

III. Otras disposiciones

MINISTERIO DE JUSTICIA

10077 *RESOLUCION de 31 de marzo de 1989, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Palma de Mallorca, don Salvador Balle Oliver, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de Palma de Mallorca a inscribir una escritura de división, en virtud de apelación del señor Registrador.*

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Palma de Mallorca, don Salvador Balle Oliver, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de Palma de Mallorca a inscribir una escritura de división, en virtud de apelación del señor Registrador.

HECHOS

I

El día 9 de agosto de 1983, en escritura pública de declaración de obra nueva, constitución de propiedad horizontal y adjudicación de partes, autorizada por el Notario de Palma de Mallorca, don Salvador Balle Oliver, fue adjudicada a los hermanos don Miguel y don José Morey Serra, la parte determinada número 1 de orden, aparcamiento número 1 del plano, en planta sótano, con acceso por una rampa, del inmueble número 5 de la calle Miguel Villalonga, Escritor, en Palma. Mide el aparcamiento propiamente dicho unos 13 metros cuadrados de superficie útil y unos 160 metros cuadrados de zona verde. Linda el aparcamiento: Frente, con zona de paso; derecha, aparcamiento número 2 del plano; izquierda, subsuelo del patio posterior, destinado a zona verde, y fondo, subsuelo del solar número 17. En dicha escritura se estableció que la propiedad horizontal entre todas y cada una de las partes determinadas que componen el total inmueble se regirá por la Ley 49, de 21 de julio de 1960, con la siguiente especialidad, entre otras: El titular o titulares de todas y cada una de las partes determinadas del total inmueble podrán realizar en ellas, cualesquiera operaciones de división, subdivisión, agregación y segregación, fijando las cuotas de participación en la comunidad por suma, distribución o redistribución de las que tenían asignadas, con el límite del aprovechamiento normal como partes determinadas independientes, de tal modo que cada una de las nuevas partes así formadas tengan acceso directo desde la calle o tuviera ya acceso abierto a un elemento común antes de tales modificaciones y sin que en ningún caso se altere la estructura externa del edificio ni se disminuya la seguridad del mismo, para lo cual se considerarán investidos de amplios poderes irrevocables de todos los restantes titulares de unidades de la propiedad horizontal, que se entenderán conferidos por el solo hecho de la adquisición de las mismas.

En escritura de 23 de julio de 1986, autorizada por el mismo Notario, don Miguel y don José Morey Serra procedieron a subdividir la referida parte número 1 de orden general del inmueble citado, formando dos nuevas unidades para su inscripción registral: Número uno.-Aparcamiento número 1 del plano, sito en planta sótano, con acceso por una rampa del inmueble número 5 de la calle Miguel Villalonga, Escritor, en Palma. Mide unos 13 metros cuadrados útiles, y linda: De frente, con zona de paso; derecha, aparcamiento número 2 del plano; izquierda, subsuelo del patio posterior, destinado a zona verde, y fondo, subsuelo del solar número 17. Y número uno-A de orden.-Patio destinado a zona verde, situado en la parte posterior del inmueble, en la planta sótano del mismo, con acceso por una rampa del inmueble número 5 de la calle Miguel de Villalonga, Escritor, en Palma. Mide unos 160 metros cuadrados de superficie, aproximadamente, y mirando desde la calle, linda: De frente, con la rampa de acceso, paso común y aparcamiento número 1 de orden; derecha, subsuelo del solar número 17; izquierda, con subsuelo del solar número 20, y fondo, subsuelo de los solares 5, 6 y 7.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad número 2 de Palma de Mallorca fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento con la referencia de la nota anterior, retirado el día 7 de noviembre de 1986 por su presentante y devuelto con fecha de ayer, se deniega su inscripción por adolecer del defecto insubsanable de que "el patio destinado a zona verde", que constituye la finca número

1-A de orden de las formadas por división, no puede constituir finca independiente con cuota, en régimen de propiedad horizontal, conforme al artículo 396 del Código Civil y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal.-Palma de Mallorca a 9 de enero de 1987.-El Registrador.-Firmado: Firma ilegibles.

III

El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la negativa del señor Registrador a realizar la inscripción solicitada se basa en que, a su parecer, según los artículos 396 del Código Civil y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, el suelo y todos los demás elementos que dichos preceptos enumeran son elementos comunes del inmueble, por su propia naturaleza, y que, por tanto, el «patio destinado a zona verde» ha de ser necesariamente común, en cuyo caso todo lo más que podría hacerse sería ceder el uso exclusivo a uno o varios de los comuneros o copropietarios, pero sin que en modo alguno pueda reconocerse una propiedad separada del patio, o sea, constituir una parte determinada del inmueble. Que se considera que dicha postura no es correcta, ya que la interpretación que hace el señor Registrador de los preceptos citados es literal, cerrada, absurda y equivocada. Que la consideración anterior está basada en las siguientes razones:

1. Naturaleza jurídica de la propiedad horizontal.-Tanto la doctrina como el derecho comparado distinguen en la propiedad horizontal una propiedad separada sobre las partes privativas, y la copropiedad sobre determinados elementos del inmueble. Distinción aceptada por el artículo 396 del Código Civil y corroborada por el artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal. El Tribunal Supremo en diversas sentencias, y ya en la de 16 de mayo de 1965, declara que la propiedad horizontal es una institución jurídica compleja, en la que coexisten una titularidad dominical ordinaria sobre los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente y un dominio «sui generis» sobre los elementos del inmueble necesarios para su adecuado uso y disfrute; y que respecto a los «elementos comunes» cabe establecer la distinción entre «elementos comunes por naturaleza», que son objeto de enumeración «ad exemplum» en la propia Ley, y «elementos comunes por destino», que son los que en concepto de anejos se adscriben especialmente al servicio de todos o de algunos de los elementos singulares. Esta distinción es aceptada unánimemente por la doctrina.

2. Notas características de los elementos comunes.-La copropiedad sobre los elementos comunes que corresponde a cada propietario de parte determinada separada en la propiedad horizontal tiene las siguientes particularidades: a) Su inseparabilidad, es decir, que sólo pueden ser enajenados, embargados o gravados exclusivamente con la parte determinada privativa, de la que son anejos [artículos 396 del Código Civil y 3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal]; b) Su indivisibilidad el Tribunal Supremo lo ha declarado en Sentencia de 20 de noviembre de 1971. La doctrina considera que en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los Estatutos se deben enumerar o describir los elementos comunes, pues dada su enorme variedad, el edificio quedaría insuficientemente descrito si tales elementos no se expresan con claridad y para evitar cualquier duda. La enumeración de elementos comunes que hace el artículo 396 del Código Civil es puramente «ad exemplum», de carácter enunciativo y no cerrado y, por otro lado, aunque estén mencionados en la relación que hace dicho precepto, hay que entender que son comunitarios, sólo en tanto en cuanto sean necesarios para el adecuado uso y disfrute de las partes determinadas del edificio objeto de propiedad separada, y así lo reconoce la doctrina y la jurisprudencia.

3. Carácter comunitario del suelo.-El suelo se encuentra mencionado entre los elementos comunes que señala el artículo 396 del Código Civil. Sin embargo, el concepto de «suelo» no resulta definido por el legislador. Según la doctrina, hay que entender por tal la superficie inferior del edificio o la porción de terreno donde se ha levantado una edificación, o que está destinado a levantarse una construcción en ella, y no hay duda de que el derecho de comunidad sobre el suelo implica igualmente el derecho al subsuelo, con arreglo al artículo 350 del Código Civil. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de marzo de 1964, limita la copropiedad del suelo al que sirve de base física al edificio, y no cabe entender, de modo alguno, que se extiende esa copropiedad al terreno no edificado, que podrá ser objeto de las necesarias servidumbres de uso y utilización, como establece el artículo 396 del Código Civil, pero nunca una atribución forzosa de copropiedad que constituiría un límite impuesto, sin razón, a la libertad contractual sancionada en el artículo

1.255 de dicho Código. La doctrina registral considera que el suelo como elemento comunitario podrá también extenderse a lo que no es soporte físico de la construcción, como es el caso de una zona verde o un patio, que será elemento comunitario por destino, si lo establece el título constitutivo de la propiedad horizontal, o sea, los Estatutos comunitarios. En el Simposio de la Propiedad Horizontal de 1972, celebrado en Valencia, confirmó la distinción entre terreno que constituye la base física del edificio y el exceso de cabida del solar respecto de aquella base física, que sólo tendría carácter común accidental, ya que podrá desafectarse de su cualidad comunitaria antes de constituir la finca en propiedad horizontal. Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 13 de mayo de 1974, Audiencia Provincial de Cáceres de 25 de octubre de 1977 y Audiencia Territorial de Barcelona de 7 de mayo de 1979 concuerdan en declarar para los patios que, pese a estar incluidos como elementos comunes en la enumeración del artículo 396 del Código Civil, al no ser tales patios elementos sustentadores físicamente del edificio, sólo serán comunitarios si el título no los ha excluido de dicho carácter. El Tribunal Supremo confirma esta línea interpretativa en Sentencia de 15 de mayo de 1985. De todo ello se desprende que el suelo no sustentador de la base física del edificio puede ser elemento objeto de propiedad separada y privativa, bien porque lo establezca el título constitutivo de propiedad horizontal, que es el caso del presente recurso, bien porque unánimemente se convenga con posterioridad. Así en el supuesto contemplado, el título de constitución no sólo no determinó el carácter comunitario de un trozo de terreno destinado a zona verde, sino que lo atribuyó privativamente y con carácter dominical a la parte determinada número uno de orden, formando parte de la misma, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad sin dificultades, y consignándose expresamente en los Estatutos que el titular tenía la facultad de dividir, repartiendo la cuota o coeficiente en los elementos comunes, que es lo que se ha hecho en la escritura cuya inscripción se deniega.

4. Ambito de la Ley de Propiedad Horizontal.—Una vez visto que el patio o zona verde, objeto de separación o división en el caso de este recurso, puede perfectamente ser objeto de propiedad separada, de carácter privativo, se plantea el problema de ver si esta propiedad puede encajar en un régimen de propiedad horizontal o si, por el contrario, debería estar excluida de ella. El artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal emplea la palabra «espacio» y no hay que dar a la misma un sentido absolutamente volumétrico, sino que el criterio es amplísimo, como se desprende de dicha Ley al hablar de las características de dicho espacio y como demuestra el que las inscripciones de pisos y locales se hagan expresando sólo los metros cuadrados y nunca, o casi, los metros cúbicos. Por otro lado, el concepto de espacio a que alude la Ley citada no es incompatible con el concepto de terreno, según una de las acepciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: «capacidad de terreno, sitio o lugar». Partiendo del principio general del derecho de que concedido lo más, se entiende implícitamente concedido lo menos, y siendo «el patio destinado a zona verde» susceptible de propiedad separada y privativa, esta propiedad ha de incluirse, evidentemente, en el régimen de propiedad horizontal del edificio, porque ya está inscrito privativamente como formando parte de la parte número uno de orden, y es el resultado de la división de la misma; pues la posición contraria nos llevaría a consecuencias absurdas, siendo necesario crear servidumbres de luces o vistas, desagüe, de recogida de aguas pluviales, etc., y sería contraria al espíritu y letra del artículo 1.255 del Código Civil, careciendo de todo apoyo en la doctrina de los tratadistas y Tribunales. Este criterio amplio es el mantenido por el I Simposio de la Propiedad Horizontal de 1972, por la Audiencia Territorial de Valencia en Sentencia de 16 de diciembre de 1969 y por la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones de 13 de diciembre de 1971 y 11 de junio de 1986, en supuestos similares al estudiado en este recurso. Así, que una interpretación lógica y finalista del artículo 396 del Código Civil y, por extensión, del artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, nos lleva a la conclusión de que su finalidad es hacer asequible la propiedad y facilitar su dinamismo y movilidad, y en las conclusiones del tan citado Simposio de la Propiedad Horizontal, en que se manifiesta que es privativo todo lo que no es común, se da a entender que lo privativo es lo preponderante y que la parte comunitaria debe interpretarse restrictivamente.

IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que de la doctrina y jurisprudencia invocada por el recurrente parece que lo que se pretende es segregar una parte no edificada, el patio destinado a zona verde, de la total superficie o solar de una finca en régimen de propiedad horizontal, en lo que no existe inconveniente alguno, si se dicen los siguientes requisitos: a) Cumplimiento de los Planes Generales de Ordenación y Ordenanzas de la Construcción; b) Concurso de todos los partícipes de partes, determinadas privativas de la propiedad horizontal, si el compareciente que segrega, no acredita en debida forma haberse reservado tal derecho; y c) Que tal segregación produzca una finca independiente con número propio de cabida y linderos determinados, que lleve consigo una reducción en el suelo de la finca matriz de la

misma extensión, la oportuna alteración de sus linderos y no continúe, como ocurre en el caso contemplado, como integrada en el total solar de la finca matriz, comprendida dentro de sus linderos y con atribución de una cuota en la total superficie de la finca de que ella forma parte. Que la operación que se realiza en la escritura no es lo que se llama una verdadera segregación, sino la constitución como parte determinada independiente con atribución de cuota en el valor total del inmueble, de un «patio destinado a zona verde», que continúa formando parte del total solar de la finca en régimen de propiedad horizontal. Que dicho criterio se considera inadmisibles por las siguientes razones: a) Porque, aunque sobrante de la edificación, siendo el suelo por naturaleza y expresamente «dos patios», un elemento común de todas las partes determinadas privativas de la propiedad horizontal, según el artículo 396 del Código Civil, su facultad dispositiva ha de corresponder a todos los copartícipes de ésta y lo más que se puede atribuir al titular de una parte determinada es un derecho exclusivo de uso y disfrute de tal sobrante de edificación que no le faculta suficientemente para alterar su naturaleza. Esta opinión está fundada en una numerosa jurisprudencia, las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1964, 28 de enero y 11 de octubre de 1967, 2 de junio de 1970, 19 de febrero de 1971 y 4 de diciembre de 1974 y la Resolución de 28 de febrero de 1968; b) Porque la práctica de la operación de constitución en parte determinada independiente del «patio destinado a zona verde», conlleva las siguientes situaciones: 1.º Se atribuye a su titular una superficie determinada, pero con cuota de participación en los elementos comunes de la propiedad horizontal y entre ellos el solar de que esa misma superficie forma parte, con lo que viene en propietario exclusivo de su parte que se dice «segregada» y al mismo tiempo, titular de una cuota indivisa en ella, como consecuencia de formar parte del total solar incólume de la propiedad horizontal; 2.º Los demás partícipes de la propiedad horizontal no son dueños de la superficie segregada por pertenecer en exclusiva al titular que la segrega, pero al mismo tiempo tienen en ella la titularidad de la cuota correspondiente a su parte determinada al formar parte, dicho patio, del total solar común que no ha sufrido disminución alguna y, 3.º La situación confusa de titularidades excluyentes, pero compartidas, tendría también su reflejo con tanta o mayor incompreensión en el supuesto de demolición del edificio. Que mantiene el recurrente la tesis de que la parte de superficie no edificada es susceptible de ser inscrita como parte determinada privativa en régimen de propiedad horizontal dentro de los términos amplios de «espacio suficientemente delimitado» a que se refiere el artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, postura que se considera no acertada, por las siguientes razones: a) Porque el concepto de «espacio» se contraponen al concepto de «superficie» tanto gramatical como física y jurídicamente hablando, ya que presupone un volumen y al Diccionario de la Lengua Española, citado por el recurrente, nos remite, pues si habla de «capacidad» no se puede olvidar que es sinónimo de volumen y, b) Porque la Ley de Propiedad Horizontal es una Ley de «volúmenes» y sólo éstos, construidos o en construcción, son susceptibles de inscripción independiente al amparo del número 5.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, lo que resulta no sólo de las normas citadas, sino también de la letra b) del fundamento de derecho número cinco de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de diciembre de 1986. Que la Resolución de dicha Dirección General, de 11 de junio de 1986, no contradice la tesis mantenida en defensa de la nota de calificación, pues contempla el supuesto de un volumen edificado que se desvincula, que nada tiene que ver con la segregación del suelo para formar finca independiente.

V

El Presidente de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca revocó la nota del Registrador, fundándose en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, en las Sentencias de 2 de mayo de 1964, 28 de enero de 1967, 7 y 24 de octubre de 1978 y 14 de noviembre y 6 de junio de 1979, en el Título Constitutivo de la Propiedad Horizontal, de fecha 9 de agosto de 1983, en el que el «patio destinado a zona verde» se atribuyó en propiedad exclusiva, consignándose en los Estatutos la facultad de dividir, entendiéndose que dicha propiedad forma parte del régimen de propiedad horizontal del inmueble, por cuanto: a) El contenido del referido derecho singular y exclusivo es el aprovechamiento independiente, pero en conjunción con los elementos comunes del edificio y con la existencia de una serie de factores que, sin serlo, interesan a todos (Sentencia de 29 de mayo de 1984) y la tesis contraria, es decir, la absoluta independencia del terreno y, consecuentemente, su extensión al vuelo y al subsuelo, provocaría una serie de limitaciones a los demás propietarios; b) Se cumplen las condiciones pactadas por quien o quienes ostentaban la íntegra titularidad dominical del edificio, sin infracción de los preceptos de la Ley y con acceso a los libros registrales; c) Sobre la base imprescindible del dominio exclusivo sobre el terreno, se produce la copropiedad sobre los elementos comunes, dada la inherencia, como dice la Sentencia de 18 de octubre de 1984, que se produce entre ambos aspectos de la compleja situación, y d) La interpretación contraria estaría en contradicción con el principio de la libre circulación e bienes y de las facultades dispositivas del propietario.

VI

El señor Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que de la escritura de división horizontal de 9 de agosto de 1983, se deduce que: 1.º La finca se describe y deslinda como «aparcamiento» y sólo después de un punto y seguido, al determinar la superficie, se añade: «y 160 metros cuadrados destinados a zona verde», los cuales, por tanto, no son parte determinada y sólo pueden ser considerados como mención de uso exclusivo; 2.º El aparcamiento por la izquierda, linda con subsuelo de la parte posterior destinado a zona verde, con lo que se excluye aquél y, 3.º Que los 160 metros cuadrados del patio destinado a zona verde carecen de determinación por linderos de superficie y altura, lo que evidencia que no reúnen los requisitos para inscribirse como parte determinada por omitir las exigencias del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, todo lo cual abona la consideración de que el mismo sólo es un uso o aprovechamiento, por no constituir un «volumen» susceptible de inscripción independiente. Que la Sentencia de 28 de enero de 1967 se refiere no al derecho de propiedad, sino a la retención de la posesión exclusiva y excluyente de todos los patios de la casa. Que las Sentencias de 14 de noviembre y 6 de junio de 1979 no se consideran aplicables al supuesto debatido de superficie común, transformado en propiedad exclusiva con cuota. Que en el auto presidencial se omite toda referencia y consideración jurídica al argumento de que «el patio destinado a zona verde», como superficie no edificada del solar de un edificio en régimen de propiedad horizontal, por no ser un volumen construido o en construcción, en ningún caso podrá ser admitido en la condición de derecho singular y exclusivo de propiedad, con cuota de participación en relación al total valor del inmueble, tal como regula el artículo 3 de la Ley de 21 de julio de 1960 y tal como se deduce de la jurisprudencia registral.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 396 del Código Civil; 18 y 38 de la Ley Hipotecaria; 3 de la Ley de Propiedad Horizontal; las Sentencias de 6 de junio de 1979, 2 de enero de 1980, 23 de mayo de 1984 y 31 de enero de 1985 y la Resolución de 2 de abril de 1980.

1. La única razón esgrimida por el Registrador para denegar la inscripción de la división es que una de las nuevas Entidades hipotecarias viene constituida precisamente por «el patio destinado a zona verde», el cual, según el Registrador, «no puede constituir finca independiente con cuota, en régimen de propiedad horizontal, conforme a los artículos 396 del Código Civil y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal».

2. Integran el edificio, a efectos de la Ley de Propiedad Horizontal, no sólo la construcción principal y el solar que le sirve de soporte, sino también los terrenos y construcciones anejas. Los terrenos anejos (patios interiores y exteriores, jardines, etc.), son, como regla, elementos comunes (confróntese artículo 396-1.º del Código Civil). Más no se trata de elementos que sean esencialmente comunes, como las cimentaciones o los muros, pues cabe que adquieran carácter privativo por disposición especial del título constitutivo, o acordada en modificación del mismo. Así viene sosteniéndolo una reiterada jurisprudencia en relación con los patios y otros elementos comunes (entre otras, Sentencias de 6 de junio de 1979, 23 de mayo de 1984 y 31 de enero de 1985). Cabe, en consecuencia, que alguna de las propiedades separadas del edificio en régimen de propiedad horizontal, tenga por objeto un local o espacio que total o parcialmente no sea uno de los pisos o locales superpuestos en vertical en la edificación, siempre que —además de ser susceptible de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública— se trate de locales o espacios integrantes del edificio entendido como unidad inmobiliaria económica, arquitectónica y urbanística en la que la edificación constituya el elemento principal.

3. El presente supuesto se plantea en una hipótesis excepcional. Del Registro de la Propiedad (inscripción primera, relativa al local de la planta del sótano, e inscripción segunda, relativa a una división de la planta de la que resulta la finca que ahora es objeto, a su vez de la división en que el presente recurso se cuestiona), resulta que un patio de 160 metros cuadrados, a pesar de estar «destinado a zona verde», está entre los elementos que integran el local que es objeto de propiedad separada en régimen de propiedad horizontal. El principio de legitimación registral obliga a presumir a todos los efectos legales, que el titular registral tiene, sobre ese patio, las facultades de propietario, siempre que sean compatibles con las limitaciones derivadas de la integración del terreno en el edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal y, en especial, con el destino a zona verde. Entre las facultades del propietario se encuentra la de explotar el terreno; el obligado destino «a zona verde», restringe en grado sumo los aprovechamientos posibles, pero no totalmente, puesto que del mismo Registro resulta que tal terreno es elemento integrante de un local objeto de propiedad privada separada.

4. Las consideraciones antes expuestas, el respeto debido al principio de legitimación registral y la necesidad de que la calificación haya de atenerse a los documentos presentados y al contenido del propio Registro obligan ahora a no rechazar la división operada, por el motivo

que lo hace el Registrador (sin que, por no haber sido objeto de calificación, quepa entrar en si en la división se cumplen o no otras exigencias legales).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 31 de marzo de 1989.—El Director general, José Cándido Paz-Ares Rodríguez.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca.

10078 RESOLUCION de 3 de abril de 1989, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Cádiz don Mariano Toscana San Gil contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de Puerto de Santa María a inscribir una escritura de segregación y compraventa, en virtud de apelación del recurrente.

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Cádiz don Mariano Toscana San Gil contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de Puerto de Santa María a inscribir una escritura de segregación y compraventa, en virtud de apelación del recurrente.

HECHOS

I

El día 14 de febrero de 1986 don Rafael Beltrán Conejero otorgó escritura de segregación y compraventa ante el Notario de Cádiz don Mariano Toscana San Gil, en la que de una finca de su propiedad sita en la calle San José, números 88, 90 y 92, de Puerto Real, formada por tres viviendas y al fondo el jardín, segregó de los dos partidos que tiene a derecha e izquierda la casa número 88 citada, el de la derecha, entrando, que se describe como vivienda unifamiliar de una sola planta y azotea, constituyendo una servidumbre recíproca de paso sobre el portal y escalera de acceso a la azotea de cada uno de los partidos separados por la segregación, ya que en la superficie de que consta cada uno de aquéllos se considera incluida la mitad del ancho del portal y escalera citados, entendiéndose la citada servidumbre a favor de los dos partidos en ese momento existentes y a las posibles edificaciones que libremente podrá construir cada propietario sobre su predio, y, por último, vendió la finca segregada a don Antonio Noguero Troyo.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad número 2 de Puerto de Santa María, fue calificada con la siguiente nota: «Examinado el precedente documento, no se practica operación alguna por los siguientes defectos: 1.º Documentar una situación jurídica semejante a la de propiedad horizontal y no constituir, para posteriormente proceder a dividir horizontalmente el edificio a que se refiere dicha situación. Ello es contrario al carácter imperativo, de derecho necesario, inherente a las normas que regulan la propiedad horizontal (artículo 396 del Código Civil y la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960) y a los principios hipotecarios de especialidad y determinación. Este defecto se estima es insubsanable. 2.º No haberse observado en cuanto a la venta lo dispuesto en el número 2 del artículo 55 de la LAU de 22 de diciembre de 1855, defecto que se estima subsanable.—Puerto de Santa María, 8 de mayo de 1987.—El Registrador.—Firmado: Angel Egea Corrientes.»

III

El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que hay que partir de la base de la existencia de una finca registral con varias viviendas o partidos, señaladas con tres números diferentes, adecuadamente descrita en los Libros Registrales. De los dos partidos de que consta el número 88, totalmente independientes, se segrega uno de ellos y posteriormente se vende, pues puede constituir de hecho y de derecho una finca con su propia existencia jurídica; pero como ambos entran por el mismo portal hasta su azotea individual, es el motivo por el que se constituye la servidumbre recíproca de paso entre ellos concretada en esta zona del portal número 88. Cada uno de ambos partidos tiene suelo y vuelo propio y nunca debe entenderse que se ha querido constituir una propiedad horizontal, que sería más costosa y carente de elementos comunes, pues, por definición, la servidumbre, como establece el artículo 534 del Código Civil, excluye la idea de elemento común, imprescindible en el Régimen de Propiedad Horizontal. Que se considera que la nota de calificación debe ser revocada por los siguientes motivos: