

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1940.—*Fianza.*

Partiendo del supuesto de que la recurrente es fiadora, no ha quedado liberada de su responsabilidad por una pretendida novación del contrato de arrendamiento: 1.º Porque según la cláusula 18 de dicho contrato no habría de entenderse novado por ninguna modificación tácita que en el transcurso de su cumplimiento se estableciera por tolerancia o por cualquier otra circunstancia, sino únicamente por el otorgamiento de otro contrato escrito; 2.º Porque la novación extintiva no se presume, siendo necesario para que exista, que la extinción del primitivo contrato se declare terminantemente o que la antigua obligación y la nueva sean de todo punto incompatibles, lo que no se daría en este caso, aunque se hubiera establecido prórroga de los plazos del contrato. Además, si bien el art. 1.851 Código civil establece que la prórroga concedida al deudor sin consentimiento del fiador extingue la fianza, no se debe confundir la mera tolerancia del acreedor que detiene el ejercicio de su derecho con el convenio explícito de una prórroga por señalamiento de nuevo plazo con fecha determinada; así tiene declarado la jurisprudencia que el hecho de que el acreedor no reclame el cumplimiento de la obligación cuando ésta vence, no significa que le concedió prórroga. Por último, no se obligó la recurrente a más que el deudor, pues al entregar la fianza, lo hizo para garantizar el cumplimiento del contrato de arrendamiento, y quedó sometida en cuanto a las responsabilidades de dicha fianza a las cláusulas del contrato, de las cuales la 15 establece para el caso de incumplimiento de alguna de las condiciones estipuladas, no sólo la rescisión en el acto, sino la pérdida total de la fianza que quedaría de propiedad exclusiva del arrendador; y por tanto es evidente que, al producirse incumplimiento por el primer retraso en el pago, perdió la recurrente por este solo hecho todo derecho a la fianza, no siendo exacto lo que se alega respecto a que la recurrente de ha-

berse enterado hubiera podido pagar el primer pago retrasado con parte de la fianza y retirar el resto, pues por el hecho de no haber sido pagado dicho plazo a su tiempo ya tenía perdida la totalidad de ella.

Nota a la Sentencia del 28-VI-1940 (sobre fianza):

El término "fianza" se usa en nuestras leyes en dos sentidos. Por un lado, representa "fianza" el concepto genérico de un contrato cuya función es la de asegurar el cumplimiento de una obligación cualquiera. En este sentido "fianza" abarca tanto la garantía personal (fianza en sentido específico) como la garantía real, que según recaiga sobre un mueble o sobre un inmueble lleva la denominación "prenda" o "hipoteca". Por otro lado, significa "fianza" en sentido específico la garantía personal. El art. 253 Código civil y el art. 1.402 Ley de Enjuiciamiento civil emplean la voz "fianza" en sentido genérico; los arts. 1.822 y siguientes hablan, en cambio, de la fianza en sentido específico (véase la exposición de este doble concepto del término "fianza" en *Arrendamientos urbanos*, por D. Jerónimo González, Madrid, 1928, ps. 153 y ss.). Ahora bien; en el caso de autos se trataba de una "fianza" constituida por títulos que se entregaron al arrendador. Por lo tanto, no se trata de una fianza en sentido específico (arts. 1.822 y ss. C. c.), sino de un contrato de prenda. El art. 1.857 último párrafo C. c. permite expresamente que una persona extraña a la obligación principal puede asegurar ésta, pignorando sus propios bienes. La prenda garantiza una obligación condicional, caso expresamente previsto y permitido en el artículo 1.861 C. c. No sabemos de qué clase de títulos se trata, punto interesante, puesto que si se trata de títulos nominativos la prenda es regular, mientras que si son títulos al portador la prenda resulta irregular (sobre la prenda irregular véase Jerónimo González, l. c.); y si se trata de valores cotizables, debe aplicarse el art. 1.872 párr. 2.º C. c. Pero sea lo que sea, de todas maneras rige en esta materia la prohibición del pacto comisorio (art. 1.859 C. c.), según el cual el acreedor, al acaecer el incumplimiento de la obligación principal de parte del deudor, no debe apropiarse las cosas dadas en prenda, sino meramente venderlas según reglas determinadas y satisfacerse con el precio conseguido en cantidad correspondiente a la que le es debida, mientras que el sobrante pertenece al dueño de la prenda. La finalidad de la prohibición de la "lex commissoria" es la de impedir prácticas usurarias. En el ámbito de la fianza personal no hace falta prohibir el pacto comisorio, puesto que

el acreedor no tiene en sus manos cosas apropiables, y el principio de la estricta accesoriedad (art. 1.826 C. c.) limita su crédito de análoga manera. Por lo expuesto, existen ciertas dudas con respecto a la cláusula 15 del contrato que establece para el caso de incumplimiento de alguna de las condiciones estipuladas la pérdida total de lo que el contrato llama "fianza", quedándose ella de propiedad exclusiva del arrendador. Se puede discutir si esta estipulación contiene una cláusula penal a los efectos de los arts. 1.152 y ss. C. c. Existen sobre esta cuestión dos sentencias (del 13-VI-1924 y del 25-X-1932). Sin embargo, creemos deber rechazar esta opinión, al menos en el caso presente, puesto que en él la pena recaería sobre un extraño; y la pena debe recaer directamente sobre el deudor que comete el delito.

No olvidemos que la fianza administrativa se *pierde* con mucha frecuencia y acaso se quiera incorporar al Derecho privado esta facultad de apropiarse o decomisar los títulos o valores que la constituyen, pero el C. c. (art. 1.859) no ha sido derogado y el Tribunal Contencioso-Administrativo tan sólo permite la aplicación de los valores y de sus dividendos o intereses para garantizar el cumplimiento de los contratos con el Estado y extinguir las responsabilidades decretadas contra el llamado contratista.

SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1940.—*Sustitución fideicomisaria.*

El Tribunal Supremo interpreta las palabras "que no pasen del segundo grado" del art. 781 del Código civil en el sentido de que "grado" significa "sustitución" o "llamamiento", rechazando la afirmación que hacen los recurrentes de que se trata de grado de parentesco. El Tribunal Supremo se apoya sobre la historia (*Instituta*, proemio del título décimoquinto, libro 2.º; *Digesto*, proemio del primer fragmento del título 6.º, libro 28; Ley 1.ª, título 5.º de la Partida 6; la 45 de las de Toro; art. 629 del proyecto de Código civil de 1851). También llama la atención sobre la particularidad de que el Código civil suprimió las palabras "ni aun en la línea directa" que figuraban en la Base 16, sustituyendo, además, el vocablo "generación" por el de "grado". Como en cada uno de los testamentos impugnados en este pleito se ordenan dos instituciones sucesivas de usufructo vitalicio y una de propiedad plena, claro resulta, que todas estas sustituciones son perfectamente válidas, bien se sostenga, que por tratarse de dos dona-

ciones de usufructo y otra de propiedad no existe verdadera sustitución fideicomisaria en el sentido específico con que la define el primer inciso del art. 781, ya se entienda que entran, por asimilación legal, en el cuadro de las sustituciones de esta clase, aun revistiendo un carácter especial, pues en este último caso el designado propietario resulta sustituido al segundo usufructuario por reemplazarle en el derecho de usufructo, y como el primer usufructuario no es sustituto, siempre queda el propietario en el segundo grado de sustitución.

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1940.—*Sociedades.*

El Tribunal Supremo repite su doctrina, de que, no obstante ser por su naturaleza de carácter mercantil las relaciones jurídicas nacidas entre las partes, no habiéndose cumplido con las solemnidades que prescribe el art. 119 del Código de Comercio, es forzoso condicionarlas a las prescripciones del Código civil, doctrina ya establecida en las sentencias de 31 de mayo de 1912 y 25 de mayo de 1917. Tratándose por lo tanto de un contrato de sociedad de naturaleza civil, como consensual que es, se perfecciona por el mero consentimiento de los contratantes, como con repetición tiene afirmado la jurisprudencia de esta Sala interpretando el art. 1.665 Código civil, bastando que el convenio de las partes verse sobre la intención de poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias. Tampoco incide el Tribunal *a quo* en las aludidas violaciones al declarar que el demandado está obligado a firmar escritura pública de sociedad de responsabilidad limitada con la actora, con las bases que fija en el fallo la sentencia recurrida, y los demás pactos y requisitos que establecen los Códigos civil y de Comercio. Esos requisitos, que pueden deducirse de los arts. 108, 120, 123 Reglamento del Registro Mercantil en relación con el 125 Código de Comercio, son, en parte, esenciales y, en parte, complementarios, siendo los primeros los únicos en que es indispensable el previo convenio de los contratantes por no haber precepto legal alguno del que puedan deducirse; pues los otros, si al llegar el momento oportuno de la redacción de la escritura, no se ha logrado un acuerdo sobre ellos, pueden ser suplidos en armonía con las prescripciones legales aplicables, ante la necesidad de llegar al cumplimiento del convenio de formalización de la escritura. Los requisitos esenciales son: el carácter de la sociedad que se constituye de responsabilidad limitada;

el nombre, apellidos y domicilio de los socios; la razón social; el capital que cada socio aporte en dinero efectivo, créditos o efectos, con expresión del valor que se dé a éstos; domicilio de la Sociedad, clase del comercio u operaciones a que se dedica y la fecha de su constitución. Estos requisitos fueron fijados según el convenio de las partes en la sentencia recurrida, dejando para que se fijen en ejecución de sentencia los demás pactos complementarios cuales son: 1.º El nombre y apellidos de los socios a quienes se encomienda la gestión de la Compañía y uso de la firma social con expresión de la cantidad que se le asigne a cada uno anualmente para sus gastos particulares. 2.º Duración de la Compañía que no es indispensable que se fije por los socios. Pues si no se pacta que la gestión y uso de la firma social corresponde a determinados socios, corresponde a todos ellos, art. 129 del Código; y si no se precisa la duración será de plazo indefinido y se procederá en su caso como preceptúa el art. 224; no siendo necesario consignar en la escritura las reglas para la formación de los balances, ni aquellas otras determinadas de cuándo ha de comenzar el reparto de utilidades y si han de distribuirse íntegramente o constituirse reservas, ni aquellas otras constitutivas de las directrices para la liquidación y división del haber social que se indican en el recurso, por no haber precepto alguno en el Código de Comercio que las imponga, ni en el art. 120 del Reglamento, en el que sólo se hace mención de las reglas para la liquidación y división del haber social; y es para decir que se harán constar en la primera inscripción de las sociedades colectivas si se establecen en la escritura, lo que indica que no es requisito indispensable de la misma.

SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1940.—“*Pactum de contrahendo*”, su ejecución, etc.

Llegada a la conclusión de que el contrato por el cual los partícipes en la explotación de que se trata pactaron mantener la indivisión, en espera de la estipulación futura de uno de sociedad que adoptase cualquiera de las formas admitidas en Derecho, merece el calificativo de preliminar (*pactum de contrahendo*), cuya función esencial consiste en ligar a las partes para la conclusión de un futuro contrato; pero que precisamente por ese carácter no engendra otra obligación que la de prestar a su tiempo el consentimiento, ni su incumplimiento puede producir otro efecto que el de un resarcimiento de perjuicio, porque el con-

sentimiento, que ha de prestarse, es el objeto único de la obligación y acto personalísimo; ni puede autorizar a que la voluntad del obligado se sustituya por obra de la autoridad del Juez, dando así irregularmente vida a un contrato que sin el común, expreso y máxime asenso de las partes no puede nacer. Esto sentado, que si los interesados en la constitución de la Sociedad, que había de regir los destinos de la común explotación, no lograron el acuerdo unánime en punto a la forma específica de la Sociedad, pretendiendo los más acomodarla a la figura de las anónimas y algunos, entre ellos la demandante al tipo de la comanditaria, la sentencia de instancia, afirmando, por una parte, que a la actora y hoy recurrente estaba vedado el ejercicio de la acción *communi dividundo* y condenándola por otra como resultado de este razonamiento a que la constituyese según el tipo de las anónimas, infringe por inaplicación el art. 400 Código civil desconociendo el derecho que asiste al propietario para hacer cesar en cualquier tiempo el estado de indivisión; viola en igual concepto el art. 1.273 que, en obligada concordancia con el 1.261 del propio Código, niega eficacia al contrato que no verse sobre objeto cierto o sobre cosa determinada en cuanto a su especie que no sea posible determinar sin un nuevo convenio entre los mismos contratantes; infringe asimismo por interpretación errónea los artículos 151 y 153 Código de Comercio y 924 Ley ritaria; ya que si aquéllos establecen con otros los requisitos indispensables para la constitución de las sociedades anónimas, ninguno autoriza para permitir la, mediante acuerdos adoptados por mayoría, que si son eficaces cuando se trata de administrar una cosa común, dejan de serlo cuando se trata de realizar un acto de disposición, carácter indudable que preside la constitución de un ente social; y si es lícito en el orden procesal vencer, mediante la interposición de la autoridad del Juez, la resistencia a cumplir una obligación de hacer y emplear para lograrlo los medios en cada caso adecuados, no lo es en cambio pretender que merced a esa intervención se cumpla una obligación que además de personalísima está específicamente indeterminada, sin desconocer lo que es de esencia en el contrato previo y que por serlo tiene reflejo obligado en las consecuencias jurídicas del incumplimiento.

Nota a las Sentencias del 5 y del 9 de julio de 1940 (sobre sociedades y "pactum de contrahendo"):

De las muchas cuestiones interesantes, abordadas en ambas sentencias, destacamos meramente una: ¿Es posible condenar al demandado a hacer una declaración determinada de voluntad, y ejecutar esta sentencia? La resolución del 5 de julio aprueba la sentencia recurrida, que condenó al demandado a firmar escritura pública de sociedad de responsabilidad limitada. La sentencia del 9 de julio, en cambio, declara que la prestación del consentimiento a la constitución de una sociedad, aunque debida por razón de un *pactum de contrahendo*, es un acto personalísimo, y no puede ser sustituido por obra de la autoridad del Juez. La contradicción es sólo aparente; y se explica por el hecho de que la primera sentencia cree que el contrato de sociedad ya existe válidamente, por lo cual su elevación a forma pública no representa una declaración de voluntad, mientras que la segunda sentencia afirma meramente la existencia de un contrato preparatorio, en cuya virtud el deudor debe prestar una declaración de voluntad para contribuir así al nacimiento del contrato principal. Sin embargo, subsiste cierta contradicción, puesto que la primera sentencia con un deplorable olvido de las luchas entabladas en torno de la Sociedad de responsabilidad limitada considera hechos como constitutivos de un contrato principal, aunque no solemne, los cuales en forma muy semejante se reputan por la segunda sentencia como expresivos de un mero contrato preparatorio. La diferencia práctica entre ambas construcciones no deja de ser fundamental. En el primer caso, debe aplicarse el art. 1.279 Código civil, que permite el otorgamiento forzoso de escritura a base de un contrato válido. En el segundo caso, hemos de someternos al art. 924 segunda hipótesis de la Ley de Enjuiciamiento civil que distingue entre la condena con respecto a acciones fungibles y la condena atinente a actos personalísimos, entendiendo en el último caso que el condenado rebelde opta por el resarcimiento de perjuicios. Este precepto es de resabio romanista, ya que en el Derecho romano la condena bajo el sistema formulario era siempre condena pecuniaria, hecho, del que resultaba la gran utilidad práctica del *jussus* en las acciones arbitrarias que podían ejecutarse *manu militari*. En las modernas legislaciones, se ha operado un cambio. La Ley de Enjuiciamiento civil alemana (art. 894) establece: "Si se condena al deudor a prestar una declaración de voluntad,

se reputa la declaración prestada así que la sentencia sea firme." Se trata de una sentencia de prestación (Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlín, 1929, p. 671, parágrafo 214, III, 4) que es tratada como una sentencia constitutiva (Janes Goldschmidt, *Zivilprozessrechts*, 1929, p. 317, parágrafo 110, 6, a). La obra decisiva sobre esta materia se debe al gran civilista alemán Kipp (*Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen*, en el homenaje de Kiel a Ihering, de 1892). Se discute en el Derecho alemán si se aplican a esta declaración fingida las preceptos del Código civil sobre negocios jurídicos, p. ej. los referentes a vicios del consentimiento y capacidad de negociar (en sentido negativo Enneccerus-Nipperdey, *Lehrbuch des Buergerlichen Rechts, Allgemeiner Teil*, 1931, p. 473, parágrafo 144, IV, 3). Los preceptos sobre la adquisición de buena fe de una persona no legitimada aplican a la declaración ficticia, en virtud de la regla expresa del art. 898 Ley de Enjuiciamiento civil alemana. Ahora bien: el punto de vista del Derecho español parece tan retrógrado como la concepción alemana parece atrevida. Probablemente convendrá distinguir entre declaraciones de voluntad que deben prestarse por consideraciones puramente técnicas, y otras que en buena doctrina deben ser sintomáticas de una conducta correspondiente. Un ejemplo del primer grupo de casos: Una persona se obliga en un contrato preparatorio de vender una cosa a otro; luego se niega a prestar su consentimiento a la compra-venta. El efecto económico de quitar la cosa prometida al vendedor contra su voluntad es fácilmente asequible mediante la fuerza coactiva del Estado. Sin embargo, hace falta su declaración de querer estipular el contrato de compra-venta. Pero esta declaración representa un requisito meramente técnico; y es, por ende, sustituible por la voluntad del Estado, aunque no le corresponda ninguna conducta del vendedor forzado. Efectivamente conoce el Derecho español un caso de esta índole. Pensamos en el art. 1.514 párrafo 2.º Ley de Enjuiciamiento civil, en que el Juez, aunque no por sentencia, sustituye la voluntad contractual del deudor rebelde. El ejemplo más destacado del segundo grupo de casos es el matrimonio (véanse artículos 43 C. c. español y 888 pár. 2.º Ley de Enjuiciamiento civil alemana). Pero también deben formar parte de este grupo todas las declaraciones de voluntad constitutivas de sociedades. La razón está en que si bien es verdad que la Ley puede sustituir la declaración jurídica de voluntad, no lo es menos que no puede obligar al condenado rebelde

a una actitud correspondiente; y como los contratos de sociedad inauran una vida social, mal terminará lo que de tan mala forma comenzó. Para volver a las dos sentencias en cuestión, nos parece, que mejor resultado práctico hubiera conseguido la primera sentencia, si, en lugar de considerar las estipulaciones como contrato de sociedad, hubiese seguido el modelo de la segunda sentencia reputándolas mero contrato preparatorio con la consecuencia de contentarse con la condena a indemnizar los perjuicios. Las características de la Sociedad de responsabilidad limitada, que equidista de la Sociedad regular colectiva y de la anónima, tomando notas de los negocios o cuentas en participación, son tan arbitrariamente fijadas en los despachos notariales, que es casi imposible en España señalar las líneas de la figura y resulta temeraria la posición del Tribunal Supremo.

SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1940.—*Competencia.*

Se trata de la acción de una mujer casada ante el Tribunal de 1.^a instancia n.º 1 de Santander referente a alimentos, depósito y demás medidas relacionadas con el divorcio, que se ha pedido del Tribunal Eclesiástico del Obispado de Santander. Según la regla 20 del artículo 63 Ley de Enjuiciamiento civil, en los depósitos de personas es competente el Juez del domicilio de la persona que debe ser depositada. Y aunque el domicilio de las mujeres casadas es, con arreglo al artículo 64 Ley Procesal, el que tenga su marido, una reiterada jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que cuando con el consentimiento y autorización expresa o tácita, y aun sin oposición de aquél, reside la mujer con habitualidad en lugar distinto, tal domicilio es entonces el que ha de reconocérsele como suyo. Y como la actora vivía separada de su marido en Santander con habitualidad que aquél consentía, es visto que la competencia suscitada ha de decidirse en favor del Juez de 1.^a instancia n.º 1 de Santander.

SENTENCIA DE 1.º DE JUNIO DE 1940.—*Competencia.*

El documento privado sobre venta de abonos, acompañado a la demanda, constituye principio de prueba para resolver la competencia, por aparecer suscrito por las dos partes contratantes y constar en él la cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Bilbao para todas las

cuestiones referentes al cumplimiento del contrato. En consecuencia, es indudable la preferencia del Juzgado municipal de aquella Villa, en la que tiene su domicilio la entidad actora, para conocer de la reclamación del resto del precio de la mercancía vendida, conforme al texto del artículo único de la Ley de 21 de mayo de 1936. A los efectos del artículo 108 Ley de Enjuiciamiento civil es de apreciar manifiesta temeridad en el demandado, que promovió la inhibitoria contrariando su propia y expresa sumisión a los Tribunales de Bilbao, y en el Juez municipal de Villanubla que, no obstante su parecer opuesto a la inhibitoria, mantiene el requerimiento de inhibición porque así lo desea el demandado, siendo de cuenta del demandado y del Juez municipal de Villanubla, por mitad, las costas causadas en la inhibitoria.

SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1940.—*Competencia.*

En el caso de que existan varios demandados, domiciliados en diferentes pueblos, no se aplica la Ley de 21 de mayo de 1936, sino el párrafo 2.º de la regla 1.ª del art. 62 Ley de Enjuiciamiento civil. Si en estos casos de pluralidad de los demandados, el demandante entabla su demanda ante Juez incompetente, ha de prevalecer el fuero de aquel demandado que lo reclama. Si cada uno de los demandados reclama su fuero propio, se han de resolver los conflictos jurisdiccionales adoptando, en razón de la marcada semejanza que existe entre las cuestiones de acumulación de autos y las de competencia, el criterio que informa el artículo 171 Ley de Enjuiciamiento civil, el cual establece en su párrafo 2.º el principio de antigüedad, que en los casos a que se alude ha de quedar determinada por las fechas en que los demandados hayan promovido separadamente la inhibición.