

La Accesión invertida (*)

SUMARIO: *Planteamiento del tema.*—Casas de accesión invertida: 1. La derivada del artículo 361 del Código Civil. Declaración de obra nueva.—2. Accesión invertida derivada del mismo artículo 361 cuando el constructor es de buena fe y de mala el dueño del terreno.—3. La construcción extralimitada o excesiva.—4. Derecho de superficie.—5. Propiedad Horizontal.—6. El párrafo segundo del artículo 1.404 del Código Civil: *a)* Consideraciones generales: 1) Naturaleza jurídica. 2) Carácter del precepto. 3) Examen de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre este problema. *b)* Cuestiones referentes al terreno o solar. *c)* Cuestiones referentes a la edificación. *d)* Procedencia del dinero, coste de la construcción. *e)* Traspaso de la titularidad a favor de la sociedad de gananciales y su reflejo registral.—*Conclusión.*

PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Dejando aparte si la accesión es un modo de adquirir el dominio, o una simple facultad del mismo, así como las discusiones en orden a la conveniencia e incluso a la posibilidad de construir una teoría unitaria de la accesión, para enmarcar el tema, recordemos que ésta tiene dos manifestaciones fundamentales: una, la del derecho del propietario de una cosa para hacer suyos los frutos que ella produzca (accesión discreta) y, otra, la del derecho del propietario de una cosa para adquirir lo que a la misma se una o incorpore, natural o artificialmente, de manera que lleguen a formar ambas un todo inseparable (accesión continua).

Las dos especies están contempladas por el artículo 353 del Código Civil, al expresar que «la propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora natural o artificialmente».

Prescindiendo de la referente a la adquisición de los frutos, dentro

(*) Ponencia del Seminario de Derecho Hipotecario Valladolid-Salamanca, desarrollada en Valladolid, el día 14 de marzo de 1972, en el Colegio Notarial.

de la accesión continua, el tema que nos ocupa hace referencia a la artificial de inmuebles y, más concretamente, al supuesto de edificación.

Ya en él digamos, siguiendo a DÍEZ PICAZO (1), que algunos autores formularon el principio o regla de que «la superficie cede al suelo» o, lo que es lo mismo, que lo construido sobre el suelo es absorbido por él y pertenece a su propietario, apoyándose en un texto de las XII Tablas, que, acaso codificando una norma anterior de derecho consuetudinario, establecía que el propietario de una viga que se introducía en un edificio ajeno, o el de unas estacas clavadas en viña ajena, no podían retirarlas.

Ciertamente que dicho principio no fue formulado por el Derecho Romano, pues es sabido que los jurisconsultos de Roma tenían una mentalidad orientada a lo práctico, a la resolución del caso concreto, conectado con la vida, sin importarles mucho las reglas de tipo generalizador, sino que contemplando una serie de fenómenos típicos les asignaban una regulación autónoma, resolviendo para cada caso lo que hacía falta.

En el Derecho Germánico se adoptó una posición distinta, porque en él prevalecía el principio de la adquisición por el trabajo, siendo propietario de lo construido el que había edificado, llegando, en algunos casos, a pasar el suelo a la propiedad del edificante, y ello, posiblemente, porque para estos pueblos, menos sedentarios que el romano, la propiedad recaía fundamentalmente sobre lo transportable (ganados, pieles, maderas, etc.), surgiendo así una propiedad, de las edificaciones, separada de la del suelo, al margen o contra el principio de que la superficie cede al suelo, constituyendo objeto de tráfico independiente, debido también a la provisionalidad de tales edificaciones y a su posible desmantelamiento y traslado, todo lo cual hizo que más tarde, cuando ya se empleó la piedra, dando lugar a edificaciones más estables, con la consiguiente dificultad o imposibilidad de desmontarlas o deshacerlas, se siguiera aplicando al constructor el derecho de trasladar la casa, si era posible, o el de exigir una indemnización al dueño del terreno o incluso una autorización para derribarla dejando los umbrales como parte integrante de la finca (2).

De los dos sistemas expresados hemos visto que nuestro Derecho positivo sigue el criterio, más que romano, romanista, de conceder la

(1) LUIS DÍEZ PICAZO: "La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 455, páginas 829 y sigs.

(2) CARLOS VILLENA GARCÍA: "El derecho de superficie", *Revista Propiedad y Construcción*, núms. 29 y 30, citado por GARRIDO PALMA, *Revista Derecho Notarial*, núm. 63, págs. 94 y sigs.

propiedad del vuelo al que lo sea del suelo, principio que está plasmado, entre otros, en el artículo 358 del Código Civil, según el cual «lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos...», completado por el 359 del mismo cuerpo legal, que establece que «todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa mientras no se pruebe lo contrario», y también por el artículo 361 del mismo, al decir que «el dueño del terreno en que se edificare... de buena fe tendrá derecho a hacer suya la obra..., previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno...».

Este principio tiene su fundamento, según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de mayo de 1952, en la intención de conferir a un solo titular el dominio de la finca, evitando situaciones anormales de condominio, sin cuotas homogéneas, o la coexistencia de una propiedad del suelo y otra distinta sobre el vuelo, o la creación de derechos de superficie que, como excepcionales, deben establecerse o pactarse expresamente.

Es decir, que, según resulta de lo anterior, de los varios modos de solucionar el problema planteado por la edificación en suelo ajeno, el Código Civil adoptó el principio de que el vuelo cede al suelo. El dueño del terreno lo es también de lo que se construya sobre él. Esta solución constituye, pues, en nuestro Derecho, lo que pudiéramos llamar «accesión normal», y, por contraste, se llama «accesión invertida» (con terminología que según MANUEL DE LA PLAZA (3) es familiar a autores franceses como DEMOLOMBE y AUBRY Y RAU) o «accesión anormal», o al revés, a la que se produce en los supuestos en los que el titular de la edificación se haga dueño del terreno que le sirve de soporte.

CASOS DE ACCESION INVERTIDA

Se suele presentar como supuesto más caracterizado y, a veces, único de accesión invertida el contemplado por el párrafo segundo del artículo 1.404 del Código Civil, insistiendo la doctrina en el sentido de resaltar que en dicho precepto se produce una total inversión del principio de accesión contenido en el artículo 361 del mismo Código. No estoy de acuerdo con tal apreciación, pues, a mi entender, aquella norma resuelve el supuesto de construcción de edificio en suelo ajeno en forma acomodada al 361 expresado; pero no adelantemos aconte-

(3) MANUEL DE LA PLAZA: "Edificaciones en suelo ajeno", *Revista Derecho Privado*, 1947, págs. 439 y sigs.

cimientos, pues antes de examinarlo nos parece obligado contemplar o hacer referencia a otros casos de accesión inversa que se dan en nuestro Derecho.

Primer caso: La accesión invertida derivada del mismo artículo 361 del Código Civil.—En el propio artículo 361—que regula la accesión normal al construirse de buena fe en suelo ajeno—ve un sector de la doctrina, un supuesto de accesión invertida, al establecer dicho precepto que el dueño del terreno puede obligar al que edificó a pagarle el precio del suelo ocupado por el edificio; pero propiamente no es tal, puesto que se trata de una adquisición del terreno por el dueño de la edificación, que se produce no automáticamente, *ipso iure* o por ministerio de la Ley, sino solamente en el caso de que el dueño del terreno (que, en consecuencia, continúa siendo lo principal, y el precepto, en cierto modo, ratifica la accesión normal) opte por venderlo al titular de la edificación.

No se da, pues, como resalta DÍEZ PICAZO (4), una verdadera accesión en cuanto que la adquisición del suelo procede de un acto del propietario del mismo, a quien la Ley le faculta para imponer esa adquisición del terreno invadido, dando lugar a una compraventa unilateralmente forzosa. El dueño del terreno viene a ser titular de un derecho potestativo de configuración jurídica, esto es, de un poder de decidir mediante un acto de su voluntad la situación jurídica general del fundo.

Cuando se ejercite, es decir, cuando el dueño del terreno opte, nos llegará al Registro, bien como una venta del suelo al edificante o bien como una adquisición del edificio por el dueño del terreno, y ello formalizado en escritura pública otorgada por los interesados o en la resolución judicial firme que haya delimitado el derecho. Aparentemente, pues, el caso contemplado no tiene gran importancia para el Registro de la Propiedad, pero es preciso tener en cuenta:

a) Que según las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1928, 18 de marzo de 1948, 17 de diciembre de 1957 y 2 de diciembre de 1960, entre otras, mientras la indemnización no tenga lugar, el dueño del terreno no ostenta el dominio de lo edificado y únicamente está en el caso de optar por adquirir mediante el pago de la indemnización o por obligar al que construyó, o al que de él traiga causa, a pagarle el precio del terreno.

b) Que el dueño de la construcción no es propietario del terreno sobre el que la misma se asienta, sin poder ejercitar la acción reivindi-

(4) LUIS DÍEZ PICAZO: *Loc. cit.*, pág. 850.

catoria contra el dueño del suelo (sentencias de 23 de marzo de 1943 y 2 de diciembre de 1960), ya que esta acción no es la indicada para reivindicar el suelo al que se ha incorporado lo construido (sentencia de 31 de mayo de 1949), si bien, como dijo la sentencia de 17 de diciembre de 1957, si el propietario del suelo no indemniza y realiza la corta de lo plantado (lo mismo sería, creemos, si destruye lo edificado) se coloca en situación de hacer procedente la acción reivindicatoria.

c) Que la referencia que hace el artículo 361 del Código Civil a los 453 y 454 del mismo hace que se reconozca al constructor el derecho de retener la obra hasta que se le abone el valor de la misma.

Se deduce de lo anterior que, mientras el propietario del terreno no opte, existen dos propietarios en la realidad, el del suelo y el del edificio, y tal situación tiene o puede tener repercusiones registrales.

Siempre que en tal situación de interinidad aparezca de los asientos registrales o de los títulos que lleguen al Registro esa dualidad de propietarios, habrá que suspender todos los actos y contratos de enajenación o gravamen que afectando al dueño del suelo pretendieran abarcar o extenderse a la edificación, en tanto no conste en el Registro que se ha adquirido la obra realizada con abono de su importe, y habrá que denegar cualquier acto o contrato de enajenación o de gravamen sobre la edificación en tanto en cuanto su titular no haya adquirido el terreno, ya que hasta entonces no tiene más que un derecho a que se le abone el importe de la obra realizada o a que se le transfiera el dominio del terreno, pero, uno u otro, a elección del titular del suelo.

Ahora bien, ¿qué posibilidades hay, desde el punto de vista registral, de que esos derechos—el del dueño del terreno y el de la edificación—tengan acceso al Registro? ¿Puede el propietario de la obra o el del suelo hacer constar e inscribir la obra nueva en el Registro de la Propiedad?

Naturalmente, no me refiero al caso de que el dueño del suelo opte por vender éste al constructor o por comprar el edificio, puesto que en este caso, como ya hemos dicho, llegará al Registro documentado por mutuo consentimiento o por resolución judicial y los problemas de capacidad, titulación, etc., serán los normales o generales, sino que planteo el acceso registral de esos derechos en estado de pendencia, sin haber optado el propietario del terreno.

En tal caso, el dueño de la edificación, por sí solo, no puede inscribir a su favor la obra nueva, la edificación, ya que si está inscrito el terreno a favor de persona determinada—ajena al edificante—, bien claro resulta que tendría que ser denegado el acceso o entrada al Registro de cualquier título que pretendiera hacer constar la construcción

- sobre dicho terreno y, todavía más, si se trataba de un acto de dominio sobre esa obra, que se diría ubicada sobre suelo registralmente ajeno; caso de que el terreno no estuviera inmatriculado tampoco sería posible inscribir la obra nueva al decirse que se había realizado sobre terreno ajeno, ya que lo edificado, con abstracción del suelo, no podría abrir folio u hoja registral.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 24 de abril de 1913, confirmó la denegación de inscripción de una hipoteca sobre unas minas, fábrica y vías de ferrocarril, que se decían sitas—según el título—en la Dehesa de los Machos, por no estar aquéllas inscritas a favor del hipotecante y decirse que se encontraban en finca ajena, inscrita a favor de persona distinta, sin que constara la cesión o permiso del dueño de la finca para la construcción, y sin que aparecieran, tampoco, previamente inscritos el derecho o inmueble hipotecado.

La legislación hipotecaria anterior a la vigente consideraba, en el número 1 del artículo 107 de la Ley, hipotecable con restricciones el edificio construido en suelo ajeno, sin perjuicio del derecho del propietario del terreno y entendiéndose limitada la hipoteca al derecho que el mismo que edificó tuviera sobre lo construido.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 decía, en relación con el precepto expresado, que «el principio de que el edificio, como accesorio, cede al suelo, que es lo principal, se aplica de diferente modo atendida la buena o mala fe del edificante o los convenios que pueda haber entre el que es dueño de la superficie y el que lo es del alzado. Sin resolver cuestiones ajenas a una Ley Especial de Hipotecas no podría la Comisión entrar en tales apreciaciones, pero no debía dejar de consignar el principio de que la hipoteca del edificio construido en suelo ajeno no modifica en nada el derecho común ni hace de peor condición al dueño del solar, sino que se entiende limitada siempre, por la voluntad del hipotecante y del acreedor hipotecario, al derecho que aquél tiene, como lo exige la moral, la buena fe y el respeto que debe tenerse en todos los contratos a los derechos que existen al celebrarlos. Pasar de aquí sería autorizar al edificante a que con un hecho suyo pudiera perjudicar gravemente al dueño del terreno, que es quien tiene la presunción de serlo también del edificio».

ROCA SASTRE (5) llega a la conclusión de que el precepto indicado se refería precisamente al supuesto contemplado por el artículo 361 del Código Civil, concluyendo el mismo tratadista que ha hecho bien

(5) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 6.^a edición, tomo IV, volumen I.º, págs. 433 y sigs.

la Ley Hipotecaria vigente al suprimir ese precepto, porque si se conviene que el dueño del edificio adquiriera el terreno, tendrá entonces un derecho pleno sobre la finca resultante, lo mismo que el del suelo si se acuerda adquirir lo edificado, y si se conviene que el edificio pertenezca al que lo construyó nacerá un derecho de superficie, y que a falta de convenio únicamente tendría el edificante derecho a una indemnización, no a un derecho real, sino un derecho personal contra el propietario del terreno.

No estoy plenamente de acuerdo con el ilustre tratadista, quien, por otra parte, dice (6), «que aunque no fuera así, lo difícil es inscribir en esta situación el derecho sobre el edificio a favor del que lo construyó, porque para ello se requiere la presentación de un título derivado del dueño del terreno o una resolución judicial y, en ambos casos, al producirse estos títulos quedaría despejada aquella situación». Y no estoy de acuerdo, fundamentalmente, porque, modestamente, opino que resulta demasiado simplista el decir que el dueño de la edificación no tiene más que un derecho personal a ser indemnizado, y, también, que si se conviene que el dueño del terreno lo siga siendo de éste, y el del edificio, de la construcción, se haya constituido, sin más, un derecho de superficie y no otro derecho, aun cuando no es momento de que explyemos estas afirmaciones.

Teniendo en cuenta lo dicho, ¿sería inscribible una escritura pública en la que el propietario del suelo y el del edificio se limitaran conjuntamente a declarar la obra nueva, reconociendo la buena fe del edificante y o bien el dominio separado de suelo y vuelo (sin constituir derecho de superficie) o bien solamente la situación de interinidad y, consiguientemente, la posibilidad de opción recogida en el artículo 361?

Personalmente pienso que tal escritura sería inscribible, tanto en uno como en el otro de los dos supuestos contemplados, al amparo de las disposiciones hipotecarias vigentes, aun admitiendo que ello es opinable y puede ser muy discutible, pues si es verdad que, como decía la sentencia de 23 de marzo de 1943, la doctrina más general y autorizada, perfectamente acomodada al espíritu del ordenamiento legal, se niega a reconocer, justificadamente, la coexistencia de dos derechos susceptibles de ejercitarse separadamente por el dueño del suelo y el de lo edificado y aún rehúye la hipótesis de un condominio entre ambos, también lo es que en estos casos de dominio dividido, o mejor, compartido, el edificio viene a ser una parte integrante de la finca, sin que,

(6) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE: *Obra citada*, pág. 436 del mismo tomo y volumen.

como dice CASTÁN (7), exista en nuestro Derecho una norma correlativa a la del Código Alemán, que impida, en absoluto, la existencia de derechos independientes sobre las partes integrantes esenciales o inseparables.

Además no creo se agote, o pueda agotarse, la posibilidad de constituirse un derecho—en estos supuestos de dominio dividido o compartido—con los específicos de superficie, elevación de edificios o «levante» y el de vuelo, regulados por los artículos 16 y 30 del vigente Reglamento Hipotecario, sino que, por el contrario, considero que cabe la posibilidad de constituir otros derechos dada la redacción del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, que permite la inscripción de los títulos de dominio (traslativos y declarativos) de los inmuebles y, asimismo, todos los que constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan los derechos de... «y otros cualesquiera reales», así como la del artículo 7 del Reglamento Hipotecario, que se refiere a «cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales», preceptos expresivos, entre otros, de que en nuestro ordenamiento legal se sigue, aun cuando mitigado, el sistema del *numerus apertus*.

Supongamos ahora que el dueño del terreno en el que se ha edificado de buena fe, pendiente de ejercitar su derecho de opción sobre la compra de lo construido o la venta del solar, transmite el dominio del suelo—que es lo único que tiene—a otra persona y que en el título de transmisión (y sería igual si fuera gravamen) manifieste que sobre el suelo que le pertenece, X ha construido un edificio y lo describa, reconociendo que la construcción se ha efectuado de buena fe, y, asimismo, exprese que aún no ha ejercitado el derecho de opción que le confiere el artículo 361 citado, y nos preguntamos: ¿en tal supuesto se podría o debería hacer constar en el Registro la existencia de la edificación?

Creo que en ese caso no sólo se podría, sino que debe hacerse constar en la inscripción la existencia de la edificación, como variaciones físicas de la finca, al tener que expresar, entre las circunstancias de la inscripción, por disposición de la regla cuarta del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, las diferencias resultantes, en la descripción de la finca, entre el Registro y el título; pero no podría inscribirse la obra nueva, ni a favor del dueño del terreno, al no ser dueño de la misma

(7) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, 9.^a edición, tomo I.^o, vol. II, pág. 448.

hasta que no opte por su adquisición y abone su importe, ni tampoco a favor del constructor, porque al no concurrir en el otorgamiento del título, en el que se hace constar la edificación, estaríamos en presencia de una mención cuya registración está vedada por el artículo 29 de la Ley Hipotecaria, aun cuando puede estimarse que tal referencia al edificante constituye una estipulación a favor de tercero (art. 1.257, 2.º, del Código Civil), que podría ser aceptada por el favorecido por ella, y en este supuesto estaríamos ya en el anteriormente contemplado y, por tanto, con posibilidad de hacer constar esos derechos en el Registro.

También puede ocurrir que el dueño del terreno se limite a declarar la obra, sin alegar para nada la existencia del edificante de buena fe, y entonces, por la presunción del artículo 359 del Código Civil, se presumiría suya e inscribible, quedando al constructor la posibilidad de ejercitar la oportuna acción ante los Tribunales, que no sería, a mi juicio, de mera petición de indemnización o de reclamación de cantidad, sino la declarativa de su condición de constructor de buena fe y del derecho de opción del dueño del terreno, con el consiguiente pago de la edificación, en el supuesto de que aquél optare por hacer suya la obra, demanda que, entiendo, sería claramente anotable en el Registro.

El artículo 361 del Código Civil plantea otros muchos problemas, pero únicamente, y por no alargar excesivamente este estudio, vamos a considerar los siguientes:

1) Cuando sobre el solar o terreno que sirve de soporte a la edificación realizada de buena fe exista una prohibición de disponer, en cuyo supuesto al dueño del suelo le queda como única facultad la de indemnizar al constructor con el importe de la obra y hacer suya ésta, sin poder hacer uso, precisamente por la existencia de esa prohibición de disponer, del otro término de la opción (vender el terreno), que le atribuía el artículo 361 del Código Civil, según ha declarado el Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de diciembre de 1945.

2) Otro es el caso de que el terreno pertenezca a una comunidad de propietarios, en el que se plantea el problema de si han de ser todos los comuneros los que ejerciten, de acuerdo, la opción del 361 o puede hacerlo cualquiera de ellos. Desde luego, la sentencia de 28 de abril de 1928 declaró que en tal supuesto el derecho de opción del artículo 361 podía ejercitarlo uno solo de los condueños, pero ¿sería inscribible la declaración de obra nueva otorgada exclusivamente por uno de los condueños, y a su favor, sin el consentimiento de los demás? Por supuesto que no sería inscribible, según tendremos ocasión de ver con mayor detalle más adelante.

Dentro del supuesto anteriormente contemplado también puede

darse el caso de que el constructor sea precisamente uno de los condueños del terreno, lo cual no modifica esencialmente la conclusión a la que anteriormente llegamos.

Los casos en los que tiene aplicación el artículo 361 del Código Civil, así como aquellos en los que puede aparecer inscrito, con dominio dividido o compartido, el suelo y la construcción, son más frecuentes y numerosos de lo que aparentemente pudiera parecer, y así:

a) Hemos visto con cierta frecuencia testamentos en los que el testador lega o dispone de la propiedad de una finca a favor de un legatario o heredero en atención a la circunstancia de que éste, con el consentimiento o la tolerancia del causante, había edificado en dicho terreno o finca.

b) Como se desprende de lo anterior, son muy frecuentes los casos en los que un hijo construye en terreno de los padres, con consentimiento o conocimiento de ellos, de buena fe, o aquellos en los que el hijo, que ocupa una casa o edificación de los padres, la reforma, la reconstruye o la edifica de nueva planta.

c) Del propio modo suele ser frecuente que en estado de indivisión de una herencia, de hecho, cada interesado esté en posesión de determinados bienes, y que en esa situación construyan o edifiquen sobre ese terreno, normalmente de buena fe, con el consentimiento o, al menos, el conocimiento y tolerancia de los demás interesados en la herencia o titularidad de esos bienes.

d) Lo mismo ocurre en casos de comunidad de bienes en los que uno de los condueños construye o edifica sobre el mismo terreno común.

e) Un caso en el que es posible, y en cierto modo frecuente, que aparezca en el Registro separada la titularidad del suelo y la de la edificación, sin constituir derecho de superficie, se produce en aquellos casos de hipoteca de una finca, sin pacto de extensión de la misma a las nuevas edificaciones y que posteriormente a la constitución de la hipoteca se efectúen construcciones y se inscriban en el Registro, pues aun cuando figuren a nombre del mismo titular del terreno, en el caso de que la hipoteca llegue a ejecutarse y se adjudique la finca—naturalmente se hará la adjudicación sin aquellas construcciones a las que la hipoteca no se extiende—, quedando así las edificaciones inscritas a favor de persona distinta que la titular del suelo. Este supuesto ha sido examinado por BONILLA ENCINA (8), que apunta diversas soluciones, de las que ahora no nos ocupamos, puesto que sólo nos interesa

(8) JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA: Conferencia en Seminario Derecho Hipotecario de Extremadura, que creemos inédita.

resaltar esa posibilidad de inscripción del dominio dividido o compartido, y un supuesto práctico y real que conocemos lo expondremos en otra parte de este trabajo.

f) Otros casos en los que surge esta titularidad separada del suelo y de edificaciones se produce en aquellos supuestos de arrendamientos inscritos, en los que el arrendatario está facultado para realizar construcciones que al final del contrato pasarán a pertenecer al dueño de la finca, sin o previo abono de su importe al constructor de las mismas, quien hasta entonces podrá inscribirlas en el Registro, hipotecarlas, etc., con sujeción a lo pactado, pues otros casos, como el de las construcciones realizadas, cuando procedan, por el usufructuario, el enfiteuta o el titular de otro derecho real son cosa distinta, ya que, como dice ROCA SASTRE (9), se producen aquellos casi como propietarios.

Frecuentemente, a lo largo de este trabajo, hemos hecho referencia, y lo haremos muchas más veces, a la declaración de obra nueva, y al objeto de perfilar conceptos y de deducir consecuencias tenemos que examinar, siquiera sea brevemente, lo referente al título de declaración de obra nueva.

DECLARACION DE OBRA NUEVA

Comencemos por afirmar que considero a la declaración de obra nueva como un negocio jurídico de individualización y que no estoy conforme con la opinión de quienes sostienen que la inscripción de obra nueva hace referencia a una mera constancia de circunstancias físicas de la finca, o que la escritura de declaración de obra no es título inscribible y que al no alcanzar la fe pública a las circunstancias de hecho ninguna trascendencia tiene la misma y que, por consiguiente, cualquiera de los comuneros puede otorgar dicha escritura y conseguir su inscripción en el Registro. Únicamente quiero resaltar sobre esta cuestión:

a) Que, a mi juicio, no es cierto que el principio de legitimación registral no se refiera a las circunstancias de mero hecho, y ello no sólo porque todo derecho precisa y requiere un soporte físico de hecho, de modo tal que si el Registro proclama con presunción *iuris et de iure* la propiedad de una finca en cuanto a lo jurídico, lo hace partiendo, con presunción *iuris tantum*, de unas determinadas circunstancias de hecho de esa finca concreta, superficie, linderos, etc., sino, además, porque

(9) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE: *Obra citada*, tomo IV, vol. I, pág. 434, nota.

así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 14 de marzo y 18 de julio de 1930, que admitieron la presunción de exactitud de las circunstancias de la finca como objeto de dominio, así como la sentencia de 21 de marzo de 1953, al declarar que en nuestro Derecho Hipotecario el asiento registral protege las situaciones jurídicas que el mismo proclama, pero no se extiende con igual intensidad la protección a las circunstancias o situaciones de hecho, materiales o físicas, desconectadas del Registro; pero que no se puede afirmar, sin incurrir en confusiónismo, que debilita la garantía y atractivos de la institución hipotecaria, que la inscripción nada vale ni nada protege en punto a la situación de hecho que el asiento pregona. Otras sentencias, como las de 10 de junio de 1955, también citadas por VILLARES PICO (10), sientan el mismo criterio, llegando a sostener este autor que si el artículo 110 de la Ley Hipotecaria excluye la extensión de la hipoteca a las nuevas construcciones de edificios es porque si tales edificios, existentes en la fecha de la escritura de hipoteca, no constan inscritos, a los efectos de tercero, deben considerarse como no existentes en beneficio del respectivo acreedor hipotecario (11).

b) Que creo no puede sostenerse que un título—el de obra nueva—, encaminado a hacer constar la existencia de la edificación en el Registro, sea de mero hecho sin trascendencia jurídica. Baste decir que tal circunstancia—inscripción de la edificación—tiene la virtualidad suficiente para, como veremos más adelante, cambiar la titularidad jurídica de la finca, convirtiendo un bien privativo en ganancial (artículo 1.404, 2.º); que en Viviendas de Protección Oficial, para la obtención de la calificación definitiva o para provocar ésta una declaración de terminación de obra, es indispensable tal declaración de obra, con repercusiones en cuanto al estatuto jurídico del edificio; que, asimismo, la declaración provoca o no la extensión de la hipoteca a las edificaciones (art. 110 de la Ley Hipotecaria); que resulta indispensable para servir de base a algunos derechos que la presuponen necesariamente, como la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, derecho de superficie, de elevar nuevas plantas, servidumbres, etc., o en relación con el artículo 27 del Reglamento de Edificación Forzosa, que declara que la resolución de incumplimiento de la obligación de edificar se hará constar en el Registro por nota y que el Registrador comunicará al Ayuntamiento las modificaciones objetivas

(10) MANUEL VILLARES PICO: "La legitimación registral se refiere a todos los elementos de la relación jurídica inscrita", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 477, págs. 389 y sigs.

(11) Mismo autor: *Loc. cit.*

(y entre ellas, naturalmente, pensamos en la declaración de obra nueva) de las fincas.

Se me puede objetar que lo que provoca realmente alguna o muchas de esas consecuencias será la existencia o no de la edificación más que su constancia registral, pero siempre será cierto que en algunos de los casos que hemos expuesto es trascendente, fundamental o indispensable la constancia registral de la obra nueva.

c) Decía al principio de este apartado que considero la declaración de obra nueva como un negocio jurídico de individualización, y, precisando más, diré que estimo se trata de un título declarativo del dominio de la edificación y, como tal, inscribible, al amparo del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, es decir, no como algo que hace mera referencia a la descripción de la finca—circunstancias físicas—, sino, como dice RAMOS FOLQUÉS (12), con ella lo que se inscribe es la adquisición de la obra y con ello se inmatricula el edificio o nueva obra, que va forzosamente acompañada de un derecho y que tiene acceso al Registro en cuanto es objeto de un derecho real, mostrando mi desacuerdo con quienes, como LACRUZ (13), sostienen que solamente se trata en la obra nueva de la constancia registral de datos de puro hecho, sin implicar cambio jurídico ni tener valor negocial.

d) En cuanto a si puede otorgarla un condueño, aun cuando la Resolución de la Dirección General de 19 de diciembre de 1917 parece admitirlo (si bien en ella se trataba de un caso que no era verdadero condominio, en cuanto que la finca pertenecía en porciones señaladas a distintos propietarios y estaba inscrita en esa forma anómala), es lo cierto que la de 21 de junio del mismo año había negado tal posibilidad, así como la más reciente de 21 de mayo de 1965, en la que, por cierto, se dice que la declaración de obra nueva no es una expresión de la existencia física del edificio, sino que es productora de efectos jurídicos de mayor trascendencia, denegando la inscripción del título porque dada la existencia de varios condueños en el solar y concurrir sólo dos de ellos, sin que se supiera si el tercero prestó su conformidad a la construcción del edificio y a la distribución de las participaciones, todo ello se oponía al artículo 397.

Sobre todo son fundamentales en esta materia las resoluciones de 20 y 21 de febrero de 1969, en las que de manera clara y concluyente se exige la unanimidad para la inscripción de las declaraciones de

(12) RAFAEL RAMOS FOLQUÉS: "La regulación jurídico-registral de la edificación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 318-319, págs. 837 y siguientes.

(13) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Lecciones Derecho Hipotecario*, pág. 94.

obra nueva, indicando al propio tiempo la evolución que ha tenido su inscripción.

Se dice en la citada resolución de 20 de febrero de 1969, que «en un principio a las declaraciones de obra nueva no se les concedió por la legislación hipotecaria la importancia que hoy deben merecer, por entender que se trataba de hacer constar en el Registro una circunstancia meramente descriptiva no protegida por la fe pública registral, lo que motivó que fueran vistas con disfavor por este Centro, que en varias de las resoluciones declaró la no necesidad de estas inscripciones, ya que al estar inscrito lo principal—el solar—, lo estaba también lo accesorio, o como en la de 20 de mayo de 1895, que aunque no hubiera razón que oponer al propietario que tuviera la voluntad o capricho de registrar a su nombre el edificio construido, sería acertado acabar con la práctica de inscribir las edificaciones desligadas de todo contrato o relación de derecho». Sigue diciendo la resolución citada que, no obstante lo expuesto, las declaraciones de obra nueva siguieron ingresando en el Registro al amparo de las disposiciones vigentes y en virtud de una práctica sancionada por la Dirección vinieron a desembocar en la actual legislación, contenida en los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento, en donde no se contempla el caso de comunidad de propietarios sobre el solar, y que si, según el artículo 397 del Código Civil, ninguno de los condueños, sin el consentimiento de los demás, podrá hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ello pudieran resultar ventajas para todos, parece que tampoco uno solo de los comuneros podrá exigir la constancia registral de las alteraciones, realizadas bien por el mismo, bien por todos los comuneros o por alguno de ellos, y que se requiera que sean todos los copropietarios del solar quienes comparezcan en la escritura y describan la nueva obra realizada.

Todo ello—como sigue diciendo la resolución—porque la construcción de un edificio puede acarrear alteraciones sustantivas en la titularidad dominical del solar sobre el que aquélla se asienta, según resulta, por ejemplo, de los supuestos de los artículos 361 y 1.404 del Código Civil, o incluso en el de que por no haber concurrido los comuneros a los gastos de la edificación en la misma proporción en que son dueños del solar hubiesen decidido alterar su participación en el edificio construido, posibilidades todas ellas que refuerzan el convencimiento de seguir la tesis que exige la unanimidad, a fin de que así resulten claramente determinados los derechos que a cada propietario correspondan y el Registro publicará para conocimiento de los interesados y terceros.

Segundo caso: Accesión invertida derivada del mismo artículo 361, cuando el constructor actúa con buena fe y el dueño del terreno con mala fe.—El Código Civil contempla los supuestos de construcción en suelo ajeno concurriendo buena fe por parte del constructor y del dueño del terreno (art. 361), mala fe de ambos (364 del mismo, que equipara el supuesto al precedente de buena fe) y el de mala fe del edificante (artículos 362 y 363), pero omite o, al menos, no considera específicamente el caso de que el constructor haya obrado de buena y el dueño del terreno de mala fe. Pues bien, para este último caso, y teniendo en cuenta el principio general de que no es lícito que triunfe la mala fe y exista un enriquecimiento injusto del que así actúa en perjuicio del que lo hace con buena fe, algún autor, como GARRIDO PALMA (14), opina que en tal caso el dueño de la obra tendrá derecho a hacer suyo el suelo, sin abonar cantidad alguna, pudiendo incluso exigir indemnización de daños y perjuicios.

Me limito a exponer el caso, puesto que desde el punto de vista registral tendrá que llegar resuelto judicialmente, y si en una sentencia se declara el dominio a favor del edificante, con o sin indemnización al del suelo, procedería su inscripción.

Tercer caso: La llamada construcción extralimitada o excesiva.—Dice DÍEZ PICAZO (15) que «el supuesto de la construcción extralimitada, es decir, de la construcción que se asienta, en parte, sobre terreno ajeno y, en parte, sobre terreno propio, constituye una laguna legal, que hace inaplicable el precepto general del artículo 361 del Código Civil, pensado para una construcción totalmente levantada en terreno ajeno». CASTÁN (16) se preguntaba si el artículo expresado se aplicaría a los casos de construcciones asentadas, en mayor o menor parte, sobre terreno propio que invadieran el contiguo.

La doctrina se ha orientado en el sentido de negar aplicación, por falta de analogía, al artículo 361 y considerar este caso como algo diferente, y PLAZA (17), excluyendo por antieconómicas todas las fórmulas que conduzcan a la división de lo edificado o a su demolición, propone como solución la de conceder a la autoridad judicial la facultad de conceder o atribuir la construcción extralimitada al que de buena

(14) VÍCTOR M. GARRIDO PALMA: "¿Superficie sólo cedit. El principio de accesión y el principio de superficie", *Revista Derecho Notarial*, núm. 63, páginas 89 y sigs.

(15) LUIS DÍEZ PICAZO: *Estudios sobre Jurisprudencia civil*, tomo II, página 142.

(16) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Obra citada*, tomo II, pág. 243.

(17) MANUEL DE LA PLAZA: *Loc. cit.*

fe la ha hecho, indemnizando o compensando al propietario del suelo del valor de éste y de los daños que se le hayan ocasionado.

El Tribunal Supremo en varias sentencias se ha ocupado del caso y ya en la de 30 de junio de 1923 dejó apuntada una inclinación favorable a la posibilidad de reconocer al edificante de buena fe el derecho de hacer suyo el terreno invadido por lo edificado con extralimitación, y en las de 31 de mayo de 1949, 17 de junio de 1961, 29 de abril de 1970 y 26 de febrero de 1971 ha dado carta de naturaleza a la solución de que en los casos aludidos debe regir el principio de que lo accesorio sigue a lo principal (sustituyendo al de superficie cede al suelo) y considerando más importante la construcción que el terreno.

De esas sentencias resulta curioso que en la de 29 de abril de 1970 el constructor se extralimitó conscientemente, es decir, sabiendo que lo hacía sobre terreno ajeno, si bien creyendo que un pacto de servidumbre que existía le facultaba para aquella extralimitación, y en la de 26 de febrero de 1971, que de un edificio de 99 metros de superficie en planta se había extralimitado en 53 metros, y en ambos casos, teniendo en cuenta las circunstancias que concurrían, se consideró al edificante de buena fe y se le otorgó el derecho de adquirir el terreno en la parte invadida por la construcción, indemnizando al dueño del mismo con el valor correspondiente.

Personalmente pienso que en estos supuestos se aplica—aunque modalizado—el artículo 361 del Código Civil, ya que por razones de interés superior (conveniencia de la construcción, función social de la propiedad e incluso por aplicación de la teoría del abuso del derecho) se excluye, de los dos términos de la opción que el precepto otorga al dueño del suelo, uno de ellos, el de hacer suya la obra (dada la indivisibilidad de la misma) y siendo también imposible la demolición de la construcción (por las razones expuestas) tiene que llegarse a la solución indicada por la jurisprudencia, esto es, a limitar el derecho del propietario del terreno invadido en el sentido de que únicamente tenga posibilidad de ejercitar uno de los términos previstos en el indicado artículo, es decir, la venta del terreno al edificante.

Desde el punto de vista registral, como decía anteriormente, es una cuestión que debe llegar resuelta al Registro, bien por convenio de los interesados o por resolución judicial, y únicamente resaltar que habrá de efectuarse la segregación del terreno invadido para agruparlo o agregarlo al del constructor, como trámite previo a la declaración de obra nueva sobre la totalidad de la superficie construida.

Cuarto caso: Derecho de superficie.—Algunos autores, como VALE-

RIANO DE TENA Y MARTÍN (18), consideran a este derecho como un supuesto, el más caracterizado, de accesión inversa, aun cuando otros, como ROCA SASTRE (19), dicen que constituye uno de los dispositivos posibilitadores de la propiedad separada y la manifestación más típica de la propiedad horizontal. Regulado este derecho en la Ley del Suelo y en el Reglamento Hipotecario (art. 16 del mismo), no vamos a detenernos en su estudio, por entender excede de la finalidad del que nos ocupa, sin que hagamos referencia tampoco a otros derechos, como el de «levantante» o mayor elevación de los edificios o al derecho de vuelo, que tienen con el expresado la similitud de tratarse de casos de dominio compartido, caracterizados, en definitiva, por la existencia de derechos yuxtapuestos sobre una misma finca.

Quinto caso: Propiedad horizontal.—Se puede sostener que la llamada propiedad horizontal constituye, en cierta manera, un supuesto de accesión invertida, en el sentido de que en ella la propiedad del piso o local arrastra la del suelo (en su cuota proporcional como elemento común), de modo que el suelo (elemento originariamente el principal) se espiritualiza de tal manera que prácticamente ni figura en la transmisión de cada piso o local, pasando éstos a ser lo principal, lo fundamental, ya que su adquisición, por cualquier título, arrastra, como anejo inseparable, la del suelo; pero tampoco este supuesto lo examinamos, limitándome a su cita, como uno más dentro de los casos de accesión invertida que se contemplan en este trabajo.

Sexto caso: El del párrafo segundo del artículo 1.404 del Código Civil.—Dispone el Código Civil, en su artículo 1.404, que: «Las expensas útiles, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipación de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer, son gananciales. Lo serán también los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca.»

Dicho precepto contempla, en el primero de sus párrafos, las expensas útiles hechas en los bienes peculiares de los cónyuges y, en el segundo, la construcción de edificios en el terreno de uno de los esposos.

No es objeto de nuestro estudio el párrafo primero, respecto del cual únicamente diremos que la generalidad de la doctrina y la juris-

(18) VALERIANO TENA Y MARTÍN: *El derecho de accesión y el Registro de Propiedad*. Curso de Conferencias sobre Derecho Inmobiliario del Centro de Estudios Hipotecarios, 1951-1952, págs. 105 y sigs.

(19) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE: "Ensayo sobre el derecho de superficie", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Conmemoración Centenario Ley Hipotecaria, págs. 7 y sigs.

prudencia entienden que lo que realmente es ganancial no es la mejora en sí misma, sino el valor o coste de la mejora efectuada. Así, TORRALBA SORIANO (20) y las resoluciones y sentencias que el mismo cita, fundamentalmente la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de mayo de 1908, que rechaza, en este supuesto, la idea de condominio, y las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1941, 25 de mayo de 1950 y 30 de abril de 1958. MUCIUS SCAEVOLA (21) y, recientemente, HERNÁNDEZ GIL (22) sostienen que lo que verdaderamente es ganancial no es el gasto, sino la mejora misma, aun cuando incluso pudiera deducirse de su postura que cabe distinguir que no consideran ganancial tanto la mejora en sí misma ni el mero gasto de ella, sino lo que aquélla representa, es decir, el mayor valor, obtenido por el bien, como consecuencia de la mejora.

El supuesto contemplado en el párrafo segundo, que, ciertamente, es el que será objeto de nuestro estudio, ha merecido bastante atención de la doctrina.

Con objeto de sistematizar las cuestiones que su examen nos depara distinguiré los siguientes apartados: *a)* consideraciones generales; *b)* cuestiones referentes al solar; *c)* cuestiones referentes a la edificación; *d)* procedencia del dinero, coste de la edificación, y *e)* traspaso de la titularidad a favor de la sociedad de gananciales y su reflejo registral.

Dentro de cada uno de ellos intentaré tratar, ya que no exhaustivamente, los problemas más frecuentes e importantes que el precepto plantea.

a) CONSIDERACIONES GENERALES

1) *Naturaleza jurídica del caso planteado.*—La doctrina considera el supuesto como un caso, tal vez el único, de acción inversa y así, por vía de ejemplo, lo entienden SANZ (23), TENA MARTÍN (24), CASTÁN (25),

(20) ORENCIO TORRALBA SORIANO: "Las expensas útiles del apartado 1.º del artículo 1.404 del Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 476, págs. 93 y sigs.

(21) MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil...*, edición 1905, tomo 22, pág. 218.

(22) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *Dictámenes*, vol. II, págs. 50 y sigs.

(23) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: "Edificación sobre suelo ajeno. Sus problemas". Conferencia Ilustre Colegio Notarial de Valencia, año 1947.

(24) VALERIANO TENA MARTÍN: *Loc. cit.*

(25) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Obra citada*, 8.ª edición, tomo V, vol. I, página 276.

PUIG BRUTAU (26), RAMOS FOLQUÉS (27), CAMY (28), CHICO y BONILLA (29), LACRUZ (30) y el mismo MUCIUS SCAEVOLA (31), si bien el último con la particularidad de entender que el precepto expresado acentúa lo dispuesto en el párrafo primero, haciendo la declaración terminante de que se refiere también a los edificios construidos, llevando hasta el final el establecimiento de la comunidad en las expensas útiles, borrando así la distinción entre viña y edificio (que se establecía en el derecho anterior), aun contradiciendo un tanto el artículo 361, y MANRESA (32), que trata de fundamentar el citado párrafo segundo del 1.404 recogiendo la opinión de GARCÍA GOYENA, pero añadiendo que aunque el edificio no puede subsistir sin el suelo, tiene mucho más valor e importancia que éste, por lo que si la doctrina del Código no se conforma a los principios satisface más a la razón.

GARCÍA GRANERO (33), que lo hemos dejado para el final para referirnos al mismo con más detalle, ya que su estudio lo estimamos de los más completos que conocemos sobre el asunto que venimos considerando, dice que «la figura jurídica producida o determinada por el párrafo segundo del artículo 1.404 del Código es clara; es una inversión de la norma *accessorium sequitur principale*; es, en definitiva, una accesión al revés». El propio autor califica de «extraña institución jurídica» a la contemplada y añade: «En esta hipótesis es todo exactamente igual que en la accesión, sólo que al revés. El vuelo atrae al suelo; el terreno sigue al edificio; lo accesorio se transforma en preponderante y lo principal es subsidiario. El edificante se hace dueño no sólo de la obra (lo cual daría lugar simplemente a *ius superficies*), sino también del terreno sobre el que aquélla descansa (y esto es ya más fuerte y atrevido). Pues bien—sigue diciendo el autor citado—esto es, en definitiva, lo que dispone nuestro Código Civil en el apartado segundo del artículo 1.404. De modo que suavemente y como sin concederle importancia,

(26) JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, Ed. Bosch, 1967, tomo IV, vol. I, pág. 667.

(27) RAFAEL RAMOS FOLQUÉS: *Loc. cit.*

(28) BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CANETE: "El artículo 1.404 y las declaraciones de obra nueva", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 317, páginas 786 y sigs., y mismo autor: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, edición 1970, vol. II, págs. 596 y sigs.

(29) JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ y JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA: *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a edición, tomo II, pág. 111.

(30) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, pág. 495.

(31) MUCIUS SCAEVOLA: *Obra citada*.

(32) MANRESA: *Comentarios Código Civil*, edición 1908, tomo IX, pág. 607.

(33) JOSÉ GARCÍA GRANERO: "Edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges", *Revista Derecho Privado*, 1950, págs. 193 y sigs.

el citado artículo trastoca toda la teoría clásica y general de la accesión y construye una teoría distinta y contraria, que pudiéramos llamar de la antiaccesión o accesión al revés. El Código no se queda a medias tintas, sino que se presenta como audaz e innovador», y termina el párrafo diciendo el citado GARCÍA GRANERO: «¡Y todavía hay quien dice que nuestro Código Civil es poco original y que copia a los extranjeros! ¡Ahí está ese artículo—el 1.404—, que demuestra todo lo contrario!»

También el citado autor, siguiendo a SANZ (34), concluye que dicho precepto no tiene, ni jurídicamente ni desde un punto de vista económico, fundamento.

Disiento de tan unánime doctrina y no estoy conforme con ella, tanto en lo referente a que el precepto suponga una innovación, un cambio absoluto, sobre la accesión normal, como en que sea un precepto extraño, desencajado del ordenamiento jurídico o que carezca de todo fundamento.

Ya la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de mayo de 1952 atisbó la naturaleza y el fundamento de esta figura, al decir que la excepción está inspirada en las notas peculiares del Derecho de Familia y en especial del régimen económico-matrimonial, y la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1961, contemplando un supuesto de accesión inversa por construcción extralimitada, equipara ambos conceptos y expuso, de pasada, el siguiente razonamiento: «Sin que pueda calificarse técnicamente de accesión inversa cualquier otro supuesto y en especial el contemplado en el párrafo 2.º del artículo 1.404 del Código Civil patrio, dado que al reputar bien o cosa ganancial el edificio construido durante el matrimonio en suelo privativo de uno de los cónyuges, abonando el valor del solar al cónyuge a quien pertenezca, parte, con evidencia, de otros factores y prevé, sobre todo, la labor común de los esposos en el aspecto económico y el interés de ambos.»

Por ese camino, apuntado por la resolución y sentencia expresadas, hay que buscar la naturaleza y el fundamento al precepto.

Es más, entiendo que el artículo 1.404, 2.º, no hace sino seguir el mismo criterio que en los casos de accesión normal, con las limitaciones que le impone la especial naturaleza de Derecho de Familia y de la sociedad conyugal en el régimen económico de la sociedad de gananciales.

Recordemos que el artículo 361 concede al dueño del suelo un derecho de opción—hacer suya la obra o vender el terreno—, y recor-

(34) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: *Loc. cit.*

demos también, por lo antes expuesto, cómo tal derecho de opción quedaba sin efecto cuando por estar el solar afecto a una prohibición de disponer no era posible su transmisión, en cuyo supuesto al dueño del terreno le quedaba únicamente el derecho de hacer suya la obra y cómo, en otro sentido, en los casos de construcción extralimitada o excesiva, por imperativo de la indivisibilidad de la construcción, entre otras razones, también quebraba allí aquel principio de que la superficie cede al suelo, y la jurisprudencia, llenando una laguna legal, resolvía el conflicto de intereses no con el criterio opcional del artículo 361, sino atribuyendo la propiedad del suelo al dueño del edificio; es decir, que al concurrir circunstancias especiales o, si se prefiere, intereses en juego de diferente o superior rango que los que justifican la atribución al suelo de la condición de principal y atrayente, entonces—también en el campo de la accesión normal—se producían desviaciones y peculiaridades de sus criterios.

Pienso que algo parecido ocurre con el párrafo segundo del artículo 1.404 del Código.

No descubro nada si digo la especial repulsa o, cuando menos, recelo de nuestro Código—en el régimen de sociedad de gananciales—a los contratos entre cónyuges; la desconfianza del legislador a las donaciones encubiertas; su temor de que la voluntad de cada uno de los esposos no sea auténticamente libre, que pueda estar coaccionada o influida, y por todo ello entiendo que limita esa voluntad lo más posible, que prescinde de la libertad de opción que pregonaba el artículo 361 y de las dos posibilidades que el mismo admite—compra de edificación o venta de terreno—, el legislador optó por uno de ellos, por el de que el dueño del terreno tuviere que ceder éste a la sociedad de gananciales, ya veremos después cómo, previo o con abono del valor del suelo.

El legislador eligió, optó por la transmisión del terreno, no, como dice GARCÍA GOYENA, por razones de interés público para promover la edificación, sobre todo en las grandes capitales. Este comentarista fundamentaba el precepto diciendo que un marido se abstendría de edificar con dinero propio o común en un solar dotal (sino quizá en uno de los mejores parajes públicos) al saber que el edificio iría a poder de su mujer o de herederos extraños y que no se reputaría mejora sino lo rigurosamente gastado en edificar, y que este artículo—sigue diciendo GARCÍA GOYENA—le presenta un cebo o estímulo para que edifique, pues tiene los mismos derechos y esperanzas que la mujer para ser propietario del edificio y la seguridad de que en el caso contrario se considerará ganancia todo lo que de más valga el edificio, por cualquier género de gastos, aunque sean voluntarios o de mero recreo. Y tampoco optó el legislador por la adquisición del terreno por la sociedad

de gananciales porque la obra fuera de mayor valor—al decir de MANRESA, apostillando lo dicho por GARCÍA GOYENA—, sino fundamentalmente, a mi juicio, porque en el hecho de la edificación aparece más patente la labor común de los esposos, el aspecto económico conjunto y el interés de ambos, pues mientras la titularidad del terreno mira más a lo «mío» o a lo «tuyo», la obra mira o hace referencia a lo «nuestro».

Pienso, en consecuencia, que no se invierten los principios de accesión, sino que dada la situación familiar y el régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales, por lo que llevamos dicho y lo que más adelante expresaremos, el legislador no quiso dejar la opción del artículo 361 en el campo de la voluntariedad de los esposos y marcó, normativa u obligatoriamente, lo que había que elegir, eligiendo, optando el propio legislador por lo que estimó más acorde con la institución familiar, para evitar o soslayar esos contratos entre cónyuges, que había prohibido, y para evitar una declaración de voluntad del dueño del terreno, que para el legislador era posible o temidamente viciada.

LACRUZ (35), si bien dice que es exagerada la afirmación de RUGGIERO de que, en el Derecho de Familia, «la esfera de la libertad concedida al particular aquí es nula o mínima» y la de que «aquella autonomía de la voluntad, que en las demás ramas del Derecho Civil constituye motivo fundamental, no se aplica en ésta o sufre tan graves limitaciones, que autorizan a afirmar su desconocimiento», reconoce, no obstante, como cierto que los efectos jurídicos de los negocios del Derecho de Familia se determinan muchas veces *ex lege* y no *ex voluntate*.

Enfocado el precepto desde esta perspectiva del Derecho de Familia, vemos que se ilumina y la institución deja de parecer extraña y como absurda y sin fundamento, para encajar en el esquema mental general del Código Civil y, en particular, del régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales, y es que, como dice MÉNDEZ APENELA (36), «nuestro legislador, para deslindar los bienes gananciales y los privativos, se atiene a datos puramente objetivos y prescinde de la voluntad individual o conjunta de los cónyuges, sin dejar a través de sus normas ni el más leve resquicio para la entrada en juego de dicha voluntad. Y si se profundiza aún más, se puede ver que no sólo se prescinde totalmente de la voluntad de los cónyuges para determinar el carácter ganancial o privativo de las adquisiciones de los mismos, constante matrimonio, sino que va mucho más lejos, al conceder un valor muy relativo a la confesión de uno de los cónyuges cuando se

(35) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Derecho de familia*, ya citado, pág. 22.

(36) EDUARDO MÉNDEZ APENELA: "La compraventa con precio aplazado y la sociedad conyugal", *Revista Derecho Notarial*, núm. 71, pág. 107.

interfiere en la determinación del carácter de una determinada adquisición».

En toda esta materia, en fin de cuentas, hay que huir de enfocar sus normas con criterios de derecho privado puro, puesto que el Derecho Familiar imita, pero no reproduce exactamente los negocios correspondientes del derecho real o de crédito, puesto que en cuanto ciertos derechos vienen dados por el *status familiae*, la Ley los troquela y los impone o concede rígidamente, sin modificación posible, al decir del mismo LACRUZ (37), o, como dice ROCA JUAN (38), «el régimen de gananciales constituye un sistema organizado para determinados bienes, que pueden entrar en la dominación del consorcio familiar bajo signos objetivos determinados».

2) *El precepto que estamos examinando es de interpretación estricta.*—Al ser un precepto excepcional—que no contradice, pero sí condiciona y limita el general de la accesión—ha de ser interpretado restrictivamente o, por mejor decir, estrictamente, aplicándolo sólo a aquellos casos claramente comprendidos en sus términos. La doctrina es unánime en ello y también la jurisprudencia, y así la Resolución de la Dirección General de los Registros de 28 de marzo de 1954 lo declaró, diciendo que esta norma «debe ser objeto de una interpretación estricta y su aplicación, según señala la jurisprudencia, debe hacerse en función de las circunstancias de hecho», es decir, de aquellas circunstancias de hecho que condicionan su aplicación, sin que pueda ser objeto de interpretación extensiva y menos analógica.

De esta característica se deriva o debe derivarse que en todos los títulos en los que, de forma exclusiva o complementaria, se haga constar la existencia de edificaciones sobre bienes privativos de un cónyuge deberán expresarse, con el mayor detalle posible, todas aquellas circunstancias de hecho que provoquen o puedan provocar la aplicación o la exclusión de esta norma, tales como fecha de la edificación, descripción completa de la obra en relación con el todo de la finca, titularidad y situación del terreno (si existían antes otras edificaciones) y, en general, todas aquellas, como antes se dice, que sean relevantes para atraer o rechazar la aplicación de la norma en dicho precepto contenida, en forma que no se preste a confusión, y esta misma claridad y precisión deberá recogerse en la inscripción de aquel título, en evitación de situaciones confusas.

(37) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Derecho de familia*, citado, pág. 21.

(38) J. ROCA JUAN: "Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial", *Anuario Derecho Civil*, tomo XII, pág. 514.

3) *Examen general de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros sobre este problema.*—Examinadas las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la cuestión que nos ocupa, algunas serán objeto de una exposición o relación más detenida, pero ahora es conveniente resaltar, para el debido enfoque de las mismas, que, en general, se pronuncian sobre la posibilidad o no de que uno de los cónyuges—constante matrimonio o al concluir la sociedad de gananciales—otorgue actos de disposición sobre un bien que si originariamente era privativo suyo, del Registro, o del propio título, se deduce que se habían construido durante el matrimonio edificaciones sobre aquel bien privativo, concluyendo, normalmente, por exigir la concurrencia del otro cónyuge o de sus herederos, según los casos.

De todas las resoluciones estudiadas, la de 29 de marzo de 1954 es la más completa en orden a recoger las circunstancias de hecho que habrán de tenerse en cuenta para aplicar o no el precepto expresado.

b) CUESTIONES REFERENTES AL TERRENO O SOLAR

1) Se requiere que se trate de un terreno no edificado, sin que sea preciso que reúna la condición legal de «solar». Es imprescindible que se trate de terreno sin edificaciones o que las que existieran se hayan derruido para construir de nueva planta. Así se deduce no sólo de la expresión del precepto: «edificios construidos... EN SUELO» y de la interpretación estricta que siempre ha de darse a la norma, sino también recogen esta exigencia las Resoluciones de la Dirección, y entre ellas, la de 19 de octubre de 1900 (pues en ella, si bien se alegaba por el recurrente que la hipoteca constituida por el cónyuge viudo lo era sobre una casa que se decía reformada, resultaba que... construyendo incluso de nueva planta en el jardín), la de 21 de octubre de 1909 (por haberse construido sobre parte que antes era jardín), la de 21 de septiembre de 1911 (en la que se trataba de un edificio construido sobre dos casitas parafernales que fueron derruidas) y la de 29 de marzo de 1954, que entre las circunstancias a tener en cuenta habla de ser necesario—para aplicar el precepto—que se trate de edificaciones de nueva planta y que ocupen la totalidad del terreno.

2) Que el solar pertenezca en propiedad a uno solo de los cónyuges, con carácter de exclusivo, según se deduce del mismo precepto, que exige que el suelo sea PROPIO DE UNO DE LOS CONYUGES, y precisamente por el carácter excepcional de la norma y su interpreta-

ción estricta quedarán excluidos de su aplicación aquellos supuestos en los que el suelo sea de ámbos cónyuges, o sea ganancial, o pertenezca a uno de los esposos en proindivisión con otras personas. GARCÍA GRANERO (39) entiende que debe constar claramente esta condición de propiedad exclusiva de suelo y que no es de aplicación el precepto cuando el suelo pertenece a uno de ellos con una titularidad ambigua, es decir, sin estar totalmente acreditada esta propiedad, como sería el caso en que el terreno haya sido adquirido sin acreditarse la procedencia de dinero por el esposo propietario o con la confesión del otro de pertenecerle privativamente.

Por la misma exigencia de ser propio entiendo no es de aplicación la norma cuando el suelo no pertenezca en dominio pleno (sea propio) a uno de los esposos, y que sólo tenga un derecho sobre cosa ajena o incluso cuando al cónyuge únicamente pertenezca en nuda propiedad.

3) Es indiferente que el suelo sea privativo de la esposa o del marido. El cónyuge dueño del terreno tiene que prestar el consentimiento para la edificación, aun cuando este consentimiento solamente se «exteriorizará» y surtirá efecto al otorgar el título en el que conste la edificación, de modo tal que si se trata de un suelo privativo de la esposa deberá ésta disponer o consentir con el marido. En el caso de pertenecer el terreno privativamente al marido podrá otorgar el título de declaración de obra nueva solamente él, puesto que concurren en el mismo la titularidad del terreno y la administración de la sociedad de gananciales, e implicando la declaración de obra nueva una adquisición no precisa para ella el consentimiento de la esposa; pero, naturalmente, si la declaración se hiciera conjuntamente con un título o, mejor dicho, con un acto de disposición de la finca o de la edificación, precisaría el consentimiento de la mujer.

4) Se precisa también que el solar sea enajenable, puesto que si el terreno está afecto a una prohibición de disponer con trascendencia jurídico-real, no será posible la transmisión de aquél y, como veíamos al hablar de la accesión normal, entonces seguiría siendo privativo de su titular, quien adquiriría la edificación con obligación de indemnizar a la sociedad conyugal.

5) La circunstancia de que el suelo esté gravado, con carga que no excluya su transmisibilidad, no elimina la aplicación de la norma.

(39) JOSÉ GARCÍA GRANERO: *Loc. cit.*

c) CUESTIONES REFERENTES A LA EDIFICACIÓN

Sobre este particular dice el precepto que ha de tratarse de *edificios construidos durante el matrimonio* y de ello se deduce:

1) Que han de ser edificios propiamente dichos. MANRESA (40) decía que «la palabra edificio es nombre genérico de toda obra arquitectónica con techo construida para servir de morada al hombre o para oficinas, casinos, teatros, etc.», pudiendo añadirse que también lo serán aquellas construcciones como las fábricas, graneros, establos, almacenes y similares.

En cambio, no tienen la consideración de edificios y, en consecuencia, no provocan la aplicación de la norma los cercados, corrales de ganado, tenadas, cobertizos, hórreos, etc.

Dentro del concepto de edificio habrá de incluir todo aquello que lo integra, es decir, el conjunto que merece tal calificativo, aun cuando parte no esté techado, como los patios, corredores, pasadizos e inclusive, como luego veremos, pueden considerarse como edificio el jardín, piscinas, pistas de juego o recreo, etc., que formen un todo con aquél para su más adecuado uso.

2) El edificio que se construya ha de ocupar toda la extensión del terreno, requisito que se deduce del carácter estricto de la interpretación que el precepto merece y que indica la resolución de 29 de marzo de 1954. Claro que esta ocupación de todo el solar podrá serlo bien con edificación propiamente dicha o con los anejos que antes expresábamos. Ya SANZ (41), citado por GARCÍA GRANERO (42), lo resuelve en tal sentido diciendo: «Si la totalidad de la finca no es edificada, pero queda al servicio del edificio, por ejemplo, se construye un hotel y se destina parte de la finca a jardín, la aplicación del precepto es evidente. Mas si la parte ocupada se destina al edificio y es físicamente independiente de él, sólo será ganancial la parte edificada, pues de hecho habrá habido una parcelación de la finca, que en su día habrá de formalizar debidamente; ejemplo, se construye el edificio sobre la mitad del solar, quedando el resto apto para nueva edificación.»

El supuesto que venimos considerando nos lleva a examinar el siguiente: la construcción de edificaciones en una finca rústica de gran extensión. FLORES MICHEO (43) estudia el caso y niega que en el mismo

(40) MANRESA: *Obra citada, loc. cit.*

(41) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: *Loc. cit.*

(42) JOSÉ GARCÍA GRANERO: *Loc. cit.*

(43) RAFAEL FLORES MICHEO: "Aplicación indebida del artículo 1.404, párrafo 2.º del Código Civil", *Revista Jurídica de Cataluña*, noviembre-diciembre 1964.

tenga aplicación la norma. ALFONSO DE COSSÍO (44) también cita el caso de finca rústica en la que con objeto de facilitar su explotación se haya levantado un caserío o cualquiera otra edificación, concluyendo que la expropiación del suelo ocupado por ésta, de una parte, perjudicaría el valor total de la finca y, de otra, la utilidad del caserío aislado de ésta sería prácticamente nula, por lo cual considera el autor citado que en esos casos las edificaciones indicadas deberán ser consideradas como mejoras o expensas útiles de la finca rústica, que no dejará de tener ese carácter por el hecho de existir en la misma edificaciones.

En efecto, creo que cuando se trate de edificaciones realizadas en finca rústica que tengan por finalidad la mejor explotación o utilidad de ésta, aun cuando se trate de edificios destinados a morada de los dueños o del personal de la finca, no debe ser aplicable el precepto, ya que, en definitiva, estamos en presencia de unas mejoras de la finca, siendo los edificios algo accesorio de ella y, como dice Cossío, con una utilidad ligada a su unión con el terreno, prácticamente nula si se desconectan de la finca en la que se encuentran.

Ahora bien, en el caso de que el edificio sea algo totalmente ajeno a la explotación, independiente de ella, entonces no hay motivo para excluir la aplicación del precepto.

De todas formas entiendo que en los casos en los que el edificio no comprenda la totalidad del terreno, para hacer constar la obra nueva en el Registro es indispensable formar finca independiente con el terreno que comprenda u ocupe la edificación y ello en base del principio de especialidad o de determinación, puesto que no es posible que dentro de una finca registral existan dos titularidades distintas: una, la del edificio con el terreno ocupado por él, perteneciente a la sociedad de gananciales o, si se quiere mejor, que tiene carácter ganancial, y, otra, el resto no edificado, que será privativo del cónyuge, de cuya dualidad se deriva que podrán otorgarse actos de disposición o gravamen sobre una u otra parte, y así, podrán otorgarse y constituirse hipotecas y cualquier otro derecho real, o practicarse embargos, sobre la parte privativa y, lo mismo, independientemente, sobre la parte ganancial de la finca, lo cual es inadmisibile e improcedente. Y éste no es un supuesto teórico, sino posible y además real. Decía más atrás que existía y conocía un caso real en el que aparecía inscrita separadamente la titularidad del suelo y la del vuelo. En efecto, en el citado caso se constituyó hipoteca sobre una finca privativa de la esposa, rústica y de gran extensión, sin establecerse pacto de extensión del gravamen a las edi-

(44) ALFONSO DE COSSÍO: *La sociedad de gananciales. Tratado teórico-práctico de Derecho Civil*, tomo 50, págs. 74 y sigs.

ficaciones posteriores; se construyeron unos edificios constante el matrimonio. Impagado el crédito, ya en trámite de ejecución hipotecaria, se inscribieron las edificaciones como gananciales, en el mismo folio que la finca total, al amparo del artículo 1.404, párrafo segundo, y tales edificaciones fueron objeto de anotaciones de embargo por deudas de las que respondía la sociedad de gananciales. Así las cosas se adjudica la finca a un tercero rematante—como consecuencia de la ejecución hipotecaria—, ordenándose la cancelación de los asientos posteriores a la certificación de cargas y el Registrador—creo que correctamente—canceló todos los asientos excepto el de inmatriculación de la obra nueva y las anotaciones de embargo sobre la misma. El adquirente de la finca tiene ésta menos las edificaciones. Los edificios y la finca siguen su vida tabular independiente, y todo ello bajo el mismo folio, sin determinar realmente la parte correspondiente a unos u otros.

Considero, pues, que en el caso de que lo edificado no ocupe la totalidad del terreno se hace indispensable segregar esa parte, formar finca nueva e independiente con lo edificado, en cuanto que esta parte adquiere carácter ganancial, y ello, como hemos dicho, por aplicación del principio de especialidad, ya que, como dijo la resolución de 19 de julio de 1960, seguida por la de 21 del mismo mes, un fundamento básico de la legislación inmobiliaria lo constituye el llamado principio de especialidad, que tiende—entre otros aspectos—a evitar el confusiónismo que puede resultar del cúmulo de asientos vigentes bajo un mismo número de Registro, lo cual impediría la debida claridad que han de tener los libros registrales y que se traduce en la regla general, sancionada por el artículo 243 de la Ley Hipotecaria, de que cada finca o entidad hipotecaria aparezca inscrita bajo folio y número especial con objeto de que los terceros puedan conocer todo cuanto haga referencia al inmueble y a su situación jurídica.

Resulta incomprensible que siendo tan claro que se rechazaría la inscripción de todo acto o contrato relativo a una finca registral que no comprendiera la totalidad de la misma, sin individualizar la parte concreta a la que dicho acto o contrato se refiera, pueda o de hecho se haga constar una declaración de obra nueva que, sin comprender toda la finca, afecte a una parte de ella, y, sin individualizarla, queden en un mismo folio registral una parte privativa del cónyuge y otra perteneciente a la sociedad de gananciales, con una tan clara vulneración del principio de especialidad.

3) El edificio construido ha de ser de nueva planta, es decir, totalmente «construido», quedando así fuera de la norma examinada aquellas edificaciones que constituyan ampliaciones de un edificio exis-

tente o incluso las que se hayan realizado sobre las ya iniciadas, bien por el cónyuge propietario o por sus antecesores en la propiedad, puesto que en tal caso la edificación concluida no podrá adquirir ya la condición de ganancial. Entre estas ampliaciones es fácil declarar la no aplicación de la norma cuando se trata de edificación ampliada en altura, pero no lo es tanto cuando se trata de ampliación horizontal adosada a edificio ya existente, en cuyo caso habrá que atender a la circunstancia de si la «nueva» edificación, adosada a la precedente, sirve para ampliar aquélla o si se trata de algo independiente, nuevo y distinto de lo ya existente.

La condición de edificación de nueva planta se deduce de las resoluciones anteriormente citadas, como las de 19 de octubre de 1900, 30 de mayo de 1901 (ésta contemplando el mismo caso que la anterior, entre las mismas personas y sobre la misma finca), 21 de octubre de 1909, 21 de septiembre de 1911 y, finalmente, la de 29 de marzo de 1954, expresivas del carácter de ganancial del edificio construido de nueva planta en la parte que antes era jardín, sobre un edificio previamente derruido, sobre el solar ocupado por dos casitas antes destruidas con antelación a la nueva construcción o exigiendo expresamente que lo edificado sea de nueva planta, que ocupe la totalidad del suelo y que no se trate de una ampliación de un edificio ya existente.

4) Para que se produzca la aplicación del precepto, el edificio ha de estar «construido», es decir, «terminado», durante el matrimonio.

De tal exigencia se deduce que si ha sido comenzado durante el matrimonio o constante matrimonio y se termina después de disuelto el mismo o de concluida la sociedad de gananciales, no es de aplicación el precepto y tampoco, como antes veíamos, si el edificio fue comenzado antes del matrimonio, aun cuando se terminara durante el mismo.

En los casos de separación, si es de mero hecho o de derecho, no nos detenemos por entender que en el caso examinado no son distintos los presupuestos, las circunstancias y las conclusiones que en las demás adquisiciones de bienes gananciales o privativos en referida situación matrimonial, si bien insistimos en la exigencia de que el edificio debe ser comenzado y terminado constante matrimonio y vigente la sociedad de gananciales.

Ahora bien, ¿cuándo se entiende terminado el edificio? BONILLA (45) se pregunta si esto podrá considerarse al cubrir aguas, cuando los diferentes departamentos del edificio estén individualizados, cuando los mismos estén provistos de los servicios y pormenores necesarios para

(45) JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA: "Caso práctico", *Boletín Colegio Registradores*, núm. 54, pág. 18.

su utilización normal o, finalmente, cuando estén terminados de una manera absoluta, plena y definitiva. En materia de Viviendas de Protección Oficial hay una exigencia de la constancia de la terminación de la obra—artículo 97 y siguientes del Reglamento vigente—, pero en los demás supuestos, a falta de esta disposición reglamentaria, habrá de estarse al dato o datos que figuren en los documentos relativos a la edificación o a las circunstancias concretas del caso.

Lo cierto es que, a mi juicio, mientras el edificio no esté terminado no tiene lugar el cambio de titularidad del suelo—de privativo en ganancial—, lo cual trae como consecuencia que mientras ello no ocurra, los negocios jurídicos de disposición o de gravamen de aquél deberán ser otorgados con los requisitos y en la forma que para los bienes privativos procedan, y que cuando se produzca el cambio de titularidad, al terminarse el edificio habrá de estarse a su nueva condición de gananciales, lo cual tiene mucha importancia, sobre todo cuando se construye en bien privativo de la esposa, puesto que «pendiente la edificación» no serán anotables sobre la finca embargos por deudas del marido o de la sociedad de gananciales y, en cambio, lo serán cuando el edificio se haya terminado y se efectúe el cambio a ganancial del terreno y edificación.

El propio BONILLA (46) contempla el caso de construcción de Viviendas de Protección Oficial sobre solar propio de la esposa, planteándose el problema de que mientras para iniciarlo sería promotora la mujer, al terminar el edificio tendría carácter de ganancial, inclinándose, como solución práctica, por la de que fuera el marido el promotor con el consentimiento de la mujer, que sería la que mejor encajaría con el párrafo segundo del artículo 1.404 del Código.

Los problemas que la «terminación» del edificio provoca se agravan porque, salvo en el caso ya expresado de Viviendas de Protección Oficial y ahora en muchas construcciones, debido a la concesión de créditos y necesidad de declarar la obra nueva para constituir la propiedad horizontal y vender los pisos, la declaración de obra nueva no se hace coetánea a la edificación, sino que muchas veces se otorga con carácter autónomo, constituyendo por sí sola una declaración de voluntad encaminada a reflejar en el Registro dicha obra, mucho después de haber sido realizada la construcción, o, lo que es todavía más frecuente, aparece documentada sólo como un elemento más en un complejo negocio jurídico al tratar de rectificar la descripción del inmueble al que aquél se refiere, acomodándolo a la realidad, generalmente con motivo

(46) JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA: *Boletín* citado, págs. 17-18.

de la enajenación de la finca, por actos *intervivos* o *mortis causa* o al gravarla.

Todo lo que llevamos dicho, y vista la trascendencia de la edificación, de sus características, de su terminación, de la época o tiempo en que se ha construido, etc., nos lleva a ver hasta qué punto es conveniente, y muchas veces necesario e imprescindible, cuidar al máximo la redacción de los títulos en los que se comprende la existencia de tal edificio, no sólo para que de momento ingrese en el Registro, sino en orden a que en el futuro, en particular cuando se vaya a enajenar o gravar esa finca, o, después, al liquidar la sociedad de gananciales, aparezca en forma totalmente clara la naturaleza jurídica de la finca. De aquí que, por igual motivo, insista en la necesidad de extremar el celo en la calificación sobre tales circunstancias, negando el acceso al Registro—mientras no aparezca claro—si la obra declarada es o no de nueva planta; si se trata de edificio independiente con virtualidad propia o simplemente de una ampliación de lo ya construido; si se ha comenzado y terminado durante el matrimonio; si ocupa la totalidad del terreno o, en otro caso, se ha efectuado la individualización de la parte ocupada por el edificio, y, en general, cuantas circunstancias han de tenerse en cuenta para calificar de privativa o de ganancial la finca con su edificación.

Naturalmente que, como se deduce de lo que llevamos dicho, en los supuestos en los que—cada día más frecuentes—se solicita la inscripción de la obra nueva comenzada o en proyecto, en el supuesto de que se trate de obra que está realizándose o va a realizarse sobre suelo privativo de uno de los cónyuges, habrá que efectuar la inscripción con tal carácter de privativo, ya que solamente cuando se termine tendrá carácter ganancial. En estos casos, si bien la terminación de obra—cuando haya sido inscrita comenzada o en proyecto—se hace constar por medio de nota marginal, teniendo en cuenta que implica un cambio de titularidad de la finca con todas las consecuencias, entiendo que debe ser objeto de una nueva inscripción.

d) PROCEDENCIA DEL DINERO, COSTE DE LA EDIFICACIÓN

El Código Civil no dice que la edificación se haya hecho a costa del caudal común o ganancial, pero la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo que para aplicar el precepto tiene que haber sido construido el edificio a cargo de la sociedad de gananciales, aun cuando no lo entendiera así GARCÍA GÓYENA, que hablaba de «edificar el marido con dinero propio o común»; pero se deduce lo dicho sobre la nece-

sidad de ser ganancial el coste de la construcción de la sentencia de 24 de mayo de 1932, entre otras, y de la resolución de 29 de marzo de 1954, y ello no sólo por el contenido del párrafo primero del artículo 1.404, sino de otros preceptos del Código; así, del artículo 1.368, que contiene una disposición específica para el abono de las expensas y mejoras hechas por el marido en los bienes dotales inestimados, concediéndole la condición de poseedor de buena fe, disposición que es aplicable—por lo dicho en el artículo 1.391 del propio Código—a los bienes parafernales cuya administración hubiera sido entregada al marido.

No existe una disposición similar para los bienes privativos del marido (en realidad, huérfanos de regulación en nuestro Código) y tampoco respecto de los parafernales cuya administración no hubiera sido entregada al esposo, pero es lógico que siempre que se trate de aplicar el párrafo segundo del artículo 1.404 tenga que concurrir la circunstancia de que el coste de la edificación haya sido sufragado por la sociedad de gananciales.

Creemos que no basta con la construcción del edificio a costa del caudal común, sino que ha de tratarse de una inversión voluntaria de caudales comunes, y de aquí que considere indispensable el consentimiento de ambos cónyuges.

En los casos que el edificio se haya construido por persona distinta a los cónyuges, en virtud de acuerdo con el propietario del solar (casos de permuta del solar por edificio o parte de edificio futuro, aportación por el cónyuge propietario del solar a una comunidad de constructores o a una sociedad, etc.), no tiene tampoco aplicación este precepto y lo construido es privativo del cónyuge propietario del terreno.

Tampoco es ganancial el edificio si su coste no ha sido sufragado íntegramente por la sociedad de gananciales.

No nos detenemos en los casos de construcción de edificio con dinero privativo del cónyuge dueño del solar o del otro, a los cuales no se aplica la norma que venimos examinando, como tampoco podemos detenernos en la prueba del carácter privativo del dinero de la construcción, aseveración del otro consorte de tal condición de privativo del dinero, valor de su confesión, medios de probar la propiedad exclusiva del dinero empleado en la construcción, etc., por entender que son los mismos supuestos que se presentan en la adquisición a título oneroso, durante el matrimonio, de otros bienes, y que su inscripción se producirá tanto en esas adquisiciones como en el caso específico de la obra nueva, de conformidad con el artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

Si la construcción se efectúa con dinero procedente de préstamo hecho al cónyuge propietario del terreno, bien de la propia sociedad de gananciales, del otro consorte o de un tercero, y bien con garantía personal del deudor, del otro cónyuge o con garantía real sobre la finca de que se trate, tampoco se aplica el párrafo segundo del artículo 1.404, pero no nos detenemos en su examen, ya que tales casos no son distintos que los que provocan cuando de adquirir bienes mediante compra con dinero procedente de esos préstamos se trata.

También aquí—como en las demás adquisiciones onerosas durante el matrimonio—se produce la *vis* atractiva de la sociedad de gananciales, al amparo del artículo 1.407 del Código Civil.

e) TRASPASO DE LA TITULARIDAD A FAVOR DE LA SOCIEDAD
DE GANANCIALES Y SU REFLEJO REGISTRAL

El Código Civil oculta pudorosamente—acaso pensando en la prohibición de venderse bienes entre los cónyuges que el mismo plasma en el artículo 1.458—el término venta o cesión, limitándose a decir «abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca».

El Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de mayo de 1905, declaró que, desde luego, durante el matrimonio tienen legalmente el carácter de gananciales los edificios construidos en suelo propio de uno de los cónyuges, pero que disuelta la unión ese edificio resultará o no ganancial, según el resultado que arroje la liquidación de la sociedad conyugal, pues en esa época sólo cabe hablar de gananciales cuando pagados los socios y los acreedores quede algún sobrante para repartir.

La Dirección General, en resolución de 21 de septiembre de 1911, dice que la edificación debe estimarse como ganancial, pero no así el solar mientras no conste abonado el importe a la primitiva dueña. Se trataba en tal resolución de una hipoteca constituida por marido y mujer sobre un terreno perteneciente privativamente a ella y a la edificación levantada sobre el mismo, y se denegó la inscripción en base a que no se distribuyó la responsabilidad hipotecaria entre el suelo y el vuelo.

De lo expuesto parecería deducirse que hasta que no tenga lugar la liquidación de la sociedad de gananciales y, consiguientemente, hasta que no sea abonado al cónyuge propietario el valor del suelo no se produce el cambio o traspaso de la titularidad, lo que también opina ROCA SASTRE, citado por GARCÍA GRANERO (47).

Entiendo que la doctrina que se desprende de la jurisprudencia citada

(47) JOSÉ GARCÍA GRANERO: *Loc. cit.*

obedece a un confusionismo entre bienes gananciales y «ganancias o beneficios». Confusionismo que, según LACRUZ (48), ha llevado a autores como SÁNCHEZ ROMÁN y MANRESA a afirmar la existencia de un doble concepto de bienes gananciales: unos, constante matrimonio (los enumerados en los artículos 1.401 y siguientes del Código) y, otros, disuelto éste (en cuyo momento sólo lo serían el exceso sobre las aportaciones de los cónyuges).

Bienes gananciales existirán y serán todos los que tengan tal carácter durante el matrimonio y lo seguirán siendo aun cuando, al liquidarse la sociedad de gananciales, tengan que aplicarse a pagar las aportaciones de los cónyuges o las deudas de la sociedad, lo que tendrá lugar precisamente por su condición de bienes comunes o consorciales del matrimonio, aun cuando este destino o dedicación a abonar las cargas y obligaciones de la sociedad provoque el que no quede beneficio partible.

En este caso, por aplicación de lo dicho, entiendo que la terminación de la edificación hace que el inmueble (suelo y edificación) quede sujeto al régimen de los bienes gananciales, perdiendo la cualidad de privativo del cónyuge el terreno sobre el que se edificó. Basta la terminación de la obra para que, por ministerio de la Ley, se opere este cambio, como declararon las resoluciones de la Dirección de 15 de julio de 1918 y la de 19 de octubre de 1900, que dijo que «según esta doctrina, es evidente que dicha casa ha pasado a ser ganancial por ministerio de la Ley y como tal debe reputarse para todos los efectos del Registro, sin necesidad de que previamente se haga constar en el mismo esta cualidad, toda vez que constando en la referida inscripción que se ha construido de nueva planta y que dicho titular estaba casado resulta del propio Registro la cualidad de ganancial».

Las repercusiones registrales de esta adquisición del carácter de ganancial por ministerio de la Ley son las que se derivan de lo dicho: que basta que resulte del Registro y/o del título presentado que sobre un bien privativo de uno de los cónyuges se ha construido, a cargo de la sociedad de gananciales, un edificio de nueva planta para que la finca se considere ganancial y, en consecuencia, sea preciso el consentimiento del otro cónyuge, constante matrimonio o de sus herederos, caso de su fallecimiento, para poder inscribir cualquier acto o contrato referente a dicha finca.

Otra cosa distinta es la constancia registral de ese traspaso de titularidad.

(48) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Derecho de familia*, citado, pág. 477.

SANZ (49) entiende que en el supuesto de edificación en suelo privativo a costa del caudal común no procede hacer una nueva inscripción a nombre de la sociedad de gananciales, ya que el carácter ganancial resultará o bien de una afirmación de que el dinero invertido en la construcción es ganancial o bien del silencio absoluto sobre este punto, supuesto este último que es el normal en la práctica. En idéntico sentido, BONILLA (50) dice que la inscripción de obra nueva, aunque se haga a favor de ambos cónyuges, no deberá alterar la titularidad del solar que aparece en la inscripción anterior ni constatar que por ministerio de la Ley se produce el cambio, y da como razones este autor últimamente citado que el Registrador, al extractar el título presentado, recoge solamente lo que él diga y, normalmente, los títulos declarativos de una obra nueva no suelen concretar que provocan una accesión invertida y que pues la Ley establece que en determinadas condiciones se ha producido el cambio de naturaleza de los bienes (de parafernales en gananciales), no se requieren mayores especificaciones.

No estoy de acuerdo. Si los títulos declarativos de obra nueva no especifican ni concretan el cambio de titularidad, debían hacerlo, y aun cuando la Ley exprese el cambio de naturaleza, ello no debe ser obstáculo para que sea necesario recoger en la inscripción esta mutación. Estimo que es práctica viciosa cuando se inscribe una obra nueva (en el supuesto del precepto examinado) limitarse a hacer constar en la inscripción la titularidad de «la obra nueva» a favor de ambos cónyuges para la sociedad conyugal, sin ninguna referencia al terreno sobre el que la misma se asienta, pues al hacerlo así resultará, ciertamente, que, desde el punto de vista hipotecario, el terreno seguirá inscrito a nombre del anterior titular, sin haberse operado el cambio registralmente, aun cuando exista una Ley que lo disponga, lo que dará lugar, de ser consecuentes, a dificultades a la hora de anotar o inscribir actos y contratos sobre el conjunto de la finca, suelo y edificio o a prescindir del normal juego de los principios hipotecarios.

Considero que en estos casos lo procedente hipotecariamente es inscribir a favor de los dos esposos para la sociedad conyugal y sin atribución de cuotas la finca como tal (suelo y vuelo), al haberse operado la transmisión en cuanto al suelo por ministerio de la Ley y, en cuanto al vuelo, por la construcción, pero a efectos de inscripción, en definitiva, por la edificación, a costa del caudal común, sobre el terreno de uno de los cónyuges.

(49) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: *Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad*, Publicaciones Centenario Ley Notariado, vol. I, pág. 283.

(50) JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA: *Boletín* citado, pág. 18.

El cónyuge dueño privativamente del suelo frente a tercero no tiene ningún derecho real, ni una reserva autenticada o cualquier forma de garantía real, del importe del terreno. CAMY (51) parece sostener lo contrario. El único derecho del propietario del solar es personal a que le sea abonado el valor del mismo al liquidarse la sociedad de gananciales—si no lo hubiera sido antes—, siendo intrascendente, a efectos hipotecarios, el momento en que se haga la valoración (al operarse el cambio o al liquidarse la sociedad de gananciales), personas que deben hacer la valoración o el momento de ser abonado. La mujer podría pedir o exigir la constitución de hipoteca legal sobre esa finca u otras para garantizar el importe del terreno o incluso exigir ésta como condición previa a prestar su consentimiento para el otorgamiento de la declaración de obra nueva y su consiguiente inscripción, según los artículos 168 y 183 de la Ley Hipotecaria.

Un argumento más de la necesidad de la constancia registral de este traspaso de titularidad del suelo—de privativo en ganancial—es que la sociedad de gananciales adquiere el terreno con todas las limitaciones, condiciones, cargas y gravámenes inscritos de naturaleza real que consten en los asientos registrales del mismo, que, naturalmente, pasarán a afectar a la finca en su nueva descripción o situación objetiva, de lo cual se deduce también la necesidad de que, como antes decía, se individualice la parte edificada en el supuesto de que no ocupe toda la superficie de la finca.

Finalmente, dentro de este último apartado del cambio de titularidad, hacemos una referencia al problema de si la destrucción del edificio—constante matrimonio—provocará que el suelo sobre el que el mismo se asentaba recobre la titularidad originaria de bien privativo de uno de los cónyuges.

GINÉS CÁNOVAS (52) dice que, en un coloquio del Centro de Estudios Hipotecarios, JUAN JOSÉ BENAYAS sostuvo la opinión afirmativa, es decir, que en caso de destrucción del edificio, desaparecida la razón del cambio, el suelo recobraba su condición de bien privativo. El supuesto, a mi entender, es dudoso, más que por razones jurídicas, por argumentos de equidad; pero, a pesar de todo, me inclino por la subsistencia del carácter ganancial del terreno, que, por lo que antes dije, figurará en el Registro inscrito así, sin que le afecte la destrucción o desaparición del edificio, de modo que aun cuando se haga constar

(51) BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. II, pág. 609.

(52) GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO: "Relaciones económico-matrimoniales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 430-431, pág. 171.

en el Registro esa desaparición, el suelo continuará inscrito como ganancial. En el caso de seguir la opinión de SANZ (53) y de BONILLA (54), que anteriormente indico, al no haberse operado registralmente el cambio de titularidad del suelo, automáticamente que se hiciera constar en el Registro la desaparición del edificio quedaría inscrito el suelo a favor de su privativo dueño.

Termino este estudio, en el que he procurado examinar y resolver problemas que la accesión invertida plantea. He seguido o intentado seguir la moderna orientación de la jurisprudencia de problemas. Ha quedado superado, al parecer, el viejo dogmatismo de la jurisprudencia de conceptos y actualmente se rechaza cualquier tipo de solución general, puesto que las soluciones, en realidad, solamente son válidas para el caso concreto. La jurisprudencia de conceptos, que fue sustituida por la jurisprudencia de intereses, ha quedado superada por la jurisprudencia de problemas, de la que Díez PICAZO, entre los juristas actuales, es vivo representante. La jurisprudencia de problemas no abandona ni hace caso omiso de los intereses en juego y tampoco de los conceptos o principios dogmáticos de la institución o relación jurídica contemplada. Es verdad que el Derecho de esta manera se hace minucioso y casuístico, al contemplar cada supuesto aisladamente, pero este casuismo es lo que nos lleva a examinar la realidad jurídica en toda su rica complejidad. He presentado bastantes casos o problemas, pero tengo el convencimiento de que el supuesto concreto que se nos presente no habrá sido previsto ni estudiado y precisamente esta exigencia de tener que resolver siempre casos distintos constituye la servidumbre y, a la vez, la grandeza del jurista práctico.

Si, como dijo la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, «en materias tan difíciles y complicadas, en que vienen a jugar todas las instituciones sociales, nadie, por grandes que sean sus esfuerzos, puede confiar en su trabajo», añadiendo que «bastante gloria es la de emprenderlo y llevar una piedra a la grande obra de la regeneración del Derecho», yo, sin confiar en absoluto en mi trabajo, me conformo con aportar un grano de arena a un edificio construido en suelo ajeno.

CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO
Registrador de la Propiedad

(53) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: *Los bienes gananciales...*, cit., pág. 283.
(54) JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA: *Boletín* citado, pág. 18.