

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

LO NO INSCRITO NO PERJUDICA AL TITULAR INSCRITO. APLICACION DEL ARTICULO 32 DE LA LEY HIPOTECARIA A SUPUESTO DE EXCESO DE CABIDA NO INSCRITO. LA SUPLICA DE CONDENA DE CANCELACION DE UNA INSCRIPCION EN UNA DEMANDA CONTRADICTORIA DEL DOMINIO NO EQUIVALE A LA DEMANDA DE NULIDAD O CANCELACION DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Hechos.—Don Gabriel Ibarra Ibarra formuló demanda contra don Jesús Callejero Cobeta y doña Carmen Martínez Gómez y contra el Ayuntamiento de Calatayud, suplicando se dictara sentencia por la que se declarara: 1.º) Que don Gabriel Ibarra adquirió por escritura pública una finca el día 26 de junio de 1970, con la descripción que señalaba y, concretamente, con la cabida de dos hectáreas, 71 áreas y 25 centiáreas. 2.º) Que de dicha finca, el citado señor Ibarra segregó una porción de 5.700 metros cuadrados y que fue donada al Estado para la construcción de la Casa Cuartel de la Guardia Civil por escritura de 13 de septiembre de 1972, quedando una porción con la extensión superficial de 21.425 metros cuadrados y los linderos que señalaba. 3.º) Que, por tanto, don Gabriel Ibarra es el único que tiene derecho a percibir la indemnización correspondiente del Ministerio de la Vivienda por la expropiación de la finca descrita en el apartado anterior, que es la señalada como 6A del plano del INUR (Instituto Nacional Urbanización). 4.º) Que se condene a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones y, en consecuencia, al Ayuntamiento de Calatayud que dé de baja del inventario de bienes municipales la finca descrita en uno de los hechos de la demanda (número 19.667 del Registro de

la Propiedad de Calatayud) y que cancele la inscripción primera de la referida finca 19.667.

Los demandados, don Jesús Callejero y su esposa, se oponen a la demanda alegando que la superficie inscrita en el Registro a favor del actor era únicamente 57 áreas y 21 centiáreas, por lo que, al haber donado al Estado 57 áreas, sólo le quedan 21 metros cuadrados, haciendo constar que ya se opusieron en su día al actor en el expediente de dominio tramitado para inscribir el exceso de cabida, que terminó por auto judicial desestimatorio, y es que el actor se atribuía un exceso de superficie que en realidad correspondía a la finca colindante de los demandados, ignorando por qué el Ministerio de la Vivienda había llegado a la conclusión de que la finca en cuestión era del actor, cuando la prueba fundamental es la certificación del Registro de la Propiedad, de la que resultaban únicamente esos 21 metros cuadrados a su nombre.

Por su parte, el Ayuntamiento de Calatayud también se opone a la demanda, insistiendo en que el Ministerio de la Vivienda no es quien puede atribuir o quitar propiedades, y que el Ayuntamiento tiene inscrita en el Registro de la Propiedad la finca cuya inscripción el actor pretende se le condene a cancelar.

El Juzgado de Primera Instancia de Calatayud dictó sentencia desestimando la demanda, siendo confirmatoria la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza.

El actor interpone recurso de casación por varios motivos, de entre los que destaca, a efectos hipotecarios, el primero, en el que denuncia interpretación errónea de los artículos 38 y 32 de la Ley Hipotecaria y concordante 606 del Código Civil, señalando que la sentencia recurrida basaba la desestimación de la demanda en que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, reiterando el texto del artículo 606 del Código Civil, impedía que pudiera quedar perjudicado el título de dominio del Ayuntamiento, por no estar inscrito el del recurrente al haberse denegado la inscripción de la mayor cabida, entrando así en juego el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Frente a esto, el recurrente entiende que su finca estaba inscrita desde 1970 con unos linderos, dentro de los cuales existían 5.721 metros cuadrados o los que sean, y que el Ayuntamiento aparece como titular registral con posterioridad a esa fecha. Y añade que la sentencia recurrida consuma la errónea interpretación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria al decir que no puede aceptarse la pretensión deducida por el actor por cuanto que no ha interpuesto previamente o a la vez demanda de cancelación de la inscripción municipal cuando tal petición figura con el número cuarto del suplico de la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso, resolviendo las cuestiones planteadas en los motivos del recurso del modo siguiente:

«Considerando que amparado en el número segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa, el segundo de los motivos del recurso, de examen previo a su anterior, dado el vicio denunciado, de incongruente a la recurrida sentencia, y aparte los defectos formales de que adolece es que siendo el fallo desestimatorio de la demanda de cuyas peticiones se absuelve a los demandados, sin que el fundamento de dicho fallo lo sea por excepciones no alegadas, sino en razón al que constituye

fondo del asunto, carece de razón de decir que la sentencia no sea congruente porque dicha desestimación y correspondiente absolución no se haga en relación a cada una de las peticiones formuladas por separado en el suplico de la demanda, cual se razona en el motivo, pues como tiene reiteradamente declarado la doctrina de esta Sala, se ha de entender que estas sentencias resuelven todas y cada una de las cuestiones debatidas en la litis y reflejadas en el *petitum* de la demanda, por lo que dicho motivo ha de ser desestimado.»

«Considerando que el tercero de los motivos, al denunciar por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, error de derecho en la apreciación de la prueba, no cita precepto alguno infringido por lo que incurre en la falta de claridad y precisión que sanciona el número cuarto del artículo 1.729 de dicha Ley, como causa de inadmisión que en este trámite lo es de desestimación.»

«Considerando que el primero de los motivos del recurso, por igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la interpretación errónea de los artículos 32 y 38 de la Ley Hipotecaria y concordante 606 del Código Civil, mas para ello no hace el recurrente sino supuesto de la cuestión, puesto que en relación a la primera de dichas infracciones, frente a la declaración que hace la sentencia de no constar inscrito en el Registro de la Propiedad el título del recurrente, se afirma que lo está desde 8 de julio de 1970, así como respecto a la segunda y en cuanto la recurrida sentencia hace aplicación de lo dispuesto en el artículo 38 de la citada Ley Hipotecaria, sobre prohibición de ejercitar acciones contradictorias del dominio inscrito sin que previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, se alega “que tal petición figura con el número cuatro del suplico de la demanda”, cuando en dicho apartado lo que se pide es la condena “al Ayuntamiento de Calatayud que dé de baja del inventario de bienes municipales la finca descrita en el hecho quinto de esta demanda y que cancele la inscripción de la referida finca 19.667”, cosa bien distinta, puesto que está presuponiendo el éxito de la acción contradictoria del dominio ejercitada, que trata se ejecute por el propio demandado; por lo que el motivo ha de ser desestimado.»

COMENTARIO.—Aunque las declaraciones de esta sentencia a propósito de los artículos 32 y 38 de la Ley Hipotecaria son muy breves y concisas, las estimamos suficientes para deducir las siguientes sugerencias o consideraciones:

1.ª) Se trata de un supuesto en que se plantea si debe darse o no valor al exceso de cabida no inscrito que el demandante alega está incluido dentro de los linderos de su finca inscrita, frente a la inscripción primera que el Ayuntamiento demandado tiene a su favor. Pues bien, la sentencia estima que no ha habido interpretación errónea del artículo 32 de la Ley Hipotecaria por parte de la sentencia de la Audiencia, pues no constaba inscrito el exceso de cabida, con la consecuencia de que no podía perjudicar al título inscrito del demandado. En nuestra opinión, esta interpretación, que aparece más o menos veladamente en la sentencia del Supremo, confirma la idea de que los excesos de cabida han de ser tomados más en serio de lo que lo hace algún sector doctrinal. Queremos referirnos, en primer lugar, a SANZ FERNÁNDEZ, que al plantearse el problema de si es aplicable a la inscripción de excesos de cabida practicados con-

forme al apartado C) del artículo 298 del Reglamento Hipotecario la limitación de efectos respecto a terceros durante dos años prevista en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, dice que, aunque en principio es aplicable, «este precepto es indiferente en este caso, ya que la medida superficial, como dato de hecho de la inscripción, no está protegida por la fe pública ni durante los dos años, ni después». Por su parte, ROCA SASTRE, aunque no llega a una posición tan tajante, se aproxima en alguna medida a SANZ FERNÁNDEZ, al preguntarse si tiene motivación seria aplicar la limitación del artículo 207 de la Ley Hipotecaria a los excesos de cabida.

Por nuestra parte, ya dijimos en otra ocasión (en nuestro trabajo «Dos distintos medios de inscripción de excesos de cabida con base catastral», número 522 de esta Revista, pág. 1.034) que «el derecho sin la base física de la superficie podría quedar en cero», que es aplicable a tales inscripciones la limitación del artículo 207 de la Ley Hipotecaria y que «no hay razón para que la superficie inscrita no beneficie al titular registral frente a quien no tiene título inscrito de su finca». Pues bien, el caso de la presente sentencia confirma nuestra posición desde la perspectiva inversa, es decir, que frente a un tercero con título inscrito no cabe alegar la existencia de una mayor superficie que excede de la que tiene inscrita quien acciona y que por ello no puede perjudicar a tercero.

2.^a El emparejamiento del artículo 32 de la Ley Hipotecaria con el 38 de la misma produce dos tipos de consecuencias: a) En primer lugar, se hace salir el artículo 32 de la ley del asfixiante marco que para él representa el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues ya no se ve en él una simple aplicación de este último, en todo caso, como quiere la tesis monista del tercero, representada por ROCA SASTRE, sino que la relación del artículo 32 con el 38, sobre todo con el párrafo segundo de éste, permite interpretar que frente al tercero del artículo 32 que inscribió (prescindiendo de los otros requisitos del art. 34), no puede prevalecer el título no inscrito de quien accionó contra él sin demandar previamente o a la vez la nulidad o cancelación del título inscrito de aquél. Desde esta perspectiva no interesan esos otros requisitos del artículo 34, pues se está en el ámbito exclusivo de los artículos 32 y 38, tal como se plantea en este caso, en que frente al título inscrito del Ayuntamiento, que carecía de los requisitos de onerosidad y previa inscripción (pues se trataba de inscripción primera), es inoponible el título del que no inscribió. b) En segundo lugar, el referido emparejamiento permite ver con más amplitud la presunción legitimadora del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en el sentido de que no sólo se refiere a la presunción de existencia y exactitud del derecho inscrito, sino también a la presunción de integridad consistente en que lo no inscrito se presume que no existe frente a lo que está inscrito. Esta aplicación de la presunción de integridad al principio de legitimación del artículo 38 de la ley, resulta también de la exposición de motivos de la reforma hipotecaria de 1944.

3.^a La sentencia interpreta con cierta rigidez el requisito del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, consistente en que al ejercitar una acción contradictoria del dominio inscrito debe demandarse previamente o a la vez la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. Advertimos que empleamos aquí la expresión «con cierta rigidez», no con carácter peyorativo, pues la rigidez en la interpretación de ciertos preceptos puede también ser síntoma de seriedad en la aplica-

ción de las leyes; lo que queremos significar es que el Tribunal Supremo no ha seguido en esta ocasión el criterio de otras sentencias, que, en expresión de LACRUZ, «han tratado de atenuar al máximo la exigencia del artículo 38-2.º, que no se halla plenamente justificada y ocasiona decisiones contrarias a la equidad». Incluso afirma LACRUZ que en varias ocasiones se ha declarado «ser suficiente que la acción ejercitada lleve consigo como resultado la nulidad o cancelación de la inscripción, sin que sea necesaria la petición formal y expresa de la misma». Pues bien, en este caso, el Tribunal Supremo sigue precisamente la postura contraria: según la sentencia, no es suficiente que en el suplico de la demanda se haya solicitado la condena a que el demandado otorgue la cancelación de su inscripción, «puesto que está presuponiendo el éxito de la acción contradictoria del dominio ejercitada, que trata se ejecute por el propio demandado». Aunque la sentencia no ha sido muy explícita respecto a lo que haya querido decir, parece puede interpretarse que no es suficiente plantear la cancelación de la inscripción contradictoria como «un resultado» de la acción principal ejercitada, sino que debe plantearse como «requisito» previo o simultáneo de tal acción, para lo cual es necesario que se plantee de modo directo la demanda de nulidad o cancelación de la inscripción, lo que supondrá el estudio en el pleito de la validez o no de dicha inscripción frente a la fórmula de solicitud de condena, en que la cancelación aparece efectivamente como un «resultado» de la acción principal ejercitada contradictoria del dominio inscrito del demandado.

Vistas así las cosas, nada tenemos que objetar a esta interpretación del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pues una excesiva flexibilidad en este punto puede hacer inútil la previsión legal contenida en dicho párrafo, y, en cambio, la rigidez interpretativa, en casos como el presente, proporciona una mayor seguridad jurídica a quien confía en su propio título inscrito.

ANOTACION PREVENTIVA DE DEMANDA: CANCELACION DE DICHA ANOTACION. PLANTEAMIENTO POR EL RECURRENTE DE ASPECTOS HIPOTECARIOS DE PRIORIDAD Y DE FE PUBLICA, QUE EL TRIBUNAL SUPREMO DESESTIMA SIN ENTRAR EN EL FONDO DE LOS PROBLEMAS, POR VICIOS FORMALES DEL RECURSO (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Hechos.—Don Federico García Germán presentó demanda contra los hermanos López Noblejas y contra don Emiliano Fernández Fernández y otros, fundándola en que el actor había adquirido por compra a los hermanos López Noblejas dos fincas, que posteriormente agrupó y que no se inscribieron en su día a nombre del actor porque hubo que esperar a que previamente se inscribiese el título de los transmitentes consistente en una cesación de proindiviso; en que con posterioridad a la escritura pública de compra y agrupación, pero antes de la inscripción, don Emiliano Fernández Fernández y los otros demandados interpusieron contra los hermanos López Noblejas una demanda de mayor cuantía, cuyo contenido exacto desconoce el actor, pero parece que con tal demanda dichos señores pretendían que los hermanos López Noblejas les entregaran el 40 ó 50 por 100 de las fincas a ellos adjudicadas en virtud de la

comutación de la capellanía colectiva familiar que constituyó el título de adquisición de los bienes por estos señores, en base a un documento privado suscrito por ambas partes, en el que el señor Fernández y otros se obligaron a sufragar los gastos e impuestos de la desvinculación a cambio de que los señores López Noblejas cedieran el 40 ó 50 por 100 de los bienes adjudicados al redimirse la capellanía, y que si fuera válida tal obligación entrañaría un derecho personal del señor Fernández y otros para obtener el cumplimiento de lo prevenido, pero no entraña un título traslativo del dominio de unos bienes que no habían sido adquiridos por los señores López Noblejas, ni podían haber sido individualizados. Por todo lo cual fue improcedente la anotación preventiva de demanda ordenada por providencia del Juzgado y practicada en el Registro de la Propiedad, suplicando se dictara sentencia declarando no ajustada a Derecho la providencia del Juzgado y, en todo caso, declarando que la anotación preventiva de demanda no goza de prioridad de rango ni produce la cancelación de la inscripción de dominio del actor, efectuada con posterioridad a dicha anotación, pero en base a una escritura pública de fecha anterior.

Los hermanos señores López Noblejas, en su contestación, están conformes en que la acción que se ejercitó contra ellos era personal y que en nada debía afectar a la adquisición del actor, al que fueron vendidas las fincas libres de cargas y gravámenes.

Los otros demandados se oponen a la demanda, alegando que la anotación preventiva que en su día se practicó en el Registro a su favor era procedente, pues no se refería a un simple y mero derecho personal, sino tendente a la obtención de una participación de las fincas, tratándose de un supuesto ordinario de preferencia de rango registral de la anotación de demanda sobre el título de compra del actor, presentado a inscripción cuando aquélla estaba ya practicada en el Registro.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid dictó sentencia estimando la demanda y declarando no ajustada a Derecho la providencia del Juzgado número 22 de dicha capital, que acordó dicha anotación, y ordenando, en consecuencia, la cancelación de la misma, así como las menciones de tal gravamen existentes en posteriores inscripciones del actor.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid revocó, en parte, la sentencia del Juzgado, entendiendo que la providencia judicial fue ajustada a Derecho, pero ordena la cancelación y extinción de la expresada anotación preventiva de demanda, que quedará sin efecto con todas sus consecuencias jurídicas, y de consiguiente no gozará de prioridad de rango ni preferencia para producir la cancelación de la inscripción de dominio extendida a favor del actor.

El demandante interpone recurso de casación por varios motivos, entre ellos, interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 34 y 17 de la Ley Hipotecaria y 198 de su Reglamento y de la doctrina legal integrada por el principio general de Derecho *prior tempore potior jure*, entendiendo que se había violado el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque el actor no era tercero hipotecario al haber adquirido de mala fe, y el artículo 17 de la Ley y 198 de su Reglamento y el principio general de Derecho citado que consagra el principio registral de prioridad, porque no se ha observado lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 198 citado, que contempla el procedimiento de los incidentes

como adecuado para resolver el problema de prioridad que plantean las anotaciones de demanda.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso, examinando todos sus motivos del siguiente modo:

«Considerando que los tres primeros motivos, al amparo, respectivamente, de los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 1.692, denuncian la incongruencia del fallo recurrido con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, añadiéndose que el mismo fallo no contiene declaración sobre una de aquéllas y que, además, contiene disposiciones contradictorias; motivos que están formulados con olvido de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1.720, por cuanto que el primero y tercero omiten la cita del precepto infringido, y el segundo, si bien alega la vulneración del artículo 359, tampoco precisa el concepto de la pretendida infracción, esto es, si lo ha sido por violación, interpretación errónea o aplicación indebida; por lo que teniendo en cuenta lo prevenido en el artículo 1.729, apartado cuarto, como todos los mencionados, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que las causas de inadmisión quedan convertidas en de desestimación una vez llegados a esta fase procesal, según constante doctrina de esta Sala, dichos motivos tienen que perecer.»

«Considerando que en el motivo cuarto estima la parte recurrente que en la apreciación de las pruebas ha habido error de Derecho y error de hecho; motivo en cuya formulación se olvida igualmente lo mandado en el referido artículo 1.720, en este caso, lo prevenido en su segundo párrafo, según el cual si fueran dos o más los fundamentos del recurso se expresarán en párrafos separados y numerados, por lo que debieron formularse en motivos independientes el relativo al supuesto error de Derecho y el concerniente al pretendido error de hecho, ambos en la valoración de las pruebas, errores que, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial se refieren a causas de casación distintas y obedecen a fundamentos diferentes, y como, por otro lado, no se invocan normas valorativas de prueba que hayan sido conculcadas y cuya transgresión fuese determinante del error de Derecho alegado, también debe rechazarse este motivo, habida cuenta lo preceptuado en el citado artículo 1.729, apartado cuatro, la doctrina legal recordada en el considerando precedente, y, además, que el mismo se consagra principalmente al desarrollo de materias de Derecho hipotecario, ajenas en absoluto al ámbito del número séptimo del artículo 1.692 de la ley procesal, a cuyo amparo se formula el motivo.»

«Considerando que también es uniforme doctrina jurisprudencial que se falta a la precisión y claridad exigidas por el primer párrafo del citado artículo 1.720 respecto del concepto de la infracción aducida, cuando simultáneamente y con referencia a la misma norma jurídica se invoca más de un concepto de la pretendida infracción; vicio en el que incurre el motivo quinto y último, que alega la violación, interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 17 y 34 de la Ley Hipotecaria, del 198 de su Reglamento y de cierta doctrina legal; por lo que, en aplicación del repetido artículo 1.729, número cuarto, y de la doctrina jurisprudencial indicada en el considerando primero, ha de desestimarse también este motivo, aparte de que el mismo se apoya en la supuesta aceptación

de los precedentes, anteriormente rechazados; imponiéndose, en definitiva, declarar no haber lugar al recurso con la condena en costas preceptuada en el artículo 1.748 de la ley de enjuiciar.»

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO DE APARCERIA: PROCEDE EL DESAHUCIO POR EXTINCION DEL PLAZO CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1978).

Los herederos del arrendador demandan el desahucio del aparcerero por fin del plazo contractual; pero aquél se opone, alegando que el contrato no es de aparcería, sino de arrendamiento. El Juez número 1 de Murcia apreció falta de legitimación en los actores y desestimó la demanda; pero la Audiencia de Albacete estimó la apelación, declarando extinguido el plazo contractual.

No prospera el recurso de revisión. Conforme declara la sentencia recurrida, del examen de la prueba practicada se desprende que el contrato, soporte del pleito, es de los regulados en los artículos 43 al 50 del vigente Reglamento de 1959. El documento citado por el recurrente, que es un aval de conducta a los efectos de petición de crédito, no puede hacer prevalecer las pruebas del recurrente sobre las del actor. Además, en el último motivo se alega la inaplicación de diversos artículos del Código y del Reglamento de Arrendamientos que no han sido materia del proceso, y el recurrente hace supuesto de la cuestión al mencionar un último grupo de preceptos relativos a la aparcería.

DESAHUCIO: EL CONTRATO DE 1971 TIENE FUERZA NOTORIA Y EXTINGUE EL CONTRATO ANTERIOR DE 1966, POR LO QUE NO PROCEDE EL DESAHUCIO PRETENDIDO (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1978).

Transcurridos los seis años del arrendamiento, el arrendatario sólo entrega tres fincas de las varias arrendadas, sin que hubiera ejercitado respecto a éstas su derecho de prórroga por otros seis en forma legal, según el actor, por lo que éste demanda el desahucio. El Juez de Carrión de los Condes y la Audiencia de Valladolid estimaron la demanda, dando lugar al desahucio.

Triunfa el recurso de revisión, interpuesto por el demandado. Al terminar en 1972 el plazo contractual, las partes hicieron un pacto verbal, reconocido por ambos, por el que el objeto arrendado se redujo en tres fincas y el precio sufrió una reducción proporcional, situación que siguió durante dos años, percibiendo la propiedad la renta establecida, y, sin embargo, entabló la demanda por extinción del contrato, sin que

diera importancia al pacto verbal, que, según ella, no tenía más carácter que el de una simple novación modificativa, insuficiente para producir la extinción del contrato, lo que fue acogido en Primera Instancia. No obstante, este segundo contrato contiene dos modificaciones importantes del anterior, como son los relativos a la cosa y al precio, elementos fundamentales de todo arrendamiento, y se celebró justo cuando vencía el tiempo para el ejercicio del derecho de prórroga que se concede al arrendatario, que no lo ejercitó, ya que era innecesario por existir el nuevo convenio, ya que la doctrina jurisprudencial reiterada permite afirmar la existencia de la novación extintiva cuando así resulta de los hechos realizados por las partes (Sentencia de 1 de diciembre de 1951) o sea manifiesta la acorde voluntad contractual de novar (Sentencia de 3 de octubre de 1953), sobre todo en el caso de incompatibilidad entre las obligaciones, prevista en el artículo 1.204 del Código, si existe de modo manifiesto (Sentencia de 20 de abril de 1942, entre otras) incompatibilidad evidente cuando aumenta o disminuye el precio antes estipulado (Sentencia de 1 de marzo de 1927) o se varían la obligación contraída o las condiciones principales de la misma (Sentencia de 9 de abril de 1947), exigencias que, sin duda, ocurren en el supuesto que se examina, en el que hubo indiscutible ánimo novatorio extintivo, confirmado con la actitud del arrendador, que percibió las rentas fijadas en el segundo contrato durante tres años y no entabló la demanda de desahucio hasta 1975, sin que hubiera constancia previa de ninguna reclamación amistosa previa. En consecuencia, procede reconocer la plena vigencia del contrato de 1971, que extinguió por novación el anterior de 1966, debiéndose revocar la sentencia de Primera Instancia y desestimar la demanda de desahucio interpuesta.

EXTINCION DE CONTRATO: NO SE HA DEMOSTRADO LA PROCEDENCIA DE LA PRORROGA DEL NUEVO CONTRATO QUE SE PRETENDE HABER REALIZADO ENTRE LAS PARTES (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1978).

Con un año de antelación al vencimiento del contrato, los arrendatarios notificaron su deseo de prorrogar el contrato a los arrendadores. Al llegar el término de esta prórroga, los propietarios quisieron recuperar la posesión y se opusieron los arrendatarios, por lo que se estableció demanda de desahucio ante el Juzgado número 3 de Málaga. Este declaró resuelto el contrato y la Audiencia de Granada confirmó la sentencia.

No tuvo éxito el recurso de revisión. Los demandados recurrentes alegan que en 1969 se concertó un nuevo arrendamiento y no una simple prórroga del contrato de 1963, que quedó extinguido, por lo que al vencer los seis años de aquél procedió una nueva prórroga, sin que se precise notificación escrita, bastando que sea personal, según el Reglamento, y siendo evidente el acuerdo de prórroga entre las partes. Pero según la Sala, no se invoca la norma referente a valoración de la prueba que se haya infringido por la sentencia y, además, lo que intenta la parte recurrente es que se pondere de nuevo el material probatorio aportado a los autos, olvidando que este recurso de revisión no es una tercera Instancia.

RETRACTO DE FINCA RUSTICA: LOS ACTORES NO TENIAN LA CUALIDAD DE APARCEROS AL TENER LUGAR LA TRANSMISION DE LA FINCA, Y UNO DE ELLOS NI SIQUIERA HABIA SIDO APARCE-RO (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1978).

Vendida la finca arrendada sin notificar a los arrendatarios dicha transmisión, éstos se enteran de la misma y ejercitan la acción de retracto. El Juez de Peñarroya-Pueblonuevo estimó la demanda y dio lugar al retracto, pero la Audiencia Territorial la revocó.

El recurso de revisión no triunfa. La sentencia recurrida se basa para la desestimación de la demanda en dos hechos fundamentales: haber sido extinguida la aparcería que había existido sobre la finca objeto del retracto y ser uno de los demandantes ajeno a dicha relación de aparcería. El artículo 44 del Reglamento dice que son los pactos entre las partes la norma fundamental para regular las aparcerías en cuanto no se opongan a las normas del Reglamento, y como en este caso no se estableció el plazo de duración, éste hubo de ser el mínimo que señala el artículo 49, es decir, el necesario para una rotación o ciclo de cultivo, el cual vendrá impuesto por la índole del cultivo o aprovechamiento, y la que nos ocupa se concertó exclusivamente para la siembra de cereales, por lo que el contrato finalizó en septiembre de 1973, ya que en julio o agosto de ese año concluyó la recolección de la cosecha de 1972, siendo necesario para que pueda válidamente concretarse la prórroga de las aparcerías que así se pacte expresamente, pues no se admite la prórroga tácita. Por otra parte, el derecho de opción que el aparcerero tiene entre abandonar el cultivo de la finca o continuar como arrendatario de una parte de tierra proporcional a su participación se propone aquí como cuestión nueva que no puede admitirse en el recurso. También ha quedado demostrado que los recurrentes en la fecha en que se produjo la transmisión onerosa de la finca no eran aparceros de la misma, lo que les invalida para ejercitar con éxito la acción de retracto esgrimida en la demanda.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NOVADO EL PRIMITIVO CONTRATO Y NO SOLICITADA LA PRORROGA DEL NUEVO, PROCEDE LA ACCION DE DESHAUCIO EJERCITADA (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1978).

Al extinguirse el contrato primitivo, los arrendatarios dirigieron a la actora cartas indicativas del deseo de prorrogar por seis años el contrato, pero los arrendadores les requirieron para hacerles saber su voluntad de cultivar y explotar directamente las parcelas arrendadas. La actora accedió a prorrogar el contrato por seis años en lo que afectaba a sus parcelas, y al llegar el término de la prórroga solicitó la entrega de los colonos, los cuales se negaron, a pesar de que en la cláusula segunda del pacto por el que se prorrogó el arrendamiento se hacía alusión a que los arrendatarios abandonarían la finca pasados otros seis años sin necesidad de requerimiento previo ni reclamación judicial. El Juez número 1 de Málaga estimó la demanda declarando que el contrato de 1963 fue extinguido y novado por el de 1969 y este último procede declararlo extinguido por ex-

piración del plazo y no haberse solicitado legalmente su prórroga. Confirmó la anterior doctrina la Audiencia Territorial.

No prospera el recurso de revisión. Se alega error de derecho, pero se incurre en el defecto formal de no citar norma alguna valorativa de la prueba que pueda considerarse infringida, frente a la terminante afirmación de la sentencia de primera instancia que hace suya la recurrida de que no aparece probado en autos la prórroga contractual que se pretende, se limita a manifestar que entiende que en autos se han practicado pruebas que deben llevar al Juzgador a considerarla suficientemente acreditada, basando la creencia en meras conjeturas y deducciones obtenidas del contraste de los dos contratos celebrados, de la existencia de una expropiación de terrenos y de unas negociaciones que mediaron entre las partes, insuficientes por sí solas y por el procedimiento que utiliza para justificar el error que se denuncia.

DESAHUCIO: PROCEDE PORQUE, INDEPENDIEMENTE DE CUAL SEA EL APROVECHAMIENTO PRINCIPAL DE LA FINCA, SE HAN AGOTADO TODAS LAS POSIBILIDADES DE PRORROGA DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1978).

Ante el Juzgado de San Fernando se solicita el desahucio de una finca arrendada, de aprovechamiento pecuario, cuya arrendataria pretendía que era de aprovechamiento agrícola y que la duración era de seis años y no de tres, como pretendía la actora, accediendo el Juez a dicho desahucio y confirmando la Audiencia.

No admite la revisión el Tribunal Supremo. El Juez de Primera Instancia llega a la conclusión de que la situación posesoria de la arrendataria se origina en un contrato de 1944 que, por convenios sucesivos, vino prorrogándose hasta que la actora como arrendadora ejercita la presente acción de desahucio por expiración de plazo y, si bien se discute en el proceso cual sea el aprovechamiento principal, pecuario o agrícola, el Juez afirma ser irrelevante cual sea éste, ya que si fuese agrícola se habrían agotado igualmente todas las posibilidades de prórroga, que autoriza el artículo 2 de la Ley de 28 de junio de 1940. Hecha por el Tribunal *a quo* la declaración de tratarse de una novación puramente modificativa, no puede la parte sin más argüir que es extintiva, cuando no se ha demostrado aparezca una expresa voluntad de las partes en tal sentido y, por el contrario, las partes quisieron mantener aquel contrato mediante prórroga del mismo, siendo el que ha venido regulando la relación arrendataria que justifica la posesión de la demanda en relación a la finca que tenía a título de arrendataria.

DESAHUCIO: LA CONCENTRACION PARCELARIA SUPONE ALTERACION DE LA FINCA ARRENDADA, AL SIGNIFICAR NOVACION DEL CONTRATO POR ALTERACION DE LA COSA OBJETO DEL MISMO (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1978).

Ante el Juzgado de Peñaranda de Bracamonte se solicita el desahucio del arrendatario por haber concluido el plazo contractual del arrenda-

miento de la finca que había sido adjudicada por el Servicio de Concentración Parcelaria, en sustitución de las primitivamente arrendadas por el padre de los actores. El Juez no admite la demanda, pero la Audiencia de Valladolid dio lugar al desahucio.

Triunfa el recurso de revisión. El demandado tomó en arrendamiento dos fincas rústicas en 1968, falleciendo en 1970 el padre de la demandante y, realizándose la Concentración Parcelaria en 1973 fueron reemplazadas las dos fincas que eran objeto del arrendamiento por una sola, que les fue entregada, la cual vino desde entonces cultivando el demandado. La única cuestión que plantea el recurso es si el contrato celebrado en 1973 ha producido o no la novación extintiva del de 1968 y a este respecto es de destacar que la nota esencial de la novación la constituye la sustitución de una relación obligatoria por otra, siendo requisito esencial la intención —*animus novandi*— de los contratantes de dar por extinguido el contrato primitivo, decisión ésta que han de declarar expresamente las partes como condición indispensable para que la novación se produzca, pero este requisito no se ha de exigir de forma rígida que impida poder precisar la verdadera intención de las partes a través de los distintos medios probatorios. Como este Tribunal ha declarado, no es preciso que la voluntad de novar conste de modo terminante en el caso de incompatibilidad de dos obligaciones, porque si ésta existe de modo manifiesto tal circunstancia basta para impedir el cumplimiento de la primera. Se evidencia la incompatibilidad entre ambas obligaciones cuando se varía la obligación contraída o sus condiciones principales, como ocurre en este caso en que fueron alterados los dos objetos esenciales del arrendamiento, como son el objeto y la renta, pues en el primer caso se trataba de dos fincas y, en el actual, de una y había también variado la renta, alteraciones éstas que se hicieron con el indudable propósito de extinguir la primera relación arrendaticia sin que pueda estimarse que tales alteraciones dimanen de un evento ajeno a la voluntad de las partes, como es la concentración parcelaria, porque en lugar de limitarse a señalar la porción de finca dentro de la adjudicada a los arrendadores que corresponde al arrendatario o rescindirlo si la sustitución no le convenía, arrendador y arrendatario convinieron un nuevo contrato que extingue el anterior, por incompatibilidad entre sus elementos reales. Procede reconocer la vigencia del contrato de 1973, que extingue el anterior de 1968 por novación del mismo.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: ANTES DE LA NOVACION DEL CONTRATO, ESTE ERA ESPECIALMENTE PROTEGIDO, PERO EL NUEVO CAMBIA ESE CARACTER Y PROCEDE LA PRORROGA DEL MISMO, COMO PRETENDE EL DEMANDADO (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1978).

Transcurridos cuarenta y cinco años desde el primitivo contrato se intentó por la propiedad que el colono entregase la finca, por no tener derecho a nuevas prórrogas; al no conseguirlo amistosamente, se entabla demanda ante el Juzgado de Hellín, que es estimada por éste, así como, en alzada, por la Audiencia de Albacete.

El demandado consigue la revisión de estas sentencias. Arrendada la finca en 1929 por renta inferior a cuarenta quintales métricos de trigo, se

trataba de arrendamiento especialmente protegido y en tal situación continuó, a pesar de los aumentos de renta, cuya cuantía no sobrepasa este límite, hasta que en 8 de noviembre de 1974, en virtud de juicio sobre revisión de renta, fue elevada a veinticinco mil pesetas anuales, equivalentes a noventa y dos quintales de trigo. Ejercitado el desahucio por el actor por entender que, al haber dejado de ser arrendamiento especialmente protegido, la duración había excedido en mucho los doce años de vigencia y prórroga que la Ley concede, tanto el Juez como la Audiencia estimaron el desahucio por entender que el contrato era el mismo, pero, al exceder el nuevamente pactado de los cuarenta quintales, los contratos son incompatibles entre sí, por estar sujetos a distinta regulación en cuanto a duración y prórroga legal, produciéndose una novación extintiva, y al no declararlo así la sentencia recurrida ha incidido en la infracción denunciada en el recurso, procediendo la estimación del mismo sin necesidad de entrar en el examen del segundo motivo.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: UNO DE LOS COPROPIETARIOS POR SI SOLO PUEDE ENTABLAR LA ACCION DE DESAHUCIO EN FAVOR DE LA COMUNIDAD. EL CULTIVO DIRECTO EN LOS ARRENDAMIENTOS NO ESPECIALMENTE PROTEGIDOS NO IMPLICA QUE SEA PERSONAL, BASTANDO QUE EL PROPIETARIO ASUMA LOS RIESGOS TOTALES DE LA EMPRESA AGRARIA (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1978).

El arrendatario expresó su deseo de prorrogar el contrato, pero el arrendador dijo que no se avenía a la prórroga por no haber satisfecho las cuotas de la Seguridad Social, no estando, por tanto, al corriente en el pago de las rentas y porque se proponía cultivarla directamente, requerimiento que no atendió el arrendatario, que siguió en el cultivo de la finca. Fallecido el arrendador, uno de sus herederos entabló el procedimiento, pidiendo la resolución del contrato. El Juez de Cuenca declaró resuelto el contrato y la Audiencia lo confirmó.

No prospera el recurso de revisión. Aunque no conste la anuencia de los otros copropietarios, la jurisprudencia tiene declarado que cualquiera de los coherederos está legitimado para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, como es la de resolución de arrendamiento sin que para ello sea preciso la representación voluntaria de los demás, pudiendo incluso asumir la obligación de cultivo directo sin que sea preciso que la asuman cada uno de los herederos por separado, todo lo cual evidencia la legitimación del heredero demandante, que acciona en nombre propio y en el de sus hermanos. Por otra parte, la notificación hecha por el arrendador fallecido, asumiendo el compromiso del cultivo directo beneficia a los herederos, dispensados de reproducirla en su propio nombre, máxime que tal proposición la hizo el arrendador en un acto conciliatorio hecho en 1970, anunciando el cultivo directo por sí y por sus hijos, teniendo en cuenta, según la sentencia recurrida que el arrendamiento no tenía el carácter de protegido y, por tanto, rige la doctrina del artículo 11 del Reglamento, que define la explotación directa como aquella en que el propietario de la tierra asume los riesgos totales de la empresa agraria sufragando los gastos a que la misma dé lugar, pero sin que tenga que

realizar personalmente las operaciones de laboreo y cultivo. Por último, el simple hecho de pedir la declaración de herederos, máxime si va seguida de la realización de las operaciones particionales, como acontece en el caso de la litis, supone la adición de herencia e igual valor de aceptación tácita reviste el ejercicio de acciones relativas a los bienes relictos, pues la simple demanda comporta la asunción de la cualidad de heredero, en tanto que es acto de titularidad o señorío y la consiguiente adquisición de la posesión real a efectos de desahucio.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

DESAHUCIO DE INDUSTRIA: DADO EL NOMBRE DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA Y ENTREGADOS LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA SU FUNCIONAMIENTO, NO PUEDE CONSIDERARSE COMO DE LOCAL DE NEGOCIO, COMO PRETENDEN LOS ARRENDATARIOS (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1978).

Arrendada una industria de garaje por dos años y no hecha entrega de la misma al finalizar el plazo, se demanda el desahucio del arrendatario. Tanto el Juez número 1 de Almería como la Audiencia de Granada desestimaron la demanda, con base en los argumentos del demandado de tratarse de arrendamiento de local y no de industria.

Triunfa el recurso de casación. Las dos instancias afirman que el contrato era de arrendamiento de local con algunos elementos que, por sí solos eran insuficientes para el funcionamiento de la referida industria, habiendo sido el arrendatario quien con consentimiento de la propiedad instaló los medios y útiles indispensables para que pudiera existir una industria propiamente dicha. El contrato de 1973, sin embargo, habla de arrendamiento de industria en su encabezamiento, denominación que mantiene en todas las cláusulas del mismo, haciéndose en él una relación del material, utensilios y maquinaria que se entrega al arrendatario, todo lo cual pone de relieve por sí solo y sin necesidad de ulterior procedimiento interpretativo que lo convenido por los contratantes fue un arrendamiento de industria no sólo por lo que dicen, sino porque así se concretó con la entrega de los elementos que, en contra de lo afirmado por los jueces de instancia, son suficientes para evidenciar que lo arrendado no fue un puro y simple local, sino un negocio en marcha cuya catalogación jurídica no puede depender de la importancia de la industria ni del número de elementos de que conste, con tal que sirva para dar aquella configuración.

RECLAMACION DE CANTIDAD: PROCEDE LA RECLAMACION DE LA RENTA DEJADA DE PAGAR POR EL ARRENDATARIO QUE RESCINDE UNILATERALMENTE EL CONTRATO. LA CANTIDAD SERA LA QUE CORRESPONDA A LAS MENSUALIDADES PENDIENTES, CONFORME A LA QUE VENIA PAGANDO ANTERIORMENTE (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1978).

El contrato era de un año de duración, pero la arrendataria dirigió una carta a la propietaria antes de esa fecha, notificándole su deseo de rescin-

dir unilateralmente el contrato a los ocho meses, sin que quisiera pagar los restantes meses que quedaban de contrato, por lo que la propiedad demandó en juicio de menor cuantía las 405.000 pesetas que le adeudaba aquélla. El demandado alegó que el contrato era por tiempo indefinido y la renta de 10.000 en lugar de las 90.000 que decía la actora y opuso demanda reconvenzional, ya que la actora había autorizado obras de transformación del local «que no afectasen a la estructura ni pusieran en peligro su edificación» y aumentó la renta con este motivo, sin que se pudieran realizar las obras por las condiciones tan estrictas impuestas en el contrato, por lo que había pagado de más aquellos meses la diferencia entre las 10.000 y las 90.000 mensuales, cantidad que reclamaba a la actora. El Juzgado número 6 de Barcelona estimó parcialmente la demanda, condenando a la otra parte a pagar 45.000 pesetas, absolviendo al demandado de la mayor suma reclamada y desestimó la reconvencción. La Audiencia revocó en parte la sentencia anterior y condenó a pagar 400.000 pesetas con sus intereses legales desde la interpelación judicial, confirmando la sentencia en sus restantes pronunciamientos.

No prospera el recurso de casación. Los argumentos utilizados por el recurrente se basan en supuestos distintos a los de la sentencia recurrida, que han de ser aceptados porque no se impugnan eficazmente entre las que figuran que la hoy recurrente entregó en el mismo acto de contratar 180.000 como fianza de dos mensualidades, no habiendo negado la certeza de que estuvo abonando la renta de 90.000 desde la firma del contrato, subsistiendo la eficacia de la cláusula por la que se autoriza a traspasar o subarrendar sin limitación de tiempo a la arrendataria, todo lo cual ha de determinar prevelezca la interpretación contractual efectuada por la Sala de instancia por no ser absurda, ilógica ni inverosímil, como ha declarado esta Sala en reiterada jurisprudencia.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: LA PROHIBICION DE DEDICAR LOS PISOS A OTRA ACTIVIDAD QUE NO SEA LA VIVENDA, CONTENIDA EN LOS ESTATUTOS, PROVOCA LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO HECHO POR UNO DE LO PROPIETARIOS QUE NO HABIA OBTENIDO EL PERMISO DE LA COMUNIDAD PARA REALIZAR ESTE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1978).

En los Estatutos de la comunidad de propietarios se hizo constar que los pisos han de dedicarse a viviendas. El propietario de uno de ellos pidió autorización a la comunidad para arrendar a una sociedad, a la que se opuso aquélla, reunida en Junta general. Negándose el propietario a entablar la acción para dejar el piso libre, es la comunidad quien lo hace, pidiendo la resolución del arrendamiento. El Juez número 1 de Zaragoza desestimó la demanda y la Audiencia lo confirmó.

Tiene éxito el recurso de casación por infracción de ley. Consta en los Estatutos de Propiedad Horizontal, inscritos en el Registro, que los pisos han de dedicarse a viviendas, sin que se hayan modificado por la escritura de 1968, que los adaptó a la Ley de Propiedad Horizontal y la comunidad de propietarios, en consecuencia, negó autorización para arrendar el piso para oficina. Está claro que el contrato se hizo para una actividad

no permitida en los Estatutos de la comunidad, incurriendo con ello en la prohibición del párrafo tercero del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal sin que contra ello pueda prevalecer la tesis mantenida en la sentencia recurrida de que dentro del vocablo «vivienda» estaban incluidas las oficinas, según la Ley de 1947, vigente cuando los Estatutos fueron aprobados. La equiparación de las oficinas a viviendas de esta Ley no altera la naturaleza de las cosas y, además, esta equiparación se hace tan sólo a efectos arrendaticios, sin extender sus consecuencias a supuestos diferentes, como los derivados de la propiedad horizontal y mucho menos a los que se relacionan con el examen de las cláusulas comprendidas en los Estatutos, tanto más que la Ley no decía que las oficinas fuesen viviendas, sino que se reputarían como tales. De prevalecer la interpretación de los recurrentes habrían de asimilarse a viviendas no sólo las oficinas, sino también los almacenes o depósitos, lo que implicaría una interpretación contraria a la lógica que por ser absurda habría de rechazarse. Con el cambio de uso convenido en el arrendamiento se ocasionan a los distintos propietarios unos mayores gastos y molestias que sin autorización expresa no tienen por qué soportar, al no hallarse, como aquí sucede, permitido en el clausulado estatutario. Los actos coetáneos y posteriores del contratante sirven para interpretar la verdadera intención de los mismos, según el artículo 1.282 del Código Civil, y éstos son claros en cuanto a la actitud de la comunidad respecto al arrendamiento debatido en el pleito.

C. R. R.

V. SUCESIONES

*ADOPCION. PACTO SUCESORIO. DERECHOS SUCESORIOS «AB INTES-
TATO» DEL ADOPTADO. IRRETROACTIVIDAD. LEY DE 24 DE ABRIL
DE 1958: ARTICULOS 172 A 180 DEL CODIGO CIVIL. LEY DE 4 DE
JULIO DE 1970: DISPOSICION TRANSITORIA (SENTENCIA DE 22 DE DI-
CIEMBRE DE 1978).*

Para que una disposición legal tenga efectividad sobre situaciones creadas al amparo de la legislación anterior es indispensable que expresamente así lo declare.

Es la iniciativa y voluntad de los particulares las que han de decidir la adaptación de la adopción anterior a la Ley de 4 de julio de 1970.

Hechos.—Doña C. F. G., de vecindad civil aragonesa, hija de la demandante, apelada y recurrida doña C. G. S., falleció *ab intestato* el 7 de abril de 1970 en estado de casada con el demandado, apelante y recurrente don A. M. G., quien contrajo ulteriores nupcias, habiendo dejado una hija adoptada por el matrimonio el 26 de febrero de 1969, a la que los adoptantes instituyeron heredera en una tercera parte de su respectiva herencia en la escritura de adopción, la también demandada, apelante y recurrente P. M. F.

La madre de dicha causante, doña C. G. S., postula la nulidad del auto de 22 de marzo de 1971 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zaragoza por el que se declaró heredera *ab intestato* de su hija doña C. F. G.

a la adoptada por ésta doña P. M. F., sin perjuicio de los derechos del cónyuge superviviente A. M. G., y solicita asimismo que se declare heredera de dicha C. F. G. a la propia actora en las dos terceras partes y a la hija adoptiva en la tercera parte restante, esta última conforme a la escritura de adopción, sin perjuicio del derecho de viudedad.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza estima la demanda y declara radicalmente nulo el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de la misma población, por el que se había declarado heredera *ab intestato* de la causante C. F. G. a su hija adoptiva P. M. F. en la totalidad de la herencia, sin perjuicio de los derechos que pudieran corresponder al viudo, así como declara que las herederas *ab intestato* de dicha causante son la hija adoptiva de la misma en cuanto a una tercera parte de la herencia y la madre de la propia causante en cuanto a los otros dos tercios de la herencia, sin perjuicio del derecho de usufructo viudal que sobre la totalidad de la misma herencia correspondía al viudo, por su condición de aragonés. Confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza e interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Antonio Seijas y Martínez, declara no haber lugar al mismo, en base a las siguientes consideraciones:

Que el único motivo del recurso, formulado con base en el número primero del artículo 1.792 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, atribuye a la sentencia de instancia violación, por inaplicación, de la Disposición Transitoria de la Ley de 4 de julio de 1970, que modificó los artículos 172 a 180 del Código Civil, por entender que tal disposición crea una situación jurídica retroactiva que no puede desconocerse, mas al argumentar así olvida el expreso y concluyente mandato del artículo 3.º del propio Código Civil, que niega efecto retroactivo a todas las leyes, a menos que ellas dispusieren lo contrario, corroborado por la constante y uniforme doctrina jurisprudencial interpretativa de dicho precepto legal, según la cual es indispensable, para que una disposición legal tenga efectividad sobre situaciones creadas al amparo de la legislación anterior, que expresamente así lo declare, y en el orden civil, al amparo de tal principio de irretroactividad, se mantiene el respeto de los derechos creados o adquiridos con anterioridad, y haciendo aplicación de lo expuesto al caso debatido en la litis originaria del presente recurso, la inaplicación de la referida Disposición Transitoria viene impuesta por los propios hechos básicos de la demanda, los que han sido acreditados y plenamente reconocidos por las partes, pues se trata de una adopción llevada a efecto mediante escritura pública de 26 de febrero de 1969, por el recurrente y su esposa, habiendo fallecido ésta en 7 de abril de 1970, de lo que se deduce que el acto jurídico de dicha adopción, en cuya escritura ambos cónyuges instituían a la niña adoptada, heredera en una tercera parte de sus bienes, agotó sus efectos, con relación a la adoptante, en la fecha del fallecimiento de ésta, en cuyo momento se abrió la sucesión hereditaria intestada de la misma, siendo la madre de la causante, de estado viuda, la única heredera legitimaria, ante la ausencia de descendientes legítimos y, por tanto, ha de sucederla en los dos tercios de la herencia, dado que del otro tercio había dispuesto en favor de la adoptada, y este derecho fue adquirido por la recurrida desde el mismo día de la muerte de su hija, pues de los actos realizados por ella, desde entonces, necesariamente suponen la aceptación tácita de la herencia, que ha de

retrotraerse a la referida fecha, conforme dispone el artículo 989 del Código Civil, desde la cual se transmitieron los derechos de la fallecida, según indica el artículo 657 de dicho ordenamiento sustantivo, como acertadamente expresa la sentencia recurrida, y estando en ese momento regulada la adopción por los artículos 172 y siguientes del mencionado Código, según la redacción dada a los mismos por la Ley de 24 de abril de 1958, cuyo artículo 174 establece la irrevocabilidad de los derechos de lo adoptado en la herencia de adoptante establecidos en la escritura de adopción, en modo alguno pudo estarlo la que es objeto de la litis por la Ley de 4 de julio de 1970, promulgada meses más tarde del fallecimiento de la adoptante que, contrariamente a lo afirmado por el recurrente, no tiene efectos retroactivos.

Que la conclusión anteriormente deducida viene también determinada por los propios términos de la Disposición Transitoria de la citada Ley de 1970, pues de ellos claramente se advierte que no contiene norma imperativa alguna en orden a la eficacia de dicha Ley con relación a las adopciones llevadas a efecto con arreglo al ordenamiento jurídico anterior, sino solamente una facultad o autorización para que los interesados puedan expresar su voluntad de acogerse a la nueva normativa, al decir «podrán» ser acomodadas a sus disposiciones las adopciones anteriores, o sea, que es la iniciativa y voluntad de los particulares las que han de decidir tal adaptación habiendo de cumplirse el requisito de la acomodación a las nuevas normas de dicha Ley, lo que supone, aparte de cumplirse en los adoptantes las exigencias que para la adopción plena requiere el artículo 178, según la redacción dada el mismo por la nueva Ley, la expresión de voluntad de los mismos de querer someterse a la regulación que ésta establece, al modificar los artículos 172 a 180 del Código Civil, y este requisito no puede cumplirse en el caso de autos, por lo que respecta a la adoptante, por su fallecimiento ocurrido con anterioridad a la promulgación y entrada en vigor de la referida Ley, reformadora de la normativa hasta entonces de aplicación en materia de adopción.

COMENTARIO.—Tres posibles criterios caben acerca de la cuestión planteada en este litigio. El primero, que podemos llamar de retroactividad en grado máximo, consistente en reconocer que los derechos sucesorios del adoptado arrancan o se retrotraen, en cuanto sean más favorables al mismo, a la fecha de la escritura de adopción con independencia de cual sea la fecha de la muerte del adoptante, es el punto de vista acogido por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zaragoza, al declarar en el auto correspondiente «que si bien la adopción fue concertada con anterioridad a la vigencia de la reforma introducida por la Ley de 4 de julio de 1970, al reunir los requisitos que el artículo 178 en su nueva redacción exige, deben aplicarse sus preceptos, pues, como en la exposición de motivos se deduce, no se restringe para el futuro la aplicabilidad de la ley y la acomodación que la Disposición Transitoria previene debe entenderse innecesaria». El segundo criterio, que puede entenderse como retroactividad de grado medio, consiste en atender para la retroacción a efectos favorables al adoptado, no a la fecha de la escritura de adopción—es decir no se retrotraen hasta esa fecha—, sino a la fecha del fallecimiento del adoptante; de suerte que sólo se producirá tal retroactividad cuando el fallecimiento del adoptante haya tenido lugar bajo la vigencia de la nueva ley, que en este caso sería la de 4 de julio de 1970. Este criterio parece desprenderse del primer con-

siderando, al decir «que el acto jurídico de dicha adopción, en cuya escritura ambos cónyuges instituían a la niña adoptada heredera en una tercera parte de sus bienes, agotó sus efectos, con relación a la adoptante, en la fecha del fallecimiento de ésta, en cuyo momento se abrió la sucesión intestada de la misma». Por el contrario, del segundo considerando resulta un tercer criterio, que es el mantenido por el Juzgado número 2 y por la Audiencia, consistente en admitir únicamente la retroactividad cuando por las partes hubiese instado y obtenido la acomodación de la adopción anteriormente realizada a la regulada por la Ley de 4 de julio de 1970 como adopción plena, dándose los requisitos y presupuestos que la misma establece (retroactividad de grado mínimo).

PARTICIPACION. SU COMPLEMENTO. FARMACIA. COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL. BIEN GANANCIAL. PRESUNCIONES. ARTICULOS 333, 1.056, 1.057, 1.069, 1.075, 1.077, 1.401-1.º Y 1.407 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1979).

Las farmacias son locales de negocio, ejerciéndose en ellas una función mercantil. Procede la partición complementaria y no la rescisión, tanto para añadir los bienes omitidos como para rectificar la valoración de los ya incluidos.

Discutido si debe incluirse en la liquidación de la sociedad conyugal y en la participación hereditaria el negocio de farmacia existente al fallecimiento del marido emprendido en base al título universitario de farmacéutica obtenido por la esposa después de los correspondientes estudios cursados durante el matrimonio, se resuelve la cuestión afirmativamente por el Tribunal Supremo, declarando, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante, conforme a las siguientes consideraciones.

«Considerando que razones de orden y sistema imponen la necesidad de comenzar el examen de los distintos motivos que integran el recurso por el segundo de ellos, dado que por afectar a la competencia, por razón de la materia, de los juzgadores de instancia la resolución sobre el mismo —que aun cuando se trate de una cuestión nueva, no planteada en el período expositivo del pleito, ha de resolverse de oficio por tratarse de cuestión de orden público—adquiere prioridad sobre el que le antecede, ya que la jurisdicción es requisito esencial para la validez del proceso, y en este motivo se denuncia, amparado en el número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción, en concepto de violación, de los artículos 51 y 53, número primero, de la misma, por entender que los juzgadores de instancia se han excedido en el ejercicio de su jurisdicción, conociendo y resolviendo un asunto que no es de su competencia cual es el de rechazar la aplicación al caso debatido de los preceptos de carácter administrativo invocados por la demandada, hoy recurrente, en relación con las Oficinas de Farmacia, motivo que necesariamente ha de perecer, dado que lo que es objeto de la cuestión debatida no lo constituye la intangibilidad e intransmisibilidad de un título universitario ni las atribuciones o facultades inherentes al mismo, sino la naturaleza, en el orden civil, del fondo negocial que constituye la base económica

de una farmacia y si, en el presente caso, se trata o no de un bien ganancial, sin que por ello haya habido, como la recurrente afirma, interpretación alguna con relación a dichas disposiciones administrativas, limitándose la sentencia impugnada a manifestar la falta de aplicación de las mismas a una cuestión que, como la objeto del pleito, es de carácter marcadamente civil y, por tanto, resulta clara y manifiesta la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de la cuestión planteada, en aplicación precisamente de los artículos de la Ley Procesal Civil que, como infringidos, se citan y que han sido observados por los juzgadores de instancia, quienes al conocer de dicha cuestión no han incurrido en el exceso de jurisdicción que la parte recurrente les atribuye.»

«Considerando que en el primero de los motivos del recurso, acogido al número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se arguye infracción, por violación, de los artículos 333 y 1.401 del Código Civil, por estimar que el establecimiento farmacéutico objeto de la litis no es un bien patrimonial, comprendido entre los que el primero de dichos artículos señala, sino que se trata solamente de una Oficina de Farmacia, perteneciente a la recurrente doña Esperanza Trigo por derivar tal pertenencia del título académico que, como farmacéutica, le acredita para realizar en ella las funciones propias de tal establecimiento farmacéutico, pero al argumentar de esta manera olvida que las farmacias son locales de negocio, como así lo tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala en Sentencias de 24 de enero de 1953, 31 de enero de 1962 y 25 de marzo de 1964, al afirmar que en ellas se realiza, con establecimiento abierto, una actividad comercial, consistente en la preparación y venta de productos medicinales con el lógico deseo de obtener una ganancia, así como en adquirir en los centros productores toda clase de específicos y géneros farmacológicos para igualmente conseguir un lucro en la reventa de los mismos, función ésta propia del Código de Comercio en cuanto va incluida en el concepto de actos mercantiles que define el artículo 325 del mismo, sin que la circunstancia de estar limitado el ejercicio de esta actividad comercial a las personas que se hallen en posesión del correspondiente título haga perder el carácter de mercantil a la función que las mismas ejercen, por lo que, en aplicación de lo expuesto al caso objeto del presente recurso, es visto que la Sala sentenciadora de instancia no ha violado los artículos que como infringidos se citan, por cuanto en la palabra genérica de bienes a que el artículo 333 del Código Civil se refiere se comprenden todas las cosas o elementos patrimoniales, corporales e incorporales, susceptibles de adquisición y transmisión, y así ha de conceptuarse todo establecimiento farmacéutico, entendido como tal no sólo el local y elementos accesorios del mismo, sino, como la sentencia recurrida expresa al aceptar el considerando de la de primer grado que así lo dice, el negocio o empresa comprensivo de las existencias, clientela, derecho de traspaso y demás que del mismo deriven, siendo dicho local y elementos accesorios el soporte físico de esa actividad comercial, no existiendo tampoco violación del artículo 1.401 del mencionado Cuerpo legal, por cuanto en el caso presente lo que la recurrente aportó al negocio de farmacia existente al fallecimiento de su esposo fue el título universitario de farmacéutica, que a ella sólo pertenece y que es intransferible, el cual, obtenido después de cursar los correspondientes estudios durante el matrimonio, la capacitaba para, como titular de una Oficina de Farmacia, ejercer sus funciones y actividad comercial respecto al negocio que constituye la base económica de la misma y que

tiene un indiscutible carácter de bien ganancial, conforme al número primero del artículo 1401 del Código Civil, y como tal ha de incluirse en las operaciones particionales en litigio, porque, referido a la fecha en que la recurrente obtuvo su título universitario y comenzó a regentar la farmacia—diez años después de contraído el matrimonio con el causante—, la adquisición de ésta no se produjo con dinero privativo de aquélla, sino que lo fue a costa del caudal común matrimonial, o al menos así hay que deducirlo en base de la presunción legal del artículo 1.407 del Código Civil, que reputa gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer, razones éstas que determinan la desestimación del motivo.»

«Considerando que también es desestimable el motivo tercero, basado en el número tercero del ya citado artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Trámites, a causa de infracción, por violación, del artículo trescientos cincuenta y nueve de la misma, al estimar que la sentencia recurrida, en cuanto ordena la inclusión como ganancial del dinero existente a la fecha del fallecimiento del causante, cifrada en la cantidad líquida de doscientas veintiséis mil cuatrocientas veintitrés pesetas con ochenta y tres céntimos, incurre en incongruencia por otorgar más de lo pedido, ya que el actor, hoy recurrido, no pidió cantidad alguna determinada, sino que se limitó a solicitar se incluyese como ganancial el metálico quedado al fallecimiento de aquél, con lo que viene a desconocer lo que verdaderamente constituye la incongruencia a que el citado artículo trescientos cincuenta y nueve se refiere, y que en toda sentencia viene determinada por la debida correlación que ha de existir entre la parte dispositiva de la misma y la pretensión o pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, guardando sustancial acatamiento a lo solicitado y a los hechos en que tenga su base la pretensión, sin ampliar la decisión a otros extremos no instados ni controvertidos, y estos requisitos se cumplen en la sentencia impugnada, pues al concretar la cantidad del metálico existente al tiempo del indicado fallecimiento, que desconociendo entonces su cuantía en la demanda se solicitaba, para ser incluida como bien ganancial, no concede más de lo pedido, pues se limitó a especificar lo que la prueba a este efecto practicada acredita ser la suma en tal concepto solicitada.»

«Considerando que para que pueda alegarse la infracción del artículo mil doscientos cincuenta y tres del Código Civil, por no existir entre el hecho demostrado y el que se pretende deducir el enlace preciso y directo que las reglas del criterio humano requieren, es de todo punto necesario que en la sentencia impugnada y por el Tribunal *a quo* se haya acudido a la prueba de presunciones que el artículo mil doscientos quince del mencionado Código sustantivo admite, y en el caso objeto del recurso para señalar cuál es la cantidad en metálico existente al fallecimiento de causante de los litigantes, la Sala sentenciadora de instancia no acude a la vía presuncional, sino que lo deduce como probado del conjunto de prueba, según declara expresamente en el considerando quinto de su sentencia, por lo que ha de ser desestimado el motivo cuarto que, fundamentado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa infracción, por violación, del mencionado artículo mil doscientos cincuenta y tres del Código Civil.»

«Considerando que en el motivo quinto que, al amparo del número segundo del tan citado artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Pro-

cesal Civil, se formula, alega la parte recurrente la infracción, también por violación, como los anteriores, del artículo trescientos cincuenta y nueve de dicha ley y de la doctrina legal contenida en las sentencias de esta Sala que cita, por manifestar que la sentencia recurrida agrava, en perjuicio de la recurrente, la dictada en Primera Instancia, no habiendo recurrido de ésta, ni adherido a la apelación, el actor recurrido, lo que implica vicio de incongruencia; mas sabido es que ésta ha de existir entre las pretensiones deducidas en el período expositivo del pleito y lo resuelto en la sentencia, y que esa agravación o *reformatio in pejus* que se denuncia ha de resultar del examen comparativo de la parte dispositiva de la sentencia de apelación con la de la de primer grado, pues de esa manera podrá ponerse de manifiesto la existencia o no de ese exceso en el ejercicio de las facultades decisorias que el Tribunal de apelación competen para resolver exclusivamente lo que haya sido objeto del recurso, sin entrar a decidir sobre extremos contra los que no se recurrió en tiempo y forma, y de ese examen comparativo claramente se advierte la coincidencia en lo sustancial de los fallos de ambas sentencias, y así lo reconoce la propia parte recurrente, la que basa únicamente este motivo en la supuesta discordancia que dice existir entre la argumentación y fundamentos de una y otra sentencia para llegar a una misma conclusión, olvidando así que el recurso de casación se da contra el fallo de las sentencias y no contra los considerandos de las mismas cuando no son premisas determinantes del fallo, lo que obliga a desestimar el motivo.»

«Considerando que, al amparo del número primero del repetidamente mencionado artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia en el sexto de los motivos violación del artículo mil setenta y nueve del Código Civil, al no citarse en la sentencia recurrida, motivo que, como los anteriores, ha de ser desestimado, habida cuenta de que aun cuando ciertamente no se le menciona, sin embargo, no cabe decir haya habido inaplicación de la norma en él contenida, pues no obstante hacer alusión al perjuicio en las legítimas de los hijos del finado, don M G., claramente se dice en el penúltimo considerando de dicha sentencia—al que el fallo de la misma se remite para llevar a efecto una nueva valoración de los bienes relictos—que ‘es procedente respetar la partición en sí misma considerada’, estableciendo a continuación la forma a realizar las operaciones complementarias para proceder a esa valoración, sin que en ningún momento se diga haya de darse lugar a la rescisión de la partición que, aunque solicitada en la demanda, se declaró por el Juzgado no haber lugar a la misma, pronunciamiento que quedó firme al no haber recurrido en apelación el demandante.»

«Considerando que igual suerte desestimatoria que los anteriores ha de merecer el séptimo y último de los motivos del recurso, formulado, como el anterior, al amparo del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil, en el que se acusa infracción del artículo mil setenta y cinco, por interpretación errónea, y de los artículos mil setenta y siete, mil cincuenta y seis y mil cincuenta y siete, por violación, todos del Código Civil, pues en cuanto al primero de ellos no se cita en la sentencia recurrida, por lo que no ha podido ser interpretado errónea ni acertadamente, haciéndose alusión a él solamente en el segundo considerando de la misma para expresar el supuesto en que la partición hecha por el testador puede ser impugnada, que lo es únicamente por causa de lesión, y para con base en él confirmar el pronunciamiento desestimatorio

contenido en la sentencia de primer grado, con relación a la solicitud de rescisión deducida en la demanda, y por lo que se refiere al artículo mil setenta y siete, es mencionado por la Sala de instancia para hacer constar el contenido del mismo, pero sin hacer aplicación de él, por no ser aplicable éste, sino el mil setenta y nueve, al caso debatido; no siendo tampoco de aplicación el artículo mil cincuenta y seis, que, como infringido, también se cita, siéndolo únicamente el mil cincuenta y siete, el cual tampoco ha sido violado, puesto que, en todo caso, le afecta lo dispuesto en el artículo mil setenta y nueve, que la sentencia tiene en cuenta para conforme a él se hagan las operaciones complementarias, no sólo para incluir en la partición los bienes gananciales a que anteriormente se ha hecho mención, sino también para llevar a efecto las rectificaciones necesarias en la valoración de los incluidos, por ser inferiores a los reales, según declara la resolución impugnada, pues, contrariamente a lo que la parte recurrente manifiesta, no sólo procede la partición adicional o complementaria cuando no se han incluido en la primeramente practicada determinados bienes de la herencia, sino también cuando la omisión alcance a valoraciones o cuando las efectuadas en el cuaderno particional redunden en perjuicio del principio de igualdad que debe presidir la formación de los lotes, pues es lógico que toda valoración mal realizada, y que por ello ocasione ese perjuicio, supone en sí una falta u omisión de un valor, aunque lo sea parcialmente, y que necesita ser corregida o rectificadora, y esta necesidad de corregir la valoración mal hecha la reconoce la doctrina jurisprudencial al interpretar el mencionado artículo mil setenta y nueve, proclamando, como expresamente declara la Sentencia de esta Sala de diecisiete de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, la necesidad o conveniencia de mantener las operaciones divisorias en cuanto sea posible, sin perjuicio de llevar a ellas las adiciones o rectificaciones que sean procedentes.»

F. C. L.