

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

7. *Precario.—El concepto de precario se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello.—No son aplicables en Cataluña en los juicios de desahucio contra prestaristas las disposiciones del Derecho romano.—No basta la alegación, por el demandado precarista, de un título cualquiera de posesión.* Sentencia de 5 de Diciembre de 1934.

En juicio verbal de desahucio, en el que recayó sentencia del Juzgado y Sala de lo civil de la Audiencia, la sentencia de ésta apelada ante el Supremo es confirmada de acuerdo con la siguiente doctrina :

Considerando que, conforme a repetida jurisprudencia de esta Sala, nuevamente reiterada en sentencias de 24, 26 y 28 de Junio de 1926 y 12 de Febrero de 1927, el concepto de precarista a que alude el número 3.<sup>º</sup> del artículo 1.565 de la ley de Enjuiciamiento civil, no se refiere a la graciosa concesión; a su ruego, del uso de una cosa mientras lo permita el dueño concedente, en el sentido que a la institución del precario atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello, a cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente sobre el predio quien promueva el desahucio contra el tenedor precario del mismo; y como a la indicada doctrina no pueden oponer los recurrentes la que en sentido contrario suponen mantenida por este Tribunal en las tres sen-

tencias que citan en el motivo primero de su recurso, al amparo del número 1.<sup>º</sup> del artículo 1.692 de la ley Procesal, por cuanto la de Julio de 1927 establece que no son aplicables en Cataluña, en los juicios de desahucio contra precaristas, las disposiciones del Derecho romano contenidas en el Digesto, sino las de la ley Procesal civil que rige en toda la nación; en el caso resuelto por la de 5 de Marzo de 1928 ostentaba el demandado título de dominio inscrito frente al del actor, lo que no ocurre en el actual; y la de 24 de Abril de 1929, por referirse a un juicio de desahucio en que por ambas partes se adujeron títulos de posesión que en el actual no presentaron los demandados, y puesto que evidentemente no existe la pretendida infracción de la doctrina legal en que intenta apoyar el primer motivo del recurso la parte recurrente, la desestimación del mismo es indeclinable.

Considerando que en el segundo señálase la indebida aplicación del artículo 1.564 de la ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el 41 de la Hipotecaria, cuya errónea interpretación también se alega; mas como la sentencia recurrida, apoyándose precisamente en el contenido de los dos citados preceptos legales, afirma la posesión real de las fincas objeto del desahucio en el actor, que fundó su demanda en un título de adjudicación de las mismas debidamente inscrito en el Registro, sin que el Tribunal *a quo* declare que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica, sino, antes bien, al basarse en aquélla pública lo contrario, ni reconozca tampoco que los recurrentes sean poseedores de mejor condición que el demandante, a tenor del artículo 445 del Código civil, puesto que, conforme al artículo 1.564 de la ley de Enjuiciamiento civil y reiterada jurisprudencia de esta Sala, es parte legítima para promover el juicio de desahucio el que tiene la posesión real de la finca a título de dueño, y en el demandante don M. V. concurren ambas circunstancias por habersele adjudicado las fincas de que se trata en juicio ejecutivo, de las que le dió posesión el Juzgado en 2 de Diciembre de 1931, según testimonio de la diligencia que consigna el apuntamiento, inscribiéndolas a su favor en el oportuno Registro de la Propiedad, impónese admitir que el demandante en el pleito posee título y derecho suficientes para ejercitar la acción promovida y los demandados son precaristas, a los efectos del número 3.<sup>º</sup> del artículo 1.565 de la ley Pro-

cesal, por atender atinadamente la Sala sentenciadora que el testamento no inscrito que tratan de esgrimir en su provecho no es título que les dé derecho a disfrutar los inmuebles en cuestión, y es obvio, por lo tanto, que procede desestimar el segundo motivo del recurso.

Considerando que en el tercero alegan los recurrentes la inadecuada aplicación en la sentencia del artículo 24 de la ley Hipotecaria; pero, además de que el número 1.<sup>º</sup> del artículo 1.692 que invocan aquéllos para autorizar el motivo, no contiene tal género de infracción, nunca pretendieron los demandados la aplicación del indicado precepto legal al caso de autos, ni pudieron hacerlo, puesto que en la demanda no pretendió el actor ejercitar más que una acción contradictoria del dominio de los demandados sobre las fincas en cuestión, sino la de desahucio por precario sosteniendo lo contrario, y la alegación extemporánea del citado artículo de la ley Hipotecaria en el recurso vendría a plantear ilícitamente en él una cuestión nueva, por lo que ha de rechazarse el motivo 3.<sup>º</sup> del recurso.

Considerando que, sin desconocer la existencia de la doctrina legal a que se refieren los recurrentes en el cuarto motivo de su recurso, no es menos cierto que este Tribunal ha establecido la de que no basta la alegación, por el demandante precarista, de un título cualquiera de posesión para enervar la acción entablada por el que con el de dueño tiene la posesión real del inmueble de que se trate, sino que, negada por el demandado su condición de precarista que le atribuye el actor, habrá de examinarse si, supuestas las condiciones externas del título por aquél allegado, reúne las indispensables para poder impedir el desahucio porque fuese preciso discutir en más amplio procedimiento cuál de los dos títulos que juegan en el juicio de desahucio promovido justificaría en verdad el estado posesorio de los en él litigantes; y puesto que en el caso de autos el testamento que esgrimen los recurrentes podrá acreditar, en todo caso, su derecho personal a la herencia del causante, mas no la posesión real de las fincas objeto del desahucio que a nombre del mismo no figuraron nunca inscritas en el Registro, y que en la actualidad figuran en él a favor del demandante, claro es que, como el indicado testamento no constituye título posesorio de los inmuebles en pro de los recurrentes, la sentencia recurrida no

infringe la doctrina legal invocada y procede desestimar el motivo cuarto del recurso.

Considerando que en el motivo quinto del recurso no se expresa el concepto en que se supone infringido el artículo 349 del Código civil, ni el precepto de la ley Rituaria que autorice la pretendida infracción del axioma procesal que en él se consigna; y como el indicado artículo del Código no fué invocado en el pleito por ninguna de las partes, ni debió, en su consecuencia, aplicarse en la sentencia recurrida, y su alegada infracción en el motivo quinto constituiría en el recurso el planteamiento de una cuestión nueva, lo cual no es lícito en casación, por todo lo expuesto no cabe estimar el motivo que nos ocupa.

Considerando, por último, que ni la certificación relativa al expediente posesorio de varias fincas incoado por doña M. V. y don B. B., ni la del Secretario del Ayuntamiento de S., referente al reparto de la contribución rústica hecho al difunto don A. B. tienen el carácter de documentos auténticos para acreditar, en ningún caso, el supuesto error de hecho que, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la ley Procesal, pretenden atribuir los recurrentes al fallo combatido, ni el testamento de A. B. le justifica tampoco, por cuanto, según quedó expuesto, no prueba la posesión real de las fincas a favor de las recurrentes que la Sala sentenciadora atribuye acertadamente al actor; y, como al hacerlo así el fallo recurrido, sin desconocer la autenticidad del documento, ni infringir el artículo 1.218 del Código civil, como en el motivo se dice, apreció la Sala debidamente su contenido en contra del criterio de los demandados; por todo lo expuesto procede desestimar el motivo sexto del recurso.

Véanse las sentencias siguientes: de 11 de Julio de 1934 (REVISTA CRÍTICA, tomo X, pág. 777); sobre «*Precario y desahucio*» y la presunción establecida en el artículo 41 de la ley Hipotecaria; la de 11 de Diciembre de 1933, también referente al precario e inexistencia de vínculo jurídico entre el propietario y el ocupante de una vivienda (REVISTA CRÍTICA, tomo X, pág. 53), con una breve nota en la que hacemos referencia a la conferencia de Sánchez Román acerca de «*El precario según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*», y la de 5 de Octubre de 1933 (en la misma REVISTA, to-

mo IX, pág. 937), que da un concepto del precarista, y al final de la cual también se inserta una breve nota bibliográfica.

8. *Fianza en garantía de deudas futuras.—No es posible proceder contra el fiador hasta que la deuda sea líquida.* Sentencia de 13 de Diciembre de 1934.

Una Sociedad Anónima dió en arrendamiento a don J. P. una panadería con su maquinaria, pactándose en el contrato que de su cumplimiento respondían, como fiadores, don M. T. y don G. E. Más tarde, por documento privado, el arrendatario reconoció adeudar a la Sociedad arrendadora cierta suma, constituyéndose fiador su padre, don M. T. Firmado un tercer documento, en el que quedó subsistente la obligación de fianza, la Sociedad demandó a los fiadores al pago de los descubiertos del deudor, a lo que éstos se opusieron, sentencia que admitieron el Juzgado y la Audiencia. Interpuesto recurso, lo admite el Supremo.

Considerando que, examinados los cuatro motivos del recurso, únicamente procede estimar el comprendido en el número segundo y por violación e interpretación errónea del artículo 1.825 del Código civil, que, refiriéndose al caso especial de prestación de fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, establece que no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida y ello por la propia naturaleza de la fianza, pues siendo puramente subsidiaria la obligación contraída por el fiador, es indispensable que la deuda garantida con ella sea cierta, conocida y exigible del principal obligado, para que, a su vez, pueda ser reclamada del responsable subsidiario, o sea del fiador, sin que el desconocimiento de la cuantía o importe de la principal y preexistente obligación haga incompatible su garantía, toda vez que la fianza existe y comprende cuanto en los documentos se estipuló, ya que el único efecto de tal indeterminación está conforme a aquel artículo en la suspensión de toda reclamación contra el fiador para su efectividad hasta que sea líquida la deuda y pueda conocerse la extensión de la obligación de fianza; que en el presente caso, a la fianza estipulada en la cláusula doce del contrato privado de 7 de Febrero de 1931, es aplicable aquel precepto, puesto que,

según se consigna en dicha cláusula, «para responder del cumplimiento del contrato por parte de don J. T., y especialmente del pago de renta y descubiertos que el arrendatario tenga en la fábrica por suministro de harinas y piensos, se constituyen fiadores solidarios don M. T. y don G. E., cláusula doce, y fianza cuyo vigor se mantiene expresamente en el contrato que los mismos litigantes celebraron en 1 de Diciembre de igual año 1931 con las frases «hasta tanto no sean saldadas y liquidadas las rentas y suministros de harinas y piensos que don J. T. tiene en descubierto en la fábrica de la Sociedad», lo cual integra una fianza, en garantía de deudas futuras, de cuantía desconocida e incierta, y por ello ilíquida al tiempo de la demanda, y cuya indeterminación de la obligación principal no puede desaparecer en ausencia del principal deudor, aunque éste, una vez precisada y liquidada la deuda, responda de la cantidad que de tal liquidación resulte, y, al no estimarlo así la sentencia recurrida, y condenar a la fiadora al pago de cantidad fija sin estar previamente liquidada la deuda, violó e interpretó erróneamente el referido artículo 1.825 del Código civil, procediendo, por ello, la casación de la sentencia recurrida.

*Véase sobre fianza la sentencia de 7 de Octubre de 1933 (REVISIÓN CRÍTICA, tomo IX, pág. 939) acerca de las circunstancias precisas para la liberación de los fiadores.*

*Consultese, en «Il Digesto italiano», el artículo de Valerio Campogrande «Fideiussione», tomo XI (parte segunda); página 158.*

*Para el estudio de las obligaciones futuras, véase J. González, «La hipoteca de seguridad», Madrid, 1921, pág. 13 (volumen XXVII, publicaciones de la Academia de Jurisprudencia y Legislación).*

9. *Derecho foral catalán.—Omisión, en el testamento, del nombre de un testigo que lo firma.—¿Es causa de invalidación de la disposición testamentaria? Sentencia de 18 de Diciembre de 1934.*

Una señora falleció en Barcelona, en estado de soltera, con testamento ológrafo ante Notario, en el que hacía diferentes disposiciones; una legataria dedujo demanda contra los herederos insti-

tuídos por adolecer el testamento de un defecto capital, cual era el de hacer constar el Notario la intervención de dos testigos llamados y rogados por la testadora, conteniendo sólo el nombre y apellidos de un testigo, pero no el del otro, apareciendo el claro en el testamento sin llenar, aunque sí era cierto que firmaba al final. Se opusieron los demandados, pues el Notario daba fe de que al otorgamiento concurrieron dos testigos, apareciendo la firma de todos; el Juzgado y la Audiencia rechazaron la demanda, e interpuesto recurso, el Supremo no lo admite.

Considerando que si bien la materia de la testamentificación, y especialmente la referente a las condiciones y circunstancias de los testigos que han de intervenir en los testamentos otorgados en Cataluña, se encuentre regulada en la legislación vigente en dicha región, y a esta legislación, y no al derecho común, hay que atenerse para la resolución del presente caso, es indudable que la sentencia recurrida, al desestimar la demanda y con ello la nulidad del testamento en ella solicitada, no incurrió en las infracciones del Derecho foral catalán objeto del primer motivo, porque, limitado el problema, como el recurrente afirma, a determinar si el requisito esencial de la asistencia de los testigos a los testamentos en el número y condiciones fijados por la Ley, queda incumplido por el hecho de no aparecer en el cuerpo de la escritura matriz u original el nombre, apellido y circunstancias—excepto la vecindad—de uno de ellos, a pesar de existir al pie del testamento su firma y dar fe el Notario autorizante de su asistencia al acto, la legislación catalana, de menor exigencia y más tolerante que el derecho común en esta materia, requiere, para la validez del testamento abierto, que el testador declare, de un modo inteligible y claro, su entera voluntad en presencia del Notario y dos testigos, sean o no dependientes del Notario, llamados y rogados, y especialmente para ello, por el testador, con unidad de acto, y si el Notario da fe de haberse otorgado el testamento con todas las formalidades mencionadas y el actor se limita a fundar su demanda en la omisión del nombre de un testigo, para deducir de ella que tal testigo no interviene en el testamento y que la unidad de acto se interrumpió, aquella omisión, en primer lugar, no aparece en la legislación catalana ni directa ni indirectamente incluida entre las causas de invalidación de las últimas voluntades, y, en segundo término, no puede deducirse eficaz-

mente de aquella sola circunstancia, y sin más base, que el testigo no asistió al otorgamiento, y que con ello se quebrantó la unidad de acto, en contra de la fe notarial expresada en el mismo testamento y de lo acreditado por otros medios probatorios que el Juzgado y la Audiencia analizan en sus respectivas sentencias, para estimar la validez del documento, en virtud de elementos aportados al pleito por el propio recurrente, cuya eficacia no se ha combatido.

Considerando que es muy reiterada la jurisprudencia establecida en orden a que las causas alegadas para la casación no pueden apoyarse en pretendidas transgresiones de artículos del Código civil cuando no se ha invocado, ni pedido fueran aplicados durante el curso del pleito, solicitando, por el contrario, que la controversia planteada fuera resuelta con arreglo a la legislación foral, y como en el presente caso la demanda se funda únicamente en la legislación histórica de Cataluña—aparte del artículo 4.<sup>º</sup> del Código civil—, los motivos segundo y tercero del recurso que se basan en supuestas infracciones de preceptos del Código civil no alegados en el pleito no pueden ser estimados, así como tampoco el motivo cuarto, porque, si bien el artículo 699 de dicho Cuerpo legal se añadió en réplica, su infracción la funda el recurrente en una simple deducción y opinión personal, sin apoyo legal ni lógico alguno.

Considerando que las infracciones de los artículos 24 y 25 de la ley del Notariado objeto del quinto motivo, aun admitidas, no afectarían al fondo del litigio: primero, porque dichos artículos no se refieren a la nulidad de los instrumentos públicos, materia concretada en el artículo 27, que no se cita, acaso por su improcedencia, ya que entre las causas que concurren no está comprendida la única alegada en este pleito, y segundo, porque, tratándose de testamentos, su forma, requisitos y nulidad se rigen por la Legislación civil, como expresamente declara el artículo 29 de la misma ley del Notariado, procediendo, por ello, desestimar igualmente este motivo.

*Estimamos sumamente acertada la doctrina que se desprende del fallo anterior en cuanto, apartándose de un criterio rigorista, declara la validez del testamento si aparece clara e inteligible la voluntad del testador, de acuerdo con el Derecho catalán. De desear es que esta orientación se abra camino para casos análogos en*

las declaraciones del Supremo que decidañ casos del llamado Derecho común.

(Véanse, acerca del particular, los dictámenes de Azpeitia en el famoso pleito Leyún (Madrid, 1928), y sobre unidad de acto en el testamento y capacidad civil del testador). (Madrid, 1928, editado por los Notarios de Madrid.)

(El criterio rigorista del Supremo puede verse en la sentencia de 18 de Noviembre de 1915; en cambio, en las de 3 y 5 de Diciembre de 1909, sienta una doctrina más suave, armonizando la voluntad conocida de un testador con los requisitos extremos de su expresión.)

(Consultese Louzao: «Sobre nulidad de testamentos» («Revista de Derecho Privado», tomo V, pág. 261), y el dictamen de Roig y Bergadá, «Testamento ológrafo en Cataluña» («Revista Jurídica de Cataluña», tomo XXVI, pág. 446), en el que examina la cuestión de si son válidos los testamentos ológrafos en Cataluña.)

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia