

del deudor cualquiera que sea este en el momento del embargo, sino de los derechos del que figure como tal en el Registro de la Propiedad, no siendo, por tanto, suficiente la fórmula genérica de que se ha notificado «al cónyuge del deudor sin señalar quién sea éste, ya que el cónyuge notificado puede ser distinto del titular registral, con lo que se conculcaría el principio de exclusión de la indefensión, que tiene su específica aplicación en el ámbito registral en los principios de tracto sucesivo y salvaguardia judicial de los asientos, y ello determina la supeditación de la anotación de los mandamientos administrativos de embargo a la previa comprobación de que, en el procedimiento en que se dictan, los titulares registrales que pueden ser afectados han tenido la intervención prevista por la ley, y en las condiciones exigidas, según el caso, a fin de garantizar que no sufran en el mismo Registro las consecuencias de una indefensión procesal, sin que pueda alegarse la notificación a la titular registral acreditada por un documento que no se aportó al Registro en el momento de la calificación (cf. art. 117 del Reglamento Hipotecario).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando totalmente el Auto Presidencial.

Madrid, 5 de octubre de 2001.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

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

**23327** *RESOLUCIÓN 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 Saiz contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Santurtzi, don Gonzalo Álvarez 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 Saiz contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Santurtzi, don Gonzalo Álvarez 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.<sup>a</sup> 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 Álvarez 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 Saiz, 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 Diez 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 Diez 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 Diez Diego. Que se solicita la inscripción de la servidumbre sin perjuicio de que los hermanos Diez Diego, o en su caso, el Tribunal correspondiente exija a don Manuel Diez 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 Diez 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 Ley 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 aquellos 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 condueños 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 proscribida 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. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

**23328** *RESOLUCIÓN de 8 de octubre de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña María del Carmen Villar Iñiesta, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alicante, número 3, don Fernando Trigo Portela, a inscribir un testimonio de auto recaído en procedimiento de liquidación de gananciales, en virtud de apelación de la recurrente.*

En el recurso gubernativo interpuesto por doña María del Carmen Villar Iñiesta, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alicante, número 3, don Fernando Trigo Portela, a inscribir un testimonio de auto recaído en procedimiento de liquidación de gananciales, en virtud de apelación de la recurrente.

## Hechos

## I

Por auto de 28 de octubre de 1997 del Juzgado de Primera Instancia número tres de Alicante, en procedimiento de liquidación de gananciales

número 399/91, seguido a instancia de doña María del Carmen V. I., contra don Ángel M. Y. se decreta la liquidación de la sociedad de gananciales habida entre ellos conforme a las operaciones efectuadas por el contador-partidor, en las que se ha inventariado como único bien del activo, dos terceras partes indivisas de una vivienda, finca registral número 23.258 del Registro de la Propiedad de Alicante, número tres, en la que se dice que dicho piso es en un tercio privativo del esposo y en los dos tercios restantes, es ganancial y se adjudica a la esposa la totalidad de la vivienda familiar.

## II

Presentado testimonio del auto de adjudicación en el Registro de la Propiedad de Alicante, número 3, fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento, toda vez que la finca que el mismo comprende se encuentra inscrita en su totalidad con carácter privativo, a favor de don Ángel M. Y., por título de compra en estado de soltero. Contra esta nota y en el plazo de cuatro meses a contar desde su fecha, cabe interponer recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en la forma a que se refieren los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. Alicante, 22 de enero de 1998. El Registrador. Firma ilegible».

## III

Doña Carmen Villar Iñiesta, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la resolución judicial que aprueba la disolución de la sociedad de gananciales está adoptada en procedimiento de separación con todos los requisitos legales y que dispone la adjudicación del dominio de un inmueble a favor de la esposa, y dicha resolución es un título público y el acto, la transmisión o adjudicación del dominio sobre un inmueble, es de aquellos que son inscribibles en el Registro de la Propiedad, puesto que se refiere a la titularidad de derechos reales sobre bienes inmuebles. Que en modo alguno el esposo es un tercero hipotecario. Que la inscripción registral a favor de la esposa no es la de un tercero respecto del procedimiento judicial y por tanto lo único que existe es una presunción del carácter privativo del bien a favor del esposo (artículo 38 de la Ley Hipotecaria), con carácter de presunción «iuris tantum», que se destruye por prueba en contrario y en este caso ese carácter está destruido por el auto de fecha 28 de octubre de 1997, que es firme. Que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, se refiere a los obstáculos registrales que no han sido tenidos en cuenta en la resolución judicial, lo cual no sucede en este caso. Que el hecho de que la finca esté inscrita a favor del esposo, adquirida en estado de soltero, no es un obstáculo para inscribir la adjudicación aprobada por el Juzgado, a favor de la esposa, pues esa situación de la finca ha sido tenida en cuenta por el Juzgado y por el Contador, al aprobar la adjudicación a favor de la esposa del pleno dominio de la finca, como consta en la partición aprobada por el Juzgado y reproducida por el auto.

## IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: Que hay discordancia entre lo que publica el Registro y lo que se presenta aprobación judicial. Que la inscripción, conforme a lo establecido en el artículo 1, 3 de la Ley Hipotecaria está bajo la salvaguardia de los Tribunales y, conforme al principio de tracto sucesivo no es posible efectuar operación alguna con el documento presentado, pues no es posible liquidar como ganancial un bien que figura inscrito como privativo. El artículo 20 de la Ley Hipotecaria consagra el referido principio, y dicho precepto en el aspecto subjetivo exige una identidad absoluta entre la persona que otorgue el acto inscribible y el que aparezca como titular en el Registro y una perfecta identidad entre el derecho, tal como se configura en el Registro y la inscripción, de un lado y entre la finca y el asiento, de otro, y ello con referencia a todo título en que se declare, transmita, grave, modifique o extinga el dominio y los demás derechos reales. En el aspecto formal ha de entenderse aplicable a toda clase de asiento, salvo el de presentación, por su carácter preparatorio. Por ello es necesario que conste previamente en el Registro la ganancialidad del bien. Esta atribución de ganancialidad tiene cauces reconocidos en el Código Civil (artículos 1.354 y 1.355) y sobre ella se ha pronunciado la Resolución de 7 de octubre de 1992. Que la falta de un título previo en el que se hubiese materializado la aportación a la comunidad que ahora se liquida, por aplicación del