

La accesión y el Registro de la Propiedad

Ante todo, este «hecho jurídico» —en expresión de Sternberg— que es la accesión o derecho de accesión, en su doble peculiaridad productora o generadora de objetos: *frutos*, transformadora o creadora de nuevas formas: *cosas*, constituye un especial modo de adquirir la propiedad o es tan sólo una prolongación del dominio.

Siendo una de las características esenciales de éste su naturaleza expansiva, ha sido abandonada modernamente la vieja teoría que veía en la accesión un modo originario de adquirir, por lo que nuestro más Alto Tribunal, con visión encomiable apuntó ya —en Sentencia de 4 de julio de 1925—, que es una manifestación del mismo (el dominio).

Y circunscrito el tema a los inmuebles por su natural repercusión en el Registro de la Propiedad, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.^º de la Ley Hipotecaria, conviene señalar que así como el Código civil cuando regula la accesión de muebles, concreta cuál sea la cosa que haya de reputarse como principal, no contiene igual declaración de principalidad respecto a los inmuebles, por lo que, y dejando aparte las clasificaciones corrientes según la forma y causa de la producción, deriva —respecto a los inmuebles, precisa incidir— la fundamental de DIRECTA e INVERSA, según la prevalencia de las cosas incorporadas.

¿Cómo repercute en el Registro la primera, o sea, la llamada accesión directa y cuál es su trascendencia para los bienes acogidos

en aquél? Una subdistinción se impone, pues de una parte tendremos la accesión causada por la fuerza creadora de las cosas que reciben el incremento: teoría de los frutos, accesión discreta; y, por otra, nos encontramos con la accesión producida por causas exógenas, que es la típica, llamada continua, que se matiza a su vez con las denominaciones de *natural*, si es por acción de la naturaleza, o *artificial* si del hombre.

La accesión *discreta* se manifiesta en el Registro como consecuencia de los derechos inscritos que comportan el de fruición: derechos de dominio, usufructo, arrendamiento, etc. Esto es, la inscripción lleva implícita la facultad de percibir el fruto, con la excepción de los frutos civiles del crédito hipotecario y las pensiones censales de los dos últimos años y parte vencida de la anualidad corriente.

En cuanto a la accesión continua: avulsión, aluvión, mutación de cauce, formación de isla, acaso no sea en el fondo más que un problema de inmatriculación.

A tal efecto habremos de referirnos separadamente a aquella matización de esta suerte de accesión continua antes señalada de *natural* y *artificial*.

Para la natural, como a primera vista parece que sólo se trata de constatar un hecho, ¿será suficiente la escritura pública en la que el propietario del fundo en que hubiese recaído la accesión, refleje el hecho causal con las circunstancias necesarias para que el asiento se practique? Esta es la solución que ofrece la Resolución de 20 de julio de 1922. Para ello —conviene señalar— se tuvo en cuenta que entre los documentos presentados a calificación figuraba un certificado expedido por funcionario competente, acreditativo de la mutación de cauce, de la existencia, extensión y cabida del cauce abandonado y cuál fuera la parte de éste colindante con el predio cuyo propietario pretendía inmatricular el terreno accedido. Algo así como la justificación del exceso de cabida basado en datos catastrales con arreglo al artículo 298, número 5.^o b), del vigente Reglamento Hipotecario.

Serias objeciones se han hecho, sin embargo, a esta doctrina.

Aun reconociendo que el hecho determinante de la accesión es bastante para crear el derecho de dominio a favor del dueño del predio que la recibe, la mera manifestación unilateral de aquel, en el documento, sin el consentimiento ni aun noticia siquiera de los propietarios de los distintos predios existentes en toda la longitud

de dicho cauce, parece despojar de toda precaución a esa creación jurídica de rango tan elevado. Porque ha de pensarse en la copropiedad formada entre los dueños de los predios fronteros al cauce, antes de la determinación que de la parte de éste corresponde a cada uno. Y en tal evento ha de recordarse lo previsto en el artículo 278 del Reglamento... Y aunque se arguya que el objeto de la inmatriculación no sea la parte indivisa apuntada, sino la porción delimitada al predio o predios, habrán de tenerse en cuenta —si aquella inmatriculación se realizase por expediente de dominio o acta de notoriedad— los artículos 201, regla 3.^a, y 203, regla 4.^a, de la Ley Hipotecaria.

Y en todo caso —continua el objetante, celoso, sagaz objetante—, ¿qué representa en la mecánica registral la inscripción de un terreno ganado por accesión? Sencillamente, una extensión geográfica del fundo que lo ha recibido por este medio; esto es, la inscripción de un exceso de superficie. Y para la procedencia de los asientos de esta clase no basta la simple y sencilla declaración del propietario respectivo; se precisa bastante más; ha de concurrir alguno de los requisitos que enumera el artículo 298, número 5.^º, del Reglamento Hipotecario, sea cualquiera el título o modo mediante el cual se haya incrementado la extensión superficial.

Por ello entiende el ilustre objetante al que aludimos, que para la inmatriculación de los terrenos ganados por accesión natural en sus diferentes modalidades se requiere: o escritura pública en la que, se practique o no la división material de los terrenos accedidos, presten su conformidad todos los partícipes de éstos, o declaración judicial, si existiere discrepancia entre los mismos, o auto dictado en expediente de dominio, o acta de notoriedad inmatriculadora, o acta de deslinde y amojonamiento, judicial y administrativo, debidamente aprobados; o documento adecuado que reúna alguno de los requisitos del citado número 5.^º del artículo 298. Criterio análogo sustenta MORELL Y TERRY.

Son serias, fundadas, las razones expuestas contra la doctrina de la Resolución citada.

¿Pero, realmente la accesión continua —y natural— puede reducirse —cuál antes se expuso— frente al Registro a un simple problema de inmatriculación o, aun más concretamente, de «exceso de cabida»?

Si como también se dijo —en el a manera de planteamiento del tema— la accesión no es sino una manifestación del dominio (según nuestro Tribunal Supremo) o expresión de la naturaleza expansiva del mismo, el hecho jurídico de su existencia debe imponerse por sí solo. No se trata, pues, de contrastar, de acreditar una mayor cabida, sino de manifestar el hecho insólito, la creación jurídica acaecida.

Parecía bastar, por tanto, una simple Acta de Notoriedad del hecho jurídico surgido, acompañada de la certificación que tuvo en cuenta la analizada Resolución. Piénsese en casos de aluvión o avulsión (1) en que no hay predios fronteros; o hasta ese mismo de mutación de cauce en que se *patentiza la notoriedad* (valga el pleonasio) de la parte de aquel que colinda con el predio recipiente, de lo que certifica, además, un funcionario competente en documento complementario.

La otra accesión continua, la artificial, se nos muestra en el Registro con la inscripción de las nuevas plantaciones y edificaciones o de mejoras en las ya existentes.

Sobradamente conocidas las exégesis de los artículos que las regulan en nuestra Ley Hipotecaria: 208, primitivamente párrafo penúltimo del 347; y 308 de su Reglamento, hay un punto que, comentado por LA RICA, no ha sido rectificado.

Es el referente, para la inscripción de la obra nueva, de la simple escritura descriptiva de la misma, en que el contratista declare estar reintegrado del importe de la obra, que, con razón, LA RICA, encuentra un tanto enigmático

«¿Bastará —expresa—, como dice la letra de la ley —y confirma la del Reglamento— con que sólo el contratista, sin intervención del propietario, describa la obra y se declare pagado de su importe? La hipótesis es absurda —continúa—: el trácto sucesivo exige que el

(1) El caso de avulsión —art. 368 C. c.— parece incluso necesitar menos requisitos para ser constatados en el Registro. Se diría —empleando las mismas palabras del Código— de un simple caso de segregación y, por tanto, bastar al efecto la mera declaración en escritura pública del dueño de la finca que conserva el dominio de la porción segregada. En realidad —como dice CASTÁN—, siendo conocida la procedencia del terreno incorporado no hay fenómeno legal de accesión. Pero incluido como tal en el Código, por lo insólito del caso y por poder variar incluso el pago, lugar y hasta el Ayuntamiento donde radique el terreno transportado, consideramos prudente y correcto recurrir al procedimiento apuntado para su constancia en el Registro.

Igual decímos del aluvión o acrecentamiento paulatino de las heredades confinantes con las riberas de los ríos (art. 366 C. c.).

documento se otorgue por el titular registral, y no bastará la simple manifestación del contratista.»

Pero esa manifestación del contratista, ¿no es una declaración de carácter receptivo para el propietario, que puede aprovechar al dueño del solar de igual modo que, en el caso de cancelación, aprovecha al deudor la manifestación del acreedor de haberle sido pagado el importe de su crédito?

Claro es que en la cancelación, más que en la declaración de pago, es el consentimiento para que la misma se practique lo que importa; pero aquí, a la inversa, presupuesta la declaración, el propietario recibe con todos los beneficios y ventajas la obra, entre ellos los de la inscripción.

Pero hasta ahora nos hemos referido casi exclusivamente a la accesión sobre bienes de naturaleza física, corporal. Bueno es que echemos una ojeada sobre su repercusión en los llamados incorporales y más especialmente al derecho real de hipoteca.

Ya sabemos que durante la vida del crédito que aquella garantiza, se producen o incorporan a la cosa distintos elementos, surgiendo el problema de la «extensión objetiva», al que nuestra ley fundamental dedica los artículos 109 al 113 inclusives, con arreglo a los cuales y a sus concordantes, puede hacerse la siguiente sinopsis referente a dicha extensión objetiva.

La hipoteca se extiende, según quien sea el propietario de la finca hipotecada y la causa de la extensión:

Mientras la finca esté { Por ministerio de la ley

- I. A la agregación de terrenos por adición natural (109).
- II. A las mejoras que consisten en:
 - a) Obras de reparación, de seguridad o de transformación (110, 1.º).
 - b) Nuevas construcciones, obras de riego o de desagüe, comodidad, adorno, elevación de edificios y otras semejantes (110, 1.º).
- III. Al exceso de superficie (215 Regl.º).
- IV. A los elementos comunes objeto de copropiedad en los casos de propiedad horizontal (396 Cód. civ.).
- V. A los muebles colocados permanentemente en la finca, bien sea para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto (111, 1.º).

- | | | |
|--|--|---|
| <p>Mientras la finca esté en poder del hipotecante ...</p> <p>Si la finca ha pasado a poder de tercero ...</p> | <p>Por ministerio de la ley</p> <p>Por pacto expreso ...</p> <p>Por ministerio de la ley</p> <p>Por pacto expreso ...</p> | <p>VI. A los frutos pendientes al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación (109 y 112).</p> <p>VII. A las indemnizaciones concedidas o debidas al hipotecante por siniestro de los bienes anteriores, ocurrido con posterioridad a la constitución de la hipoteca, o por expropiación forzosa en el mismo supuesto (110, 2.º).</p> <p>VIII. A las rentas posteriores al tiempo de ser exigido dicho cumplimiento (111, 3.º).</p> <p>No solamente a los comprendidos en el grupo anterior, sino además:</p> <p>IX. A las nuevas construcciones (110, 1.º).</p> <p>X. A los terrenos agregados voluntariamente para integrarlos en la finca hipotecada (110, 1.º, a <i>contrario sensu</i>).</p> <p>XI. A los objetos muebles del epígrafe V, aunque puedan separarse sin quebranto ni deterioro (111, 2.º).</p> <p>XII. A los frutos, estén o no pendientes (III, 2.º).</p> <p>XIII. A las rentas anteriores al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación, que no hubieran sido satisfechas (111, 3.º).</p> <p>XIV. A las accesiones del epígrafe I.</p> <p>XV. A las mejoras costeadas por el nuevo dueño comprendidas en el epígrafe II, a).</p> <p>XVI. Al exceso de superficie del epígrafe III.</p> <p>XVII. A las indemnizaciones del epígrafe VII.</p> <p>La existencia de pacto entre el adquirente de la finca ya hipotecada y el acreedor hipotecario es harto improbable. Si lo hubiere, se estaría a las determinaciones antes expuestas para el supuesto de que la finca estuviese en poder del hipotecante.</p> |
|--|--|---|

De los distintos supuestos encuadrados en la anterior sinopsis, sólo vamos a referirnos al de los objetos muebles colocados permanentemente en la finca hipotecada.

Como dicen PÉREZ y ALGUER y la Resolución de 19 de noviembre de 1943, no existe en nuestra sistemática —cuál en los Códigos alemán y suizo— un concepto técnicamente elaborado de lo que sean partes *esenciales integrantes* y partes *accesorias*, siquiera pueda descubrirse un criterio análogo al concepto formulado en aquellos Códigos.

digos respecto de las últimas en las llamadas cosas inmuebles por destino. Y en cuanto a la extensión de la hipoteca habrá de tenerse en cuenta, conforme a la Resolución de 21 de junio de 1893, «no sólo que los objetos muebles se destinen a la industria o explotación que se realicen en el inmueble al que se adhieren y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la misma industria o explotación, sino que además dicha adherencia y consiguiente destino se hagan por el propietario de la finca».

¿Pero, y cuándo la maquinaria que reúna todas esas características no sea de la plena propiedad del dueño de la finca en la que se halle instalada o está afecta a garantía prendaria?

En el caso primero —«pactum reservati domini»— los Códigos italiano, suizo y alemán, vinculan la cosa vendida al pago del precio o suspenden la transmisión de la propiedad hasta que se verifique totalmente dicho pago (artículo 2.762 Código italiano, 805 *infine*, suizo; 455 alemán (2), con excepción, respecto de éste, de lo que preceptúa en el 93: «que no puede ser objeto de derecho separado la parte de cosa que al desunirse de otra una de ellas se destruya o pierda su esencia», sin equivalencia en nuestra legislativa, como el 833 del mismo Código alemán, que no admite la compra-venta de inmuebles con tal pacto de reserva de dominio).

Admitida la validez del pacto en nuestra patria, ¿qué efectos produce respecto a la extensión objetiva de la hipoteca?

Según la Resolución de 21 de junio de 1893, antes citada, ninguno, porque la cosa objeto de él no pertenece al dueño del inmueble al que fué incorporada.

Mas la conocidísima Sentencia de 15 de junio de 1905 —cita ineludible de todos los comentaristas—, partiéndo del principio de

(2) A igual solución y analogía llega la Partida 3.^a, título XXVIII, ley XLVI. Apoderan Vnos omes a otros en sus cosas vendiendogelas, o dandogelas en dote, o en otra manera o cambiandolas, o por alguna otra derecha razon. E por ende dezimos que por tal apoderamiento como este que faga vn ome a otro de su cosa, o que lo faga otro alguno por su mandato, que passa el señorío de la cosa a aquél a quien apoderasse della. Empero si el que ouiesse vendido su cosa a otri le apoderasse della, si el comprador no ouiesse pagado el precio, o dado fiador, o peños, o tomado plazo para pagar, por tal apoderamiento como este, non passaría el señorío de la cosa fasta que el precio se pagasse. Mas si fiador ouiesse dado o peños o tomado plazo para pagar, o si el vendedor se tiasse en el comprador del precio: entonces passaría el señorío de la cosa a el por el apoderamiento, maguer el precio non ouiesse pagado. Empero tenudo seria de lo pagar.

que todas las obras que se realicen en una finca se presuponen hechas por el propietario de la misma y a su costa, salvo prueba en contrario, llega a la consecuencia de que cuando el propietario de una cosa mueble destinada a formar parte de una industria de propiedad ajena quiera conservar su derecho sobre aquélla en perjuicio de tercero, o tiene que acreditar tal derecho en documento público que pueda inscribirse, atendido el destino del referido mueble para que conste en el momento de la incorporación su procedencia, o ha de sufrir las consecuencias de la incorporación cuando el tercero tiene, a su vez, adquirido el derecho que la ley le reconoce. Y concluye afirmando que la hipoteca se extiende a la maquinaria colocada en la finca hipotecada, sin que a ello obste el que no se hallara unida al edificio cuando se otorgó la hipoteca de éste.

Mas en esta hipótesis, llegado el momento de realizar el valor de la maquinaria puede ocurrir o que el vendedor con pacto de reserva de dominio haya ejercitado la facultad de dejar sin efecto la venta, en cuyo caso aquella extensión resultará ilusoria, o que subsista el plazo de vigencia de dicho pacto; se producirá entonces un problema de prelación por la concurrencia de dos créditos, el del vendedor con precio impagado y el asegurado por la hipoteca. ¿Cuál de ellos gozará de preferencia? Se parte, claro es, del supuesto de que la reserva de dominio conste en documento fehaciente y, si se hubiese establecido algún registro público de carácter oficial adecuado, que en él estuviera inscrita la maquinaria con expresión de las circunstancias y condiciones en que haya sido comprada. Siendo así venimos que el artículo 1.922 del Código civil coloca en primer rango de preferencia con relación a determinados muebles, los créditos por *precio de venta de bienes muebles* que estén en poder del deudor, hasta donde alcance el valor de los mismos. Y la preferencia de esta clase de crédito excluye, según el artículo 1.926, a todos los demás dentro del límite del valor del mueble respectivo.

En la segunda posibilidad antes prevista, esto es, si el precio aplazado de la venta se hubiese asegurado con hipoteca mobiliaria constituida en documento fehaciente debidamente inscrito en el Registro correspondiente, caso de existir éste, nos encontramos con que la cosa prendada no forma parte, según el artículo 1.866 bis, del Código civil, de la finca a la que haya sido incorporada, ni puede merecer la consideración de bien inmueble que le atribuye el ar-

título 334. Y siempre el acreedor tendrá la misma preferencia, conforme al artículo 1.863 bis, que los artículos 1.922, número 2.^o, y 1.926 reconocen al acreedor que tiene la prenda en su poder. Por consiguiente, aunque la hipoteca sea extensiva, como en efecto lo es, a las partes esenciales y a las pertenencias de la finca hipotecada, el crédito hipotecario será pospuesto al pignoraticio cuando haya de hacerse efectivo sobre la cosa pignorada, dentro del precio que por ella se obtenga.

* * *

Fijemos ahora nuestra atención sobre la ACCESIÓN INVERSA.

Se produce ésta cuando, contrariamente al principio general de que la cosa accesoria sigue a la principal y, por consiguiente, la superficie cede al suelo, es éste considerado como secundario y cede su primacía a lo que sobre o bajo él exista.

Un caso característico al respecto nos lo ofrece el artículo 1.404 del Código civil, cuando refiriéndose a la construcción de edificios durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, declara a tales edificios gananciales, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca.

Estudiado magníficamente el precepto por ROCA, SANZ y GARCÍA GRANERO, sólo queremos dejar sentado que aunque el texto legal no lo exprese, para que sean de la sociedad ganancial tales edificios será preciso que la construcción se haya hecho a expensas de la misma (Sentencia 24 de mayo de 1932); que si los gastos los hizo el cónyuge dueño del solar, al mismo seguirá perteneciendo el suelo y lo edificado, y que si la obra la hubiera efectuado el otro cónyuge de su peculio, serán de aplicación las normas reguladoras de la construcción en suelo ajeno, según que haya habido buena o mala fe por parte del constructor.

Son muchos los problemas que surgen en torno al precepto como puede verse —repetimos— en los autores citados, complicándose las situaciones cuando media un proceso judicial. Así, por ejemplo, cuando sobre lo construido y el solar en que se asienta, se pretende tomar anotación preventiva para asegurar obligaciones personales del cónyuge dueño del suelo o contra el marido como representante de la sociedad conyugal; o se ejercita *in iudice* un derecho subjetivamente real trascendente al suelo sobre el que se levanta la edificación, mediante acción repercutible en el Registro...

Claro es, que habrán de tenerse en cuenta las normas generales que rigen la facultad de disponer por actos de libre voluntad, en evitación de que, llegado el momento de otorgar coactivamente la enajenación o el gravamen, surja el obstáculo de falta de legitimación registral en el obligado a otorgarla.

Más, sin duda, es el llamado derecho de superficie el más representativo de la accesión inversa.

Objeto de una cuidada regulación en las legislaciones extranjeras, en nuestro país apenas si el ordenamiento legal le dedica alguna breve alusión (artículo 1.611 Código civil, 107 Ley Hipotecaria y, en cierto sentido, aunque sin darle su típica denominación, los 483 al 488 de aquél)

Sobradamente conocidas las opiniones de J. GONZÁLEZ, CASTÁN, WOLFF, etc., sobre la importancia de este derecho para resolver el problema de la vivienda, de ellas discrepa —no sin falta de razón— NUSSBAUM porque la subordinación que implica su constitución a los derechos del propietario del suelo no ofrece gran aliciente para construir.

¿Pero qué es el derecho de superficie? Pese al peligro que encierra toda definición y más de un derecho de tanta imprecisión como el que nos ocupa, pudiéramos, sin embargo, decir del mismo «que es el derecho real de dominio restringido a lo que existe sobre o bajo suelo ajeno y a este mismo suelo en cuanto sea necesario para el ejercicio de aquel derecho».

Su existencia se presenta en gran diversidad de formas, siendo acaso la más estudiada la de la edificación.

Ahora bien, en manera alguna puede asimilarse el derecho de superficie a la división de la propiedad urbana en sentido horizontal. Así lo reconoce el Código civil suizo en su artículo 675 por cuanto prescribe que «los diversos pisos de una casa no pueden ser objeto de superficie». Y ello es lógico; si este derecho requiere como condición indispensable la atribución a distintos titulares del dominio del suelo y de lo que sobre él exista, tan esencial característica falta cuando uno de los pisos en que la edificación esté dividida pertenece a quien es copartícipe en la propiedad del solar sobre la que está construída, que es la situación de cualquiera de los propietarios de dichos pisos.

Pero puede existir la superficie bajo el suelo. Prevista la posibilidad en los Códigos alemán y suizo, ¿quién, en nuestro país, no

ha tenido ocasión de conocer grutas, cuevas, bodegas, garajes, etc., pertenecientes a propietarios distintos del dueño del terreno bajo el cual están construidos?

La superficie consistente en la propiedad de los árboles y plantaciones en suelo ajeno es varia y multiforme. En primer lugar —y dejando aparte las legislaciones forales— encontramos el establecimiento a primeras cepas regida por el artículo 1.656 del Código civil, siquiera sea considerada por éste —y así lo es respecto al dueño del suelo— como enfiteusis.

También se dan en nuestro país diversas formas del expresado derecho análogas a las que PLANIOL señala como existentes en Francia por la ley de 12 de mayo de 1825, según la cual pueden pertenecer a particulares los árboles que bordean las carreteras aunque se hallen plantados en terrenos de dominio público.

Y aunque no se le dé este nombre de superficie, es frecuente el contrato —en parte de Andalucía y Extremadura— de cesión temporal por parte del propietario del terreno para que lo disfrute el cessionario con obligación en éste de desarraigarse arbustos y malezas, plantando en su lugar olivos o vides, cuyo producto, como el del suelo, según se dijo, aprovecha el plantador por el tiempo convenido, al final del cual se divide la propiedad del suelo con sus plantaciones entre el cedente y el cessionario en la proporción estipulada.

¿Cuál es, pues, la naturaleza del derecho de superficie?

Frecuentemente se le considera como una servidumbre subjetivamente personal, o como un derecho de enfiteusis, o como un derecho de goce y disfrute.

BONET, en su comentario a la Sentencia de 3 de julio de 1941 (*Revista Derecho Privado*, año 1941, pág. 361 y sg.), señala acertadamente las diferencias existentes entre el derecho que estudiamos y aquellas figuras jurídicas.

Por ello, y rechazando asimismo las construcciones del mismo como tipo de copropiedad o propiedad dividida o desmembrada, acaso pueda considerársele como caso especial de propiedad plena sobre la edificación o plantación objeto de él, independiente de la del suelo y extensiva a la de éste en cuanto sea necesario para la utilización de aquéllos.

En cuanto a la forma de constituirse lo será cual otro negocio jurídico cualquiera, y también por concesión administrativa y por usucapición, reconocida ésta por Sentencia de 4 de julio de 1928, si

bien como para el cómputo del plazo prescriptivo se establezca como momento inicial el de la ejecutoriedad de la Sentencia, puede ello conducir al absurdo, según señaló CASTÁN, de que el dueño del suelo tenga un medio de resucitar el derecho, ya extinguido, de acogerse al artículo 361 del Código civil y hacer suyo el suelo sin más que ejercitar previamente ante los Tribunales una acción reivindicatoria que obligue a deslindar los respectivos derechos, quedando así defraudados los fines de la prescripción.

Como forma anormal de constitución de derecho de superficie encontramos la llamada *construcción extralimitada*, que, regulada por los Códigos alemán e italiano, se encuentra carente de reglas en el nuestro, pues como dicen PÉREZ y ALGUER, y confirma DE LA PLAZA, las de edificación en suelo ajeno no son aptas para dar una solución satisfactoria. Por ello, propugna el último una solución supletoria por los Tribunales, parecida a la establecida por aquellos Códigos (artículo 938 italiano y 912 al 906 del alemán), lo cual ha sido acogido por el Supremo en decisión de 31 de mayo de 1949, estableciendo que conforme al principio de que lo accesorio cede a la principal debe darse esta cualidad al edificio unido en parte al suelo del edificador, si la edificación es indivisible y su importe y valor exceden a los del suelo invadido de buena fe, reconociéndole el derecho a adquirir la parte del terreno ocupado en la invasión, mediante el pago de su precio al dueño respectivo, por imponerlo así una fundamental razón de equidad.

Sin propósito exhaustivo y por lo que va expuesto, asignaríamos al derecho de superficie los siguientes caracteres:

A) La perpetuidad (así PLANIOL, JOSSERAND, PÉREZ y ALGER, etcétera).

B) *Su no redimibilidad*, y ello no obstante los artículos 1.611 y 1.655 del Código civil, por ser un derecho de propiedad absoluta e ilimitada, sin dependencia tributaria del suelo.

C) *No ser indispensable al mismo la prestación de canon*, pues a pesar de que el Código, en el único derecho de esta clase que menciona —artículo 1.656—, lo imponga, es por considerarlo análogo a la enfeitisis, estado ya por la doctrina —CASTÁN, PUIG PEÑA, etc.— superado tal criterio.

D) *De extensión objetiva* necesaria para subsistir y ser ejercitado, y esto no ya en las construcciones —vid. art. 1.013 Código alemán—, sino más acusadamente en las plantaciones y arbolado.

E) Estar *afecto al derecho de retracto*, por su íntima relación de convivencia con otros derechos, pues aun no configurado como copropiedad, basta que el dominio o los aprovechamientos que de él se deriven estén atribuídos entre partícipes diversos para que se dé el expresado derecho de retracto, a fin de integrar la propiedad total en un solo titular (Sent. 9 de marzo de 1893, 17 de mayo de 1898, 3 de abril de 1909, y 9 de mayo de 1922, etc.).

Respecto a su extinción, si se hubiera fijado un plazo al constituirse (que nada tiene que ver con el carácter que antes le asignamos de perpetuo), la Ordenanza alemana impone al propietario del inmueble el deber de indemnizar al superficiario por el valor del edificio que pasa a ser de su propiedad. Como esta regla no tiene equivalencia en nuestro Derecho, entendemos —con PUIG PEÑA— fué al terminar por el plazo estipulado el derecho de superficie, recobra todo su valor el principio de accesión, sin que sea admisible aquella indemnización.

Más interesante es el problema de la destrucción de la cosa que da objetividad al derecho de superficie. ¿Se extinguirá entonces este? Sí, según el artículo 1.656 de nuestro Código en cuanto al derecho superficiario en él regulado. Mas piénsese, como hemos venido expresando, que tal derecho está contemplado como forma similar a la enfiteusis.

Pero el derecho de superficie no es, en su exacta concepción jurídica, la facultad que asiste a su titular en cosa cierta y determinada existente sobre o bajo el suelo ajeno. Es un derecho más amplio. Es el de poseer en uno u otro de dichos planos, por tiempo convenido o perpetuamente, construcciones, plantaciones, arbolado, etcétera, sin determinar cuáles sean, las cuales pueden ser modificadas, alteradas, sustituidas o transformadas. Por ello, la destrucción o aniquilamiento de la cosa objeto actual de tal derecho, no la extingue, porque si la extinguiera, la temporalidad, que no la perpetuidad, sería una de sus notas características. Así lo entienden el Código —artículo 1.016— y Ordenanza alemanes y el italiano, artículo 954.

Finalmente, la inscripción de este derecho no ofrecerá dificultades, pues, conforme a la pauta marcada en Resolución de 29 de abril de 1871, inscrito el suelo sobre el que se asienta —en vuelo o subsuelo— el derecho superficiario, se reflejará en el mismo folio; sin perjuicio, a su vez, de las repercusiones por la división horizontal de

la finca (art. 8.^o de la ley), si es urbana, o fraccionamiento, si es rústica. Con la obligada referencia en tales casos a la finca unitaria.

* * *

Pero ya es hora de que hagamos una aclaración. Cuantas ideas, conceptos, incluso transcripciones de párrafos completos a veces, que anteceden, están tomados de la Conferencia —con que se cerró el curso de las organizadas en 1952 por el Centro de Estudios Hipotecarios— pronunciada por don VALERIANO DE TENA MARTÍN.

Registrador de la Propiedad experto, avezado, une a una gran cultura un espíritu observador impar, lo que le permite aunar el practicismo cotidiano al rigor de la técnica, siendo demostración de ello la síntesis de su lección —magistral lección— antes expuesta, en la que no sabemos qué admirar más: si el interés doctrinal que encierra o el realismo y utilidad profesional con que está desenvelta.

Pruéba de ello son los distintos casos relacionados con el tema encontrados en su vida profesional, que, por lo curioso de algunos, no nos resistimos a dejar de exponer, cual el hallado en Málaga —de donde es titular actualmente— de un edificio destinado a espectáculos públicos cuyo solar pertenece a unos propietarios correspondiendo a otros distintos la edificación, como un ejemplo de superficie constituida entre los dueños del suelo y del vuelo con todos los derechos y deberes que para los condóminos establece el título III, libro 2.^o, del Código civil, y el derecho de retracto legal otorgado a los comuneros por el artículo 1.522 del mismo Código. En esta forma especial de Comunidad —que hay que rechazar como forma de constituir la superficie— no se hace el señalamiento de cuotas indivisas entre los propietarios del suelo y de la edificación con relación al conjunto de uno y otra. De donde resulta —dice TENA— que se pretendió dejar establecida una comunidad de bienes objetivada en la integridad del solar y del edificio sin especificar la parte alícuota de cada condómino en el todo formado por uno y otro de tales objetos.

Otro ejemplo que aflora, fruto de su práctica profesional, es cuando refiriéndose a la constitución del derecho de superficie por concesión administrativa, recuerda la que el Estado hizo a la Sociedad Anónima «Ferrocarril Eléctrico del Guadarrama», del dere-

cho de ocupación por noventa y nueve años, de determinada extensión de terrenos en Cercedilla, con destino a la construcción de sanatorios de altura, facultándose a la Sociedad para convenirse con los particulares que desearen construir por su cuenta dichos sanatorios, lo que ha permitido elevar en tal zona multitud de chalets de recreo que representan una gran riqueza.

Por último y refiriéndose a la extensión objetiva del derecho de superficie, trae a colación la modalidad del mismo que ha podido observar sobre encinares de área extensa. Por ello —el carácter de extensión objetiva— se demuestra que al dueño de la superficie asiste, entre otras, la facultad de abrevar el ganado durante el tiempo que aprovecha el fruto del arbolado, en los abrevaderos, no suyos, que haya en la finca; para construir cochiqueras o zahurdas en el suelo, que no le pertenece, de la misma finca; para que dicho ganado paste, durante la época de aprovechamiento del fruto, en el suelo del inmueble, tomando previamente las precauciones acostumbradas para impedir que cause daños evitables; y, en compensación, queda el superficiario obligado a permitir que el ganado del dueño del suelo coma el fruto caído durante las demás épocas del año y que utilice, durante el mismo tiempo, las construcciones que hubiere hecho. También el superficiario puede ocupar el suelo para depósito y carboneo de las leñas del encinar.

De cuanto precede se desprende nuestra conformidad a lo expuesto por tan sagaz compañero, pues si algún reparo hicimos a su celoso comentario a la Resolución de 20 de julio de 1922 —vid. el principio de este trabajo— es tan leve que no empañá si no afirma nuestra limpia admiración a su labor (esmaltada de multitud de citas jurisprudenciales, legales y de obras y autores patrios y extranjeros) a la que hemos dedicado el estudio que es merecedora.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.
Registrador de la Propiedad