

*Resolución de 9 de marzo de 1999
Registro Mercantil de Madrid VII
(BOE 13-4-1999)*

ESTATUTOS. MODIFICACIÓN.

Cuando ésta sea parcial, es preciso redactar íntegramente el artículo modificado, debiendo hacerse en escritura pública.

*Resolución de 10 de marzo de 1999
Registro Mercantil de Toledo
(BOE 13-4-1999).*

AUDITOR. NOMBRAMIENTO. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR.

La convocatoria de la junta, además de con la publicidad establecida en la ley, ha de realizarse por carta certificada a cada socio, cuando lo exijan los estatutos sociales. El Secretario del Consejo, que es además consejero-delegado, puede recurrir gubernativamente, según el artículo 67 del Reglamento del Registro Mercantil.

*Resolución de 11 de marzo de 1999
Registro Mercantil de Madrid XVI
(BOE 13-4-1999).*

DISOLUCIÓN. CONVOCATORIA. FACULTAD DEL CONSEJERO-DELEGADO. CALIFICACIÓN.

El consejero-delegado puede convocar la junta por tener facultades legales y estatutarias. El Registrador Mercantil puede calificar la validez de los actos cuya inscripción se pretende.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA
y CONSTANCIO VILLAPLANA GARCÍA

MEDIANERÍA HORIZONTAL, HABITACIONES EN OTRAS CASAS COLINDANTES.—POSIBILIDAD DE INSCRIBIR EL DOMINIO DEL ACTOR SOBRE DOS PORCIONES DE OTRAS CASAS COLINDANTES CON LA DEL MISMO Y SITOS EN LA PLANTA PRIMERA, PORCIONES A LAS QUE SE LES DENOMINA «ENGALABERNOS», SIN CONSTITUIR PROPIEDAD HORIZONTAL, AUNQUE PROCEDEN DE LA DIVISIÓN DE UN EDIFICIO. (RESOLUCIÓN DE 20 DE JULIO DE 1998. BOE DE 12 DE AGOSTO DE 1998.)

RESOLUCIÓN de 20 de julio de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Manuel

Castilla, contra la negativa de don Manuel Moreno-Torres Sevilla, Registrador de la Propiedad de Granada, número 1, a practicar los asientos necesarios para que el Registro refleje fielmente el derecho de propiedad del actor declarado en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Granada, conforme al mandamiento librado por éste, en virtud de apelación del recurrente.

Es el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, doña María Gómez Sánchez, en nombre de don Manuel Castilla, contra la negativa de don Manuel Moreno-Torres Sevilla, Registrador de la Propiedad de Granada número 1, a practicar los asientos necesarios para que el Registro refleje fielmente el derecho de propiedad del actor declarado en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Granada, conforme al mandamiento librado por éste, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 25 de enero de 1973, don Diego de Orbe Machado, en documento privado, vendió a don Manuel Castilla Castilla parte de la casa de su propiedad situada en el número 13 de la placeta de Carvajales, la cual parte fue designada en el contrato como «casa número 3, sita en la plaza de Carvajales de Granada» sin mayores descripciones.

El 11 de junio de 1974, el mismo señor Orbe, en escritura pública, segregó de la citada casa número 13 otra parte de ella que se designó con el número 4 de la misma placeta de Carvajales y la vendió al señor Navarro Fenech del que trae causa su actual titular, el señor Gallego Giordano, quedando el resto, que incluía el número 3 enajenado anteriormente por documento privado, como finca matriz en el Registro de la Propiedad.

El 7 de julio de 1992 don Manuel Castilla Castilla interpuso, en el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Granada, una demanda contra doña Josefina Paya Matamoros y los herederos de don Diego Orbe Machado, contra don Guillermo Gallego Giordano, como propietario de la casa sita en el número 4 de la placeta de Canalejas, y contra los herederos de don Francisco Hinojosa García y de doña Isabel Junco Liñán, como propietarios de la casa número 4 de la calle Rosal de San Pedro, colindante con la situada en el número 3 de la placeta de Carvajales. Don José Maldonado Martínez, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Granada, dictó sentencia, luego devenida firme, el 22 de noviembre de 1993, y en la que se hacían, entre otros, los siguientes pronunciamientos: 1) Declarar el dominio del actor sobre la casa número 3 de la placeta de Carvajales en los términos y extensión que resulta de la inscripción registral, hoy vigente, finca número 30.632, libro 806, folio 183, sección primera. 2) Declarar el dominio del actor sobre una extensión de 11,10 metros cuadrados en la planta primera de la casa número 4 de la calle Rosal de San Pedro. 3) Declarar el dominio del actor sobre una extensión de 29,60 metros cuadrados en la planta primera de la casa número 4 de la placeta de Carvajales, en la parte anterior de dicha casa y comprensiva de la fachada. 4) Condenar a los demandados, doña Josefina Paya Matamoros y herederos de don Diego de Orbe Machado a que otorguen escritura pública de compraventa a favor del actor con antecedente en el contrato privado de 25 de enero de 1973 y en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos. 5) Declarar el dominio del actor sobre el muro que separa por su espalda la casa número 5 de la placeta de Carvajales con la casa número 4 de dicha placeta.

II. El 5 de septiembre de 1994, doña Josefina Paya Matamoros, los hermanos Orbe Paya y don Manuel Castilla Castilla otorgaron, en ejecución de la anterior sentencia, ante el Notario de Granada, don Luis Rojas Montes, escritura de elevación a público del contrato privado por el que se vendió la casa, situada en el número 3 de la plaza de Carvajales. En dicha escritura se describió la casa diciendo, entre otras cosas, que «le pertenece 29 metros 60 decímetros cuadrados a la altura de la planta primera de la casa número 4 de la plaza de Carvajales que la colinda, en la que se introduce con los citados metros de habitación y 11 metros 10 decímetros cuadrados a la altura de la primera planta de la casa número 4 de la calle Rosal, que igualmente la colinda y en la que también se introduce de la misma manera».

La anterior escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Granada número 1, si bien, al hacerlo, se suspendió la inscripción respecto de los engalabernos de 29 metros 60 decímetros cuadrados a la altura de la planta primera de la casa número 4 de la plaza de Carvajales, de 11 metros 10 decímetros cuadrados a la altura de la primera planta de la casa número 4 de la calle del Rosal por ser contrario al artículo 396 del Código Civil y no constar su adaptación a la vigente Ley de Propiedad Horizontal.

Don José Maldonado Martínez, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Granada, libró al Registrador de la Propiedad de Granada número 1 un mandamiento en el que se le participaba que en ese Juzgado se seguían autos de juicio de menor cuantía en los que se dictó providencia por la que, en ejecución de la ya mencionada sentencia, se ordenaba que se librara mandamiento al Registrador en el que se reflejarían los pronunciamientos de la parte dispositiva de la sentencia, y que ya han sido expresados, a fin de que procediera a practicar los asientos necesarios para que el Registro refleje fielmente el derecho de propiedad de la actora declarado en la sentencia sobre tales engalabernos.

III. Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad de Granada número 1, fue calificado del siguiente tenor literal: «No practicada operación alguna en relación con el precedente mandamiento, por las razones siguientes: 1.^a Se solicita de este Registro "Que proceda a practicar los asientos necesarios para que el Registro refleje fielmente el derecho de propiedad de la actora declarado en la sentencia, sobre tales engalabernos". Sin embargo no se especifica por la autoridad judicial, cuáles deben ser estos asientos, y que el Registrador debe limitarse a cumplir lo por ella ordenado, siempre por supuesto que no sea contraria a la Ley y a lo que resulte de los asientos del Registro. 2.^a En la providencia de dicho Juzgado en la que se recoge la sentencia, según el número cuarto de los pronunciamientos, se ordena y ya fue cumplimentada en su día, mediante la inscripción primera de compra de la finca número 64.739 (antes número 30.632), al folio 215 del libro 1.119 de este Registro, consecuencia de la escritura otorgada por el Notario de Granada don Luis Rojas Montes, con fecha 5 de septiembre de 1994. 3.^a En la inscripción referida, aparte de hacerse en cuanto a dominio de la finca antes citada, se suspende en cuanto a los engalabernos por no estar prevista dicha posibilidad, ni en el Código Civil, ni en la Ley y Reglamento Hipotecario, ni en la Ley de Propiedad Horizontal. 4.^a Se acompaña fotocopia de dicha inscripción en favor de don Manuel Castilla Castilla, a efectos informativos. 5.^a y última. El sistema de acceso de los mencionados engalabernos al Registro de la Propiedad, podría hacerse, o bien según el Régimen de Propiedad Horizontal —si hubiera lugar a ello—, o por el sistema de la crea-

ción de una Comunidad de Bienes. Para ello, tendrían que ponerse de acuerdo el titular de esos derechos reconocidos en la sentencia con el o los propietarios de los inmuebles en donde se encuentran ubicados los mismos. Granada, 4 de mayo de 1995. El Registrador».

IV. Doña María Gómez Sánchez, Procuradora de los Tribunales, en nombre de don Manuel Castilla Castilla, interpuso recurso gubernativo, contra la anterior calificación en base a las siguientes alegaciones: 1.^a Según el señor Registrador se omite por la autoridad judicial cuáles deben ser los asientos necesarios para «que el Registro refleje fielmente el derecho de propiedad de la actora declarado en la sentencia sobre tales engalabernos». Entendemos que la resolución judicial detalla al decímetro el dominio del actor, en sentencia dictada con todas las garantías en proceso declarativo. No cabe duda de cuáles deben ser tales asientos, que ni contradicen ni estorban las inscripciones de las fincas colindantes, que antes de ahora, simplemente no los recogían; porque simplemente se trata de añadir a su actual cabida una dependencia que no estaba recogida antes, que es la habitación que constituye el dominio del recurrente, y no por el procedimiento con menos garantías para los afectados, que sería el expediente de dominio o cualquier otro de jurisdicción voluntaria, sino un auténtico declarativo, en el que cualquier condena ha contemplado, sujeta al principio de contradicción, el hecho de oír al afectado; y es precisamente por ello que ni siquiera en el caso de que se afectara o perjudicara a su derecho inscrito, que no lo hace, cabría exigir por el señor Registrador su acuerdo o consentimiento, pues para ello ha sido expresamente condenado en tal procedimiento, y se ha declarado el dominio singular del actor. Es evidente pues que los asientos necesarios para levantar tal suspensión de inscripción de los engalabernos, es la que recoja el dominio singular del recurrente sobre los 11,10 metros cuadrados en la planta primera de la casa número 4 de la calle Rosal de San Pedro y la que recoja el dominio singular del recurrente sobre una extensión de 29,60 metros cuadrados en la planta primera de la casa número 4 de la placeta de Carvajales, en la parte anterior de dicha casa y comprensiva de la fachada en la forma que describe la finca la escritura de 5 de septiembre de 1994. 2.^a Dice el Registrador, seguidamente, que la sentencia está cumplimentada con la inscripción que acompaña, lo cual no es cierto pues no es inscripción completa. 3.^a La tercera razón es pensar que los engalabernos no tienen encuadre legal, pero tanto la Ley Hipotecaria, como el Reglamento Hipotecario, contienen la suficiente amplitud en sus preceptos como para que la Ley y el ordenamiento estén al servicio de la realidad, no la realidad al servicio del rigorismo excesivo. 4.^a En la quinta razón que el Registrador da, pues el punto cuarto no contiene propiamente argumentación alguna, se refiere concretamente a la figura local del «engalaberno» con este nombre, considerando que hay que acudir a figuras diferentes e inadecuadas al caso, por lo demás, en este ocasión imposibles, para su inscripción. Exigir tras sentencia en proceso declarativo «el acuerdo» de las partes es desconocer la propia esencia de tal proceso, que se diferencia de la jurisdicción voluntaria precisamente en la ausencia de consenso o acuerdo, que es dirimido por la autoridad judicial. No cabe la propiedad horizontal en dos viviendas que no tienen salida común a la vía pública, y entre tres fincas, con dos titularidades dominicales con las que es imposible acordar nada, una porque se desconoce, y otra por su actitud claramente reticente. 5.^a La calificación del Registrador está íntimamente relacionada con la oposición a inscribir una figura innominada con carácter general, aunque llamada en-

galaberno en la tradición local, y con las especiales características que impone el dominio musulmán tardío y su especial manera de construir y concebir la ciudad y sus edificios que se ha dado en llamar en Granada «engalaberno» y puede ser emparentado con otros derechos innominados, pero no por ello menos «reales» en sentido jurídico, e inscribibles. Al «engalaberno», emparentado por su objeto y configuración a derechos como el de vuelo, le es aplicable la Sentencia de 10 de diciembre de 1962, según la cual «cuando suelo y vuelo de una finca, con sus respectivos aprovechamientos, corresponden a diversos titulares, puede no tratarse de servidumbre, copropiedad o derechos de superficie, sino de un dominio compartido, o de una relación jurídica, innominada de derechos yuxtapuestos sobre una misma finca». Es lo cierto que «la Ley Hipotecaria, para limitar las consecuencias perjudiciales que de otro modo pudiera provocar la fe pública de los asientos del Registro, impone a los Registradores el deber de examinar el contenido y forma de los títulos que se presentan a inscripción, y de rechazar los que, por la ambigüedad de sus términos, puedan engendrar situaciones de dudosa legitimidad o favorecer transmisiones faltas de sólido fundamento, con evidente peligro de los terceros que contraten confiados en los asientos inmobiliarios» (Resolución de 27 de noviembre de 1929); pero ello no afecta para nada a nuestro título, que es lo que el señor Registrador confunde, con un rigorismo excesivo, pues diferente es la inconcreción del contenido del derecho, o sus destinatarios y afectados, que en este caso no es en absoluto, como se ha explicado, y otra muy diferente, la inconcreción (o innominación) de su nombre, pero claridad total de su contenido y extensión. El criterio que rige la legislación hipotecaria es pues el *numerus apertus*, siempre que se respete el derecho de terceros, la claridad en el contenido del derecho real, su extensión y límites, como en este caso, pues «la naturaleza jurídica de una estipulación no dependen del nombre que le asignen los interesados, sino de lo que realmente constituya su contenido (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1964). Camy sistematiza estos derechos innominados, dentro de la categoría de inscribibles, con una clasificación que incluye dos categorías dentro de las que podríamos incluir nuestro caso, como plenamente inscribible. Una de ellas es la de los derechos reales de vocación al dominio, derecho real de contenido pleno, con el ejemplo, como típico del derecho de elevar plantas en edificios ajenos, o de construir debajo de ellos, que incluso puede convertirse en Navarra respecto a edificios aún por construir (art. 435 C. Navarra). Este derecho real, que nace limitando el derecho del propietario o propietarios del edificio a construir nuevas plantas en él, bien en su suelo o bien en su subsuelo, cuando es ejercitado se convierte en un derecho de dominio sobre lo edificado. En este caso se han especificado perfectamente cuáles son los propietarios y los edificios colindantes y se les ha condenado a pasar por tal limitación de dominio, sin que quepa la comunidad de propiedad horizontal, como sugiere el Registrador, pues en ese caso son partes de un edificio «susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél» (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1965), y en este caso no tiene salida por elemento común, ni elementos comunes compartidos de salida. Es pues un derecho real innominado de parecido carácter al mencionado derecho navarro, que puede ser también emparentado a un derecho real de ampliación de las facultades dominicales como sería el derecho penal de apoyo de construcciones, al que se asemeja, con el localismo que la figura impone en este caso. El artículo 7 del Reglamento Hipotecario

es el más expresivo de ese *numerus apertus*, en desarrollo del artículo 2 de la Ley Hipotecaria y el artículo 8 del Reglamento, no aplicable en este caso en que no se trata de derecho foral, hay que tenerlo en cuenta sólo como muestra del principio inspirador de nuestra legislación hipotecaria, en analogía y armónicamente considerado con los anteriores preceptos. Siendo la jurisprudencia que lo desarrolla clara en el sentido de que «hay necesidad de publicidad registral en cuanto a los gravámenes: se deduce del principio de publicidad que los gravámenes que afecten a la propiedad inmueble deben hacerse constar en el Registro, a fin de que nadie pueda ser responsable de lo que ignore» (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1962), siendo claro que en este caso se da en puridad el carácter de derecho real de los «engalabernos» en cuanto son un derecho de dominio exclusivo sobre bien inmueble, de persona concreta, declarado en sentencia firme, y con una extensión y predios a los que afecta totalmente determinada y clara, que por estar declarado en sentencia firme tiene existencia propia, constituyendo un gravamen sobre los predios cuyos titulares han sido demandados y condenados, es necesario darle publicidad a tal gravamen, en evitación de una posterior litigiosidad, y perjuicios para hipotéticos compradores a los que la ausencia de conocimiento de tal gravamen pudiera perjudicar, pues es claro que el actor, teniendo tal sentencia, siempre podrá hacer valer tal derecho, y el perjudicado en este caso sería el tercero comprador de las fincas afectadas. 6.^a Sintéticamente las cualidades y requisitos de un derecho real innominado, para ser calificado como tal, y ser inscribible, a tenor de nuestra jurisprudencia al respecto: Primero. Ha de recaer directamente sobre la cosa, sin sujeto pasivo individualmente determinado (Sentencia de 21 de noviembre de 1929); en este caso, el recurrente es intercambiable con cualquier otro propietario posterior o anterior de su casa, que es la finca registral a la que afecta el engalaberno. Segundo. Que para calificar la naturaleza jurídica de un derecho ha de estarse a lo que realmente constituye su contenido, y no sólo al nombre que se le da por las partes (Sentencia de 23 de octubre de 1964). Tercero. Que no son en modo alguno derechos reales las promesas de ellos; pero sí deben inscribirse las situaciones que tiendan a producir modificaciones en los derechos inscritos (Resoluciones de 13 de junio de 1935 y 18 de octubre de 1944). Cuarto. Que la libertad de configurar nuevos derechos reales por nuestra legislación, no puede llegar al extremo de permitir la configuración de un nuevo derecho real, por el que se trate sólo de exonerar de una prohibición establecida por la legislación al regular alguno de los que en ella se comprenden en detalle (Sentencia de 18 de mayo de 1963); lo que en este caso no es aplicable, pues no puede dudarse de la autenticidad y peculiaridad del contenido de este derecho, por su peculiaridad local, incluso. Quinto. Que será necesario configurar con claridad el derecho real de que se trate (que es lo que la sentencia de la cual dimana el mandamiento calificado hace), ya que en cuanto a ellos no existirán preceptos legales que suplan las omisiones u oscuridades en las que se pueda incidir, como ocurre al pactar alguno de los regulados detalladamente en nuestra legislación (Resoluciones de 7 de noviembre de 1929 y 30 de septiembre de 1970, entre otras). Así como que deberán ser inscritas en el Registro, a fin de que nadie pueda ser responsable de lo que ignore (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1962). Sexto. Que no admitiéndose por nuestra legislación hipotecaria más derecho real pleno que el de dominio, al haber prohibido expresamente la inscripción de la posesión, el derecho real que se pretende constituir como nuevo, habrá de ser uno limi-

tativo de aquél, y por lo tanto requerirá el que recaiga en una cosa ajena, por ser este carácter el general y típico de todos los derechos reales limitativos del de dominio. En este caso es evidente que los propietarios de los predios colindantes, demandados y condenados por la sentencia presente, tienen su derecho de dominio limitado por el del recurrente, aunque sea sólo en lo referente al de vuelo sobre la parte de su finca que es el engalaberno. Séptimo. Que no siendo óbice para la existencia del derecho de dominio el que su titular esté privado de alguna de sus facultades, al constituirse un derecho real limitativo innominado, habrá que cuidarse que no recaiga sobre una facultad dominical de la que el constituyente no puede disponer por estar privado de esa facultad o por no pertenecerle la misma, o sea, que el constituyente habrá de tener capacidad objetiva-subjetiva en cuanto a la cosa y capacidad objetiva registral; pero pudiéndose constituir a favor de la finca por quien no ostente la titularidad dominical de ella (Resolución de 11 de abril de 1930), sino otro derecho de menor cuantía, lo que en este caso no parece comprender, por tratarse de una cuestión estrictamente procesal y forense, es que el Magistrado-Juez de Primera Instancia número 8 de Granada es el que ha suplido clara, total, legítima y válidamente la voluntad de los propietarios de los predios ajenos o colindantes sobre los que se establece el derecho innominado, pues esa es la razón de la elección de un procedimiento declarativo y no de uno más sencillo de jurisdicción voluntaria en el que sería imposible esta sustitución de voluntades del juzgador, y que se ha elegido consciente de que era la única solución, sin que ninguna de las que propone el calificador en su nota ahora recurrida, sea viable por no contar con el consenso de los colindantes, que por ello han tenido que ser condenados, y suplida ya su voluntad, es absurdo que se pretenda nuevamente recabarla, pues dejaría vacío totalmente de contenido a la función jurisdiccional en este concreto caso.

V. Don Manuel Moreno-Torres Sevilla, Registrador de la Propiedad de Granada número 1, en defensa de su nota y para mantenerla, informó: 1.^a El concepto de «engalaberno» puede ser doble. Uno, el general del país, que es la construcción de un inmueble, no en perfecta verticalidad, sino apoyándose en todo o en parte en suelos pertenecientes a propietarios distintos. Y el típicamente granadino, que fundamentalmente es el encaje de un edificio en parte de otros distintos, edificados sobre suelo perteneciente a otro u otros propietarios. Evidentemente, en virtud del principio de libertad de forma (art. 1.278 del Código Civil), pueden constituirse y, en su caso, tener acceso al Registro. La doctrina, en los supuestos generales, los llama «cuestiones de prehorizontalidad» o de «comunidad horizontal». Las normas a aplicar no serían las de propiedad horizontal propiamente dichas, sino, como afirma la doctrina, las disposiciones jurídicas de carácter general. Y en cuanto al Registro de la Propiedad, las normas de la Ley y su Reglamento Hipotecario y Ley de Propiedad Horizontal, fundamentalmente, el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento. La forma jurídica que puede dársele a estos «engalabernos» será la creación de un derecho real innominado, en virtud del principio de *numerus apertus*, la limitación al dominio de su propietario, la llamada al derecho real de vocación al dominio, pero que en cualquier caso siempre supondrá la constitución de una comunidad de bienes o intereses *sui géneris* sin regulación específica dentro de las normas vigentes. 2.^a En cuanto al caso concreto, hay que destacar los tres pronunciamientos que se hacen en el fallo y que pueden afectar al Registro: a) Se declara el dominio del actor sobre la casa número 3 de la placeta

de Carvajales; b) Se declara el dominio del actor sobre la extensión de 11,10 metros cuadrados, en la planta primera de la casa número 4 de la calle Rosal de San Pedro; c) Se declara el dominio del actor sobre una extensión de 29,610 metros cuadrados en la planta primera de la casa número 4 de la placeta de Carvajales, en la parte anterior de dicha casa y comprensiva de la fachada. El Magistrado-Juez que dictó la sentencia ordenó, mediante mandamiento, «que se reflejen los pronunciamientos de la parte dispositiva de la sentencia, a fin de que se proceda a practicar los asientos necesarios para que el Registro refleje fielmente el derecho de propiedad de la actora declarado en la sentencia sobre tales engalabernos». Dicho mandamiento fue el que dio origen a la nota de calificación que es la que ahora se recurre. En dicha nota calificadora, que ahora ampliamos para hacer constar que: No se especifica por la autoridad judicial cuáles han de ser estos asientos. No se describen y señalan suficientemente los inmuebles que deberán soportarlos ni quiénes son sus propietarios. No se expresa si las fincas que soportan el «engalaberno» tienen cargas o limitaciones que impiden o condicionan el acceso registral de dichos derechos. No se especifica la proporción en esa comunidad especial y *sui generis* que se origina en las fincas afectadas por estos «engalabernos». O sea, que no se contienen los datos que exigen los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, con lo cual, y en virtud del principio de especialidad a que se refieren, entre otros, los artículos 8, 9 y 13 de la Ley Hipotecaria, y que pueden afectar igualmente a la seguridad en el tráfico jurídico, pues ¿qué podría suceder en los supuestos de expropiación forzosa, de destrucción del edificio, de declaración de ruina del mismo, etc.? y en ¿qué proporción deberían afectar a cada parte los beneficios o cargas en esta comunidad *sui generis*? Buscadas cuidadosamente las fincas afectadas pasivamente por el engalaberno, en ninguna de ellas se alude a la limitación originada por la existencia de los citados «engalabernos». Además, una de ellas, la registral número 27.976, propiedad de don Guillermo Carlos Gallego Giordano, aparece gravada con una hipoteca a favor de la entidad «Citibank España, Sociedad Anónima», sin que conste que el titular registral de la hipoteca, que está amparado por los asientos del Registro, haya tenido intervención alguna ni en el procedimiento judicial, ni en la escritura pública otorgada como consecuencia del mismo. 3.^a Se concluye que: a) Fue inscrita en su momento la finca que no planteaba problemas registrales, habiéndose practicado la inscripción en la forma en que figura en el Registro, a tenor de la sentencia; b) No se han practicado los asientos relativos a los «engalabernos» porque ni en el título público notarial, ni en la sentencia, ni en el posterior mandamiento del mismo Juzgado, se suministran las circunstancias necesarias para que puedan llevarse a cabo dichas inscripciones, teniendo en cuenta tanto el principio de especialidad como el de seguridad jurídica del tráfico; c) Se han ignorado los derechos de un titular registral («Citibank España, Sociedad Anónima») amparado en virtud de lo dispuesto en los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria.

VI. El Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Granada, don José Maldonado Martínez, autor del mandamiento calificado, informó: 1.º Un primer dato a constatar, en relación con la calificación del mandamiento judicial, es que no parece muy ajustado a los principios constitucionales de tutela efectiva el añadir en este expediente nuevos defectos al título, lo que no es una novedad, pues ya la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 1 de febrero de 1952, interpretando restric-

tivamente el artículo 116 del Reglamento Hipotecario, así lo expresaba, fundamentándolo en que se alteraban los fundamentos y bases del debate con posible indefensión. Una segunda consideración apunta a la ausencia de toda referencia a la naturaleza de los defectos observados, como exige el artículo 19 de la Ley Hipotecaria, pues el Registrador, si no practica la inscripción, debe indicar si los defectos son subsanables o insubsanables, suspendiendo, en aquel caso, la práctica del asiento, y denegándolo si son insubsanables, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 101 del Reglamento Hipotecario. En último término, si se analizan los defectos apuntados, en concordancia con lo que dispone el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, parece que se adscriben a aquéllos que afectan a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos registrales, pues nada se dice en la nota sobre la competencia del Juzgado ni sobre la congruencia del mandamiento con el procedimiento o juicio en que se acordó librar el mandamiento judicial. 2.º Analizando los defectos aludidos, la mayor parte son subsanables y los demás inexistentes. Así: a) La no expresión de la clase de asientos no es un defecto del título calificado. El artículo 33 del Reglamento Hipotecario no expresa que el título deba contener tal requisito, y basta que se consigne en el título (art. 51 del Reglamento) la naturaleza del derecho que vaya a acceder al Registro. El artículo 2 de la Ley Hipotecaria, específicamente establece que «se inscribirán» los títulos traslativos o «declarativos» de dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos. Es evidente que en el mandamiento se especificaba la naturaleza del derecho a inscribir —el dominio declarado en sentencia—, luego el asiento era de inscripción. En todo caso, tal defecto es subsanable. b) La no descripción de los inmuebles que deben soportarlos y la determinación de sus propietarios puede, efectivamente, constituir un defecto, aunque parcial, del título, ya que éste contiene algunos elementos descriptivos de los referidos en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento; pero, en todo caso, hay que significar que el referido defecto es subsanable según ya dijo la Resolución de 2 de febrero de 1950. Igual se puede decir de la «proporción» —de cada uno— en la comunidad especial y *sui generis* que se origina en las fincas afectadas por estos «engalabernos», cuestión que, en su aspecto sustantivo, entronca con el verdadero problema de fondo planteado, pero que, en su aspecto formal, es un defecto meramente subsanable como establecía la Resolución de 22 de diciembre de 1949. c) La no expresión de las cargas que limiten o condicionen el acceso registral de tales derechos no es un defecto del mandamiento. El acceso al Registro de un derecho no lo limita la existencia o no de cargas, pues el artículo 51.7 del Reglamento Hipotecario dice que si no hay cargas se hará constar así, de modo que si no se expresa nada, se debe practicar la inscripción con la constancia expresa de que en el título no constan. Si existen cargas no inscritas, es una pura cuestión civil determinar la medida en que afectan a tal derecho. Si existen cargas inscritas, no relacionadas en el título, es cuando puede cobrar vigencia el defecto apuntado. Pero ello dependerá de la naturaleza del derecho que se pretende inscribir de modo que, si entendemos que el dominio sobre el engalabemo es un derecho independiente del inscrito, que vive al margen del Registro de la Propiedad, de ningún modo le afectarían las posibles cargas que existan sobre el inmueble en el que materialmente se engloba, y, por el contrario, si entendemos que es un derecho derivado del inscrito, nacido por división del inmueble efectuado por el propietario único de éste, pero que no ha tenido acceso al Registro, posiblemente

le afecten las cargas que se hayan constituido *a posteriori* por el otro comunero, aparente titular del derecho inscrito, sobre el inmueble en el que ambos convivan, y posiblemente porque la inscripción que se pretende supone una rectificación del asiento vigente, que se ha acreditado ser inexacto en el juicio declarativo correspondiente, rectificación que no perjudicará en ningún caso los derechos adquiridos por tercero a título oneroso y de buena fe durante su vigencia, como dice el artículo 40 *in fine* de la Ley Hipotecaria y siempre que no hayan sido parte en el pleito, principio éste que impide referencia alguna a la existencia de cargas que afecten al derecho que ahora va a acceder al Registro, al no haber sido parte en el procedimiento el titular de dicha carga, de modo que al indicarse que según el título no existen cargas y reflejarse de tal modo en la inscripción, deja a salvo el derecho de todos los titulares registrales, en uno u otro sentido, para ejercitar sus derechos respecto a dicho particular, pues fue cuestión no ventilada en el pleito, y sin perjuicio de lo que dispone el artículo 1.3.º de la Ley Hipotecaria. 3.º El problema de fondo atañe a la naturaleza jurídica del «engalaberno» y al acceso al Registro de la Propiedad del mismo. La primera cuestión carece de relevancia. Posiblemente, la adscripción de determinadas zonas de un inmueble urbano a otro distinto puede constituir un nuevo derecho personal, puede configurarse como un derecho real de servidumbre, o de vuelo, o, en último término, puede establecerse a título de dominio. Se ha de partir, en el caso presente, de lo declarado en la sentencia firme: El dominio del actor sobre el engalaberno, en una extensión y situación concreta y específica. En este sentido, el mandamiento es congruente con lo que se dice en la sentencia. La segunda cuestión tiene una doble vertiente: Si existe un derecho de dominio sobre el «engalaberno», su acceso al Registro está garantizado por el artículo 2.1 de la Ley Hipotecaria. En este sentido, no se puede entender que la nota calificadora indique que no se practica operación alguna, cuando, en su apartado quinto, admite un doble modo de acceder al Registro: Por vía de propiedad horizontal y por vía de comunidad de bienes. Hubiese sido más correcto indicar los defectos que impedirían dicho acceso al Registro e indicar su naturaleza de subsanables o insubsanables. Ello evidencia la segunda vertiente del problema planteado, la forma de acceder al Registro de la Propiedad el dominio declarado sobre el «engalaberno». Abordando esta cuestión, no parece acertado inscribir el «engalaberno» como finca independiente. Aunque el concepto de finca registral no coincide con el de finca en sentido material o vulgar, ya que por aquélla ha de entenderse «todo lo que abre folio registral», creemos que ello no es posible porque no cabe desconocer la realidad de las cosas y, fundamentalmente, la consideración de que cada inmueble urbano tiene, en sí mismo, una autonomía física y funcional, que lo convierte en cosa compuesta respecto de los distintos elementos simples que lo componen, de modo que no es posible contemplar la individualidad de determinadas partes sin conectarlas indivisiblemente al resto del edificio con el que comparten lazos indisolubles que sirvan a todo el, y en este sentido lo apunta la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1994, con lo que esa inscripción independiente desconocería tales vinculaciones con eficacia jurídica indudable. De igual forma tampoco cabe la inscripción del «engalaberno» englobándolo en la descripción de la finca a la que materialmente está unido ya que, si bien la legislación hipotecaria admite el concepto de finca funcional (y, en este sentido, el «engalaberno», por su unión física a otro inmueble, forma una unidad funcional), lo que podría hacer pensar en la posibilidad de tal inscripción con amparo en el

artículo 44 del Reglamento Hipotecario que admite considerar como una sola finca las urbanas, también coincidentes, que físicamente constituyen un solo edificio o «casa habitación», en concordancia con lo que dispone el artículo 8.3 de la Ley Hipotecaria, de modo que podrían incluirse los engalabernos en la descripción de la finca registral a la que funcionalmente están unidos, con la consiguiente referencia en la inscripción del inmueble físico al que pertenecen, lo que podría efectuarse por el mecanismo de la cancelación parcial al que se refiere el artículo 80.2 de la Ley Hipotecaria, constatando, de tal modo, la «reducción del derecho inscrito» a consecuencia de la creación y transmisión del «engalaberno», ello es demasiado artificioso y desconocería, como el supuesto anterior, la vinculación física del engalaberno con el edificio en el que se ubica, con el que comparte realmente una serie de elementos comunes que sirven al todo y del que no se puede sustraer. Como apunta la nota calificadora, tal acceso registral únicamente puede hacerse, con fundamento legal sólido, por la vía de la comunidad de bienes y al amparo de lo dispuesto en los artículos 8.3 de la Ley Hipotecaria y 54 de su Reglamento, forma a la que se aludía en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia dictada en el juicio declarativo previo. No obstante, hay que puntualizar, y por ello ha de insistirse en que la nota calificadora no contiene el pronunciamiento sobre la naturaleza del defecto, que la constitución de esa comunidad entre los condóminos es una consecuencia necesaria del pronunciamiento judicial, pues al declararse el dominio del actor sobre el «engalaberno» en procedimiento al que fueron llamados los titulares registrales de los inmuebles urbanos en los que se engloban, la sentencia es el título constitutivo de la comunidad *sui generis* incidental y forzosa creada, comunidad que atribuye, a modo de propiedad horizontal irregular (al carecer el engalaberno de salida directa a elementos comunes del inmueble en el que se ubica o a la vía pública), un dominio exclusivo sobre las partes susceptibles de aprovechamiento independiente (en el caso de engalaberno los 11,10 metros cuadrados en primera planta, de la casa número 4, de la calle Rosal de San Pedro, y los 29,60 metros cuadrados en la planta primera, de la casa número 4, de la placeta de Carvajales, en la parte anterior de dicha casa y comprensiva de la fachada), y un dominio compartido en la proporción correspondiente sobre los demás elementos comunes del edificio en que se engloba. Este defecto del título es subsanable, y cabe hacerlo sin necesidad de juicio declarativo propio, en el mismo pleito en que se declaró el dominio como un incidente de la ejecución, por ser cuestión accesorio a las cuestiones sustantivas discutidas y estar relacionadas inmediatamente con ellas, como exigen los artículos 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 4.º Se concluye pues: A) La nota calificadora debía contener referencia expresa a la naturaleza de los defectos observados que impedían la práctica de los asientos procedentes. B) No parece admisible, en el curso del expediente, añadir nuevos defectos a la nota calificadora, por posible indefensión del recurrente. C) Los defectos indicados por el señor Registrador de la Propiedad son todos ellos subsanables pudiéndose, por tanto, en su momento, practicarse los asientos correspondientes.

VII. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, don Augusto Méndez de Lugo y López de Ayala, desestimó el recurso en base a que no se cumple el requisito, que la propia resolución judicial previene, en orden a constituir un régimen de comunidad entre los condóminos y no cumplimentarse los datos que exigen los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, máxime al estar comprobado que uno de los engalabernos afecta

a una finca que aparece gravada con una hipoteca constituida en favor de la entidad «Citibank España, Sociedad Anónima», sin que conste que la misma, amparada por los asientos del Registro, haya sido demandada en el procedimiento judicial, ni comparecido en la escritura pública otorgada como consecuencia del mismo.

VIII. El recurrente apeló el auto presidencial reiterando las alegaciones hechas en el momento de interponer el recurso.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 348, 350, 396, 401 y 592 del Código Civil, la Ley de Propiedad Horizontal; los artículos 1, 2, 3, 8, 9, 18, 19, 21, 34, 38, 39, 40, 42.9, 65, 66, 198 y 220 de la Ley Hipotecaria; 46, 47, 49, 50, 51, 98, 100, 117, 118, 123, 127, 429 y 434 de su Reglamento, y las Resoluciones de 27 de mayo de 1983, 26 de junio y 29 de septiembre de 1987, 3 y 14 de abril de 1989, 18 de enero de 1994, 12 de abril de 1995, 12 de noviembre de 1997 y 24 de abril de 1998.

1. Se debate en el presente recurso la posibilidad de inscribir, en virtud de mandamiento judicial dictado en ejecución de sentencia, el dominio del actor sobre dos porciones de otras tantas casas colindantes con la del mismo (a las que se les denomina «engalabernos»).

El Registrador suspende, tal y como se deduce de la razón tercera alegada, la inscripción del mandamiento en consideración a cinco razones expuestas en su nota de calificación. Luego, en el informe en defensa de la misma, la amplía y manifiesta apreciar, además de los defectos ya expresados, otros nuevos. El principio constitucional de tutela judicial efectiva (cfr. art. 24 de la Constitución Española), la obligación que tiene el Registrador de incluir en la calificación todos los motivos por los cuales procede la suspensión o denegación (cfr. art. 127 del Reglamento Hipotecario), los límites del recurso gubernativo, en el que no pueden discutirse más cuestiones que las que se relacionan directa e inmediatamente con la calificación (cfr. art. 117 del Reglamento Hipotecario) exigen atenerse a los defectos apreciados en la nota, sin perjuicio de que, presentado nuevamente el título o acordada su inscripción en el recurso interpuesto, pueda el Registrador alegar otros defectos no comprendidos en la calificación recurrida (cfr. art. 127 del Reglamento Hipotecario).

2. La primera razón expresada por el Registrador es que no se especifica por la autoridad judicial cuáles son los asientos que deben practicarse, pues se limita a ordenar que se realicen los que sean necesarios para que el Registro refleje el derecho de propiedad del actor. Tal defecto no puede ser confirmado, pues corresponde al Registrador decidir qué asientos son procedentes a la vista del título.

3. La segunda razón alegada por el Registrador no puede ser objeto de consideración, pues se refiere al hecho de que la escritura que se ordena otorgar por uno de los pronunciamientos de la sentencia que se pretende inscribir ya tuvo acceso al Registro en su momento y, como tal defecto, en la medida en que pueda serlo, no ha sido recurrido.

4. La cuarta razón para no practicar operación alguna no puede ser tenida por defecto en cuanto se limita a exponer que se acompaña fotocopia de la inscripción practicada en su día en el folio abierto a la finca resto de Carvajales 13, convertida a consecuencia de ello, en Carvajales 3.

5. En cuanto a los defectos 3.º y 5.º que inciden en la misma cuestión y pueden ser analizados, por tanto, conjuntamente, es conveniente una previa

exposición de los elementos que integran el supuesto de hecho: a) Existen tres fincas registrales, que son tres casas contiguas, casa en calle Rosal, número 4; casa en plaza Carvajales, 3, y casa en plaza Carvajales, número 4; b) la casa en calle Rosal, número 4, según el Registro, consta de piso alto y bajo, en el que está el portal, elevándose todo sobre la planta de 16 metros cuadrados «superficiales de labrado», y linda, a la derecha, entrando, con la placeta Carvajales y con la casa número 3 de esta planta; c) la casa en placeta Carvajales, número 4, procede por segregación de la casa en la misma placeta, señalada con el número 3 (antes número 13), y según la inscripción primera de segregación, su descripción es la siguiente: Casa, que se compone de dos cuerpos de alzada y azotea, con 67,49 metros cuadrados —quedando indeterminado si esta superficie es la de toda la casa o la del solar sobre la que se levanta—; d) según la descripción registral, la originaria casa matriz, sita en plaza Carvajales, número 3 (antes 13), tenía, antes de la segregación referida, 75 metros cuadrados, y lindaba, a su izquierda, con la calle Rosal; su descripción registral actual, tras la segregación, es la de casa con dos cuerpos de entrada, con una superficie de 26,90 metros cuadrados en la planta baja, y otros tantos en la alta, manteniendo el mismo lindero por la izquierda, y siendo medianeros los muros y pilares que sustentan las tres casas referidas, teniendo además desagües de alcantarillado comunes con la casa en calle Rosal, número 4; e) en procedimiento declarativo entablado contra los titulares registrales de estas tres casas, por el comprador, en documento privado, del resto de la casa sita en plaza Carvajales, número 3, recae sentencia firme en la que se declara que el objeto de esa venta incluía no sólo dicha casa, tal como registralmente quedó tras la segregación de la casa en la plaza Carvajales, número 4, sino, además, 11,10 metros cuadrados en la planta primera, de la casa sita en calle Rosal, número 4, y otros 29,60 metros cuadrados en la planta primera, de la casa sita en plaza Carvajales, número 4, y consiguientemente, se declara el dominio del actor sobre esas superficies de 11,10 y 29,60 metros cuadrados, y se condena al vendedor a que eleve a escritura pública el referido contrato privado en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos; f) en la escritura pública de venta que se otorga en cumplimiento de esta sentencia se describe el objeto vendido como casa en plaza Carvajales, número 3, de 74,5 metros cuadrados, y dos cuerpos de alzada, correspondiendo a la planta baja 26,9 metros cuadrados, y 67,6 metros cuadrados a la alta, de los cuales 29,6 pertenecen a la altura de la primera planta, de la plaza Carvajales, número 4, que le colinda en la que se introduce con los citados metros cuadrados de habitación, y 11,1 metros cuadrados a la altura de la planta primera de la casa en calle Rosal, número 4, que igualmente le colinda y es la que se introduce de igual modo; g) el Registrador inscribió dicha venta en cuanto a la edificación que se levanta sobre el solar de 26,9 metros cuadrados, y suspendió el asiento respecto de las restantes superficies en planta primera; ante esta suspensión, el actor solicitó y obtuvo mandato judicial, que es objeto de la calificación ahora recurrida, en el que se le ordena la práctica de los asientos necesarios para reflejar el derecho de propiedad declarado en la sentencia.

6. Ciertamente, son importantes los datos que hacen sospechar que las tres casas en cuestión son en realidad partes de un único edificio originario, cuya división debería, en tal caso, haberse realizado con sujeción al régimen de propiedad horizontal (cfr. arts. 396 y 401 del Código Civil), de modo que se conjugase una comunidad sobre el suelo y los restantes elementos, perte-

nencias y servicios comunes, con el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre las partes que se determinasen.

Ahora bien, puesto que registralmente aparecen configurados como fincas independientes, y dado que el Registrador está vinculado en su calificación por la presunción de exactitud y validez del contenido del Registro (cfr. arts. 1, 18 y 38 de la Ley Hipotecaria), habrá de partirse para la resolución de este recurso del presupuesto de la independencia de cada casa, independencia que, por otra parte, en modo alguno, aparece contradicha en la propia sentencia.

7. Ha de tenerse en cuenta, además, que cuando partes de dos edificios colindantes, independientes física y registralmente, son objeto de un negocio traslativo, la consideración de aquéllas en dicho negocio como un todo único, no puede llevar a ignorar, desde la perspectiva registral, esa diversidad objetiva (sin perjuicio de la posible aplicación del concepto de finca orgánica —cfr. Resolución de 27 de mayo de 1983—), y ello, que se advierte con meridiana claridad cuando aquellas partes aparecen configuradas como propiedades separadas dentro del régimen de propiedad horizontal constituido sobre cada uno de los edificios colindantes, es igualmente cierto cuando estos edificios no estuvieren divididos horizontalmente o sólo lo estuviere uno de ellos.

8. Sentado lo anterior, la declaración, en la sentencia cuestionada, del dominio del actor sobre esas partes de las dos casas colindantes, si bien, podría interpretarse, en función del principio consagrado en el artículo 350 del Código Civil, como el reconocimiento de un derecho real limitado —de contenido ciertamente complejo— sobre la propiedad individual de cada una de estas casas que correspondería a los respectivos demandados, consideraciones como esa calificación judicial del derecho del actor como verdadera propiedad, la unidad física de cada casa y la inevitable valoración de los elementos de hecho referenciados, apuntan más bien al establecimiento de una forma de comunidad *sui generis* sobre cada una de esas casas colindantes, en la que el actor y el demandado respectivo se reparten espacial y excluyentemente la facultad de goce, y pueden disponer separadamente de su posición jurídica individual, pero han hecho concurrir necesariamente al ejercicio de todas las demás facultades que afecten al todo (así a su configuración jurídica como a su propia disposición física). Se trataría de una situación jurídica próxima al régimen de propiedad horizontal, diferenciándose de éste en la indeterminación de las cuotas sobre los elementos comunes, en especial, sobre el suelo (si bien la comparación de las respectivas superficies de uso exclusivo proporciona ya un índice de la participación que a cada uno corresponde en el todo), y la inexistencia de salida independiente de cada parte de casa a la vía pública (ya directa, ya a través de un elemento común), particularidades éstas que, sin embargo, son esenciales para la viabilidad misma de esa forma de comunidad (por más que coyunturalmente su utilidad se vea ensombrecida en tanto la disposición física del inmueble no se altere y el titular de parte de la planta primera siga siendo propietario del edificio colindante por donde aquélla tiene acceso), y que por ello han de impedir su acceso al Registro, si la finca no estuviere inmatriculada o la estuviere en condominio ordinario (cfr. arts. 396 y 401 del Código Civil, y 8 de la Ley de Propiedad Horizontal). Ahora bien, estando ya cada una de las casas colindantes inmatriculadas e inscritas en pleno dominio a favor de uno solo de los cotitulares, el cierre registral al derecho de otro cotitular no tendría otro efecto que el de perpetuar una inexactitud de esos pronunciamientos registrales, lo que sobre no cohonestarse con el principio de concordancia del Registro y la realidad jurídica extrarregistral (cfr. arts. 39, 40, 198 y 220 de la

Ley Hipotecaria), podría repercutir negativamente sobre el derecho de ese otro cotitular, dado el juego protector del Registro de la Propiedad (cfr. arts. 34 y 38 de la Ley Hipotecaria), y todo ello adquiere mayor gravedad cuanto que esa inexactitud ha sido declarada ya en sentencia firme recaída en juicio declarativo establecido contra los titulares registrales, en la que se ordena se practiquen los asientos registrales pertinentes para su rectificación. Se impone, por tanto, en el caso debatido, una doble actuación: *a)* Por una parte, la consignación registral del específico y limitado alcance de los derechos que sobre esas dos casas colindantes tienen sus actuales titulares registrales, y sin que pueda oponerse a ello la alegación de la indeterminación de que adolecerían entonces tales derechos (al omitir la cuota inherente sobre el todo), pues, no se trata de decidir su acceso registral *ex novo*, sino de restringir a sus justos términos (según la sentencia recurrida) el alcance de un pronunciamiento registral que ha sido siempre inexacto por excesivo, y que, en la parte en que se mantenga, está amparado por la presunción de exactitud y validez del contenido del Registro, y *b)* Por otra —y siempre que se solicitare expresamente, conforme al artículo 19 de la Ley Hipotecaria— acceder al reflejo registral provisional por medio de una anotación (cfr. art. 42.9 de la Ley Hipotecaria), del derecho que sobre parte de dichas casas corresponde al actor, en tanto judicial o convencionalmente se completen —tal como en la propia sentencia se apunta— las determinaciones necesarias para que esa cotitularidad *sui generis* quede plenamente configurada y, por ende, quede perfectamente delimitado el derecho del actor, y pueda inscribirse definitivamente en el Registro de la Propiedad (cfr. arts. 9 y 21 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, revocar el auto apelado y confirmar la nota del Registrador sólo en cuanto a los defectos tercero y quinto de su nota de calificación en los términos que resultan de los fundamentos anteriores.

Madrid, 20 de julio de 1998.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

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

COMENTARIO

La medianería horizontal es una situación especial en que se encuentran dos fincas colindantes y que se suele presentar en edificaciones antiguas, a veces como resultado de particiones hereditarias, y que se caracteriza por el empotramiento de una de ellas sobre la lindera, entrando una o varias piezas de la planta alta sobre otras habitaciones de la planta baja del edificio colindante.

Hay, pues, un caso de medianería que no se da en el sentido vertical como es la figura normal, sino horizontalmente. La línea común es el techo de la planta baja de una casa que coincide con el suelo de la planta alta de la otra casa que se le ha introducido.

Esa medianería horizontal es la única relación existente entre ambos edificios, pero se plantea la duda sobre el régimen existente sobre los elementos, como el suelo y las cubiertas, que serían comunes si se tratase de una propiedad horizontal, pero que aquí no lo son. Desechada la propiedad horizontal,

¿existe alguna comunidad y de qué clase? ¿Se trata más bien de una servidumbre?

El Tribunal Supremo ha tratado de esta figura en dos de sus sentencias. En la de 24 de mayo de 1943 establece que se trata más bien de una situación de servidumbre entre los dos edificios que, tanto hipotecariamente como de hecho, son distintos, por tener únicamente las paredes de separación en régimen de medianería especial no confundible con el condominio. Los elementos de unidad de cosa y simultaneidad de dominio de los artículos 392 y 399 del Código Civil no son de apreciar cuando las propiedades no tienen más elementos comunes que las paredes medianeras, laterales y horizontal, figuran inscritas como fincas independientes y no consta que hayan tenido un origen común.

En la Sentencia de 28 de abril de 1972 el actor alegó que es propietario de una casa compuesta de planta baja y piso; que los demandados son propietarios de una casa colindante con la suya, compuesta de planta baja y tres pisos, de los cuales los dos últimos tienen una parte superpuesta sobre el último, propiedad del actor, de forma que existe un caso de propiedad horizontal, con el consiguiente derecho del actor sobre los elementos comunes; que los demandados, sin consentimiento del actor, han derribado los dos últimos pisos y construido otros de mayor altura que la que tenían antes y en lugar de tejado han construido una terraza con vistas a la propiedad del actor. Los demandados se opusieron alegando la inexistencia de la comunidad horizontal pretendida por el actor, pues la parte de edificio de los demandados sobre la casa del actor se debe a una servidumbre *oneris ferendi* y en las obras realizadas se han respetado las medianerías tanto vertical como horizontal y sin perjudicar en nada al edificio del actor.

El Tribunal Supremo, siguiendo la misma línea de la sentencia de 1943, antes vista, entiende que se trata efectivamente de una servidumbre *oneris ferendi*, al considerar que la existencia de una medianería horizontal impuesta por la contigüidad de los predios en los que claramente se advierte su particular sustantividad e independencia hasta el punto de que los demandados han podido derribar por completo el suyo para luego reedificarlo con nuevos elementos sin tocar para nada el del actor, lo que supone la ausencia de aquellos elementos tales como escaleras, paredes maestras, patios y puertas de salida, que, por ser de común utilización, caracterizan la unidad de fundos que se pretende, de modo que, no concurriendo, es evidente que tampoco puede darse la situación que determinan. Tratándose de fincas distintas e inscritas en el Registro de la Propiedad como independientes, y que no tienen en común más que la medianería horizontal, la situación es semejante a la que fue objeto de resolución por sentencia de 24 de mayo de 1943.

La Dirección General se ha ocupado de esta situación en tres ocasiones: En la Resolución de 4 de noviembre de 1925 se opuso a la segregación y enajenación como finca independiente de dos habitaciones de la planta baja de una casa, declarando que en nuestro sistema hipotecario, basado en superficies deslindadas, el edificio independiente que responde a un concepto tradicional, está destinado a un uso perpetuo y se ajusta a un plan arquitectónico y viene a formar con su solar un todo único en el sentido económico y jurídico, compuesto de partes íntimamente relacionadas y materialmente enlazadas que se prestan poco a ser objeto de una propiedad aislada.

La Resolución de 6 de noviembre de 1985 nos da noticia de un supuesto práctico, aunque no entra en la naturaleza de figura. Esta Resolución fue anulada por otra de 7 de diciembre del mismo año, por haberse interpuesto la ape-

lación cuando ya había transcurrido el plazo de 15 días señalado en el artículo 121 del Reglamento Hipotecario; el texto de la Resolución anulada puede verse en la página 2346 del número 217 de la primera época del *Boletín de Información del Colegio de Registradores*, noviembre de 1985. Se trataba de un recurso contra la nota del Registro de la Propiedad de Fuengirola, en la cual se consideraba defectuosa una escritura de declaración de obra nueva en la que una habitación de la casa descrita en primer lugar de una división «se apoya» o «pisa» sobre otra casa colindante ocupando parte de su espacio aéreo. No se consideró defecto por el Centro Directivo, el cual declaró que se está ante uno de los supuestos que la doctrina conoce con el nombre de medianería horizontal y nuestro más Alto Tribunal ha tratado, frecuente en la construcción y edificaciones de bastantes zonas costeras y que implica una independencia total de los edificios limítrofes, a los que no se puede pretender someterlos obligatoriamente a un régimen tan abigarrado en sus relaciones jurídicas como el de la propiedad horizontal, cuando sólo existe la de una buena voluntad. La verdad es que no parece muy consistente esta calificación, que no entra en el fondo de la figura, y que tiene más bien poco de jurídica.

La tercera ocasión en que la Dirección General conoce de la medianería horizontal es precisamente la de esta Resolución que comentamos. Por cierto, que aparece por primera vez esta calificación de «engalaberno», que nos ha llamado la atención, y hemos acudido al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, y allí la encontramos como procedente del verbo «engalabernar» que se equipara a «embarbillar» o aclopar, y nos aclara que es muy usada en Colombia.

Lo que nos interesa, naturalmente, es la naturaleza jurídica que le atribuye y también el modo de que tal medianería horizontal entra en el Registro.

Respecto a lo primero, en la Resolución se parte de la calificación que se hace en la sentencia que da origen a la petición de inscripción, que es la de un derecho real limitado de contenido complejo, atribuyendo a los respectivos titulares una extraña especie de verdadera propiedad sobre la unidad física de cada casa, pero con una comunidad *sui generis* sobre la otra casa colindante.

Por ello, la Dirección General se aparta de la idea de la servidumbre y se acerca a la de comunidad especial. No admite la equiparación con la propiedad horizontal, pues hay indeterminación en las cuotas sobre los elementos comunes y no existe salida independiente para cada parte.

Pero, dada la realidad de que ambas casas están ya inscritas por separado en favor de su respectivo dueño, no se debe negar la entrada al Registro de una situación existente y entonces la cuestión estriba en cómo se ha de reflejar esta especial situación en los folios registrales.

La solución adoptada puede ser ingeniosa, pero es sólo provisional y quizá poco acorde con la sensación de seguridad que debe aportar el Registro. Se acude al artículo 19 de la LH y hasta aquí todo va bien: El Registrador debe advertir que hay una indeterminación de la clase de comunidad y debe especificarse por los interesados el régimen existente, señalando, sobre todo, las cuotas de la comunidad existente.

Pero la segunda parte es la que no ofrece demasiadas seguridades, pues se recurre a la anotación preventiva del artículo 42-9 de la LH que, si bien es perfectamente aplicable, tiene el inconveniente de publicar la situación de medianería horizontal sólo por los cortos plazos del artículo 96 de la LH. Si no se ha producido el acuerdo de los interesados o no ha recaído resolución judicial (que quizá ni se haya iniciado, pues ha de ser a instancia de parte),

caduca el asiento y se vuelve a producir la inseguridad y la falta de concordanza con la realidad.

Se trata de una situación estable y casi siempre perdurable, y hay que buscar una solución que no sea provisional o sólo perentoria. Por mucho que esta situación sea distinta de la de propiedad horizontal, quizá sería preferible adoptar la necesidad de que los interesados fijasen un coeficiente sobre las partes que, evidentemente, son comunes, como el suelo y la cubierta que delimitan las habitaciones confluyentes, y las normas precisas para delimitar las relaciones que puedan darse en similitud con las reglas de la propiedad horizontal.

Si esto pareciere demasiado forzado, se podría acudir a otra figura, que reconocemos es diferente, pero puede guardar una lejana analogía, y es el derecho de sobreelevación regulado en el artículo 16-2 del Reglamento Hipotecario. Hay nuevas plantas y pertenecen a propietarios distintos y se permite su inscripción con tal que se determinen las cuotas y se señalen las normas del régimen de comunidad.

En último término cabría aceptar la idea de la servidumbre *oneris ferendi*, también forzada, pero que consta con el apoyo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Cualquier solución sería aceptable con tal de producir una inscripción definitiva y no la provisionalidad de la anotación preventiva. Exíjanse los requisitos necesarios antes de inscribir, para que la especialidad quede en claro.

En resumen, consideramos que se trata de una situación que produce un auténtico derecho real y que no es meramente provisional, sino que tiene una duración indeterminada, que se prolonga como la misma edificación, y como tal debe inscribirse. El artículo 7.º del Reglamento Hipotecario tiene la amplitud suficiente como para que esta figura de la medianería horizontal tenga acceso pleno al Registro con los requisitos precisos, pero en un asiento de inscripción.

F. C. D.

S.A.: PACTOS SOBRE COMPETENCIA DE LA JUNTA GENERAL Y UNANIMIDAD EN EL CONSEJO.—LA PREVISIÓN ESTATUTARIA QUE RESERVA A LA JUNTA GENERAL LA FACULTAD DE ENAJENAR LA TOTALIDAD DE LOS BIENES SOCIALES, NO ES IMPRESCINDIBLE EN CUANTO QUE DADA LA CONCRECIÓN DEL OBJETO SOCIAL —LA EXPLOTACIÓN DE UN MANANTIAL, BALNEARIO, HOSTAL, ETC.—, TAL ENAJENACIÓN EXCEDE DE LAS FACULTADES DEL ÓRGANO GESTOR, PERO PUEDE RESULTAR CONVENIENTE, SU EFICACIA NO ES MERAMENTE INTERNA Y DEBE ACCEDER AL REGISTRO MERCANTIL. LA UNANIMIDAD QUE LOS ESTATUTOS EXIGEN PARA LA ADOPCIÓN POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE DETERMINADOS ACUERDOS, CHOCA CON EL PRINCIPIO LEGAL DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD POR MAYORÍA, NO ES OTRA COSA QUE EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO DE VETO Y NO ES INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO MERCANTIL. (RESOLUCIÓN DE 25 DE ABRIL DE 1997. BOE DE 30 DE MAYO)

Hechos.—I. El día 6 de julio de 1990 se reunió la Junta general de la sociedad «Balneario y Aguas de Solán de Cabras, Sociedad Anónima», cuya