

El artículo 1.404 del Código civil y las declaraciones de obra nueva

EL PRECEPTO Y SU FUNDAMENTO

Se determina por el artículo 1.404 del Código civil, que «Las expensas útiles, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipaciones de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer, son gananciales.

Lo serán también los edificios construídos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca.»

El precedente inmediato de este artículo lo encontramos en el 1.325 del Proyecto del Código civil de 1851, con cuya doctrina concuerda íntegramente. Y de una manera mediata, deriva a su vez de la Ley 32, del Título XI, de la Partida 4.^a, y de las Leyes 3.^a y 9.^a del Título IV, del Libro III, del Fuero Real.

No nos interesa el contenido de la Ley 32, de la Partida 4.^a, por referirse a las expensas efectuadas por el marido en bienes dotales de la mujer, cuya doctrina sirve de antecedente al contenido del artículo 1.368 del Código civil y al del párrafo 1.º del 1.404, del que no vamos a tratar en el presente trabajo, pero sí tiene mucho interés para el estudio de la doctrina sentada en el párrafo 2.º de este mismo artículo 1.404, las dos disposiciones del Fuero Real a que antes he-

Según Ayora, citado por Mucius Scaevola, por la Ley 3.^a se dispone, que en el caso de plantarse viñas en tierras del marido o de la mujer, se abonará al dueño de la tierra la estimación de la misma al tiempo en que hubiesen sido plantadas, dividiéndose la viña entre el marido y la mujer. Estableciendo, por el contrario, la Ley 9.^a, que el marido o la mujer en cuya tierra se edificase una casa, horno o molino, la haría suya, pero abonando al otro cónyuge la mitad de lo gastado en la edificación.

Nuestro artículo 1.404, ha conservado la doctrina de esas dos leyes en los dos párrafos de que consta, pero cabiendo el orden de su aplicación, ya que aplica ahora a los edificios el principio de la Ley 3.^a, mientras que las plantaciones de viñas quedarán sometidas al párrafo 1.^o, lo que obliga a regular estas últimas por la doctrina general sobre la accesión en los bienes inmuebles, aunque reconociendo a la sociedad de gananciales un crédito contra el dueño del terreno, por el valor de las expensas útiles en él efectuadas.

Nos basta lo expuesto para entrar en el juicio crítico que ha merecido, y merece, esa norma, por la que se regula una excepción al principio general de la accesión sentado por el mismo Código en los artículos 358 y 361 (que serían los aplicables, de no existir ese párrafo 2.^o), y en este punto fué Goyena el iniciador de un juicio favorable, al que se han adherido con posterioridad la mayoría de los civilistas, cuando expresó: «Fúndase la excepción, en consideraciones de interés público para promover la edificación, sobre todo en las capitales y grandes poblaciones...» Llegando aún más lejos Mauresa, pues dice: «Añadamos una consideración; aunque el edificio no pueda subsistir sin el suelo, tiene siempre mucho más valor e importancia que éste, por lo que, si la doctrina no se conforma con los principios, satisface más a la razón.»

El razonamiento de Goyena es más aparente que real; suponemos que las mismas edificaciones se habrían efectuado sin ese precepto, que con él, dado que no ha llegado a formar parte del acervo jurídico del «hombre de la calle», como cualquier profesional tiene ocasión de comprobar; pero aun en el supuesto contrario, sería indiferente en los casos de matrimonios con descendencia legítima y aun respecto a los carentes de descendencia, no se requiere ser muy malicioso para suponer que sólo se tratará de conseguir su aplicación cuando el solar sea de la esposa.

Pasando del terreno de las suposiciones económicas al del derecho

en sí, nos parece acertada la opinión de Mucius Scaevola al manifestar : «Puede estimarse que el Código, al romper en esta parte con los antecedentes y hasta con los principios generales de la accesión, extrema demasiado la teoría a que responde la doctrina general del artículo 1.404, pues no hubiera habido inconveniente en mantener el antiguo criterio en cuanto a los edificios, y de reformarlo, quizá hubiese sido más lógico hacerlo igualando las condiciones de la viña y del edificio en el sentido de corresponder en todo caso al cónyuge dueño del suelo, sin perjuicio de la indemnización correspondiente por la mitad del valor de la mejora.»

Las alabanzas de Manresa, a este criterio del párrafo 2.º, se fundan en distinto criterio, cual es el de que el suelo debe ceder al edificio, por ser éste de superior valor, no haciendo otra cosa con ello que ser constante con el criterio que en ese sentido sostiene al comentar la doctrina general sobre la accesión del artículo 359. Por tanto, si se estima que en la accesión de edificios deberá ser el suelo lo accesorio, atribuyéndose el mismo al dueño del edificio, se considerará acertado el criterio del artículo que comentamos, no por él en sí, sino porque, aunque en forma de excepción, coincide con el criterio que se ha estimado como más acertado para regular la accesión que consista en nuevas construcciones.

Esta postura nos obliga, aunque sea brevemente, a defender el criterio del Código en materias de accesión. Por ello y aun reconociendo lo acertado de Manresa al sostener que la regla general será la de un mayor valor del edificio respecto al suelo, no creemos que ese razonamiento sea bastante para sostener un criterio sobre la accesión distinto al tradicional del Derecho romano, sintetizado en el clásico aforismo «*aedificium solo cedit*», fundándonos para ello en las siguientes razones :

1.ª Las fricciones innecesarias entre el derecho legislado y el aplicado van siempre en perjuicio del primero y revelan, en la generalidad de los casos, una defectuosa redacción de la norma. Por ello, si en la mayoría de los supuestos que puedan plantearse nos encontramos con que el edificante es el dueño del suelo, y si además resulta más fácil el probar la propiedad del suelo que la de los materiales, ¿por qué ha de considerar la Ley como supuesto general el de que el propietario lo es el edificante y como excepción el de que el dueño lo es el del suelo? ¿No causará mayores trastornos en la vida jurídica el que se exija como prueba fundamental la de que se es propietario de

lo edificado que, por el contrario, la de que se es dueño del suelo sobre el que se edifica?

2.ª El Derecho debe de rehuir cualquier posible amparo de actuaciones realizadas con mala fe, aunque este amparo sea sólo mediante establecimiento de presunciones «juristamtum», y siendo siempre tan difícil la prueba concreta de la existencia de la mala fe, ¿no se facilitaría el despojo de la propiedad presumiéndose que el que edifica lo hace de buena fe en terreno propio, en vez de sentar el principio contrario, de considerar lo edificado en terreno propio como ejecutado de buena fe y con materiales propios, con lo que además se estaría conforme con la generalidad de los casos que se plantean en la vida real?

Fuera ya de la doctrina sustentada por el precepto comentado, podemos hacerle al mismo algunos reproches de orden técnico o de desarrollo. Al sentarse una doctrina general podrá prescindirse, en parte, de dictar preceptos complementarios que la completen y precisen, pero al establecerse un caso de excepción es indispensable delimitar con toda precisión su alcance a fin de evitar las oscuridades y defectos que puede llevar consigo su interpretación por no poderse precisar cuándo es aplicable la regla general y cuándo la excepción. Y el párrafo 2.º del artículo 1.404 adolece en forma tal de ese defecto que, sin agotar las dudas que motiva su aplicación, son numerosas las planteadas por la doctrina y las resueltas por la jurisprudencia, que arrojan una proporción mayor que en otras instituciones, si consideramos que en la inmensa mayoría de estas edificaciones la existencia de descendientes en el matrimonio evita el planteamiento de litigios, ya que prácticamente les conduce al mismo resultado, el adquirir esos derechos en uno u otro orden, puesto que en definitiva se va a suceder en la totalidad de los mismos.

PROBLEMAS CIVILES QUE PLANTEA

Giran casi todos los problemas que suscita este párrafo 2.º en la esfera civil en torno a dos cuestiones fundamentales, como son la de determinar a qué edificios se refiere y si es o no aplicable el precepto, con independencia de la procedencia del metálico invertido en la edificación, y a su vez dentro de cada uno de ellos, se requiere una

nueva clasificación con la finalidad de recoger el mayor número posible de problemas que el mismo pueda plantear.

A) *Edificios a que se refiere*

En el primer grupo hemos de estudiar, necesariamente, las tres cuestiones siguientes: Determinación de si es aplicable a toda clase de edificaciones, aunque no sea la construcción total de un edificio. Sí lo será a todos los edificios, tengan o no la consideración de fincas urbanas. Y si dentro de su doctrina tendremos que estimar comprendidos los susceptibles de transporte a un nuevo solar, como las modernas casas prefabricadas.

Evidentemente no son términos susceptibles de confusión, aunque puedan recaer todos sobre una misma realidad física, los de edificar, reparar y mejorar; pero también es cierto que al aplicarlos, en la práctica no encontramos una línea clara de separación entre ellos.

El número 3.º del artículo 1.408 considera como de cargo de la sociedad de gananciales «las reparaciones menores o de mera conservación, hechas durante el matrimonio, en los bienes peculiares del marido o de la mujer», mientras que respecto a «las reparaciones mayores» declara que «no serán de cargo de la sociedad», y ante la dificultad de decidir cuándo una reparación sea de una o de otra clase, creemos que nos debe de servir de criterio diferenciador el sentido por el legislador en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946.

Se expresa en el artículo 136 de esta última Ley que «las reparaciones necesarias, a fin de conservar la vivienda o local de negocio arrendado en estado de servir para el uso convenido...». Con esta frase tenemos, a nuestro juicio, una definición de lo que deba entenderse por reparaciones de mera conservación. Estas reparaciones, al ser una carga de la sociedad de gananciales, no podrán entrar en ningún momento dentro del supuesto del párrafo 2.º del artículo 1.404.

La misma Ley de Arrendamientos, en su artículo 145, se refiere a aquellas reformas que contribuyan a la higiene, salubridad o a la comodidad de sus ocupantes, todas las cuales tienen como denominador común el de que con ellas no se altera el número de viviendas, limitándose a «mejorar» las existentes. Y estas mejoras, así como las «reparaciones mayores» (con las que muchas veces se confundirán).

no serán de cargo de la sociedad, según determinaba el precepto antes expuesto, pero tampoco caerán dentro del supuesto contenido en el párrafo 2.º del artículo 1.404, sino que, por el contrario, entrarán de lleno en el párrafo 1.º de ese mismo artículo, siempre que se den los demás requisitos en él expresados, y habrá que considerarlas como un crédito de la sociedad de gananciales contra el cónyuge dueño del edificio en que se efectúen.

Las mejoras de puro lujo o mero recreo están huérfanas de toda regulación. Ni son obligaciones de la sociedad, según el artículo 1.408, ni las recoge de una manera expresa el 1.404. Mucius Scaevola cree que corresponden al dueño del inmueble, como establece para el poseedor de buena fe el artículo 454; mientras que Manresa, con criterio de superior equidad, estima que ningún cónyuge debe beneficiarse a costa de la sociedad y, por tanto, deberán entenderse que están comprendidas, de una manera implícita, en el párrafo 1.º del repetido artículo 1.404, a cuya opinión nos adherimos.

Nos queda por tratar de un último grupo de mejoras, que son aquellas que consistan en la elevación de una nueva planta a un edificio, o en la construcción de un nuevo cuerpo o dependencia contigua al edificio preexistente, siempre que el primitivo edificio perteneciera a uno solo de los cónyuges.

Manresa sigue un distinto criterio para esos dos supuestos, ya que no estima aplicable el párrafo 2.º a los aumentos o elevaciones de pisos, con lo que de una manera indirecta los califica de expensas útiles, comprendidas en el párrafo 1.º, mientras estima que se rigen por el párrafo 2.º los cuerpos o dependencias construídos lateralmente al edificio anterior, y aun cuando nada dice sobre los motivos que le inducen a este criterio dispar, parece deducirse que se basa para ello en que de estas dos clases de edificaciones parciales sólo las segundas se llevan a efecto de una manera directa sobre el suelo; y como el párrafo 2.º del citado artículo 1.404 expresa de una manera tajante y como requisito ineludible el que la edificación se construya «en suelo propio de uno de los cónyuges», y como esto no ocurre con la elevación de nuevos pisos, ya que tendrán que apoyarse directamente sobre otras plantas inferiores, faltará uno de los supuestos exigidos por el citado párrafo, lo que obliga a considerarlos comprendidos en el 1.º

Sentimos disentir de tan docto civilista, puesto que ese criterio de estricta adherencia al suelo, si bien apoya con un razonamiento más nuestro criterio similar en lo referente a las elevaciones de nuevas

plantas, nos llevaría a conclusiones contrarias a todo principio jurídico si tratásemos de aplicarlo a las construcciones laterales añadidas a un edificio, ya que sin necesidad de ningún conocimiento jurídico se comprende fácilmente que no podrá darse igual tratamiento a un edificio construído sobre un jardín o patio de otro edificio, realizado de forma que permita un aprovechamiento plénamente independiente del primitivo, a cuyo lado se construyó, que a aquellos otros, que si bien se han edificado sobre un suelo análogo a los anteriores, sirven únicamente a las necesidades del jardín, o han sido construídos para fines de recreo, o asimismo a aquellas construcciones consistentes en la ampliación lateral de las naves de una fábrica, con la cual están en comunicación y respecto a la que tienen una relación de dependencia y con un destino idéntico a la misma, ya que unas edificaciones serán independientes de la primitiva, mientras que las otras no podrán tener vida separada de ella.

Es, por tanto, el criterio de dependencia el que nos dará la pauta para la determinación de si debemos aplicar uno u otro de los dos párrafos del referido artículo; pero como este criterio es también el básico para la solución del segundo de los problemas que enunciamos, nos remitimos a lo que después decimos sobre él, y dándolo ahora por sentado, podríamos terminar el presente con las tres siguientes conclusiones: 1.ª Las nuevas elevaciones, debido al criterio de no estar adheridas de una manera inmediata al suelo y al de depender del edificio anterior, deberán considerarse como expensas útiles, regidas por el párrafo 1.º de ese artículo. 2.ª Las edificaciones contiguas a otras, pero que sean susceptibles de aprovechamiento separado por su naturaleza y por el fin para el que han sido construídas, se regirán por el párrafo 2.º y tendrán el carácter de gananciales, cual si se tratase de edificios independientes; y 3.ª Las de la misma clase, que por su naturaleza o destino no estén destinadas a un uso separado del de la edificación anterior, las consideraremos como expensas útiles, regidas por el párrafo 1.º, como demostraremos al tratar del supuesto siguiente.

El segundo de los problemas que planteaba el grupo primero consistía en determinar si era posible aplicar la doctrina contenida en el párrafo 2.º a todos los edificios, tengan éstos o no la consideración de fincas urbanas, el cual queda englobado ahora con el número 3.º anterior, ya que hemos de precisar si una construcción dependiente de

otra, o de una explotación agrícola, deberá ser comprendida en ese párrafo y tendrá por tanto la característica de ganancial.

En sentido gramatical se considera como edificio toda obra o fábrica construída para la habitación o para otros usos, pero esta definición tan amplia no es la empleada siempre en sentido jurídico. Así vemos que la Ley de Arrendamientos Urbanos, al precisar qué edificios estarán regulados por sus preceptos, declara en su artículo 1.º que la misma será aplicable a los edificios dedicados a viviendas o inquilinato y a los locales de negocio cuyo fin primordial no sea la vivienda, sino el ejercer en ellos y con establecimiento abierto una actividad industrial, comercial o de enseñanza con fin de lucro; por el contrario, determina en el artículo 3.º que quedarán fuera de su órbita de aplicación y estarán sometidos a la oportuna legislación sobre arrendamientos rústicos aquellos edificios o casas-habitaciones unidas a un predio, siempre que el aprovechamiento de éste sea el fin primordial del contrato, y para solucionar posibles dudas en la aplicación de esta norma establece la presunción de que se considerará que el objeto principal del arrendamiento es la explotación del predio, siempre que la contribución territorial de la finca, por el concepto de rústica, sea superior a la que corresponda por el de urbana, salvo prueba en contrario. (Criterio legal, que puede ser aplicable, también, a todos los casos de duda en la calificación registral de una finca como rústica o como urbana.)

La Ley Hipotecaria, al tratar de la extensión de la hipoteca en cuanto a los bienes hipotecados, considera como incluídas dentro de ella, según el artículo 109, a las accesiones y mejoras, entendiéndolo (según se deduce de los artículos siguientes) por accesión la denominada por la doctrina continua y natural, y por mejoras las que jurídica y doctrinalmente son estimadas como una accesión continua e industrial, y así comprende dentro de estas últimas a todas las edificaciones. Pero como el término mejoras es demasiado amplio para una materia tan detallada y precisa como la hipoteca, lo precisa y limita por el artículo 110 expresando que, «Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecadas juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes que no consistan en agregación

de terrenos, excepto por accesión natural o en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere».

Evidentemente que al emplearse en cualquier Ley un término de contenido amplio vemos que por la misma se concreta y precisa su significado, ya que es difícil el que la acepción jurídica en que se desee emplearlo coincida con la gramatical o con la vulgar, y así se procede en los dos ejemplos legales antes expuestos respecto a las edificaciones. Por ello, al decirse en el párrafo 2.º del artículo 1.404 que el mismo se refiere a las «edificaciones construídas», hemos de preguntarnos si comprende en ellas a todas las edificaciones en general, o se sobreentendió por el legislador que en los restantes artículos del mismo Código estaba precisado el concepto o la amplitud en que se empleaba ese término, y lo mismo que Manresa estima que la referencia posterior que ese precepto hace al suelo, limita el concepto a las construcciones realizadas directamente sobre él, creemos nosotros que de otros artículos del mismo cuerpo legal se deduce el que el concepto expresado debe ser entendido en un sentido más limitado que el gramatical, y que así fué como lo empleó y entendió el legislador, para lo que nos basamos en las siguientes consideraciones :

Toda norma de excepción deberá ser interpretada, ineludiblemente, en sentido limitado, y, por tanto, si consideramos que las edificaciones parciales que se levanten lateralmente respecto a un edificio ya construído sobre suelo que con él forma un todo orgánico y con la única finalidad de servir de accesorias del mismo, así como aquellas otras que con ese mismo carácter se construyan en una finca rústica, para servir a sus necesidades, deberán ser estimadas como edificaciones pertenecientes a la sociedad de gananciales, siempre que se den las demás condiciones del precepto, nos llevaría a la constitución automática de una copropiedad de bienes, puesto que al llegar el momento de la disolución de la sociedad no podríamos separar la primitiva y la nueva edificación so pena de hacer a ésta inservible para el uso a que se destina, y ello no ha podido ser querido por el legislador, por ir contra su reiterado criterio de impedir, siempre que sea posible, la constitución de copropiedades y de no consentir, en ningún caso, la división material de cosas, que al realizarse, quedarían inservibles para el uso a que se destinan, o desmerecerían en su aprovechamiento.

Este doble criterio de impedir el nacimiento de copropiedades

y la división de aquellas cosas que al ser dependientes unas de otras resultarían por ello inútiles para el uso a que se destinan, constituyen en tal forma una preocupación de los redactores del Código, que lo han traducido en normas concretas siempre que han tenido ocasión para ello, y así vemos que en los artículos 400, 1.051 y 1.052 sientan el derecho de los comuneros a pedir la división, salvo taxativos supuestos en contrario; pero ni aun en esos supuestos admiten la proindivisión perpetua o a largo plazo. En los artículos 401, 1.056 y 1.062 prohíbe la división material de aquellas cosas, que mediante ella, quedarían inservibles para el uso a que se las destina, y en concordancia con ello establece un criterio de excepción al principio de igualdad real (no a la económica) en las particiones de bienes al permitir la adjudicación de esas cosas, que desmerecen por su división, a uno solo de los herederos, bien por disposición del padre causante (1.056), o bien por convenio entre los mismos herederos (1.062), y no debemos olvidar que estos artículos son también aplicables a la partición de los bienes de la sociedad de gananciales, ya que el artículo 1.395 considera como supletorias de las normas dictadas para la sociedad de gananciales las establecidas para las sociedades en general, y el artículo 1.708, al regular la partición entre los socios de la sociedad, declara como normas aplicables a la misma las reglas dictadas para las herencias. Y, finalmente, el artículo 1.513 lleva la doctrina comentada a su máximo, puesto que obliga al vendedor con pacto de retro de una porción indivisa de una finca a ;retraer la totalidad de ella!, si el comprador la hubiese adquirido entretanto, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 404, o sea por haberle sido adjudicada la cosa al pedirse la división de la misma por uno de los comuneros y resultar ésta indivisible o desmerecer mucho por la división.

Si del terreno legal pasamos al doctrinal, veremos con más claridad aún lo que ya resulta evidente en el articulado, para lo cual no bastará el analizar solamente algunas opiniones, de las que escogemos con preferencia las coetáneas o inmediatas a la génesis y nacimiento de nuestro Código civil.

Al comentar los artículos 400 al 404, referentes a la división de la cosa común, dice Navarro Amandi «que hay cosas que son indivisibles, pero que también hay otras en que, si bien pueden dividirse, no deben serlo, por el perjuicio que con ello pueden sufrir los partícipes o el daño que se puede causar a la riqueza nacional». Una fábrica, una tienda o un campo podrán ser divididos, pero de ella pueden sur-

gir industrias o tiendas, que en vez de ser florecientes como la total, sean anémicas y sin elementos de progreso, o que el campo, aun sin llegar a ser improductivo, se ponga en condiciones difficilísimas para su cultivo o poco apropiadas para servir a las necesidades del propietario.

Mucius Scaevola estima «que la comunidad es un estado anormal de la propiedad privada, porque implica restricciones y limitaciones en su ejercicio, extrañas y opuestas a la libertad que supone aquélla. Y que si por la división de una cosa no resulta útil para el uso a que se destina, la división equivaldría a su destrucción».

Más expresivo aún es Manresa al decir «que el derecho a pedir la división puede también ser ineficaz, cuando la cosa, por su naturaleza y modo de ser, no permita ser dividida a causa de resultar con ello inservible, según su uso y natural destinación». Así lo previene el artículo 401, debiendo tenerse muy en cuenta —dice—, que no se trata de que la cosa o derecho sea esencialmente indivisible, caso resuelto en el artículo 404, sino de que siendo aquélla naturalmente divisible no pueda, sin embargo, ejercitarse la acción divisoria, porque al partirse resultaría inservible al uso y destino que le son peculiares, por lo cual resulta la cosa «legalmente» indivisible. Un patio común a los diversos pisos de una finca, o de dos o más casas, los accesorios de un cortijo de labranza, etc. (olvida ahora, por tanto, las consecuencias a que nos llevaría su opinión sobre el párrafo 2.º del artículo 1.404), claro es que son susceptibles de material división, pero al dividirse quedaría inservible el patio, e inservible el cortijo y grandemente perjudicados con ello los intereses de los antiguos comuneros o copropietarios.

Con referencia al artículo 1.062, expresa Manresa, con más lógica aún, que el adjudicar una cosa proindivisa a varios, cuando es indivisible o desmerece mucho por la división, no induciría a nada; porque siendo indivisible en absoluto o relativamente, como la Ley es enemiga de la indivisión, más tarde o más temprano habría que adoptar alguna solución y poner fin a ese estado anómalo de derecho. Y añade Mucius Scaevola que el legislador español ha revelado, pues, en este lugar un criterio poco favorable al establecimiento de comunidad de bienes, porque es indudable que aun en las cosas menos susceptibles de división física es posible una ideal o jurídica por partes: pero de esto es precisamente de lo que huve el artículo 1.062.

pues en otro caso no habría de mostrarse en forma tan expresiva este estado legal.

Y como remate, al comentar el artículo 1.513, se expresa Mucius Scaevola diciendo que el precepto es soberanamente lógico, manifestándose en él la tendencia a impedir el resurgimiento de la comunidad ya extinguida; añadiendo que el interés público, contrario al condominio, avasalla al interés privado. Y Manresa, abundando en ese mismo criterio, determina que aun cuando el Código no lo dice en ninguno de sus preceptos, ni por otra parte tenía que decirlo, parece latente en el espíritu de sus disposiciones el pensamiento de que el estado de comunidad de bienes o de indivisión es un estado imperfecto y, sobre todo, transitorio, puramente circunstancial; la tendencia de la Ley, si ha de ser lógica consigo misma, ha de consistir en procurar que la proindivisión cese.

Creemos que los artículos y doctrina que hemos expuesto nos eximen de exponer nuevas justificaciones de nuestro criterio referente a estimar aplicable el párrafo 1.º del artículo 1.404, o sea considerar como expensas útiles a las edificaciones accesorias de otras, o de una explotación rústica, dejándolas fuera con ello del precepto del párrafo 2.º, que las estimaría como gananciales. A pesar de ello, no podemos evitar el exponer las consecuencias prácticas a que nos llevaría la doctrina contraria.

Dejando aparte los supuestos en que exista acuerdo unánime entre los interesados, la construcción efectuada durante el matrimonio de un edificio accesorio de otro, realizada a costa del caudal común y sobre suelo propio de uno de los cónyuges, nos produciría la siguiente situación de hecho: Un cónyuge (o sus herederos), dueño del edificio o explotación principal, que a la vez sería el titular de un derecho de crédito sobre lo edificado durante el matrimonio, por el valor del suelo sobre el que se edificó y al que correspondería, además, una mitad de lo considerado como ganancial por su participación en esta sociedad.

El artículo 1.062, aplicable a la partición de bienes de la sociedad de gananciales por disposición expresa del artículo 1.395, en relación con el 1.708, como ya dijimos antes, obligará a adjudicar la finca íntegramente a uno solo de los cónyuges, por ser ésta indivisible legalmente, o en su defecto, a venderla en pública subasta con admisión de licitadores extraños. Si se adjudicase al dueño del suelo, habríamos llegado a la misma solución, y con los mismos efectos

que si se hubiese considerado la nueva edificación como expensa útil, a la que se refiere el párrafo 1.º del artículo citado; pero si se adjudica al otro cónyuge, o a un extraño, se daría la anomalía de ser despojado de la cosa quien, según el derecho y la doctrina general del Código sobre la accesión, es el dueño verdadero de ella, y esta «expropiación» se llevaría a efecto, en nombre de una excepción, de términos imprecisos a esa doctrina general, interpretada en sentido opuesto al reiterado criterio de los redactores del Código, de no favorecer el nacimiento de copropiedades, especialmente si éstas recaen sobre cosas que desmerecerían por su futura división.

Pasando al estudio del último de los supuestos que planteamos al principio del presente, no creemos que exista duda para entender que el párrafo 2.º del repetido artículo 1.404 se refiera únicamente a los inmuebles, aunque éstos lo sean por incorporación, sin que su doctrina pueda ser aplicada a los muebles «que no estén adheridos al suelo», los cuales tampoco podrán estar comprendidos a su vez en el párrafo 1.º, ya que al poder ser retirados del suelo en que se encuentran no podrán tener la consideración de expensas útiles a que dicho párrafo se refiere.

No es necesario recordar que las construcciones de que vamos a tratar, si bien no se consideran inmuebles por incorporación, no existe ningún inconveniente legal que les impida el alcanzar la categoría de inmuebles por destino, y si bien será necesario para ello la intención del dueño del inmueble, podrá revelarse ésta por la forma en que se ha llevado a efecto la unión o colocación, y, por tanto, salvo los casos de manifestación expresa en ese sentido, habrá de estarse en los restantes a las pruebas que resulten en cada uno de ellos, sin que exista posibilidad de dar reglas generales que pudiesen servir de norma para distinguir los distintos supuestos que puedan plantearse; pero como es opinión de la generalidad de los tratadistas el que para ser posible el que los muebles alcancen esta categoría de inmuebles por destino será requisito indispensable el que la unión se efectúe por el propietario o por su orden, tendremos que considerar siempre esta manifestación de consentimiento como indispensable para que esa situación pueda tener acceso al Registro de la Propiedad, salvo el caso de que esa cualidad de inmueble por destino resultase de una declaración judicial, en la que, por otros medios de prueba, se hubiese puesto de manifiesto ese mismo consentimiento.

Si los muebles alcanzasen esa consideración de inmuebles por des-

tino, pasaríamos a cualquiera de los supuestos antes expuestos ; pero fuera de este caso tendremos que precisar en los restantes qué construcciones tienen la consideración de muebles, y por tanto quedan excluidas, no sólo del párrafo 2.º del citado artículo, sino incluso del primero, como decíamos anteriormente.

La Dirección General expresó en la Resolución de 7 de agosto de 1863 que tanto si se atiende al espíritu de la Ley Hipotecaria como a su letra, los hórreos o paneras, ya estén sostenidos por pies de piedra o de madera, deben considerarse como bienes muebles. Precisamente sigue esta Resolución lo dispuesto en el número 1.º del artículo 334 del Código, que exige, para considerar como inmuebles a las construcciones, el que estén adheridas al suelo, y al 335, que considera como muebles a todos aquellos que se puedan transportar de un punto a otro, sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos.

En cuanto a las modernas casas prefabricadas, y aunque es difícil que ellas tengan en España el auge que en otros países, por el mayor coste comparativo de sus materiales en relación con los empleados en las viviendas rurales, la posición jurídica expuesta en los dos párrafos anteriores les será de aplicación en su integridad, dada la movilidad de ellas y su superposición, más que a adherencia, al suelo en que las mismas se encuentren situadas.

B) *Procedencia del dinero invertido*

El segundo grupo de problemas que enunciarnos al principio del presente capítulo es el referente a la procedencia del dinero, o su equivalente, que haya sido empleado en la edificación, y en esta materia nos movemos ya dentro de un campo en el que ha tenido más ocasiones de intervenir la jurisprudencia, sentando ciertas soluciones a los casos planteados, que además son idénticas a las sostenidas por la generalidad de los tratadistas, como Manresa, Isabal, Navarro Amandi, Castán, Mucius Scaevola, etc.

Los supuestos a estudiar los podemos reducir a tres :

1.º Construcciones efectuadas con dinero exclusivo de uno de los cónyuges.

2.º Construcciones realizadas con dinero propio de la sociedad de gananciales ; y

3.º Aquellas que han sido llevadas a efecto con metálico cuya pertenencia no conste, o no pueda ser probada fehacientemente.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de mayo de 1932, ha determinado que tanto la edificación en suelo propio de uno de los cónyuges como las mejoras llevadas a efecto sobre edificaciones de cualquiera de ellos, tendrán el carácter de gananciales, a menos que se pruebe de modo concluyente que unas u otras se llevaron a efecto con dinero de la propiedad de uno solo de los cónyuges.

La Dirección General de los Registros, en Resolución de 30 de mayo de 1901, sostuvo el criterio de que tenía el carácter de ganancial la casa construída a expensas de la sociedad sobre un solar perteneciente al marido. En el mismo sentido se manifestó la Resolución de 15 de julio de 1918.

Por la Resolución de 19 de octubre de 1900 llega aún más lejos en la interpretación del precepto, pues considera como ganancial y comprendida en el párrafo 2.º del artículo 1.404 a una casa construída durante el matrimonio (no constaba la procedencia del dinero) sobre el solar resultante de la desaparición de otra, que había sido adquirida por uno de los cónyuges por título de herencia.

La jurisprudencia antes expresada nos permite el contestar a los tres extremos enunciados en la siguiente forma:

1.º Construcciones efectuadas con dinero exclusivo de uno de los cónyuges. Estas no tendrán el carácter de gananciales, conforme a lo dispuesto por el párrafo 2.º del artículo 1.404, y por tanto no les será aplicable ese artículo.

Este caso puede plantear a su vez la variante de que si bien el dinero sea propio de uno de los cónyuges, el propietario del mismo no sea a su vez el del solar. Lo corriente será, o bien que el marido construya con dinero propio sobre solar de la mujer, o bien que con dinero de ésta construya sobre solar de él. En el primer caso, como el artículo 1.391 remite, en cuanto a los parafernales, a las normas dictadas para los dotales inestimados, y a su vez dispone para éstos el 1.368 que el abono de las expensas y mejoras realizadas en ellos por el marido se registrá por lo dispuesto para el poseedor de buena fe, tendremos que aplicar lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 453, o sea el que la esposa pueda optar o entre satisfacer el importe de lo gastado o abonar el aumento de valor que haya tenido el solar en virtud de la edificación. En el segundo de los casos planteados entendemos que, por aplicación del artículo 360, la esposa tendrá derecho

a que se le abone el valor de lo invertido, llegándose a la misma solución si aplicamos las normas dictadas para la devolución de los bienes dotales o parafernales.

2.º Construcciones realizadas con dinero propio de la sociedad de gananciales. Aquí nos encontramos de lleno en el supuesto previsto por el párrafo 2.º del artículo 1.404, y por tanto el edificio tendrá la consideración de ganancial, con el derecho, por parte del dueño del suelo, de que se le abone el valor de éste; y

3.º Construcciones efectuadas con dinero cuya pertenencia no conste, o no pueda ser probada de una manera fehaciente. Conforme a la jurisprudencia que hemos anotado, este caso se asimila íntegramente al anterior, y por tanto la edificación tendrá el carácter de ganancial.

El estimarse, tanto por la Dirección General de los Registros como por el Tribunal Supremo, que la falta de prueba «concluyente» de que el dinero invertido pertenece a uno solo de los cónyuges, es bastante para considerar que lo edificado tiene el carácter de ganancial, lleva implícita la solución de la pugna existente entre los artículos 1.407 y 359 del Código civil, en el sentido de que debe prevalecer el primero de ellos.

El artículo 1.407 establece la presunción de que deben reputarse gananciales todos los bienes existentes en la sociedad conyugal mientras no se demuestre su pertenencia exclusiva a uno solo de los cónyuges, y por tanto el dinero empleado en la construcción deberá seguir la pauta sentada por esta presunción mientras no se demuestre su pertenencia a uno de los cónyuges. Por el contrario, el artículo 359 sienta a su vez la presunción de que todas las obras han de considerarse efectuadas por el propietario y a su costa mientras no se pruebe lo contrario. La solución de esta contradicción entre esas dos normas, en el sentido de que debe prevalecer la del 1.407, no podemos menos que considerarla como de estricta corrección jurídica, ya que el artículo 359 mira más hacia los terceros, en tanto que el 1.407 es un precepto fundamental para evitar fraudes y suplantaciones en una sociedad tan familiar e íntima cual es la de gananciales, en la que un exceso de normas reguladoras de su funcionamiento, que hiciesen innecesario ese precepto, o impedirían el normal desarrollo y desenvolvimiento de la sociedad, o producirían un desuso de sus disposiciones reguladoras, que a pesar de lo dispuesto por el artículo 5.º del mismo Código llevaría consigo algo peor aún que la derogación,

cual es la de vivir dentro del campo jurídico como una enteleguia, que no tendrá más aplicación práctica que la aparente de aquellos casos en que fuese necesaria su aplicación para realizar alguna actuación «oficial», como ocurre en la actualidad con ciertas disposiciones referentes al consejo de familia, adopción, etc.

PROBLEMAS HIPOTECARIOS

Es indispensable para la determinación de por quién y en qué forma deberá hacerse la declaración de obra nueva, a efectos de su constancia registral, el señalar previamente algunas premisas, que no sólo servirán de guía para resolver estos problemas, sino también de límite o barrera, que no debemos traspasar, en evitación de defectos que anularían cualquier titulación que se originase en esas declaraciones.

Según los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento, la declaración de obra nueva puede hacerse: bien mediante su descripción en los títulos referentes al inmueble, en los que se declare, reconozca, transfiera, modifique o grave (no cita las cancelaciones) el dominio y demás derechos reales, o bien haciéndose constar únicamente la edificación realizada, bien se complemente o no esta declaración con la manifestación del contratista de haber sido reintegrado del importe de la obra, o del arquitecto de ella, en que certifique esa edificación, o del arquitecto municipal en ese mismo sentido. En el primer caso, la declaración es simplemente una operación notarial y registral, accesoria de otra fundamental, en la que va contenida. En el segundo caso, en sus tres variantes, la declaración por sí sola es la esencia de la actuación de esos dos funcionarios.

Según los artículos 1.412 y 1.413 del Código civil, es el marido el administrador de la sociedad conyugal, con la facultad de enajenar y obligar los bienes de la misma, siempre que ello sea a título oneroso. Esto no obstante, no podemos olvidar que el suelo sobre el que se lleva a efecto la edificación es propio de uno de los cónyuges, y no pasa a ser ganancial hasta que ocurre el «hecho» de la edificación, el cual tiene la virtualidad legal de cambiar la titularidad de dominio que sobre él tenía el cónyuge de que se trate por otra de crédito contra la sociedad, como consecuencia ineludible del traspaso

en el supuesto de que los parafernales hayan sido entregados notarialmente al marido con intención de que los administre (art. 1.384 del Código civil), podrá entenderse que es precisamente un acto de administración el realizar una edificación sobre un solar parafernial a costa de la sociedad de gananciales, por los efectos que a la misma le atribuye la Ley, no será posible, desde un punto de vista legal, el que la edificación se realice contra el consentimiento del propietario del suelo. Sin que en este extremo podamos entrar, además, en el estudio de supuestos especiales, como el de la mujer de menor de edad, etc., ya que alargaría excesivamente el presente artículo.

Desde el punto de vista hipotecario, llegamos también, aunque partiendo de distinto supuesto, a idéntica conclusión. La Rica, en sus comentarios al Reglamento Hipotecario, parte de la idea de que la declaración ha de efectuarse por el dueño del suelo, al decir que deberá hacerse por todos los titulares del fundo (aunque no creemos que sea necesaria esta unanimidad en los casos de comunidad), citando dos Resoluciones de la Dirección General de 19 de diciembre de 1917 y 21 de junio del mismo año; por la primera se estimó bastante la declaración de uno solo de los condóminos, mientras que en la segunda se exigió la concurrencia de todos ellos, bien entendido que esta última se refería no sólo a un caso de declaración de obra nueva, sino también a la descripción de las partes de uso común de un edificio dividido por pisos pertenecientes a distintos propietarios.

Más concretamente aún se manifiesta Roca Sastre en su tratado de Derecho Hipotecario, al decir «que la registración de la obra nueva sea solicitada por el titular registral, ya que no cabe proceder a espaldas de quien, según el Registro, figure como titular inscrito», puesto que aun no tratándose «propiamente de inscribir un acto registrable, ha de cumplirse el tracto sucesivo, consagrado por el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria».

Estudiando los distintos casos que pueden plantearse en la práctica, trataremos, en primer lugar, de las declaraciones de obra nueva que se realicen durante el matrimonio, pero a costa del cónyuge dueño del suelo, siéndonos indiferente el que esas declaraciones se lleven a efecto en documento que se refiera únicamente a ellas o que se realicen con motivo de algún acto o contrato relativo al dominio o demás derechos reales, siempre que no se trate de una cancelación.

En este supuesto, como es necesario el desvirtuar la presunción establecida por el artículo 1.407 del Código de estimar como gananciales los bienes que el marido adquiere durante el matrimonio,

ciales todos los bienes existentes en la sociedad conyugal, cuya pertenencia a uno u otro de los cónyuges no esté probada, será requisito indispensable el acreditar la procedencia del dinero. Respecto a la mujer casada, ha venido a solucionar el problema al artículo 95 del vigente Reglamento Hipotecario, cuya doctrina es de evidente aplicación al caso que planteamos, dada la identidad de fines y supuestos en que se basa. Y en cuanto al marido, dado que el artículo 1.407 no distingue entre ambos cónyuges y que no hay inconveniente en aplicar al marido la esencia del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, podemos seguir la misma tónica, como sostienen La Rica y Roca en las obras antes expresadas, pero teniendo en cuenta que, según La Rica, en este caso «parece que la prueba ha de ser aún más concluyente, y el criterio del Registrador más severo».

Siendo fundamental, por tanto, lo dispuesto por el citado artículo 95 del Reglamento Hipotecario, su estudio, nos revela que prevé tres supuestos: 1.º Que se acredita la procedencia del dinero. 2.º Que no se acredite esa procedencia, pero se asevere por el marido; y 3.º Que ni se acredite ni se asevere por el marido esa procedencia. De cada uno de ellos nos será necesario un estudio separado, por ser distintos los problemas que plantean.

A) Que se acredite la procedencia del dinero.

El artículo 95 dice únicamente que si se acreditare el que el precio o la contraprestación es de la exclusiva propiedad de la mujer y de libre disposición, se inscribirán los bienes adquiridos a título oneroso en esas condiciones, como parafernales o dotales, según proceda. De esto tendremos que deducir el que la obra nueva se inscribirá como propia de la mujer (o del marido), pero sin que en el aludido precepto, ni en ninguno otro de la Ley o del Reglamento, se indique nada sobre la forma de acreditar ese extremo.

Cabello de la Sota, en un trabajo sobre el contenido del artículo 95, que publicó en el número de esta misma Revista correspondiente al mes de abril de 1947, estima que «es difícil la justificación de la pertenencia exclusiva del precio, pero no imposible, siempre que exista documento fehaciente contra tercero (Resolución de 9 de diciembre de 1945); por ejemplo, que en igual fecha se venda una finca parafernial y se compre otra, ante el mismo Notario, en acto

Roca Sastre estima que para poderse efectuar la inscripción con el carácter de bienes privativos, deberá apoyarse el Registrador en datos de documentación auténtica, ya que no existe un juicio contradictorio en el que puedan utilizarse todos los medios de prueba.

Y La Rica, insistiendo en que la prueba deberá ser, en general, documental y pública, plantea el supuesto de que un título de venta de bienes propios de uno de los cónyuges puede ser desvirtuado como prueba al hacerlo servir para varias adquisiciones de fincas enclavadas en la jurisdicción de distintos Registros, lo que sólo podrá evitarse, a su juicio, con la práctica de poner al pie del documento que haya servido de prueba, para justificar la procedencia del dinero, una nota de referencia suscrita por el Registrador.

Apreciada la prueba como bastante, procederá el hacer constar en el Registro que la obra construída tiene, como el suelo, carácter de bien privativo; pero si no se estima como bastante la prueba aducida, estaremos en uno de los supuestos del 105, que seguidamente vamos a tratar, a no ser que conste de una manera expresa el que se solicita la inscripción únicamente con el carácter de privativos, pues en tal caso la no estimación de la prueba como suficiente obligará a considerar la existencia de una falta subsanable o insubsanable, según las circunstancias propias del título y de los documentos presentados.

B) *Que no acreditándose la procedencia del dinero, se asevere por el marido la pertenencia exclusiva del mismo a la mujer.*

La declaración de obra nueva pasa con ello a una situación registral ambigua, en la que la misma se inscribe a nombre de la mujer, pero indicando que la procedencia del dinero está únicamente aseverada por el marido. Rigiéndose los actos de disposición de estos bienes por la regla especial señalada en el artículo 96 del Reglamento Hipotecario, que la atribuye a la mujer «con el consentimiento (no la licencia) del marido».

La situación ambigua de estos bienes resalta con más claridad si observamos desde fuera la operación registral así realizada.

Frente al marido o sus herederos, la doctrina sobre los actos propios le impide una declaración contraria a la que formuló en el acto o contrato de que se trate y respecto a la cual quedó una constancia registral, por lo que los bienes a que se refiere la inscripción toman

la característica de parafernales, aunque con ciertas especialidades.

Frente a terceros, la tónica es la de estimarlos como gananciales, pues según el artículo 144 del mismo Reglamento, cuando por deudas y obligaciones contraídas por el marido o por la mujer, en su caso, a cargo de la sociedad de gananciales y antes de su disolución, se decreta embargo sobre los bienes pertenecientes a esta sociedad, se extenderá la anotación sobre los bienes inscritos a nombre de la mujer o del marido, o de ambos indistintamente, que hubieren sido embargados, siempre que la adquisición hubiere sido a título oneroso durante el matrimonio y no conste la pertenencia exclusiva del dinero de uno de los cónyuges.

Podemos sintetizar la cuestión diciendo que la presunción establecida por el artículo 1.407 del Código a favor de los gananciales y, por tanto, la de serlo el edificio construido durante el matrimonio en suelo propio de uno de cónyuges a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 1.404, queda desvirtuada frente a todos por la prueba en contrario, y frente al otro cónyuge o sus herederos, además de por esa prueba, por la manifestación prestada en ese sentido por el cónyuge a quien no pertenecía el suelo.

C) *Que ni se acredite la procedencia del dinero, ni se asevere esa manifestación por el otro cónyuge.*

Conforme dispone el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, la inscripción se efectúa a nombre de la mujer, expresando que ni se ha probado ni se ha aseverado por el marido la procedencia del dinero, y lo mismo procedería si se tratase del marido.

La situación de estos bienes es distinta, ya que entran de lleno dentro de la presunción del artículo 1.407; pero como la prueba en contrario no es de preceptiva justificación en un plazo determinado, estará en pleno vigor esa presunción mientras no sea desvirtuada por dicha prueba en contrario, pasando los bienes a una situación definitiva al confirmarse o no esa titularidad presunta, con ocasión de ocurrir alguna de las causas que producen la disolución de la sociedad de gananciales, que obliga en consecuencia a efectuar, entre otras, las adjudicaciones oportunas de esos bienes a los titulares de la sociedad, o al sobreviviente y los causahabientes del premuerto.

Por ello, si durante la vigencia de la sociedad se tratase de ena-

jenarlos, deberá intervenir en la misma el titular de la finca y el administrador de la sociedad de gananciales, como prevé, para el caso de que los bienes estén a nombre de la mujer, el artículo 96 del mismo Reglamento, lo cual no podrá ser de aplicación similar al supuesto de que los bienes estén a nombre del marido, ya que en éste, por concurrir esas dos titularidades en la misma persona, no se requerirá la intervención del otro cónyuge.

Pasando al segundo de los supuestos generales que enunciamos, nos corresponde tratar ahora de aquellas declaraciones de obra nueva construídas durante el matrimonio sobre solar de uno de los cónyuges, pero o bien realizadas a costa de la sociedad de gananciales, o bien sin que conste nada sobre este extremo, siendo conveniente el subdistinguir a su vez si el solar pertenece al marido o a la mujer.

A) *Solar del marido.*

Si el solar sobre el que se ha llevado a efecto la edificación es propio del marido, al tener el mismo la facultad de disposición de sus bienes propios y a la vez los de la sociedad de gananciales (art. 1.413 del Código civil), se confunden en él las dos titularidades, como ya dijimos antes, y no podrá surgir ningún problema de capacidad, tanto si la declaración de obra nueva se efectúa por sí sola como si lo es con ocasión de algún acto o contrato de enajenación o gravamen.

No obstante, debido a que el nuevo edificio, si bien es ganancial lo es con la obligación de abonar el valor del suelo al cónyuge a quien corresponda, deberá precisarse esta circunstancia en los casos de enajenación o gravamen, etc., ya que puede ser fundamental, entre otros supuestos, para la futura determinación de si una adquisición posterior a título oneroso ha sido efectuada con dinero propio del marido o de la sociedad de gananciales.

B) *Solar de la mujer.*

Conforme dijimos al iniciar el estudio de los problemas hipotecarios, es indispensable el consentimiento del titular registral, que en este caso lo será la mujer; pero como por el hecho de la obra nueva no pasa a tener el carácter de ganancial la totalidad del valor eco-

nómico del edificio, ya que será indispensable el abonar el valor del suelo al cónyuge a quien éste pertenezca, tendremos con ello una circunstancia que no puede ser olvidada al tratar de solucionar los casos que en este sentido puedan plantearse.

Si la declaración se lleva a efecto con ocasión de algún acto dispositivo, parecería que una vez que la mujer efectúa la declaración, al pasar la finca a tener el carácter de ganancial, corresponderá exclusivamente al marido la realización del acto dispositivo; pero a ello se opondría el que el valor del suelo continúa siendo de la esposa, por lo que tendrán que intervenir ambos cónyuges en cualquier acto de disposición o gravamen referente a esa edificación.

Así lo ha reconocido la Dirección General de los Registros y del Notariado por Resoluciones de 15 de julio de 1918 y 21 de septiembre de 1911, de las que debemos destacar, especialmente, la última, en la que interpretando el párrafo 2.º del artículo 1.407 con gran precisión jurídica, se sostiene la doctrina de que si bien lo edificado durante el matrimonio a costa del caudal común sobre un solar parafernial, deberá reputarse como ganancial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.404 del Código civil, no puede hacerse lo mismo con el solar mientras no figure abonado su importe a la primitiva dueña.

Con ello pone de relieve que la mejor garantía para la mujer del crédito que a ella corresponde por el valor del solar está constituido por el solar mismo, el cual deberá reputarse como propio de ella mientras no conste el que le ha sido abonado su importe, cuya doctrina está dentro de cualquier interpretación estricta que se efectúe del precepto comentado. Conforme a ello, cualquier acto de disposición o gravamen referente al nuevo edificio, deberá efectuarse con intervención de la mujer, a no ser que aparezca en el Registro el que ésta ha recibido con anterioridad el valor del suelo.

Si la declaración de obra nueva sobre solar propio de la mujer se lleva a efecto mediante una declaración encaminada únicamente a conseguir esa rectificación registral, como por la misma pasa a pertenecer a la sociedad de gananciales el nuevo edificio, deberá concurrir a ella la mujer, como titular del solar sobre el que la construcción se ha efectuado, y el marido como representante de la citada sociedad. Por otra parte, existiendo un criterio doctrinal y jurisprudencial de interpretar con la mayor laxitud posible los preceptos referentes a las adquisiciones realizadas por mujer casada para la sociedad conyugal, no vemos inconveniente en que sea únicamente ella la que lleve a

efecto la declaración, ya que si bien constituye una adquisición para la sociedad, se realiza ésta en virtud de un precepto legal, y, por tanto, no se encuentra comprendida en ninguna de las prohibiciones dictadas por el Código para las mujeres casadas, cuyo razonamiento se refuerza aún más si consideramos que el hecho que motiva esa transferencia habrá ocurrido sin la intervención de la mujer, y que la declaración sólo podrá perjudicar a ella misma, por ser la dueña del solar, pero nunca a la sociedad de gananciales, que es la beneficiada con lo dispuesto por el párrafo 2.º del referido artículo 1.404.

PROBLEMAS TRIBUTARIOS

Decíamos en nuestra obra «Repertorio Alfabético del Impuesto de Derechos reales», que al no tener las declaraciones de obra nueva ningún contenido económico, por ir encaminadas únicamente a solicitar y obtener una rectificación de la descripción de una finca en el Registro, y al no constituir tampoco ningún acto de transmisión o gravamen, deberán ser declaradas actos no sujetos a dicho Impuesto, de conformidad con lo prevenido en el párrafo 1.º del artículo 44, y en el artículo 5.º, ambos del Reglamento de ese Impuesto; pero siendo esta la norma general, la existencia de declaraciones de obra nueva, en las que por esta mera virtualidad se produce una transferencia del valor del solar a la sociedad de gananciales, nos obliga a un estudio más detallado de ellas, para determinar si respecto a ellas deberemos seguir o no este criterio de no sujeción al Impuesto.

Evidentemente, no existe ninguna transmisión «contractual» en el cambio de titularidad dominical que se lleva a efecto por el mero hecho de realizarse una obra nueva a costa de la sociedad de gananciales, sobre un solar propio de uno de los cónyuges. Tampoco se realiza por ello aportación alguna a esa sociedad, ya que la transmisión del solar a ella se opera, con carácter legal, con anterioridad a la declaración en sí, y además sin que medie ningún acto de voluntad expresa por parte del dueño del solar para el que se realiza esa transmisión. En consecuencia, no encontraremos acto liquidable alguno, ni tampoco estará comprendida en ninguna declaración expresa de exención, siendo por ello lo único procedente una declaración de no sujeción, como para el supuesto general. No se opone a ello el que si en la declaración de obra nueva concurre el contratista y se ex-

presa en términos que encierran un contrato de suministro, ejecución de obras, etc., proceda el liquidar estos conceptos tributarios, ya que ello no nos exime de declarar no sujeta la declaración de obra nueva en sí.

Cuestión distinta es la que puede plantearse al disolverse la sociedad de gananciales, puesto que será lo más frecuente el que no pueda adjudicarse el valor del suelo al dueño del solar en el mismo inmueble que él aportó a la sociedad, y ello motivaría una liquidación contra dicho cónyuge (pero no si fuesen sus herederos, por pre-moriencia del mismo) por el número 64 de la Tarifa del Impuesto, al 0,50 por 100, conforme se dispone por el número 2.º del artículo 22 del Reglamento del Impuesto.

En cuanto al Impuesto del Timbre, tratado por nosotros en un artículo publicado por esta misma Revista en el número correspondiente al mes de mayo del presente año, y no existiendo ninguna especialidad respecto a lo que en él dijimos, nos remitimos al mismo para lo referente a las declaraciones de obra nueva aquí tratadas.

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ CAÑETE.

Registrador de la Propiedad