

PROPIEDAD HORIZONTAL. SERVIDUMBRE SOBRE ELEMENTO COMUN.— NO PROCEDE LA INSCRIPCION DE UNA SERVIDUMBRE SOBRE UN ELEMENTO COMUN DE UN EDIFICIO EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL DECLARADA JUDICIALMENTE EN PROCEDIMIENTO EN EL QUE NO HAN SIDO DEMANDADOS TODOS LOS COPROPIETARIOS DEL EDIFICIO, SEGUN EL REGISTRADOR, O LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS, SEGUN LA RESOLUCION. (RESOLUCIÓN DE 6 DE OCTUBRE DE 2001. BOE DE 11 DE DICIEMBRE DE 2001.)

RESOLUCION de 6 de octubre de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Juan Antonio Vicarregui Butron y doña Concepción Jáuregui Sáiz contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Santurtzi, don Gonzalo Alvarez de Lara y Maza, a inscribir una servidumbre de paso en cumplimiento de sentencia firme, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Manuel Hernández Uriguen, en representación de don Juan Antonio Vicarregui Butron y doña Concepción Jáuregui Sáiz contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Santurtzi, don Gonzalo Alvarez de Lara y Maza, a inscribir una servidumbre de paso en cumplimiento de sentencia firme, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Por sentencia número 103/95, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Baracaldo, el día 17 de febrero de 1995, como consecuencia de los autos de juicio de cognición 729/92, siendo demandante don Juan Antonio V. B. y doña María Concepción J. S., y demandados don Manuel D. D., se declara servidumbre forzosa a favor de los demandantes para acceder al huerto de los mismos (predio dominante), registral 13010, del Registro de la Propiedad de Santurtzi, siendo el predio sirviente la finca registral 227 del mismo Registro de la Propiedad.

II. Presentada la anterior sentencia firme complementada por auto del mismo Juzgado de fecha 4 de febrero de 1998, también firme, por la que se ejecuta aquélla, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador de la Propiedad que suscribe, previa calificación del precedente documento, que ha causado el asiento 800 del Diario 9, de fecha 10 de junio de 1999, en unión de los complementarios aportados, y tras examinar los antecedentes del Registro, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 y siguientes del Reglamento para la ejecución de la misma, ha acordado: Denegar la inscripción solicitada por observar el (los) siguiente(s) defecto(s) insubsanable(s), que impide(n) la práctica de la misma: No haber sido parte en el procedimiento todos los titulares registrales del predio sirviente sobre el que se constituye la servidumbre forzosa de paso. En efecto, el predio sirviente —finca registral 227 de Santurtzi— aparece descrito en su inscripción 10.^a en los siguientes términos: «Urbana... Casa... Está enclavada sobre terreno propio de cuatrocientos dieciocho metros cuadrados; de ellos, la casa ocupa doscientos ocho, setenta y ocho metros cuadrados —sic— y el resto del terreno, doscientos nueve, veintidós metros cuadrados —sic— no edificado, se sitúa en el sur, como antuzano...»; en la misma inscripción, en que se constituye dicha finca en régimen de propiedad horizontal, se describen los elementos independientes precisando que todos ellos lindan, por el

oeste, con terreno sobrante, «común al edificio, y según los respectivos folios registrales de dichos elementos independientes, los designados con los números uno, dos y tres aparecen inscritos a nombre de personas distintas al demandado, cotitulares, junto con éste, del referido terreno, común al edificio. No cabe olvidar que cuando la inexactitud del Registro proviene de no haber tenido acceso al mismo alguna relación jurídica inmobiliaria (en el supuesto que nos ocupa, una servidumbre de paso), la rectificación tabular puede lograrse, entre otros medios, por la vía de una resolución judicial que ordene tal rectificación; pero, en tal caso, y como con toda claridad dispone el artículo 40, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria, la demanda habrá de dirigirse «contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho» —en el caso en cuestión, todos los copropietarios del edificio constituido en régimen de propiedad horizontal y enclavado en la finca sobre la que se constituye la referida servidumbre de paso— (cfr. en análogo sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de septiembre de 1980). Contra la presente nota de calificación puede reclamarse gubernativamente, de conformidad con el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y con el artículo 111 de su Reglamento, sin perjuicio de que los interesados puedan acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad del título. El recurso gubernativo, regulado en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario, deberá promoverse en el plazo de tres meses a contar desde la fecha de la presente nota por medio de escrito dirigido al excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que habrá de presentarse en este Registro de la Propiedad, expresando sucintamente los hechos y fundamentos de Derecho, determinando con claridad y precisión los extremos de la precedente nota que sean objeto de reclamación e indicando un domicilio en el territorio de dicho Tribunal Superior donde deban notificarse las providencias que recaigan. Santurtzi (Vizcaya), 14 de junio de 1999. El Registrador de la Propiedad. Fdo.: Gonzalo Alvarez de Lara y Maza».

III. El Procurador de los Tribunales, don Manuel Hernández Uriguen, en nombre y representación de don Juan Antonio Vicarregui Butron y doña Concepción Jáuregui Sáiz, interpuso contra la nota de calificación, recurso gubernativo y alegó: Que la causa en la que basa el Registrador la denegación de la inscripción es la de no haber demandado a todos los hermanos Díez Diego, argumentando que cuando adaptan los bienes a la Ley de Propiedad Horizontal y los adjudican, dan el 100 por 100 a la casa que está dentro de los terrenos entre los cuales se encuentra el del predio sirviente, no dando porcentaje a este predio, por lo que el Registrador estima que es de todos, cuando dichas afirmaciones contrastan con otras recogidas en el propio Registro y siendo don Manuel Díez Diego quien ha transaccionado en el Juzgado la servidumbre de paso. Que ante tal afirmación emitida por el Registrador, hay que recordar que tal excepción no fue contemplada por el Juez. Que hay dos sentencias firmes reconociendo la servidumbre y además una transacción judicial, en la que el demandado es dueño de hecho y de derecho del predio sirviente. Que el recurrente ha cumplido con todos los trámites judiciales y el Registrador alega, en contra de las sentencias firmes, excepciones desestimadas en las mismas. Que el predio sirviente aparece bien definido en el Registro de la Propiedad, como propiedad del demandado don Manuel Díez Diego. Que se solicita la inscripción de la servidumbre sin perjuicio de que los hermanos Díez Diego, o en

su caso, el Tribunal correspondiente exija a don Manuel Díez Diego segregue el terreno que aparece como de su propiedad.

IV. El Registrador en su informe de defensa de la nota argumentó lo siguiente: Que el defecto apuntado en la nota de calificación no es el de no haber demandado a todos los hermanos Díez Diego, sino el de no haber sido parte en el procedimiento todos los titulares registrales del predio sirviente, ya que la parte de terreno sobre el que se constituye la servidumbre tiene la consideración de elemento común (art. 396 de la Ley de Propiedad Horizontal, art. 40, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria, Resolución de 25 de septiembre de 1980 y 24.1 de la Constitución). Que la jurisprudencia se muestra partidaria, en los supuestos de comunidad de bienes, de la existencia de litisconsorcio pasivo necesario para evitar la indefensión de todos aquéllos que pudieran resultar afectados por el pronunciamiento judicial que recaiga en el pleito (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1990). Que el Registro no responde de los datos y circunstancias de puro hecho ni de los descriptivos de la finca (sentencia de 3 de febrero de 1993). Que el Registrador, conforme a los artículos 100 y 101 del Reglamento Hipotecario, y Resoluciones de 11 y 19 de enero de 1993 y 12 de febrero de 1996, entre otras, debe calificar las resoluciones judiciales teniendo en cuenta los obstáculos que surjan del Registro y así se ha concretado por parte del Registrador. Que el cauce del recurso gubernativo no es el adecuado para solicitar al demandado la segregación del terreno que aparece como de su propiedad para poder inscribir la servidumbre.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco confirmó la nota del Registrador, fundándose en sus alegaciones.

VI. El recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en esencia en sus alegaciones.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 24 de la Constitución Española, 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, 18 y 20 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento.

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso, los siguientes:

Se presenta en el Registro testimonio de sentencia firme dictada en juicio declarativo, complementada por auto, también firme, por el que se ejecuta aquélla, constituyendo una servidumbre forzosa de paso.

Presentados ambos documentos en el Registro, el Registrador deniega la inscripción por ser el predio sirviente elemento común de un edificio en régimen de propiedad horizontal y no haber sido demandados todos los conductos del edificio.

Recurrida la calificación, el Presidente del Tribunal Superior desestima el recurso. El recurrente apela el auto presidencial.

2. El recurso no puede prosperar. El principio constitucional establecido en el artículo 24 de la Constitución Española proscribe la indefensión, y su corolario registral constituido por el principio de tracto sucesivo (cfr. art. 20 de la Ley Hipotecaria) impide que pueda tener acceso al Registro una resolución judicial que afecta a un elemento común de una propiedad horizontal si no ha sido demandada la Comunidad de Propietarios, siendo éste uno de los obstáculos que surgen del Registro y que debe calificar el Registrador en los documentos judiciales (cfr. art. 100 del Reglamento Hipotecario).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el auto presidencial y la calificación del Registrador.

Madrid, 6 de octubre de 2001.—La Directora general, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

COMENTARIO

La doctrina de la Resolución objeto del comentario se centra en que *«el principio constitucional establecido en el artículo 24 CE proscribe la indefensión, y su corolario registral constituido por el principio de tracto sucesivo (art. 20 LH) impide que pueda tener acceso al Registro una resolución judicial que afecta a un elemento común de una propiedad horizontal si no ha sido demandada la Comunidad de Propietarios, siendo éste uno de los obstáculos que surgen del Registro y que debe calificar el Registrador en los documentos judiciales»*.

En la Resolución objeto de comentario se parte de la existencia de la sentencia número 103/95, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Baracaldo, el día 17 de febrero de 1995, como consecuencia de los autos de juicio de cognición 729/92, siendo demandante don Juan Antonio V. B. y doña María Concepción J. S., y demandados don Manuel D. D., se declara servidumbre forzosa a favor de los demandantes para acceder al huerto de los mismos (predio dominante), registral 13010, del Registro de la Propiedad de Santurtzi, siendo el predio sirviente la finca registral 227 del mismo Registro de la Propiedad.

Las dos posturas enfrentadas son las siguientes:

- El Registrador de la Propiedad deniega la inscripción de la sentencia por existencia de defecto insubsanable al *«no haber sido parte en el procedimiento todos los titulares registrales del predio sirviente sobre el que se constituye la servidumbre forzosa de paso»*.

Matiza el Registrador que *«el predio sirviente... aparece descrito... y en la misma inscripción, en que se constituye dicha finca en régimen de propiedad horizontal, se describen los elementos independientes precisando que todos ellos lindan, por el oeste, son terreno sobrante, «común al edificio» y según los respectivos folios registrales de dichos elementos independientes, los designados con los números uno, dos y tres aparecen descritos a nombre de personas distintas del demandado, cotitulares, junto con éste, del referido terreno, común al edificio. No cabe olvidar que cuando la inexactitud del Registro proviene de no haber tenido acceso al mismo alguna relación jurídica inmobiliaria (en el supuesto que nos ocupa, una servidumbre de paso), la rectificación tabular puede lograrse, entre otros medios, por la vía de una resolución judicial que ordene tal rectificación, pero en tal caso, y como con toda claridad dispone el artículo 40-2.º LH, la demanda habrá de dirigirse contra todos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho»*.

- El procurador en nombre de la parte demandante alega que *«el demandado don Manuel Díez Diego ha sido quien ha transaccionado en el Juzgado la servidumbre de paso, que hay dos sentencias que reconocen la servidumbre y además una transacción judicial en la que el demandado es dueño de hecho*

y de derecho del predio sirviente. Que el predio aparece bien definido en el Registro de la Propiedad, como propiedad del demandado don Manuel D. D. y solicitando la inscripción de la servidumbre».

Hay diversos puntos interesantes de comentar en esta Resolución:

- Por un lado, la servidumbre de paso legal se constituye judicialmente.
- Y, por otro, el problema que tiene repercusión registral: el predio sirviente es el elemento común de un edificio en régimen de propiedad horizontal, y en el procedimiento judicial no han sido demandados todos los conductos del edificio.

Como es sabido, según el artículo 536 del Código Civil, las servidumbres se establecen por la ley o por la voluntad de los interesados, las primeras son las llamadas servidumbres legales y las segundas son las voluntarias. No obstante, pese a tan rotundo pronunciamiento del legislador de 1889, la realidad es muy diferente. Al señalar el citado precepto que las servidumbres legales se establecen por la ley quiere decir que la ley se limita a identificar supuestos de hecho cuyas circunstancias facultan al titular del predio dominante para hacer efectiva o reclamar la efectividad de la servidumbre. Pero, como cualquier otra facultad, su titular puede o no ejercitarla, en caso afirmativo, puede darse el caso de que el dueño del predio sirviente se avenga a cumplir lo legalmente previsto, ofreciendo al dueño del predio dominante el servicio o la utilidad reclamada y acordando ambos la correspondiente indemnización. Pero también pueden existir, como es el caso que nos ocupa, disensiones o litigios entre los interesados que reclamen la correspondiente resolución administrativa o judicial.

Todo lo cual significa que aunque la causa última en encuentra en la ley, en la generalidad de los supuestos el acuerdo de los interesados o la resolución administrativa o la sentencia judicial es realmente la fuente de creación de este tipo de servidumbres, entre la que se encuentra la típica servidumbre de paso que estamos analizando.

Continuando con el estudio de las servidumbres de paso, debemos apuntar que el supuesto objeto de la Resolución, es un supuesto que el Código Civil regula en su artículo 564. Se trata del caso de la servidumbre de paso en beneficio de las fincas enclavadas, según el cual: «el propietario de una finca o heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización». La *causa servitutis* es clara, si resulta que la finca ha pasado a ser inaccesible para su titular, es obvio que el Código otorgue al titular de la finca enclavada, la posibilidad de exigir paso mediante la constitución de la correspondiente servidumbre.

En el supuesto objeto de estudio se constituye la servidumbre a través de la correspondiente sentencia judicial resultante del procedimiento de cognición 729/92 en el que los demandantes pasan a ser titulares del predio dominante porque su huerto resulta enclavado y no tienen acceso salvo por la finca de los demandados que pasan a convertirse en titulares del predio sirviente. Fincas que es una casa constituida en propiedad horizontal y del que forma parte, precisamente, como elemento común el patio que va a ser el acceso a la finca del predio dominante sobre el que se ha constituido por sentencia la servidumbre de paso.

En cuanto al segundo punto no podemos olvidar que el principio de legalidad es uno de los más importantes sobre el que sustenta el Derecho Hipo-

tecario. El Registrador se constituye como un órgano independiente que controla la legalidad del acto en todos sus requisitos a efectos de su inscripción en el Registro. Así pues, la calificación es una actuación independiente e imparcial del Registrador, bajo su responsabilidad, siendo pues independiente de la función judicial (1).

El Registrador, al realizar su función calificadora, debe tener en cuenta, a su vez, el principio de tracto sucesivo, el cual exige que para que pueda ser inscrito un derecho, es necesario que conste previamente inscrito el derecho del transferente u otorgante. Como es sabido con este principio se persigue que la cadena de transmisiones que constituye el historial de una finca se produzca de modo continuo, sin saltos ni interrupciones, de forma que el adquirente de hoy sea el transmitente de mañana y que el transmitente de hoy haya sido el adquirente de ayer.

El fundamento de este principio, básico en un sistema de llevanza por fincas, resulta de la seguridad jurídica y del principio sustantivo de que nadie da lo que no tiene, ya que con él se persigue que los derechos deriven del verdadero titular.

En la presente Resolución se hacen observaciones muy precisas que confluyen en recordarnos la existencia del principio constitucional que prohíbe la indefensión (art. 24.1 CE) (2), y que se concreta, según lo que hemos dicho en los párrafos anteriores, en prohibir el acceso al Registro de la Resolución

(1) También resulta interesante la RDGRN de 12 de febrero de 1996, la cual ha sabido plantear la problemática existente sobre el alcance de la función calificadora del Registrador ante un documento judicial. Y dice que «el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a Jueces y Tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por tanto los Registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes, de entre las que no cabe excluir las dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria. Con ello se veda la posibilidad de que en ejercicio de aquella función pueda cuestionarse si los fundamentos jurídicos en que el juzgador basa su fallo se ajustan o no a Derecho, o si los trámites procesales se han cumplido con regularidad. No es al Registrador sino a los interesados a los que incumbe la defensa de los derechos que entiendan han sido violados por la resolución judicial acudiendo a los cauces procesales adecuados, incluido en casos como el presente en que no ha habido contradicción, el entablar el juicio declarativo correspondiente».

Continúa diciendo que «todo ello no significa, sin embargo, que la inscripción de los documentos judiciales quede al margen del control de legalidad que supone la calificación registral, pues conforme al artículo 18 LH y 100 RH, el Registrador deberá examinar, en todo caso, las formalidades extrínsecas, *los obstáculos que surgen del Registro*, la competencia del Juzgado o Tribunal, y la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, entendiéndose este último extremo como la idoneidad o habilidad del procedimiento seguido para obtener el tipo de resolución cuya inscripción se pretende, si bien *en ocasiones la doctrina de este Centro lo ha ligado a la defensa de los derechos del titular registral a través de su participación en el proceso en la forma y con las condiciones mínimas impuestas por la Ley, de suerte que no sufra en el propio Registro las consecuencias de una indefensión procesal*» (la cursiva es mía).

(2) La RDGRN de 11 de enero de 1993 afirma que «no sólo los principios hipotecarios de legitimación y tracto sucesivo y las reglas registrales que reflejan los artículos 40.d) y 82 LH exigen la presencia del titular del crédito hipotecario en el procedimiento *para que la sentencia correspondiente pueda servir de título para la cancelación, sino que es la misma Constitución del Estado la que exige esa presencia, porque, de otro modo, se produciría la indefensión del titular registral*, lo que en ningún caso debe ocurrir según el artículo 24 CE».

judicial que afecta a un elemento común de una propiedad horizontal, si no ha sido demandada toda la Comunidad de Propietarios de la misma (3).

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

HERENCIA. PARTICION: INTERVENCION DE LOS LEGITIMARIOS.—CUANDO POR AFIRMACION DEL PROPIO LEGATARIO, LOS LEGADOS DE LOS QUE PRETENDE TOMAR POSESION AGOTAN EL TOTAL CAUDAL HEREDITARIO, PRODUCIENDOSE UNA EVIDENTE LESION A LA LEGITIMA DE LOS DESCENDIENTES, ES IMPRESCINDIBLE LA INTERVENCION DE LOS LEGITIMARIOS PARA LA INSCRIPCION A FAVOR DEL LEGATARIO. (RESOLUCIÓN DE 20 DE OCTUBRE DE 2001. BOE DE 10 DE DICIEMBRE DE 2001.)

RESOLUCION de 20 de octubre de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña Carmen Amaro Castro, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Benidorm, número 3, don Germán Rodríguez López, a inscribir una escritura de partición de herencia, en virtud de apelación de la recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, doña Elena Gil Bayo, en nombre de doña Carmen Amaro Castro, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Benidorm, número 3, don Germán Rodríguez López, a inscribir una escritura de partición de herencia, en virtud de apelación de la recurrente.

Hechos.—I. Don Francisco M. V. falleció en Alicante el 9 de febrero de 1998, casado con doña Carmen A. C., bajo el régimen de gananciales, careciendo de descendientes, bajo testamento otorgado ante el Notario de Benidorm, don Pablo Madrid Navarro, el 23 de octubre de 1997, en el cual lega a sus padres, don Francisco M. O. y doña Elena V. M., la legítima que señala el artículo 809 del Código Civil y preelega a su esposa el pleno dominio de la vivienda habitual y una licencia de taxi y la instituye heredera.

El 30 de julio de 1998, mediante escritura pública autorizada por el mismo Notario, doña Carmen A. C. otorga escritura de partición de herencia en la que se dice que siendo ella y sus suegros, don Francisco M. O. y doña Elena V. M. los únicos interesados en la herencia de su esposo, sin que estos últimos hayan comparecido al otorgamiento de la escritura, acepta unilateralmente la herencia y como heredera y de conformidad a lo dispuesto en el testamento, se hace entrega a sí misma del legado, adjudicándose los bienes descritos y

(3) La RDGRN de 19 de enero de 1993, reitera (en un supuesto de denegación de anotación preventiva de demanda de rescisión del convenio recaído en una suspensión de pagos y de subsiguiente declaración de quiebra en la que se pedía la anotación respecto de fincas cuyo titular registral no aparece como demandado) que «de practicarse la anotación quedarían menoscabados los efectos de una inscripción registral por una decisión judicial adoptada en un procedimiento en el que no han intervenido, como parte, ni ha sido oído el titular registral... En consecuencia, de no ser parte en las actuaciones judiciales el titular registral y producirse la consiguiente quiebra del exigido tracto sucesivo, surge para el cumplimiento del mandamiento un obstáculo registral que, según el artículo 100 RH, debe ser señalado por el Registrador en la calificación registral».