

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**7819** *Resolución de 5 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación negativa de la registradora de la propiedad de A Coruña nº 4, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de segregación y agrupación de un anejo.*

En el recurso interpuesto por don Enrique Santiago Rajoy Feijoo, Notario de A Coruña, contra la calificación negativa de la registradora de la Propiedad de A Coruña número 4, doña Patricia Oliveros Villar, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de segregación y agrupación de un anejo.

#### Hechos

##### I

Por escritura autorizada por el Notario de A Coruña, don Enrique Santiago Rajoy Feijoo, el día 30 de octubre de 2015, la sociedad «Promociones Hercum, S.L.» segregó de dos viviendas de su propiedad sendos anejos que agregó a una tercera vivienda asimismo de su propiedad. Los anejos segregados estaban referenciados en la descripción de las respectivas viviendas en la forma siguiente: «A esta vivienda le corresponde el uso y disfrute en exclusiva de la terraza que se forma en el tejado del edificio en la parte que es prolongación superior de la vivienda».

##### II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de A Coruña número 4, fue calificada con la siguiente nota: «Registro de la Propiedad de la Coruña número 4 Documentación Título: Segregación y Ampliación Notario o autoridad: Don Enrique Santiago Rajoy Feijóo. N.º de protocolo o procedimiento: 2019/2015 Fecha: 30-10-2015 Asiento de presentación: 72/27. Fecha de presentación: 19-4-2016. Interesado: Promociones Hercum, S.L... En relación con el documento presentado en este Registro de la Propiedad, cuyas circunstancias identificativas se han relacionado, le notifico que, con fecha de hoy, y de conformidad con lo establecido en los arts. 18, 19, 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria, se ha dictado la siguiente calificación: Hechos.—En el indicado documento se describen tres fincas que forman parte de un edificio sito en la demarcación de este Registro, propiedad del interesado. Dichas fincas que son dos estudios y un ático, se encuentran situadas en la planta bajo cubierta de dicho edificio y disponen, según la descripción que se realiza en la escritura de obra nueva y división horizontal así como en los estatutos de dicha propiedad horizontal, del uso y disfrute de la terraza que se forma en el tejado del edificio en la parte que es prolongación superior de la vivienda. Es decir, sólo disponen del uso y disfrute de la terraza que es un elemento común de edificio. En la escritura objeto de calificación, Promociones Hercum, dueño de las tres fincas procede a adjudicar el uso y disfrute de la totalidad de la terraza privando de ello a los dos estudios y lo hace apoyándose en la norma de comunidad «G» de los estatutos que dice: «el/los titulares actual o futuros de fincas del inmueble, podrán realizar toda clase de operaciones de segregación, división, agregación o agrupación, distribuyendo o reuniendo según los casos la correspondiente cuota, sin necesidad de consentimiento de la junta de propietarios». Fundamentos de Derecho Estamos ante un supuesto que conlleva una modificación del título constitutivo y disposición de un elemento común para lo que es necesario el acuerdo unánime de todos los propietarios. Art. 5 y 17.6 LPH. La propiedad de la terraza es de todos los vecinos ya que se trata de un elemento común cuyo uso en

la escritura de división horizontal se adjudicada a los estudios y al ático de la planta bajo cubierta por lo que cualquier alteración del mismo requiere el consentimiento de los propietarios de dicho elemento, es decir, es necesario el acuerdo unánime del total de los propietarios que a su vez representen el total de las cuotas de participación. La facultad recogida en la letra «G» de los estatutos se refiere a la facultad que tienen los dueños de las fincas en relación a su propiedad, pero en el caso concreto, la terraza no es propiedad del dueño del ático ni del dueño de los estudios, sino que es propiedad de todos los vecinos, por lo que será necesaria la intervención de todos ellos a fin de evitar la indefensión así como que se proceda a la modificación de un derecho sin la intervención de su titular. Art. 24 CE, 3,5, 7 y 17 LPH. A la vista de los anteriores hechos y fundamentos de derecho, la Registradora que suscribe ha resuelto suspender la inscripción solicitada en base al citado defecto, que se considera subsanable aportando una certificación de la junta de propietarios donde se adopte dicho acuerdo de modificación. Contra esta calificación (...) La Coruña, a 29 de abril de 2016 La registradora (firma ilegible) Fdo.: Patricia Oliveros Villar».

## III

La anterior nota de calificación fue recurrida por el Notario autorizante en base a la siguiente argumentación: «1.º—El «derecho de uso y disfrute» que se atribuye a los titulares de las fincas n.º 23 y 24 no es en absoluto un elemento común; muy al contrario, tanto la comunidad como los demás propietarios están excluidos del mismo («uso y disfrute en exclusiva») siendo este uno de los «anejos señalados expresamente» a que alude el art. 3.a de la ley. El modo de ejercicio de dicho derecho, sobre las vigas y hormigón que constituyen la cubierta del edificio, no es muy distinto del que incumbe a las viviendas, que también se apoyan sobre el forjado y hormigón comunes de su placa y muros. La propiedad horizontal siempre conlleva una mixtión implícita de elementos comunes y privativos; en las terrazas, implica habitualmente que el mantenimiento superficial (¡en perfectas condiciones!) corresponde al titular y el infraestructural (reparación de la tela asfáltica: criterio jurisprudencial) a la comunidad; en otros elementos puede ser la reparación de aluminosis, saneamiento de muros de fachada, etc. Lo que de verdad es decisivo es si el acto afecta a «reglas» comunitarias (las reglas, como las leyes, tienen el atributo de la «generalidad») o a los propietarios concretos, como lo es el de las tres fincas del caso, que sólo pretende resolver un conflicto futuro sin afectación de terceros. 2.º—La interpretación de la norma no puede llevar al absurdo y si la Comunidad de vecinos estaría obligada a soportar complicadas obras de construcción de escaleras a la cubierta, una por Estudio, sin necesidad ni posibilidad de acuerdo alguno obstativo (principio de la «accesibilidad universal» (y particular) y de la seguridad, art. 10.1 a y b LPH para dar acceso a sus zonas de uso y disfrute), con más motivo parece que debe facilitarse la solución contraria, es decir la de que no sea necesario construir dichas escaleras. Por dicho principio de innecesariedad de acuerdo vecinal en las actuaciones necesarias para garantizar «accesibilidad universal» (y particular) y siendo la adoptada una solución que la mejora notablemente, al ser las terrazas de los estudios A y B continuación del Ático A y a su nivel, según consta, es por lo que debe excluirse la necesidad de acuerdo en Junta conforme a dicho art. 10.1.b». 3.º—La jurisprudencia de la DGRN mantiene que: [cita una serie de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en orden a la inscribibilidad de las normas estatutarias, en orden a la eficacia de los actos realizados conforme a ellas y en orden al régimen de mayorías en los distintos supuestos contemplados por la Ley sobre propiedad horizontal. Por último, trae a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de enero de 2013]».

## IV

La registradora emitió su preceptivo informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

### Fundamentos de derecho

Vistos, los artículos 5, 7, 14 y 17 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de noviembre de 1992, 25 de octubre de 1996, 31 de marzo y 25 de abril de 2005, 17 de enero de 2006, 26 de mayo de 2007, 17 de octubre de 2012, 9 de octubre de 2013, 7 de mayo de 2014 y 23 de marzo y 6 de mayo de 2015.

1. Son datos a tener en cuenta para la resolución del presente supuesto los siguientes:

– En la descripción de los elementos privativos del inmueble y por lo que se refiere a los que son objeto de este expediente se dice «a esta vivienda le corresponde el uso y disfrute en exclusiva de la terraza que se forma en el tejado del edificio en la parte que es prolongación superior de la vivienda».

– La norma de comunidad letra «G» de los estatutos dice: «el/los titulares actuales o futuros de fincas del inmueble, podrán realizar toda clase de operaciones de segregación, división, agregación o agrupación, distribuyendo o reuniendo según los casos la correspondiente cuota, sin necesidad de consentimiento de la junta de propietarios».

– No se produce ninguna división material ni se altera la estructura o fábrica del edificio.

2. La doctrina y la jurisprudencia han resaltado el hecho de que ciertos elementos comunes no agotan toda su potencialidad en la finalidad que desempeñan, sino que, sin perjudicar la misma, pueden ser de uso exclusivo de algún elemento privativo.

Esta es la figura que se plantea en el presente recurso: se concede el uso exclusivo de la terraza que se forma en el tejado del edificio a los propietarios de los elementos privativos situados inmediatamente debajo de ella.

No se califica tal derecho de uso y disfrute, en la descripción de las viviendas, como anejo en sentido propio (a diferencia de las plazas de garaje vinculadas a cada una de ellas que expresamente se califican como tales anejos); la calificación como tal «anejo» resulta «ex novo» de la propia escritura calificada en la que ahora se habla de «segregación y agrupación de anejo» y «de la finca descrita anteriormente se segrega el siguiente anejo (...)».

No obstante, no resulta difícil considerar tal derecho de uso y disfrute como un derecho anejo a las viviendas en tanto en cuanto supone la vinculación «ob rem» de tal derecho a las viviendas, dentro de la libertad que tienen los propietarios de configurar estatutariamente el régimen de la propiedad horizontal.

3. La derogación del artículo 8 de la Ley 49/1960 sobre propiedad horizontal por obra de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, ha regulado el régimen de las operaciones de división o segregación en el artículo 10.3 someténdolas a autorización administrativa previa aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, en los casos en que se den las circunstancias que dicho precepto establece, circunstancias que en el presente caso no se producen.

4. No se discute aquí la validez, antes y después de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de aquellas previsiones estatutarias del régimen de propiedad horizontal de un edificio transcritas en la nota de calificación que permiten a los titulares de las fincas realizar, sin necesidad de consentimiento o autorización de la junta de propietarios, la segregación, división, agregación o agrupación, distribuyendo o reuniendo según los casos la correspondiente cuota. Tampoco se discute la validez de las cláusulas estatutarias que permitan la desafectación de determinados elementos anejos.

Lo que se cuestiona es si establecida en los estatutos una cláusula que permite realizar toda clase de operaciones de segregación, división, agregación o agrupación, sin

necesidad de consentimiento de la Junta de propietarios, dicha cláusula autoriza a desafectar anejos.

5. Para el recurrente es suficiente lo previsto por dicha regla estatutaria para entender la no necesidad de autorización de la junta de propietarios en cuanto el acto formalizado implica un acto de segregación y agregación.

Sin embargo, la desvinculación de los anejos respecto de los elementos independientes a que están vinculados «ob rem», supone en realidad un cambio de régimen jurídico, más que una simple modificación física de la configuración de la finca.

El notario recurrente argumenta que el derecho de uso y disfrute que se atribuye a los titulares de las fincas números 23 y 24 no es en absoluto un elemento común, sino privativo. Y aun teniendo razón en tal afirmación, lo relevante no es que el derecho de uso, en sí mismo sea privativo, que lo es, sino que dicho derecho de uso, que no de propiedad, recae sobre un elemento común, por lo que la alteración del régimen jurídico de los elementos comunes es materia que compete a la comunidad, y no sólo al concreto propietario del elemento que tenga asignado el derecho de uso sobre ese elemento común.

También, argumenta el notario recurrente que al ser las terrazas de los estudios A y B continuación del ático A y a su nivel, la opción que se formaliza de desvincular de los estudios el derecho de uso de tales terrazas para vincularlos al ático supone una mejor opción de accesibilidad, pues hace que no sea necesario construir escaleras desde cada estudio hacia su respectiva terraza, y que por ello, debe excluirse la necesidad de acuerdo en junta conforme al artículo 10.1.b. de la Ley sobre propiedad horizontal.

Pero las particularidades físicas o constructivas de las terrazas, aun cuando podrán y deberán ser tenidas en cuenta por la comunidad de propietarios al adoptar los acuerdos que estime pertinentes, no alteran la conclusión de que no siendo tales terrazas privativas, sino comunes, y teniendo los estudios sólo vinculado «ob rem» el derecho de uso exclusivo de tales elementos comunes, la alteración de tal vinculación no es propiamente una segregación de las que el propietario podría llevar a cabo por sí sólo en aplicación de la cláusula estatutaria transcrita, sino una modificación que afecta al régimen jurídico de elementos comunes y que por tanto el preceptivo acuerdo de la comunidad de propietarios, como señala la registradora en su nota de calificación.

Por lo tanto, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota de calificación.

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, 5 de julio de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.