

En efecto, el objeto social de la escritura calificada —artículo 2 de los Estatutos— establece que «previa la concesión administrativa correspondiente, la sociedad tendrá por objeto único y exclusivo, la explotación del Casino de Juego del propio nombre...», mientras que el artículo relativo al capital social —artículo 6— establece, a los efectos que interesan, que «éste se fija en diez millones de pesetas... totalmente suscritas y reembolsadas en un 25 por 100... En caso de que la sociedad resulte titular de la explotación de un Casino de Juego, el capital social mínimo será de doscientos millones de pesetas, totalmente suscrito y desembolsado...».

La nota de calificación, en cuanto al único defecto objeto de recurso, indica lo siguiente: «a la vista de la determinación del único y exclusivo objeto social contenida en el artículo 2 de los Estatutos, el artículo 6 de los mismos infringe lo dispuesto en el apartado 4, derecho) del Reglamento de Casinos de Juego, aprobado por Orden del Ministerio de Interior de 9 de enero de 1979, según el cual el capital social mínimo debe ser de doscientos millones de pesetas, totalmente suscrito y desembolsado, cuya cuantía no puede disminuir durante la total existencia de la sociedad».

2. La cuestión se centra, pues, en decidir si el objeto social establecido estatutariamente, en cuanto actividad económica objeto de regulación especial precisa, «ab initio» a la luz de su normativa reguladora, de un capital mínimo desembolsado especial o si es en el momento de la obtención de la concesión cuando debe alcanzarse y mantenerse dicha cifra.

3. La normativa reguladora de los Casinos de Juego presenta dos categorías o modalidades de empresas según se haya obtenido o no autorización para la instalación de un casino: Sociedad promotora y sociedad titular. Las primeras son aquellas cuya actividad se dirige a realizar los actos necesarios para la obtención de la concesión, no siendo necesario para la solicitud ni tan siquiera la efectiva constitución de la sociedad anónima, sino que basta con presentar, entre otras documentaciones, el proyecto de escritura y estatutos (artículo. 7-a de la Orden de 9 de enero de 1979).

En tanto no recaiga la autorización por la Comisión Nacional de Juego para la explotación de un casino de juego y su aceptación por el solicitante, no nace la obligación de mantenimiento de fondos propios. Es posible, por el contrario, la modificación o sustitución del objeto social, con los requisitos legales aplicables como corresponde al principio de libertad y conservación de empresa que consagra nuestro ordenamiento jurídico. (38 y 53 Constitución Española).

Frente a esta interpretación resulta excesiva la exigencia de que el objeto social señalado en los estatutos exprese la cualidad de sociedad promotora, dado que ese carácter se deduce, sin duda, del tenor del precepto estatutario.

Ha de tenerse presente, además, que obra en el expediente un escrito de la Comisión Nacional de Juego en el que se recuerda que la suscripción y desembolso del capital se refiere al momento de la concesión de instalación y explotación del casino, lo que no ha ocurrido en el presente caso y que la escritura calificada lo es de adecuación de capital y adaptación de estatutos, figurando el mismo objeto social ya inscrito sin que hubiere habido modificación en su régimen especial administrativo.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto con revocación de la nota y acuerdo del Registrador.

Madrid, 25 de mayo de 1999.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Señor Registrador Mercantil de Asturias.

**13693** *RESOLUCIÓN de 26 de mayo de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Marbella, don Manuel Tejuca Pendas, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha ciudad, número dos, don Pedro Luis Martínez Casto, a inscribir una escritura de declaración de obra nueva en virtud de apelación del señor Registrador.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Marbella, don Manuel Tejuca Pendas, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha ciudad, número dos, don Pedro Luis Martínez Casto, a inscribir una escritura de declaración de obra nueva, en virtud de apelación del señor Registrador.

#### Hechos

##### I

El 20 de julio de 1995, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Marbella, don Manuel Tejuca Pendas, los esposos don José

Luis Bueno Planas y doña María Dolores Cañones Rodríguez, casados en régimen de separación de bienes, procedieron a la declaración de una obra nueva realizada sobre un solar propiedad del marido que lo había adquirido de soltero. En el exponendo II de la escritura consta: «Que sobre la finca anteriormente descrita los esposos citados han construido en la proporción que se dirá, la obra, que con el solar en que sitúa, se describe así: ...Han invertido en su construcción la suma de 17.000.000 de pesetas, de los que don José Luis Bueno Plana ha aportado 4.500.000 pesetas y doña María Dolores Cañones Rodríguez 12.500.000 pesetas. Vale la obra con inclusión del solar 25.000.000 de pesetas, que en virtud de las aportaciones dichas corresponde a ambos esposos por mitades indivisas, constituyendo una comunidad de bienes entre ambos cónyuges, sobre el solar y la casa de la que son los dos titulares por mitad indivisa». En el otorgan de la escritura se dice que «los señores comparecientes en los términos precedentemente consignados declaran la obra nueva de la casa construida sobre la parcela descrita en el exponendo I de esta escritura, en los términos que resultan del exponendo II y solicitan al señor Registrador de la Propiedad la inscripción, a favor de los esposos comparecientes en cuanto a la mitad indivisa para cada uno de ellos, de la finca en su conjunto».

##### II

Presentada primera copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Marbella, número 2, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del presente documento por cuanto la inversión económica realizada por doña María Dolores Cañones Rodríguez, en la obra realizada sobre el solar propiedad de su esposo don José Luis Bueno carece de virtualidad jurídica para provocar el desplazamiento patrimonial a favor de la misma (artículo 1.359 del Código Civil). Defecto insubsanable. No procede tomar anotación preventiva de suspensión. Contra la presente calificación podrá interponerse recurso gubernativo en el plazo de cuatro meses a contar de su fecha de conformidad con lo prevenido en el artículo 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Marbella, a 24 de octubre de 1995. El Registrador. Firma ilegible».

##### III

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: I. Que hay que señalar que la esposa no se ha limitado a realizar una simple inversión económica en la obra nueva sobre el solar de su esposo, ha hecho algo más: A. De los que resulta de los propios términos de la escritura y que ha quedado expuesto en el Hecho I, parece claro que la esposa ha aportado 12.500.000 pesetas, y juntamente con su marido que también ha aportado 4.500.000 pesetas, además del solar valorado en 8.000.000 pesetas, han constituido una comunidad de bienes sobre la totalidad de lo aportado, solar y obra realizada con la inversión dineraria, y se han atribuido la totalidad del bien, resultante de la construcción (solar y casa), a ambos por mitad indivisa, mediante la fijación de cuotas, cumpliendo además el principio de especialidad, aunque tampoco esto fuere necesario por la presunción legal del artículo 393 del Código Civil. B. Pero es que, además, los términos empleados en la escritura conducen al espíritu de que los cónyuges quisieron que la casa fuere de los dos, esto es, hacerla común. Que la escritura no dice sólo que la esposa invierte dinero, dice, además, que el marido aporta el solar y también hace una inversión económica mediante la correspondiente aportación dineraria, y que ambos cónyuges, en virtud de sus respectivas aportaciones, constituyen una comunidad de bienes sobre el solar y la casa de la que son titulares ambos proindiviso. Que el recurso, por tanto, debe resolver la cuestión de si un matrimonio casado bajo el régimen de separación de bienes puede constituir entre sí una comunidad ordinaria, de tipo romano, que es la aceptada en derecho español y si esa comunidad tiene la virtualidad de producir el efecto querido por los cónyuges de hacer común el solar y la casa. II. Que centrado el debate en dichos términos, no se ve obstáculo jurídico alguno para que se produzca el efecto apetecido por los cónyuges. A. No parece existir obstáculo en la calificación, porque se cita como único argumento legal el artículo 1.359 del Código Civil, que no contradice el fin querido por los cónyuges, y esto por los siguientes razonamientos: a) Sistemático. Que no parece muy convincente citar como argumento único de la calificación un artículo que está pensado para la sociedad de gananciales y no para el régimen de separación que es el que rige en el matrimonio de los cónyuges. b) Histórico. Que en realidad lo que ha hecho el artículo 1.359 es derogar el principio de accesión invertida del antiguo 1.404 del Código Civil, antes de la reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo; c) Lógico. Que por tanto, la interpretación del artículo 1.359 del Código Civil no puede ser otra que lo que literalmente dice, lo cual es, según el criterio genérico

de los artículos 1.346 y 1.347, en la determinación de los bienes privativos y gananciales. Que mal cabe hablar de bienes de esta naturaleza en un sistema económico como el del recurso. d) Carácter dispositivo del artículo 1.259. Que la naturaleza de dicho precepto es de «ius dispositivum». Que esto es el criterio de las Resoluciones de 10 de marzo y 14 de abril de 1989, entre otras. B. Que es viable que los cónyuges casados en régimen de separación de bienes, puedan celebrar un contrato de comunidad, sobre todos o alguno de ellos, y que este contrato tenga la virtualidad de hacer común a ambos los bienes que aporten o comuniquen, en la proporción que digan y en su defecto por mitad: a) Desde el punto de vista legal abonan tal posibilidad los artículos 392, 609, 1.254, 1.255, 1.258, 1.274, 1.277, 1.281, 1.323, 1.665 del Código Civil, 45 del Reglamento Hipotecario, Ley 370 de la Compilación Navarra y en multitud de preceptos de la legislación fiscal relativos a la constitución convencional de comunidades y el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, de 24 de septiembre de 1992 (artículo 22, número 4) y el artículo 55 del Reglamento de 29 de mayo de 1995. b). Que también parece admitida dicha posibilidad desde el punto de vista doctrinal; c) Que también el Tribunal Supremo acepta la posibilidad de la constitución convencional de comunidad de bienes: Sentencias de 7 y 13 de octubre de 1927, 27 de enero de 1933, 15 de octubre de 1940, 16 de abril de 1942, 27 de octubre de 1987 y 5 de junio de 1989. Que se admite esta posibilidad en las Resoluciones de 10 de marzo y 14 de abril de 1989. Que, en conclusión, el efecto apetecido por los esposos es que la casa sea de los dos, lo cual se logra perfectamente a través del contrato de comunicación de bienes, que tiene carácter causal y de atribución patrimonial, que tiene como causa la puesta en común de los bienes, formándose una cotitularidad que corresponde a todos los comuneros en la proporción o cuota que se fije y esta cuota es la que mejor puede responder al «cur debitor» negocial; y este es el criterio de la Resolución de 16 de mayo de 1979. Que se considera que la calificación de insubsanable del defecto es la más adecuada.

#### IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: Que la calificación negativa se basa en las siguientes consideraciones: A. Accesión. Que en esta materia es fundamental el principio «superficie solo cedit», recogido en el artículo 358 del Código Civil, que queda fuera del ámbito de la autonomía de voluntad, pues lo contrario equivaldría a una verdadera «accesión invertida», cuyo supuesto más próximo estaría constituido por el artículo 1.559 del Código Civil, que hoy, después de la última modificación del citado artículo, queda eliminada toda posibilidad de dicha figura sin que la voluntad de las partes pueda alterar el estatuto de la propiedad que pertenece al campo del derecho necesario. Que, además, no cabe desconocer que el acceso al Registro de toda obra nueva tiene lugar como la simple constatación de un hecho con independencia de los contratos que lo hayan originado, por lo que la constatación registral sólo podía realizarse por el titular del solar, por lo que si el contrato subyacente traslativo de dominio no figura inscrito o no es inscribible, el principio de tracto sucesivo impide que aparezca como titular de la obra nueva personas distintas de los titulares registrales del solar. B. Comunidad. Que la comunidad viene definida en el artículo 392 del Código Civil, pero no existe ningún precepto que regule la constitución de la comunidad, lo cual pone de relieve que no se puede hablar de contrato de comunidad. Que el documento calificado se limita a atribuir la propiedad de la obra nueva realizada a ambos esposos, sin aludir a negocio causal alguno. Que el recurrente pretende justificar el desplazamiento patrimonial en base al llamado negocio de comunicación de bienes. Que respecto al citado negocio ha sido utilizado por la Dirección General como recurso «in extremis» para justificar determinados desplazamientos patrimoniales y concretamente respecto del movimiento de los gananciales; pero sería de difícil aplicación al supuesto de hecho objeto de este recurso por cuanto el «prius» lógico jurídico exigiría la puesta en común previa (por título oneroso o lucrativo) del solar de tal manera que la copropiedad de la obra nueva resultaría de la fuerza expansiva del dominio compartido (accesión) y no de la aportación recíproca del otro cónyuge. Que esta existencia de lógica jurídica ha pasado desapercibida para el Notario autorizante de la escritura, por cuanto en la misma declara constituida una comunidad de bienes sobre el solar y la casa, situación anómala, porque tal comunidad no puede constituirse sobre la casa que sigue el régimen jurídico del suelo sobre el que resulta construida de acuerdo con el general de la accesión. Que admitiendo que el vehículo jurídico elegido por las partes para la obtención del resultado final fuera el negocio jurídico de comunicación de bienes, habría que concluir que parece muy difuminado según redacción literal de la cláusula motivo de este recurso sin que conste, entre otros

extremos, la exacta especificación de la causa, como exige la Dirección General. Que a efectos registrales es obligada la expresión de la naturaleza del título, así se establece en las Resoluciones de 26 de octubre de 1992 y 11 de junio de 1993. Que, en resumen, si la aportación en suelo ajeno no supone cambio de titularidad de lo construido y si el contrato de comunidad por sí solo no puede ser causa de la adquisición de la copropiedad, hay que concluir afirmando que el negocio comprendido en el documento calificado o su expresión notarial, carece de virtualidad jurídica para provocar el desplazamiento patrimonial a favor de la esposa del dueño del solar, como expresa la nota de calificación recurrida. Que se mantiene el carácter insubsanable del defecto alegado por el Registrador que suscribe.

#### V

El Presidente del Tribunal superior de Justicia de Andalucía revocó la nota del Registrador fundándose en que la accesión no es obstáculo para el acceso al Registro de la escritura presentada y en que se está ante la creación de una comunidad de bienes y en nuestro derecho no existe obstáculo alguno para la puesta en común de un bien o de su conjunto de bienes, sin que ello responda necesariamente a una común adquisición negocial, pues así se deriva del principio de libertad de pactos, junto de la autonomía de la voluntad que recoge el artículo 1.255 del Código Civil y en particular el artículo 392, párrafo segundo de ese texto legal que refrenda esa posibilidad; que podría también decirse que la causa jurídica constitutiva sería el contrato de obra, en que ambos cónyuges realizan la aportación necesaria para la edificación en cuestión.

#### VI

El Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose en las alegaciones contenidas en su informe.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 358 a 374, 1.274 a 1.277 y 1.323 del Código Civil;

1.º Se presenta en el Registro escritura pública por la que dos cónyuges casados en régimen de separación de bienes hacen constar que, sobre el solar propiedad del marido valorado en 8.000.000 de pesetas, han construido una vivienda y, que, habiendo aportado para la construcción el marido 4.500.000 pesetas y la esposa 12.500.000, siendo el total valor de la finca después de la construcción de 25.000.000 de pesetas, constituyen una comunidad de bienes entre ambos cónyuges, y que, al ser las aportaciones de ambos iguales, corresponde sobre la total finca resultante —suelo y vuelo—, la mitad a cada uno de ellos, solicitando, en consecuencia, se inscriba dicha finca total en proindiviso a favor de los dos, perteneciendo a cada uno de ellos la mitad;

2.º Sostiene el Registrador que la mera declaración de obra nueva carece de virtualidad jurídica para producir una transmisión patrimonial, pero, en el presente supuesto no ocurre así, pues, si bien, como ha dicho reiteradamente este Centro Directivo, en nuestro Derecho toda transferencia patrimonial debe tener causa, y la misma, a efectos registrales no puede presumirse, no lo es menos que, en la escritura presentada, además de la declaración de obra nueva, se contiene un negocio jurídico de carácter oneroso, que aunque no esté expresamente nombrado, podría tener aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial en él contenido.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el Auto presidencial, con revocación de la calificación del Registrador.

Madrid, 26 de mayo de 1999.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

**13694** RESOLUCIÓN de 27 de mayo de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por «Paseo del Sol, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Fueniguirola, número 1, don Antonio Hueso Gallo, a inscribir una escritura de compraventa en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Manuel Luque Carmona, en nombre de la entidad «Paseo del Sol, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Pro-