no ya el testamento mancomunado propiamente dicho, sino la misma intención de testar mancomunada. No siendo válida la disposición testamentaria de la viuda, muy bien pudo mantener, como lo hizo la Audiencia, la validez de la disposición del muerto y dar a los bienes relictos un destino indudablemente más conforme con la voluntad de aquél. Con ello no hubiera perdido nada la prohibición del artículo 669.*

## MERCANTIL

### IV.—Obligaciones y contratos.

**SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1960.—***La «empresa» no es sujeto de derechos y obligaciones, en general. El adquirente de una empresa mercantil no responde de las obligaciones de su antecesor, salvo pacto expreso.*

Se transmitió una empresa mercantil, un café-restaurante. El transmitente tenía deudas derivadas, al parecer, del negocio. La sentencia del Tribunal Supremo declara que el adquirente no tenía obligación de pagar tales deudas.

El concepto de empresa, dice la sentencia, que viene evolucionando en los tiempos modernos, transformándose de una simple acumulación de elementos de trabajo y de actividad personal en una entidad dotada de vida, con un complejo de elementos que llegan desde el arrendamiento del local en que tiene su sede, mercancías, clientela, prestigio comercial; en resumen, acervo mercantil, y especialmente organización; no ha llegado en la legislación patria, a

diferencia de otras extranjeras, por falta de su reglamentación jurídica general, a permitir constituirla en sujeto de derechos y obligaciones, hasta el punto de que le puedan ser imputadas al sucesor las contraidas por su antecesor, sin pacto expreso que así lo imponga; con excepción, claro está, de aquellos casos especialísimos, y siempre con fines de carácter social, único ámbito en que la ley, así lo ordena, como acontece con las leyes de arrendamiento para tipificar la clase de los contratos y la legislación laboral en beneficio de los obreros. Tampoco existe al presente una costumbre mercantil que ampare la personalidad jurídica de la empresa, su universalidad jurídica, salvo pacto expreso contractual en contrario.

Sentada la anterior doctrina, es consecuencia obligada que al adquirir el recurrente la empresa «Gran Café-Restaurante Español», sin pacto expreso alguno en cuya virtud el adquirente asumiera las deudas del negocio, sino que, por el contrario, con la expresa convención de que se transmitía, libre de todo impuesto, responsabilidades, sanciones y gravámenes, no asumió las obligaciones que pesaban sobre su anterior titular, derivadas de acciones personales y que no gravaban en forma real la empresa ni sus elementos.

*Pone de manifiesto esta sentencia, ajustada al Derecho positivo, la importante laguna legal existente en nuestro Derecho Mercantil: la falta de regulación de la empresa. Abordamos en este capítulo (el de la empresa), ha dicho Garrigues, el tema central del Derecho Mercantil moderno, aun cuando sea, paradójicamente, un tema irrelevante para nuestro Derecho Mercantil codificado. El Código de Comercio español atiende exclusivamente a definir los actos de comercio, pero desconectándolos de la organización industrial en que tales actos, necesariamente, se producen.*

Tampoco encontramos en nuestro Derecho positivo el concepto de empresa como objeto del tráfico jurídico. Solamente encontramos disposiciones sobre los elementos patrimoniales de la empresa. La transmisión del patrimonio del empresario está sometida: a las diversas reglas del Derecho Civil sobre transmisión de cosas muebles, de cosas inmuebles, de derecho de propiedad intelectual, etc.; a las reglas del Derecho Mercantil sobre venta de mercaderías y cesión de los derechos de propiedad industrial, a las reglas del Derecho Civil sobre transmisión de obligaciones; a ciertas disposiciones especiales dictadas en interés de personas o situaciones ajenas al tráfico mercantil, o, mejor dicho, no siempre dictadas en interés del tráfico mercantil: legislación de arrendamientos urbanos, disposiciones de carácter laboral, algunas disposiciones de carácter fiscal.

Es tan fuerte el sentido o concepto de empresa en el orden social y comercial, que, a pesar de tal laguna legislativa, se producen litigios como el resuelto por la sentencia que estudiamos, basados en pedir al adquirente—nuevo empresario—las deudas del transmitente—empresario anterior—, y los Tribunales vacilan, porque detrás de todo ello ven una sola personalidad, mejor, un patrimonio separado e independiente—tesis de Pisko—; ven, en una palabra, la empresa.

Entre las ideas fundamentales para la regulación de una empresa individual, cuyo desarrollo no es de este lugar (véase, por ejemplo, conferencia del señor Trias de Bes en la Academia Matritense del Notariado, marzo de 1946), se encuentra el principio de que el patrimonio de la empresa está solamente afecto a las responsabilidades nacidas de la explotación mercantil, con contadas excepciones. A los acreedores particulares del comerciante o empresario

se les reconoce el derecho a embargar los beneficios y el haber de la empresa en caso de liquidación, y el de nombrar un coadministrador que intervenga las operaciones sociales.

En fin, todo esto es discurrir sobre un futuro necesario a la legislación mercantil española.

La sentencia del Tribunal Supremo tenía que atenerse al Derecho positivo, y, conforme a él, la resolución no podía ser otra que la acordada.

BARTOLOMÉ MENCHÉN  
Registrador de la Propiedad.