

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**18515** *Resolución de 10 de octubre de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Totana, por la que se suspende la cancelación de una inscripción de servidumbre.*

En el recurso interpuesto por don J. M. S., en nombre y representación de doña M. S. M., contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Totana, don José Miguel Coll Rodríguez, por la que se suspende la cancelación de una inscripción de servidumbre.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 27 de mayo de 2022 por el notario de Totana, don Patricio Chamorro Gómez, con el número 1.348 de protocolo, después de exponer los intervinientes, doña M. S. M. y la mercantil Rent A Cars Le Mans, SL, ambos representados por don J. M. S., que doña M. S. M. había sido la primera adquirente del edificio construido sobre la finca registral número 24.549 de Totana, que sobre la finca registral número 26.997 del mismo municipio –cuyo titular es la mercantil Rent A Cars Le Mans, SL–, como predio sirviente, existía constituida una servidumbre real en favor de dicha finca registral 24.549, como predio dominante, de disponibilidad de plazas de aparcamiento para vehículos de los adquirentes y titulares de los departamentos resultantes de la obra nueva que dicha sociedad iba a construir sobre el predio dominante, a razón de una plaza de aparcamiento por cada una de las viviendas resultantes y otra por cada cien metros cuadrados de local comercial del edificio que se pretendía construir, en cuya constitución se pactó asimismo que «la servidumbre establecida quedará sin efecto alguno si los primeros adquirentes de viviendas o locales del edificio que se construya en el predio dominante optan por no adquirir plazas de aparcamiento», y que, no habiéndose ejecutado la construcción de un edificio que contuviese plazas de aparcamiento sobre la finca registral 26.997 era intención de los primeros adquirentes de las viviendas o locales construidos sobre la finca registral 24.459 renunciar a la adquisición de plazas de aparcamiento, doña M. S. M., como primera adquirente de todos los elementos que constituían la finca registral 24.549, predio dominante, renunciaba a su derecho a adquirir plazas de aparcamiento del edificio que se pudiera construir sobre la finca registral 26.997, predio sirviente, y los comparecientes, en la calidad en la que intervenían, solicitaban la cancelación registral de la servidumbre real descrita.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Totana, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Calificado el precedente documento, escritura otorgada en Totana ante el Notario Don Patricio Chamorro Gómez, el 27/05/2022, bajo el número de protocolo 1348/2022, presentada bajo el asiento 456 del Diario 177, tras examinar los antecedentes del

Registro, ha sido objeto de calificación negativa en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

#### Hechos.

– Se pretende la cancelación de la servidumbre constituida sobre la finca 26997 a favor de la 24.549. La misma consiste en la disponibilidad de plazas de aparcamiento para los propietarios de los departamentos en que se dividió horizontalmente el predio dominante.

– Según consta en la inscripción, dicha servidumbre quedará sin efecto “si los primeros adquirentes de viviendas o locales del edificio que se construya en el predio dominante optan por no adquirir plazas de aparcamiento”.

– Ahora, para cancelarla, comparece D. J. M. S. en representación de Dña. M. S. M., como primera adquirente de los departamentos resultantes de la división horizontal, quien renuncia a la servidumbre.

– Sin embargo, dicho consentimiento, por sí solo no es suficiente para lograr la cancelación pretendida pues dichos departamentos fueron objeto de diversas operaciones que han tenido su correspondiente reflejo registral.

– En concreto, la finca 46064 –departamento (...)- es actualmente propiedad de Martínez Vivancos, S.L., (inscripción 4.ª). Además, sobre la misma existe anotada prohibición de disponer impuesta por la hacienda pública.

– Los demás departamentos siguen siendo propiedad de la mencionada señora, pero sobre los mismos existen constituidas hipotecas a favor de diversas entidades.

– En definitiva, el hecho de no haber renunciado a dicha servidumbre en el momento de la adquisición y no haberse solicitado anteriormente su cancelación, ha generado una apariencia de derecho a favor de los propietarios y titulares de cargas posteriores que debe ser respetada siendo necesario su consentimiento para poder cancelar la servidumbre.

#### Fundamentos de Derecho.

– Arts. 1, 13, 20, 32, 38, 40, 76, 82, 108 LH. Del conjunto de estos artículos resulta la presunción de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Conforme al art. 76 LH, las inscripciones no se extinguen, en cuanto a tercero, sino por su cancelación y, tratándose de inscripciones hechas en virtud de escritura pública dicha cancelación debe hacerse con el consentimiento del titular registral o de sus causahabientes o bien, por falta de este, en virtud de sentencia. Cabe traer a colación también el principio de inoponibilidad recogido en el art. 32 LH, conforme al cual no cabe oponer a terceros situaciones que no han tenido su correspondiente reflejo registral.

– En relación con lo anterior, podemos citar también la doctrina de la DG (RDGSJFP 11/05/2018, entre otras) conforme a la cual cuando se trate de actos individualizados que afecten al contenido esencial del derecho de propiedad de cada uno de los titulares de los departamentos resultantes de la división horizontal es necesario el consentimiento separado de cada uno de estos.

Vistos los expresados hechos y fundamentos de derecho resuelvo suspender la cancelación solicitada mientras no consientan en ella todos los titulares que pueden resultar afectados por la misma, también se podrá solicitar la tramitación del expediente regulado en el art. 210 LH para la liberación de cargas y gravámenes.

La referida calificación negativa lleva consigo la prórroga automática del asiento de presentación por un plazo de sesenta días de conformidad con lo establecido en el artículo 323, 1 de la Ley Hipotecaria.

No se ha tomado anotación preventiva de suspensión por no haber sido solicitada (artículo 65 y siguientes de la Ley Hipotecaria).

Contra la presente calificación podrá (...)

Totana, 16 de junio de 2022. El Registrador, (firma ilegible) Fdo.: José Miguel Coll Rodríguez.»

## III

Contra la anterior nota de calificación, don J. M. S., en nombre y representación de doña M. S. M., interpuso recurso el día 14 de julio de 2022 mediante escrito en el que hacía las siguientes alegaciones:

«D) Calificación que se recurre, con expresión del documento objeto de la misma y fundamentos de Derecho:

Calificación negativa de la escritura de cancelación de servidumbre real con el número de protocolo 1348/2022 del notario de Totana D. Patricio Chamorro Gómez, en la que se cancela la servidumbre constituida sobre la finca 26997 a favor de la 24549. Ambas del término municipal de Totana.

La misma consiste en la disponibilidad de plazas de aparcamiento para los primeros propietarios de los departamentos en que se dividió el predio dominante, según consta en la inscripción de la servidumbre real en la finca registral 26997 (predio sirviente): “dicha servidumbre establecida quedará sin efecto alguno si los primeros adquirentes de viviendas o locales del edificio que se contruya [sic] en el predio dominante (finca registral 24549) optan por no adquirir plazas de aparcamiento”. No se establece plazo para realizar dicha opción de renuncia.

A más, la servidumbre indica “la adquisición”, no es que se les cocediera [sic] la propiedad de una plaza de aparcamiento en el predio sirviente. En el momento actual todas las fincas resultantes de la división horizontal del predio dominante son de primera titularidad de D.<sup>a</sup> M. S. M. Existe una finca resultante, la numero 46064, que es propiedad de un tercero, en cuarta inscripción, por lo que no tendría ningún derecho concedido por la servidumbre establecida.

El registrador D. José Miguel Coll Martínez, indica también que sobre las fincas existen constituidas hipotecas a favor de diversas entidades, esto tampoco sería un impedimento para la cancelación de la servidumbre ya que, en hipotético caso de que esas hipotecas se ejecutaran darían lugar a segundos propietarios, por lo que tampoco tendrían el derecho otorgado por la servidumbre real que nos ocupa.

El que el registrador mencione que no se ha renunciado a dicha servidumbre en el momento de la adquisición no es aplicable pues la servidumbre no establece un plazo para ejecutarla.

Que afirme que dicha inacción ha generado una apariencia de derecho a favor de los propietarios y titulares posteriores, no es a mi juicio admisible por dos motivos, primero, que cualquiera que crea tener un derecho sobre una servidumbre en otra finca tiene el derecho y debería consultar la misma para conocer en qué términos está constituida dicha servidumbre, y segundo, en ninguna hipoteca registrada sobre esas fincas, como podía haber comprobado, aparece en el cuerpo de las mismas referencia a dicha servidumbre, ni consta valoración alguna sobre la misma, lo que denota que no se ha tenido en cuenta dicha servidumbre en la concesión de dichas hipotecas. tan solo salen reflejadas en las notas simples, y a mi entender mal redactadas, ya que no indican que solo tiene el derecho el primer propietario. de facto para que la resolución no fuera incompleta debería haber informado a los posibles afectados por dicha cancelación.

Con respecto a sus fundamentos de derecho indicar [sic] lo siguiente, los artículos indicados de la Ley Hipotecaria no serían del todo de aplicación en este caso ya que, como se ha indicado [sic], en ninguna finca hipotecada se ha tenido en cuenta la existencia de la servidumbre. Y con respecto a la doctrina de la DG (RDGSJFP 11/05/2018), ya que no indica [sic] a cuál se refiere, creo que se trata del referente al que determina que para la instalación de un ascensor hace falta la unanimidad de todos los propietarios. En la nueva redacción de dicha ley se ha suprimido esta necesidad de unanimidad art. 17.2 LPH y tampoco sería aplicable en este caso. A más la solicitante es la única primera propietaria.

E) Solicito: (resuma de manera concreta su petición)

Se proceda a la inmediata cancelación de la servidumbre [sic] constituida sobre la finca 26997 a favor de la finca 24549, ambas del Registro de la Propiedad de Totana (Murcia), por cumplirse la condición que figura en la misma, según la cual solo el primer propietario tiene el derecho concedido, es decir D.<sup>a</sup> M. S. M., la cual es la que la solicita y ha comparecido en tiempo y forma para realizar dicha cancelación.»

#### IV

El registrador de la Propiedad de Totana, don José Miguel Coll Rodríguez, emitió informe ratificando la nota de calificación en todos sus extremos y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 1, 20, 32, 38, 40, 76, 79, 82 y 108 de la Ley Hipotecaria; 174 del Reglamento Hipotecario; 534 del Código Civil; 3, 8 y 18 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de julio de 2007, 11 de mayo de 2018 y 24 de enero de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 10 de agosto de 2020 y 21 de julio de 2021.

1. Se plantea en este expediente si es posible cancelar una servidumbre real de «disponibilidad de plazas de aparcamiento para vehículos de los adquirentes y titulares de los departamentos resultantes de [una] obra nueva» a construir sobre el predio dominante, constituida sobre una finca como predio dominante en favor de otra como predio sirviente, sobre la que posteriormente se inscribió una obra nueva declarada sobre la misma y la constitución de esta en régimen de propiedad horizontal, a la que hace referencia la mencionada servidumbre –dándose las circunstancias de que al constituir la servidumbre se pactó que «dicha servidumbre quedará sin efecto alguna si los primeros adquirentes de las viviendas o locales del edificio que construya la mercantil “Explotaciones Centro, S.A.” en el predio dominante optan por no adquirir plazas de aparcamiento» y que todos los departamentos de la propiedad horizontal constituida sobre el edificio construido sobre el predio dominante fueron transmitidos a una misma persona, doña M. S. M., si bien uno de ellos, el departamento uno, finca registral número 46.064, fue transmitido posteriormente y es actualmente de titularidad registral de una persona distinta, la mercantil Martínez Vivancos, SL, y sobre los demás departamentos, que en cambio siguen siendo de titularidad registral de doña M. S. M., fueron constituidas hipotecas en favor de diversas entidades–, en virtud de escritura en la que dicha adquirente de los departamentos, doña M. S. M., como primera adquirente de todos los elementos integrantes de la propiedad horizontal constituida sobre el predio dominante, renuncia a su derecho a adquirir plazas de aparcamiento del edificio que se pudiera construir sobre el predio sirviente y, junto con la entidad titular de dicho predio sirviente, solicita la cancelación registral de dicha servidumbre real; o bien si para ello es necesario que también presten su consentimiento el titular registral de dicha finca transmitida –la registral 46.064, sobre la que además consta anotada una prohibición de disponer, que impediría durante su vigencia la inscripción o anotación de todo acto dispositivo voluntario sobre la misma realizado con posterioridad a esta por su titular y que no estuviese basada en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del Reglamento Hipotecario– y las entidades acreedoras a cuyo favor figuran inscritas las hipotecas constituidas sobre los restantes departamentos, como señala y fundamenta el registrador en su nota.

2. Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales (cfr. artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria).

Como consecuencia de ello, para cancelar un derecho –como en el presente supuesto es una servidumbre inscrita a favor de un tercero, en este caso el titular de uno de los departamentos en que se ha dividido el predio dominante– es preciso el consentimiento de su titular (el expresado tercero).

Si falta dicho consentimiento es precisa una resolución judicial en procedimiento entablado contra tal titular, no sólo por imperativo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, sino por aplicación del artículo 24 de la Constitución Española que proscribela indefensión. La única forma en que podría cancelarse sin dicho consentimiento sería que en el título constitutivo de la servidumbre se hubiera pactado un procedimiento para su cancelación (supuesto del artículo 82, párrafo segundo) y acreditando las circunstancias pertinentes sin necesidad de juicio contradictorio.

3. Además, no solo el titular de la propiedad del elemento transmitido, finca registral 46.064, debe prestar su consentimiento, sino también las entidades acreedoras titulares de las hipotecas inscritas sobre los restantes departamentos de la propiedad horizontal constituida sobre el predio dominante, tal como señala el registrador, en la medida en que el artículo 534 del Código Civil establece que «las servidumbres son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen», de modo que cuando se hipoteca el predio dominante, al ser la servidumbre en favor del mismo una titularidad *ob rem* respecto de la titularidad de la finca, se entiende que se hipoteca juntamente con las servidumbres constituidas en su favor (y ello en virtud también de lo establecido en el artículo 108.1.º de la Ley Hipotecaria: «No se podrán hipotecar: 1.º Las servidumbres, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose, en todo caso, la de aguas, la cual podrá ser hipotecada»). Al extenderse la hipoteca a las servidumbres establecidas a favor del predio dominante hipotecado, el cancelar dichas servidumbres supone afectar al objeto de la hipoteca y al contenido económico de la garantía establecida, por lo que es necesario el consentimiento del titular de la hipoteca, la entidad o persona acreedora en cuyo favor se haya establecido.

4. Por otro lado, quien debe prestar el consentimiento para la cancelación es el titular actual de los departamentos en que se ha dividido horizontalmente el predio dominante, no la persona que adquirió uno de ellos, pero posteriormente lo transmitió.

Ello es consecuencia de la presunción de existencia y titularidad en la forma determinada por el asiento respectivo de los derechos reales inscritos que resulta del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y del principio de inoponibilidad de los títulos no inscritos del artículo 32 de la misma.

5. Tampoco podría aplicarse en este caso el supuesto del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, la cancelación de la inscripción sin necesidad del consentimiento del titular del derecho inscrito por extinción del mismo:

Primero, porque la posibilidad prevista en este párrafo segundo hace referencia a aquellos casos en que el derecho ha quedado extinguido de una manera inequívocamente indubitada, de tal modo que resulta innecesario un nuevo consentimiento, voluntario o forzoso, del titular del derecho que se cancela (como sucede en los supuestos en que la Ley declara que un derecho se extingue por confusión de derechos, o que un usufructo vitalicio se extingue por muerte del usufructuario, o si en la escritura se pacta un plazo de caducidad del derecho); en ninguno de estos casos se requiere que el titular del derecho que se cancele preste de nuevo el consentimiento, la extinción del derecho se produce de una manera automática y ajena a su voluntad e incluso a su capacidad.

Por el contrario, en el supuesto de este expediente se requiere una nueva prestación del consentimiento por parte del titular (es necesario que opte por no adquirir plazas de aparcamiento) y además no resulta inequívocamente indubitado el supuesto establecido, lo cual hace imposible la cancelación sin el consentimiento del titular.

En segundo lugar, porque al establecerse la servidumbre se pactó que «la servidumbre establecida quedará sin efecto alguno si los primeros adquirentes de viviendas o locales del edificio que se construya en el predio dominante optan por no adquirir plazas de aparcamiento y en todo caso, pasados seis meses de obtenido el

certificado de finalización de la obra sobre el predio sirviente se podrá cancelar la servidumbre a solicitud de los dueños de dicho predio, en su caso, sin necesidad de consentimiento alguno por parte de los titulares de los predios dominantes», bastando para ello solicitud del titular del predio sirviente acompañando el certificado de final de obra y el transcurso del plazo señalado. Es decir, se estableció un supuesto de cancelación por caducidad, dependiente de un hecho objetivo, sin necesidad del consentimiento de los titulares de los predios dominantes, pero no fue así como se configuró el otro supuesto de extinción que nos ocupa, en que es preciso el consentimiento de los titulares de los predios dominantes.

Por último, porque se pretende la cancelación de la servidumbre por renuncia del titular en los términos convenidos al constituir la servidumbre, no porque el derecho haya quedado extinguido con independencia de la voluntad de las partes, como lo demuestra la escritura presentada en que se procede a dicha renuncia, de modo que son los titulares actuales de los predios dominantes y de las hipotecas inscritas sobre ellos quienes han de consentir la cancelación.

6. Es necesario hacer referencia en último término a la mención que hace el registrador en su nota a la doctrina de esta Dirección General (Resolución de 11 de mayo de 2018, entre otras) «conforme a la cual cuando se trate de actos individualizados que afecten al contenido esencial del derecho de propiedad de cada uno de los titulares de los departamentos resultantes de la división horizontal es necesario el consentimiento separado de cada uno de estos», pues ello es contestado por el recurrente en su escrito.

Como resulta de la mencionada Resolución, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 23 de mayo de 2001, 4 de marzo de 2004 y 5 de julio de 2005, entre otras) que en materia de propiedad horizontal debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos, los cuales no se imputan a cada propietario singularmente, sino a la junta como órgano, y aquellos otros actos que por afectar al contenido esencial del derecho de dominio de pisos o elementos privativos requieren el consentimiento individualizado o *uti singuli* de los propietarios correspondientes, el cual habrá de constar en documento público (mediante una adecuada interpretación de los artículos 3, 8 y 18.2 de la Ley sobre Propiedad Horizontal).

Se está refiriendo el registrador precisamente a esta doctrina, de modo que para la cancelación de la servidumbre constituida en favor de un departamento de una división horizontal es necesario el consentimiento individualizado de su titular, al afectar al contenido esencial del dominio del departamento, del que la servidumbre establecida a su favor es inseparable, sin que baste un acto colectivo de la comunidad en régimen de propiedad horizontal.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 10 de octubre de 2022.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.