

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 1031** *Resolución de 17 de enero de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Arrecife a inscribir la escritura de elevación a público de acuerdos de la junta de propietarios de una comunidad.*

En el recurso interpuesto por don F. L. C., abogado, en nombre y representación de la sociedad «LG Consultores, Asesoramiento y Organización Empresarial, S.L.U.», ésta en calidad de presidente de una comunidad de propietarios de Arrecife, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Arrecife, don Luis Francisco Monreal Vidal, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos de la junta de propietarios de dicha comunidad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Arrecife, don Pedro Eugenio Botella Torres, el día 20 de junio de 2017, bajo el número 1.669 de protocolo, la sociedad mercantil que ostentaba el cargo de presidente de una comunidad de propietarios, «LG Consultores, Asesoramiento y Organización Empresarial, S.L.U.», debidamente representada por don F. L. C., abogado, así como el representante de la sociedad «Carmelo P. Romero Martín, S.L.», que ejercía el cargo de secretario-administrador de la misma comunidad de propietarios, don C. P. R. M., elevaron a público los acuerdos adoptados por la junta de propietarios de dicha comunidad el día 19 de mayo de 2016 contenidos en la certificación del acta incorporada a la escritura. En lo que a este expediente interesa, el acuerdo cuya inscripción se pretende es la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal consistente en «la cesión gratuita a favor de la Comunidad del uso exclusivo que el propietario de la finca 2, Sres. Clandlu Asesoría e Inversión, S.L., con código de identificación fiscal (...) tiene sobre la azotea, modificando para ello el Título Constitutivo para, posteriormente y de acuerdo a lo especificado en el artículo 17.3 de la Ley de Propiedad Horizontal que dice: “El establecimiento o supresión de los servicios de portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, supongan o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requiere el voto favorable de las tres quintas partes del total de propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación”, crear un servicio de interés general como lo es que la azotea pueda ser usada por todos los propietarios para, posteriormente y según los acuerdos que se tomen en junta de propietarios, instalar nuevos servicios como pueden ser: infraestructuras para el acceso a los servicios de telecomunicación, sistemas comunes o privativos, de aprovechamiento de energías renovables, Infraestructuras para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos, hacer trasteros, etc.». En concreto, lo que se propone en un anexo incorporado a la convocatoria es la construcción de cuartos-archivos en la azotea, de modo tal que el propietario afectado cedería a título gratuito en favor del resto de propietarios del inmueble (en realidad en favor de seis de los ocho titulares de los elementos privativos en que se divide horizontalmente el inmueble) el uso exclusivo que le corresponde como anejo, y que como tal consta inscrito a su favor, pasando dicho uso a ser común de todos los propietarios del edificio, si bien, asignando a cada propietario el uso exclusivo de un espacio delimitado en la azotea a su entero cargo, riesgo y coste, según se detalla en un plano que se adjunta. De acuerdo con la certificación incorporada, expedida por el secretario de la comunidad de propietarios con el visto bueno del

presidente, de los propietarios que asistieron a la reunión presentes o representados (representantes del 60,52% de la totalidad de las cuotas de participación) se obtuvo el voto favorable de tres de ellos (representantes del 40,23% del total de las cuotas) y el voto en contra de uno (representante del 20,29% del total de las cuotas), acordándose «la cesión gratuita a favor de la comunidad del uso exclusivo que el propietario de la finca 2, Sres. Clandlu Asesoría e Inversión, S.L., con código de identificación fiscal (...) tiene sobre la azotea, modificando para ello el título constitutivo para, posteriormente y de acuerdo a lo especificado en el artículo 17.3 de la Ley de Propiedad Horizontal (...)», concluyendo la misma certificación que «todos los asistentes votaron a favor de la propuesta salvo el Sr. A., que manifestó no estar de acuerdo con esta actuación, por lo que según el cuadro de votaciones que se inserta al final del presente párrafo, se alcanzó el voto favorable de las 3/5 partes del total de propietarios pero que, sin embargo, no representan, a su vez, las 3/5 partes del total de las cuotas de participación, tal como exige el mencionado artículo 17.3 de la Ley. No obstante, el artículo 17.8 indica que: “Salvo en los supuestos expresamente previstos en los que no se pueda repercutir el coste de los servicios a aquellos propietarios que no hubieren votado expresamente en la Junta a favor del acuerdo, o en los casos en los que la modificación o reforma se haga para aprovechamiento privativo, se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta, debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 9, no manifiesten su discrepancia mediante comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 30 días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción.” Es por lo que entendemos que se debe considerar que se ha alcanzado la mayoría cualificada necesaria para lograr el acuerdo salvo que se haga llegar al Secretario la discrepancia por parte del único propietario no asistente dentro de los 30 días posteriores a la recepción del acta de la junta por su parte (...)». Por su parte, en la escritura se hace constar expresamente que «(...) todos los comuneros fueron debidamente citados; que los comuneros ausentes, fueron informados de los acuerdos adoptados, conforme al procedimiento establecido en el artículo 9; y que no manifestaron discrepancia mediante comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 30 días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción», añadiendo que, «en definitiva, con dicha modificación estatutaria, cada propietario tendrá el uso exclusivo que le corresponde y asigna, según el plano adjunto, lo que, en su conjunto supone un servicio de interés general para todos los propietarios».

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Arrecife el día 20 de junio de 2017, causando el asiento de presentación 184 del Diario 195, entrada 6041/2017, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Se notifica que, previa calificación jurídica del documento reseñado, que ha sido presentado el 01/09/2017 a las 10:31, en unión de testimonio de diligencia complementaria de fecha dieciséis de agosto de dos mil diecisiete, y, consultados los antecedentes del Registro, he procedido a su calificación negativa, denegando la inscripción en base a los siguientes: Hechos: Por el antedicho documento, “LG Consultores Asesoramiento y Organización Empresarial, S.L.”, según está representada, eleva a público los acuerdos adoptados por la Comunidad de Propietarios “(...)”, consistente en asignar en la cubierta del edificio, elementos privativos de uso exclusivo a locales concretos del edificio. Fundamentos de Derecho Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes, y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria, y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución. Este principio legal de calificación por el registrador se reconoce expresamente en cuanto a los “documentos públicos autorizados o intervenidos por notario” por el nuevo artículo 143 del Reglamento Notarial, redactado

por Real Decreto 45/2007, de 29 de enero, al establecer que los efectos que el ordenamiento jurídico les atribuye “podrán ser negados o desvirtuados por los jueces y tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias”. El documento calificado adolece del siguiente defecto que se estima subsanable: Vistos los artículos 396 y 397 del Código Civil; 1, 8.4.º y 40 de la Ley Hipotecaria; 2, 3, 5, 10, 14, 17, 18, 19 y 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1987 y de 13 de marzo de 2003, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de mayo de 1970, 15 de junio de 1973, 27 de junio de 1995, 13 de junio de 1998, 19 de febrero de 1999, 23 de mayo, 23 de junio, 24 de septiembre y 11 de octubre de 2001, 14 de mayo, y 12 de diciembre de 2002, 4, 11 y 15 de marzo de 2004, 23 y 31 de marzo y 5 y 23 de julio de 2005, 30 de noviembre de 2006, 19 de abril de 2007, 22 de septiembre de 2009, 13 de mayo, 1 de junio y 27 de diciembre de 2010, 8 de abril y 30 de julio de 2011, 25 de abril, 1 de julio y 4 de octubre de 2013, 6 de febrero y 24 de abril de 2014 y 26 de febrero de 2015, el documento adolece del siguiente defecto insubsanable: no consta el consentimiento unánime de todos los propietarios para la modificación que se pretende inscribir. Se certifica el voto en contra del propietario de uno de los elementos de la propiedad horizontal, y no consta el consentimiento expreso del titular registral del derecho que ahora se pretende modificar, por lo que procede denegar la inscripción solicitada. Dentro de la libertad que tienen los propietarios de configurar estatutariamente el régimen de la propiedad horizontal, nada impide que se pueda conceder un derecho de uso exclusivo sobre las porciones de cubierta descritas, configurando las mismas como anejos de algunos de los elementos independientes existentes. Lo que ocurre es que tal del título [sic] constitutivo de la propiedad horizontal precisa de unanimidad de todos los propietarios de los distintos elementos privativos. Como ya señalara la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Resoluciones de 23 de mayo de 2.001, 12 de diciembre de 2.002 y 4 de marzo de 2004), en materia de propiedad horizontal, debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos, que no se imputan a cada propietario singularmente sino a la Junta como órgano comunitario; y aquellos otros actos que por afectar al contenido esencial del derecho de dominio requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los de los artículos 3 y 8 de la Ley de Propiedad Horizontal). Ciertamente, en este último caso no podría inscribirse la modificación si no se ha otorgado “uti singuli” por todos los que, en el momento de la inscripción, aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria). En el presente supuesto, la vinculación ob rem de determinadas porciones de la cubierta a algunos de los elementos privativos, como anejos, puede considerarse un acto de la junta como órgano colectivo de la comunidad de propietarios, que no requiere la prestación individualizada de los titulares registrales, si bien, por comportar la modificación del título constitutivo deberán ser acordados por la junta de propietarios en la forma establecida en el artículo 17.6 de la Ley sobre propiedad horizontal (por unanimidad), sin que resulten aplicables las especialidades y excepciones en dicha norma establecidas de manera que sea suficiente el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, no solo porque tal vinculación no puede ser considerada como un servicio común de interés general equiparable a los servicios de portería, conserjería o vigilancia (ni se trata de un servicio propiamente dicho, en todo caso un uso, ni es de interés general, pues no beneficia a todos los propietarios), sino porque, aunque así fuera considerada, no es posible computar como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta, por tratarse de un caso en el que la modificación se hace para aprovechamiento privativo, supuesto expresamente excepcionado por el propio artículo 17.8 de La Ley de Propiedad Horizontal. Además, constando inscrito el derecho de uso exclusivo de la azotea a favor del titular del elemento número dos de la propiedad horizontal, se requiere el consentimiento expreso del mismo para modificar sus derechos inscritos o, en su defecto, resolución judicial

(artículo 82 LH). Acuerdo: En su virtud, se deniega la inscripción del documento objeto de la presente calificación, quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones pertinentes, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Notifíquese al presentante y al notario o funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días naturales contados desde esta fecha. La presente calificación podrá (...) Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Luis Francisco Monreal Vidal registrador/a de Registro de la Propiedad de Arrecife y Mercantil de Lanzarote a día veintiocho de Septiembre del año dos mil diecisiete».

III

Contra la anterior nota de calificación, don F. L. C., abogado, en nombre y representación de la sociedad «LG Consultores, Asesoramiento y Organización Empresarial, S.L.U», ésta en calidad de presidente de una comunidad de propietarios de Arrecife, interpuso recurso el día 25 de octubre de 2017 con las siguientes alegaciones: «Primera.–El Sr. Registrador de la Propiedad califica negativamente el documento notarial y por tanto deniega la inscripción del documento objeto de la presente calificación, por considerar una doble infracción consistente en que: 1.–El acuerdo n.º 5 de la comunidad de propietarios no se puede considerar como un servicio común de interés general; y en todo caso, aunque fuese considerado como tal; 2.–No consta el consentimiento expreso del propietario para modificar su derecho al uso exclusivo de la cubierta del edificio. Segunda.–Considera esta parte, con carácter previo a las consideraciones que más adelante se detallarán; que el Sr. Registrador de la Propiedad, dicho sea con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa no valora correctamente todos y cada una de los extremos acordados en Junta de Propietarios. 1.–En primer lugar, destacar que en el Acta de la Junta General Ordinaria de la C.P. (...) celebrada el día 19 de mayo de 2016 se acordó, entre otros, que: - “Se cede gratuitamente a favor de la Comunidad el uso exclusivo que el propietario de la finca 2, Sres. Clanlu Asesoría e Inversión, S.L. tiene sobre la azotea o cubierta del edificio para crear un servicio de interés general como lo es que la azotea pueda ser usada por todos los propietarios para instalar nuevos servicios como pueden ser: infraestructuras para el acceso a los servicios de telecomunicación, sistemas comunes o privativos de aprovechamiento de energías renovables, infraestructuras para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos, hacer trastero, etc...” No entendemos las razones (pues no existe razonamientos o motivos expuestos en la calificación del documento) por las que, el Sr. Registrador considera que la azotea o cubierta del edificio en su totalidad no pueda vincularse a cualesquiera de los servicios anteriormente descritos, y que dicha vinculación no puede ser considerada como un servicio común de interés general, ya que cualesquiera de los servicios descritos en el acuerdo y descritos anteriormente beneficia a todos los propietarios. 2.–En segundo lugar, el Sr. Registrador profundiza diciendo que: “... aunque así fuera considerada (toda la cubierta del edificio como susceptible de vincularse a servicios de interés general) no es posible computar como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta, por tratarse de un caso en el que la modificación se hace para aprovechamiento privativo, supuesto expresamente excepcionado por el propio artículo 17.8 LPH.” La cesión del uso exclusivo se realiza para toda la cubierta del edificio y para todos los propietarios, sin exclusión alguna. Por tanto, no puede defenderse la idea de que; la creación de un servicio de interés general en toda la azotea del edificio y, posteriormente, regular la distribución de dicho elemento común por su naturaleza; pueda considerarse como “aprovechamiento privativo” puesto que nos situamos frente a un aprovechamiento totalmente colectivo. Tercero.–Considera la parte recurrente que el Sr. Registrador de la Propiedad realiza una calificación negativa de dicha inscripción, ya que no tiene en cuenta las siguientes Consideraciones I.–Es evidentemente que, no todas las Comunidades son iguales y no todas poseen un excedente de elementos comunes, pero, en nuestro caso se trata de un elemento común por su naturaleza (la azotea o cubierta del edificio sin uso alguno) y se

pretende poder disponer de este espacio sin utilizar por todos los propietarios del edificio. Partimos de que se trata de un espacio sin destino alguno y de que, además, existe la posibilidad de que se pueda construir para todos los propietarios. En caso contrario, es decir, si no se pudiesen construir para todos, se haría una modificación del Título Constitutivo, siendo necesaria la unanimidad, dado que, como señala la Sentencia de la AP de Alicante, Sec. 5.ª 324/2005, de 8 de septiembre, un elemento que hasta ahora había sido común y utilizable por todos los comuneros pasaría a ser de uso exclusivo de algunos de ellos. El mismo quórum se exige en la Sentencia de la AP de Madrid, Sec. 20.ª, 441/2006, de 20 de octubre, en este caso, por no poderse construir o atribuir un trastero a cada propietario. Sin embargo, nuestro caso es bien distinto. En primer lugar, porque dicha propuesta fue realizada e incluida en la convocatoria para la celebración de la Junta Ordinaria celebrada el 19 de mayo de 2016. No hay que olvidar que es la única forma legal que tienen las Comunidades de Propietarios para poder llevar a cabo cualquier decisión, a través del correspondiente acuerdo comunitario. En dicha Junta de propietarios se acuerda, por las mayorías en dicha acta reflejadas, la cesión gratuita del uso exclusivo que detentaba un propietario a favor de todos los propietarios para la creación de un servicio de interés general. El propio artículo 10.2 a) LPH contempla la posibilidad del acuerdo de la Junta para decidir el reparto de gastos, pero entendemos que no se trata solo de eso, sino de la conformidad de la Comunidad para determinadas obras y su decisión sobre si son realmente necesarias o no, salvo cuando vengan impuestas por vía administrativa. Asimismo, según lo dispuesto en el artículo 14 d) “Corresponde a la Junta de Propietarios aprobar o reformar los estatutos y determinar las normas de régimen interior” Por ello, siempre es necesario tratar todos los temas en la Junta correspondiente, y este caso de creación de un servicio de interés general y su delimitación de los trasteros o parcelas encuadradas en la azotea para su posterior uso por todos los propietarios; no debe ser una excepción. Lo puede proponer el Presidente o cualquiera de los comuneros, como señala el artículo 16.2 LPH. Pero una vez sometido a votación, ¿qué quorum será necesario para su correcta aprobación? No existe un precepto legal que lo señale, por ello, podríamos preguntarnos: ¿se considera un nuevo servicio común de interés general o es más bien una mejora?, ¿se ha de construir para todos?, y ¿se puede asignar privativamente a cada comunero? Con respecto a la primera de las cuestiones, esta parte entiende que el precepto que resulta aplicable sería el artículo 17.3, ya que la creación de trasteros para todos los propietarios supone un servicio común de interés general para la mayoría de la doctrina, por lo que podríamos aplicar lo dispuesto en el artículo 17.3 LPH, bastando, en este caso, con el acuerdo de las 3/5 partes de la totalidad de cuotas y propietarios, aunque supongan una modificación del Título Constitutivo, de este modo se pronuncia la Sentencia de la AP de Álava, Sec. 2.ª, 272/2000, de 19 de julio, que, aunque estuviese referida a garajes, se puede emplear en este supuesto. Se podría alegar que no se trata de un nuevo servicio común de interés general, pero, ahora, tras la reforma de la LPH por la Ley 8/2103, el acuerdo sería el mismo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.3 b), que señala que, para la realización de obras en elementos comunes, bastará con las tres quintas partes de la totalidad de cuotas y propietarios. En ambos supuestos, todos los propietarios estarán obligados al pago. No obstante, la propia Junta puede decidir que no tiene este interés, que se trata de una mejora y, si el importe de la instalación (como es el caso que nos ocupa) superase las tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, aplicando lo dispuesto en el artículo 17.4, el quórum para su aprobación sería el mismo de las 3/5 partes, pero, en este caso, los disidentes no estarían obligados al pago de los gastos que se generen, aunque la Comunidad deberá dejar un espacio necesario, incluso realizar la construcción, aunque no se utilice, para sí, en el futuro, estos propietarios disidentes quisiesen poder disponer del correspondiente trastero, puedan hacerlo, pagando la parte correspondiente, y los gastos de realización y mantenimiento debidamente actualizados mediante la aplicación del correspondiente interés legal. En todos estos casos, una vez adoptado el acuerdo por la Junta, es necesario notificarlo a los ausentes que, si no contestan en el plazo de 30 días, se considera que están de acuerdo con lo adoptado, artículo 17.8. En caso de negativa, habrá de hacerse el recuento de votos para saber si lo

decidido en Junta se ha ratificado o dejado sin efecto. Esto es exactamente lo que ha ocurrido en el presente asunto. Se ha acordado dicho acuerdo por las mayorías indicadas en el acta de la Junta del 19 de Mayo de 2016 y posteriormente se remite dicha acta mediante burofax certificado con acuse de recibo al propietario ausente a dicha Junta (Sres. Clanlu Asesoría e Inversión, SL) para poner en su conocimiento expresamente lo acordado en la misma y pueda proponer alegaciones o discrepancias sobre dicho acuerdo (...). Al no haber recibido manifestación, discrepancia o impugnación alguna por parte del propietario ausente en los plazos legalmente establecidos para ello; se entiende dicho silencio como reconocimiento expreso a lo allí acordado. Ahora bien, si el aprovechamiento de toda la cubierta, para la construcción de esos trasteros o delimitaciones en la azotea fuesen solo para unos cuantos propietarios o se pretendiese atribuir a cada propietario de forma privativa, la decisión debe ser unánime, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 17.6 LPH, como ya ha mencionado el Sr. Registrador de la Propiedad en su calificación registral.

II.—Sobre la distinción entre elementos comunes.—Debe distinguirse entre elementos comunes por naturaleza y elementos comunes por destino, siendo los primeros los que por sus propias características y naturaleza están destinadas a permitir o facilitar el uso de los elementos privativos, y que por lo tanto no pueden ser objeto de atribución su uso de forma exclusiva a alguno o algunos de los copropietarios; mientras que los segundos, los elementos comunes por destino, son aquellos que si bien su finalidad o utilidad es facilitar el uso de los elementos privativos, su uso o destino si puede ser variado por la Comunidad de propietarios, pudiendo atribuirse bien por los estatutos, o bien por acuerdo unánime de los copropietarios el uso privativo a uno de los copropietarios, siendo el supuesto típico de estos elementos las cubiertas del edificio, que a su vez son terrazas de los áticos o pisos superiores. Podemos destacar entonces como punto de partida que existen dos tipos de elementos comunes. Los que lo son por naturaleza (los indicados a modo de ejemplo en el art. 396 CC), y los que lo son por destino (según lo disponga el título constitutivo o acuerdo adoptado en la Junta), siendo estos últimos los que, en definitiva, tal uso exclusivo se constituye por voluntad de la Comunidad de Propietarios. Partiendo de esta distinción, solo puede atribuirse el uso privativo a alguno o algunos de los comuneros de los elementos comunes por destino, pero no de los elementos comunes por naturaleza, pues como ya se ha expuesto, esto últimos están indisolublemente unidos al uso y disfrute de los elementos privados del inmueble, por resultar imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diferentes pisos o locales que configuran el edificio (STS 30/2015), como puede ser el portal, escalera, ascensor, etc. El propio precepto legal del artículo 396 CC prohíbe taxativa e imperativamente la división de la propiedad de dichos elementos comunes por su naturaleza. Por el contrario, estos otros elementos comunes por destino, como puede ser las terrazas, o los patios, puede ser atribuido su uso al propietario o propietarios que tengan acceso al mismo. Otros autores (como P. G. y A. T.) distinguen entre elementos comunes esenciales o por naturaleza y elementos comunes accidentales o por destino. Los primeros son aquellos que sean indivisibles por la ley física y por tanto, su inclusión en la copropiedad es imperativa (por ejemplo el suelo, los muros, los fosos, las escaleras, los ascensores, la cubierta y las canalizaciones) y su negociabilidad separada está también excluida en forma imperativa. Los segundos son los establecidos para la común utilidad de los vecinos, sin que ello sea necesario por ley física (así por ejemplo, los garajes). Cabe que éstos se dividan, enajenen, etc. pero como ello supone una modificación del Título Constitutivo, se requiere unanimidad. Este tipo de elementos comunes pueden perder, como luego veremos, su condición de tales, convirtiéndose en privativos. En definitiva, la comunidad sigue siendo la propietaria de un elemento que se configura como un elemento común y por ello la capacidad de decisión sobre el mismo sólo puede corresponder a la comunidad, por simple mayoría si se trata de un acto de mera administración, o por unanimidad o mayoría cualificada sí se lleva a cabo un acto de disposición que pueda implicar una alteración de elementos comunes [art. 14.d)]. El propietario al que se le cede la zona común es titular del derecho a usar la misma, pero no tiene ningún otro derecho diferente de administración o disposición sobre tal zona común. La D.G.R.N. sienta la doctrina siguiente: “La determinación de cuales hayan de ser dentro

de un régimen de propiedad horizontal elementos objeto de propiedad separada por reunir los requisitos exigidos por el artículo 396 del CC es competencia del título constitutivo de aquél (cfr. art. 5 LPH) y en este punto tiene la autonomía de la voluntad un amplio campo de juego, tan solo coartado por las limitaciones legales, singularmente la que supone el precepto citado en especial cuando configura como elementos comunes aquellos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles. La consecuencia ha de ser que tienen la consideración de elementos comunes todos aquellos que en el título constitutivo no vengan determinados como objeto de propiedad separada.” Además, la normativa general del Código Civil (esencialmente art. 396) y la especial de la Ley de Propiedad Horizontal, con arreglo a la cual: 1.º en cualquier modificación del título, y a salvo lo que se dispone sobre validez de acuerdos, se observarán los mismos requisitos que para la constitución (art. 5, último párrafo); 2.º Corresponde a la junta de propietarios conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad. Acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común (art. 14.e); 3.º Se requiere unanimidad para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad (art. 17.1.ª); 4.º Los acuerdos de la junta de propietarios se reflejarán en un libro de actas diligenciado por el Registrador de la Propiedad en la forma que reglamentariamente se disponga (art. 19); y 5.º Las formas de extinción del régimen de propiedad horizontal se regulan en el artículo 23 de la Ley especial. Algunos argumentos para la extinción del derecho de uso exclusivo que detenta el propietario de la finca n.º 2, los Sres. Clanlu Asesoría e Inversión, SL por ser nulo de pleno derecho; y la posterior inscripción del título que se pretende, tales como: a) La cláusula es contraria a la Ley por tratarse la cubierta de un elemento común por su naturaleza. Pero los elementos comunes son susceptibles de utilizaciones que no impidan su destino. b) La cláusula es abusiva, conforme a los artículos 10, 82 y ss. de la Ley de los Consumidores y Usuarios. Supone un desequilibrio importante de las prestaciones como exige la Ley de Consumidores y Usuarios, ni guarda analogía con ninguna de las cláusulas enumeradas en su disposición adicional primera. c) No existe falta de precisión en el contenido del derecho sobre extremos tan importantes sobre si los propietarios, pueden hacer instalaciones semejantes a las concedidas al promotor, ubicación de estas últimas, número de ellas, plazo de duración del derecho, etc.; todo ello mediante la concreción y asignación de un espacio designado para cada propietario en la cubierta del edificio. III.—Sobre la facultad de la comunidad de propietarios de disponer sobre los elementos comunes.—En tal estado de cosas, los copropietarios a los que se les concede el Derecho de uso exclusivo sobre un elemento común, no llegan en momento alguno a ser propietarios en el sentido de disponibilidad absoluta y privación completa de cualquier derecho de la Comunidad o para los otros copropietarios ni en consecuencia, pueden impedir legítimos comportamientos de la Comunidad de Propietarios respecto de esos elementos. En relación a ello ha dicho el Tribunal Supremo –TS de 23 de febrero de 2006– que las disposiciones del título en relación con el uso de determinados elementos de la comunidad no comportan necesariamente una adscripción definitiva si no la imponen de manera clara y precisa, sino que pueden implicar un destino originario susceptible de ser modificado por quien ostente facultades para ello sin necesidad de acudir al procedimiento de modificación del título, especialmente cuando afecten a las facultades dominicales de los copropietarios sobre los elementos privativos. Dicho de otro modo, los elementos comunes de uso privativo forman parte del piso o local y son su continuación natural con acceso único desde dentro, y su titular dispone, por ello, de tal uso privativo (“ad exemplum”, los patios interiores del edificio con acceso desde las primeras plantas, y las azoteas practicables desde los pisos áticos). Pero los elementos comunes de uso privativo no pierden nunca su cualidad de elementos comunes, aunque su creación o calificación se pueda establecer en el Título Constitutivo o en los Estatutos, donde, por los mismos mecanismos de reforma establecidos en la ley, quepa incluso eliminar el destino particular concedido. Es importante advertir que, siendo las normas que rigen la propiedad horizontal de derecho necesario, ni en el Título Constitutivo ni en los Estatutos se podrá contravenir ni desconocer la cualificación legal de

los elementos comunes. Así se desprende además de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que declarado –TS 19 de mayo de 2006 –EDJ 2006/80791– que “El régimen del comodato no es en sí aplicable a las disposiciones sobre régimen de utilización de los elementos comunes de una comunidad en régimen de propiedad horizontal, que se rige por reglas propias y específicas, y cuyo contenido deberá modularse con arreglo a los efectos reconocidos por la ley al título constitutivo y a los acuerdos en virtud de los cuales éste puede ser modificado.” En conclusión, el derecho de uso de un elemento común que forma parte de la Propiedad Horizontal, no tiene la naturaleza jurídica propia de un derecho real ni obligacional. Constituye una forma de gestión de elementos comunes que se rigen exclusivamente por el régimen de la propiedad horizontal. En este sentido es importante recordar que corresponde a la Junta de Propietarios, según el artículo 14 de la LPH, entre otros “d) Aprobar o reformar los estatutos y determinar las normas de régimen interior. El Tribunal Supremo, en su Sentencia 732/2011, de la Sala 1.ª, de 10 de octubre de 2011 ya eliminó el consentimiento del propietario o propietarios afectados, fijando definitivamente la jurisprudencia: ‘... la instalación de un ascensor en una comunidad de vecinos que carece de este servicio, considerado como interés general, permite la constitución de una servidumbre con el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios, incluso cuando suponga la ocupación de parte de un espacio privativo, siempre que concurren las mayorías exigidas legalmente para la adopción de tal acuerdo, sin que resulte preceptivo el consentimiento del copropietario directamente afectado y que el gravamen impuesto no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo.’ IV.–Sobre el poder de la C.P. de acordar la extinción del derecho de uso exclusivo sobre la cubierta. Quórum necesario. En cuanto a las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos, debe estarse como norma básica al artículo 17 LPH, reformado por la Ley 8/2013. Así, el artículo 17.6 LPH establece: “Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación”. Luego, la conclusión es que no desaparece pero cada vez tiene menor importancia, lo que supondrá mayor agilidad en la Comunidad, que no se verá paralizada por la simple negativa de un comunero. Ahora bien, en principio y salvo las excepciones previstas en la propia Ley de Propiedad Horizontal, cualquier modificación del Título Constitutivo necesita del acuerdo unánime de los propietarios, esto es, no es posible otra forma de cambiar las normas esenciales del inmueble sin el consentimiento expreso o tácito de todos y cada uno de los propietarios, conforme al mismo artículo 5 de la Ley. Hay que tener en cuenta que el quórum no es solo de los presentes en la Junta, sino de la totalidad de propietarios de tal forma que, una vez que se adopta el día de la reunión, se habrá de notificar a los ausentes, que se entenderán vinculados por el acuerdo si no contestan en contra dentro de los treinta días siguientes, como señala el artículo 17.8. Este determinado acuerdo, si quiere vincular a terceros, por ejemplo, a nuevos propietarios en una determinada prohibición en el destino de alguna propiedad, ha de ser inscrito en el Registro, como establece el artículo 5.3 de la Ley. Para ello no es necesario que acudan todos los propietarios ante el notario, ya que es suficiente que lo haga el Presidente, indicando de forma exacta y rigurosa en qué consiste la modificación y acreditando la unanimidad de los asistentes y ausentes, pues en otro caso no será posible llevar a cabo el nuevo documento público y su posterior inscripción registral. De este modo se ha pronunciado la Resolución de la DGRN de 30 de julio de 2011. Todo ello es lo que ha acontecido en el caso que nos ocupa; pues de la votación inicial en la Junta del 19 de mayo de 2016, el acuerdo n.º 5 fue adoptado por las 3/5 partes de los propietarios que, a su vez, representan las 3/5 partes de las cuotas de participación. Es decir, el propietario de las fincas n.º 1 y 2 (los Sres. Clanlu. Asesoría e Inversión, SL) no acudieron a la Junta Ordinaria a pesar de ser debidamente convocados para ello; pero sin embargo el acta con los acuerdos adoptados le fue remitida mediante burofax el 29 de junio de 2016 y recibido fehacientemente el día 30 de Junio de 2016 como se justifica mediante la aportación de dicho burofax (...) Es decir, los ausentes a la Junta fueron debida y expresamente

notificados de los acuerdos adoptados en la misma con expresa advertencia de que en caso de no manifestar discrepancia alguna en el plazo de 30 días naturales se llevaría a cabo lo acordado. No sólo se han esperado los 30 días descritos sino que, por prudencia en las actuaciones llevadas a cabo, se dejó transcurrir el plazo del año por posibles impugnaciones de los acuerdos adoptados en dicha junta de 19 de mayo de 2016. V.– Sobre el derecho a las innovaciones e infraestructuras comunes. De acuerdo con el artículo 17.4 LPH, “ningún propietario podrá exigir nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble, según su naturaleza y características”. En el supuesto de que se acuerde la realización de dichas innovaciones y que la cuota de instalación exceda del importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, el propietario disidente con dicho acuerdo no resultará obligado, ni modificará su cuota, incluso en el caso de que no pueda privársele de la mejora o ventaja. Si el disidente desea, en cualquier tiempo, participar de las ventajas de la innovación, deberá abonar su cuota en los gastos de realización y mantenimiento, debidamente actualizados aplicando el correspondiente interés legal. ¿Qué debe entenderse por innovaciones? Según la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de julio de 1992, “las producidas por aquellas obras que alterando bien de hecho bien de derecho la situación preexistente del inmueble, van dirigidas a lograr su mejora como tal a la vez que a proporcionar un más cómodo uso y disfrute del mismo por parte de todos los propietarios de sus pisos y locales”. Sin en nuestro caso se pudiera entender que se ha llevado a cabo una mejora o innovación en el acuerdo adoptado en la Junta del 19 de mayo de 2016, se incurriría igualmente en el quórum de los 3/5 partes descrito anteriormente y cumplido por el documento que se pretende inscribir. La misma regulación –antes vista– se contiene en el artículo 17.1 LPH, párrafos segundo y tercero, a cuyo tenor “la comunidad no podrá repercutir el coste de la instalación o adaptación de dichas infraestructuras, ni los derivados de su conservación y mantenimiento posterior, sobre aquellos propietarios que no hubiesen votado expresamente en la Junta a favor del acuerdo. No obstante, si con posterioridad solicitasen el acceso a los servicios (...) podrá autorizárseles siempre que abonen el importe que les hubiera correspondido, debidamente actualizado, aplicando el correspondiente interés legal. Por todas estas consideraciones descritas, entiende esta parte que ha existido error en la calificación del Sr. Registrador y solicitando, a través de este recurso, la correspondiente rectificación. Son dos los puntos fundamentales sobre los que, a nuestro juicio, debe versar la discusión jurídica en este caso, en cuanto que son dos, en esencia, los motivos del Sr. Registrador por los que se deniega la inscripción del documento solicitado. En el presente caso los propietarios interesados han acordado la cesión gratuita a favor de todos los propietarios del uso del elemento común que es la cubierta del edificio. Y también se han observado aquellas reglas en relación con la adopción del acuerdo de la junta de propietarios que autoriza la creación de un servicio de interés general para todos los propietarios, pues sin necesidad de decidir si aquel pudiera encuadrarse en la regla 1.ª o 3.ª del artículo 17, lo cierto es que el acuerdo ha sido adoptado conforme al artículo 17, (regla de las 3/5 partes), es decir, sólo con la oposición de uno de los propietarios presentes y ninguna oposición de los ausentes (pues la abstención equivale a falta de manifestación de una voluntad discrepante, y el silencio se conceptúa como aprobación por la propia Ley sobre propiedad horizontal, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1995; vid., también, respecto de quienes no salvan su voto, la Sentencia del mismo Tribunal de 10 de mayo de 2013). Planteados en esta forma los términos en los que se desenvuelve la litis, la cuestión es eminentemente jurídica pues no se han puesto en cuestión las características definitorias de la azotea o cubierta del edificio como un elemento común por su naturaleza, la cual resulta indivisible. Como ya comentamos anteriormente, los elementos comunes por naturaleza, como tal, no pueden perder esta condición ni siquiera por acuerdo alguno de la comunidad, pues tiene dicha condición en virtud de derecho necesario; mientras que los comunes por destino, sí pueden perder el carácter si se acuerda válidamente. Pues bien en la relación que contiene el artículo 396 del CC, tras la redacción dada por la Ley 8/1999, posterior a la escritura de obra nueva de la finca de referencia, se mencionan

las terrazas como elementos comunes del inmueble, ya doctrina y jurisprudencia venían considerando su inclusión con tal carácter, dentro de la categoría de 'cubierta', definida como aquel elemento común que limita el edificio por la parte superior, que cumple una función divisoria o de separación que sirve para la parcelación cúbica en pisos o locales, cubriendo o tapando el piso superior, de manera tal que si la misma está construida con tejas, no pisable, se la llama tejado y si es pisable se denomina terrado, terraza o azotea y, en este, sentido, las terrazas de los pisos superiores son cubiertas del piso inmediato inferior, y de esta forma, sin ánimo exhaustivo, pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1970, 22 de diciembre de 1978, 15 de marzo de 1985, 27 de febrero de 1987, 17 de junio de 1988, 18 de julio de 1989, 10 de febrero de 1992, 17 de febrero de 1993, 3 de febrero de 1994, 29 de julio de 1995 entre otras muchas. A los motivos anteriores son de aplicación los siguientes: Fundamentos de Derecho I.–(...) IV.– Resulta de aplicación lo dispuesto en los arts. 2, 3, 5, 10, 14, 17 y 18 de la Ley de Propiedad Horizontal; así como lo dispuesto, en su caso, y con carácter supletorio, en los arts. 392 y ss. del Código Civil, relativos a la comunidad de bienes. V.–En cuanto a la jurisprudencia aplicable al caso que nos ocupa, en base a las consideraciones expuestas anteriormente podemos citar la siguiente [A continuación el recurrente transcribe parcialmente las siguientes sentencias y resoluciones]: SAP Salamanca, 12 de mayo de 2015 (...); DGRN 24 de abril de 2014 (...); SAP Pontevedra 07 septiembre de 2015 (...); SAP Coruña 17 diciembre de 2014 (...); SAP Pontevedra, 24 de junio de 2011 (...); DGRN 27 julio 2017 (...); DGRN 07 febrero de 2014 (...); Sentencia n.º 755/2015 de TS, Sala 1.ª, de lo Civil, 30 de Diciembre de 2015 (...); Sentencia TS 72512014, de 16 de diciembre de 2014 (...); Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013 (D. José Antonio Seijas Quintana) (...).

IV

El registrador de la Propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de fecha 9 de noviembre de 2017.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 396 del Código Civil; 1 y 20 de la Ley Hipotecaria; 2, 3, 5, 10, 14, 17 y 18 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2006, 16 de julio de 2009, 9 de octubre de 2010 y 13 de mayo de 2016, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de junio de 1973, 7 de enero de 1994, 23 de mayo y 23 de junio de 2001, 12 de diciembre de 2002, 4 de marzo y 4 de noviembre de 2004, 23 y 31 de marzo y 5 de julio de 2005, 30 de noviembre y 13 de diciembre de 2006, 19 de abril de 2007, 27 de diciembre de 2010, 8 de abril y 30 de julio de 2011, 25 de abril, 1 de julio y 4 de octubre de 2013, 21 de enero y 24 de abril de 2014, 26 de febrero de 2015, 19 y 22 de abril, 5 de julio y 7 de noviembre de 2016 y 29 de marzo de 2017.

1. Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se elevan a público determinados acuerdos de la junta de propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal con las circunstancias siguientes:

a) La finca registral número 43.984 de Arrecife, consistente en un edificio de cuatro plantas y sótano, fue objeto de división horizontal constituyéndose ocho elementos privativos destinados a local. En concreto, al elemento calificado con el número dos, que dio lugar a la registral 43.986, se le asignó un anejo consistente en «el uso exclusivo de la azotea del edificio, con una superficie de doscientos treinta y siete metros cuadrados y que linda (...)» tal y como refleja la inscripción 1.ª de tal finca, que consta inscrita a favor de «Banco de Sabadell, S.A.» y es objeto de un arrendamiento financiero en favor de «Clanlu Asesoría e Inversión, S.L.», reflejado en la inscripción 4.ª

b) El día 19 de mayo de 2016 se celebró junta general ordinaria de la comunidad de propietarios, figurando como quinto punto del orden del día la «propuesta del Sr. Presidente para la modificación del Título Constitutivo para la creación de un servicio de interés general consistente en la creación de Cuartos de Archivo en la azotea del edificio que, por su extensión, se adjunta en documento anexo a la presente convocatoria». De acuerdo con dicho anexo, la propuesta consistía, sintéticamente, en que el propietario de la finca 43.986 cediera a título gratuito en favor del resto de propietarios, en concreto en favor de los titulares de seis de los ocho locales en que se dividió el edificio, el uso exclusivo que le correspondía sobre la azotea, pasando tal uso a ser común de todos los propietarios, para ulteriormente destinarlo a la colocación de cuartos para el archivo y otros usos similares de cada oficina o local del edificio, asignando a cada propietario del inmueble el uso exclusivo de un espacio delimitado de la azotea a su entero cargo, riesgo y coste, según se detalla en un plano adjunto.

c) De acuerdo con la certificación incorporada, expedida por el secretario de la comunidad de propietarios con el visto bueno del presidente, de los propietarios que asistieron a la reunión presentes o representados (titulares del 60,52% de la totalidad de las cuotas de participación) se obtuvo el voto favorable de tres de ellos (titulares del 40,23% del total de las cuotas) y el voto en contra de uno (titular del 20,29% del total de las cuotas), acordándose «la cesión gratuita a favor de la Comunidad del uso exclusivo que el propietario de la finca 2, Sres. Clandlu Asesoría e Inversión, S.L., con código de identificación fiscal (...) tiene sobre la azotea, modificando para ello el Título Constitutivo para, posteriormente y de acuerdo a lo especificado en el artículo 17.3 de la Ley de Propiedad Horizontal (...)». Este acuerdo fue notificado a «Clandlu Asesoría e Inversión, S.L.», a quien la certificación conceptúa de propietario ausente, el cual no mostró su discrepancia en el plazo de treinta días naturales por ningún medio reconocido en Derecho. Tales acuerdos fueron elevados a público mediante escritura otorgada por los representantes de las entidades que ostentaban la condición de presidente y de secretario-administrador de la comunidad de propietarios, complementada con una diligencia otorgada por ellos ante el mismo notario el día 16 de agosto de 2017, por la que se describen y adjudican los anejos conforme al plano aludido.

d) El registrador suspende la inscripción por varias razones. En primer lugar, por no constar el consentimiento unánime e individualizado de todos los propietarios, al tener este acuerdo el carácter de acto que afecta al contenido esencial del derecho de dominio, y no de acto colectivo, por lo que se requiere el consentimiento individualizado de todos los propietarios en documento público; en segundo lugar, porque, aun tratándose de un supuesto en el que se exigiera la mayoría prevista por el artículo 17.3 de la Ley sobre propiedad horizontal, tal mayoría no se ha obtenido pues no se pueden computar como votos favorables los de los ausentes a la junta, de conformidad con el artículo 17.8 de la misma ley; y, en último lugar, por no constar el consentimiento expreso del titular del elemento privativo número dos, a cuyo favor consta inscrito como anejo el derecho de uso exclusivo de la azotea, de conformidad con el artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

e) El recurrente alega que la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo es la prevista en el artículo 17.3 de la Ley sobre propiedad horizontal por cuanto la utilización de la cubierta se prevé en provecho de todos los propietarios sin exclusión alguna, y que el consentimiento del titular de elemento número dos de la división horizontal no es necesario por varios motivos: primero, porque al titular sólo le corresponde el uso, pero la titularidad sigue siendo de la comunidad, a la que corresponden los derechos de administración y disposición sobre esa zona; y, en segundo lugar, porque la atribución de tal uso exclusivo al propietario del elemento número dos es nulo por ser tal cláusula contraria a la ley, dado que la cubierta es un elemento común por naturaleza, y además, por ser la misma abusiva conforme a los artículos 10, 82 y siguientes de la Ley de los Consumidores y Usuarios.

2. Como cuestión previa, conviene hacer una mención a las alegaciones expresadas por el recurrente en su escrito relativas a la nulidad de la atribución del uso exclusivo de la azotea en favor del titular de algún elemento privativo de la propiedad horizontal.

En primer lugar, al amparo de lo previsto por el artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria los asientos del Registro «(...) en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley». En consecuencia, no procede que esta Dirección General se pronuncie a cerca de la validez o invalidez de tal inscripción, siendo ello competencia de los tribunales de Justicia.

No obstante, cabe recordar que este Centro Directivo ha puesto de relieve en varias ocasiones (Resoluciones de 31 de marzo de 2005 o 5 de julio de 2016) que tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido reconociendo 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 del propietario de algún elemento privativo. De este modo, la posibilidad de configurar como anejo de las viviendas o locales el derecho de uso exclusivo de zonas concretas y determinadas del inmueble, aunque tengan el carácter de elemento común, es perfectamente posible dentro de la libertad que tienen los propietarios de configurar estatutariamente el régimen de la propiedad horizontal, quedando vinculados «ob rem» siempre que tanto el derecho de uso como el objeto del mismo queden suficientemente identificados, conforme a las exigencias previstas en la ley (el artículo 53, regla «b», de las normas complementarias del Reglamento Hipotecario, aprobadas por el Real Decreto 1093/1997, relativo a la transmisión de cuotas indivisas con adscripción de uso, además de estar referido a las plazas de garaje, no agota la totalidad de posibilidades dentro de la libertad de configuración de la propiedad horizontal vía estatutos).

3. Entrando ya en el fondo del asunto, como señaló este Centro Directivo en su Resolución de 19 de abril de 2007 (y ha reiterado en otras citadas en los «Vistos» de la presente), el régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la existencia de un único derecho de propiedad cuyo objeto es complejo: el piso, local o departamento privativo –es decir, un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente– y la participación inseparable en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio (cfr. artículos 3 de la Ley sobre propiedad horizontal y 396 del Código Civil). No se trata de dos propiedades yuxtapuestas (la del piso, local u otro departamento privativo) y la copropiedad sobre los elementos comunes, sino de un único derecho, de naturaleza especial y compleja, entre cuyas características más destacadas se encuentran: Por una parte, la atribución a cada piso o local de «una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo», de suerte que dicha cuota «servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad» (artículo 3, párrafo segundo, de la Ley sobre propiedad horizontal); y, por otro lado, la inseparabilidad e indisponibilidad de la cuota sobre «las partes en copropiedad» o elementos comunes, «que sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable» (artículo 396, párrafo segundo, del Código Civil).

La Ley sobre propiedad horizontal ha superado dos características propias del clásico concepto de la copropiedad romana o por cuotas, de la que se aparta al no reconocer a los copropietarios la acción de división ni el derecho de retracto, y por eso dota a esa comunidad sobre los elementos comunes de una regulación especial en la que los intereses comunitarios predominan sobre el individual y encuentran su debida protección jurídica a través del órgano competente y con las facultades y límites que la propia Ley señala (cfr. la Resolución de 15 de junio de 1973).

Por ello se atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. arts. 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad) sólo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad (siquiera sea presunta, como permite la regla 8 de tal precepto; e incluso con el voto en contra de un disidente, si prospera la

acción para obtener la sustitución de la unanimidad por vía judicial, en el llamado «juicio de equidad» a que se refiere el párrafo tercero de la de la regla 7 del mismo artículo 17, norma que el Tribunal Supremo ha considerado aplicable también a los actos que requieren unanimidad, atendiendo a la realidad social actual –cfr. Sentencia de 13 de marzo de 2003–, salvo que se trate de acuerdos que la misma ley exceptúa de la regla de unanimidad (cfr. los artículos 10 y 17).

Esta necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal, la última por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que precisamente dio nueva redacción al artículo 17, han ido encaminadas a facilitar que los acuerdos alcanzados, especialmente para incorporar actuaciones previstas en la citada ley, no queden ineficaces y así el Preámbulo de la citada Ley 8/2013 expresa que no se puede hacer depender la adopción de los mismos de que las comunidades de propietarios adopten dicha decisión por unanimidad o por mayorías muy cualificadas, máxime cuando van a incluir obras que, aunque afecten al título constitutivo o a los estatutos, en realidad competen a la Administración actuante autorizar o, en algunos casos, exigir.

4. Para decidir si un acuerdo como el debatido en el presente recurso entra o no en ese ámbito de competencias de la junta como acto colectivo de la misma, cabe recordar que, conforme a la doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 23 de mayo de 2001, 12 de diciembre de 2002, 4 de marzo de 2004, 23 y 31 de marzo y 5 de julio de 2005, 19 de abril de 2007, 27 de diciembre de 2010, 8 de abril y 30 de julio de 2011, 25 de abril y 1 de julio de 2013, 24 de abril de 2014, 26 de febrero de 2015 y 29 de marzo de 2017), en materia de propiedad horizontal debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados con los requisitos previstos en la legislación de propiedad horizontal resultantes de la correspondiente acta –cfr. artículo 19 de la Ley sobre propiedad horizontal–), que no se imputan a cada propietario singularmente sino a la junta como órgano comunitario, y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los artículos 3, 10 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal; cfr., también, el último inciso del apartado 2 del artículo 18, según la redacción hoy vigente). Ciertamente, en este último caso no podría inscribirse la modificación si no se ha otorgado «uti singuli» por todos los que, en el momento de la inscripción, aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria), sin que baste, por tanto, la unanimidad presunta (cfr. artículo 17, regla 8, de la Ley sobre propiedad horizontal), siendo necesario el consentimiento expreso y real de todos los titulares registrales. En definitiva, en estos casos no se trata de una decisión o acto de la junta, sino que se trata de una decisión personal e individual de cada propietario, sujeta a las reglas y requisitos de capacidad, legitimación y forma propias de las declaraciones de voluntad personales.

Aceptada la citada doctrina por la que se distingue entre aquellas situaciones en las que es necesario el consentimiento individual de los propietarios, por quedar afectado el contenido esencial de su derecho, de aquellas otras en las que basta la expresión de un consentimiento colectivo de la comunidad, la cuestión se reduce a determinar si se trata de uno u otro supuesto. En el primer caso las exigencias derivadas del principio de tracto sucesivo imponen la acreditación de que el titular registral de los elementos afectados ha prestado su consentimiento en la forma determinada por la ley, mientras que en el segundo es suficiente acreditar que se ha alcanzado el acuerdo colectivo exigido por la legislación reguladora de la propiedad horizontal.

Siguiendo esta doctrina, este Centro Directivo ha tenido la oportunidad de decidir que, en determinados casos, la modificación del título constitutivo de que se trataba consistía en actos de la junta como órgano colectivo de la comunidad, adoptados por unanimidad de los propietarios en los términos previstos en el artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, que no requieren la prestación de consentimiento individualizado de los

titulares registrales (así, la desafectación de determinados elementos comunes y ulterior venta de los mismos –Resoluciones de 4 de marzo de 2004, 23 de marzo de 2005 y 30 de noviembre de 2006–; la vinculación «ob rem» de los trasteros a las viviendas, como anejos –Resolución de 31 de marzo de 2005–; o determinada modificación de los estatutos –Resolución de 5 de julio de 2005–). En cambio, ha considerado que la especificación del trastero que corresponde a cada uno de los pisos expresados, en determinadas circunstancias, se trata de un acto que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requiere el otorgamiento de escritura pública en la que los titulares registrales de distintos pisos presten su consentimiento y declaren la superficie y demás elementos identificadores de sus respectivos anejos (Resolución de 12 de diciembre de 2002); y, asimismo, ha concluido que la conversión de un elemento privativo en común es un acto dispositivo que requiere el otorgamiento singular de los titulares registrales del mismo y de sus cónyuges –en régimen de gananciales– en la correspondiente escritura de modificación del título constitutivo (Resolución de 23 de junio de 2001).

5. Atendiendo a las consideraciones anteriores, debe determinarse si el acuerdo, adoptado en la forma antes expuesta, cumple las exigencias de la Ley sobre propiedad horizontal, según la interpretación de esta Dirección General, y por ende, si es susceptible de inscripción. Y la respuesta ha de ser negativa, debiendo confirmarse íntegramente la calificación del registrador puesto que ni el acuerdo ha sido adoptado por unanimidad ni consta el consentimiento expreso del titular afectado.

Por un lado, es necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad. Es cierto que de conformidad con el artículo 17.3 de la Ley sobre propiedad horizontal «el establecimiento o supresión de los servicios de portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, supongan o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirán el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación». Ahora bien, tal precepto no resulta de aplicación en el presente caso, a la vista de las circunstancias concurrentes.

En primer lugar, la azotea, como bien afirma el recurrente, es un elemento común por naturaleza del edificio, sin que el hecho de haber sido atribuido su uso con carácter exclusivo al titular de uno de los elementos privativos altere o modifique en modo alguno tal condición, pues lo que es privativo es el derecho de uso en sí mismo considerado, no así el elemento sobre el que recae, que sigue siendo común. En consecuencia, toda alteración del régimen jurídico de los elementos comunes es materia que compete a la comunidad exigiéndose unanimidad en tanto en cuanto tal alteración implica una modificación del título constitutivo y de los estatutos de conformidad con el artículo 17.6 de la Ley sobre propiedad horizontal, según el cual «los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación».

Así, aunque exigencia de la unanimidad se ha ido superando tanto en el ámbito jurisprudencial, en supuestos concretos de abuso patente, como en el legislativo, con reformas puntuales como la más reciente, la Ley 8/2013, de 26 de junio, lo cierto es que la unanimidad no ha desaparecido, exigiéndose cuando se trata de cambiar la configuración, constitución o normas esenciales del inmueble (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2009 y 13 de mayo de 2016). En efecto, la supresión de un derecho de uso exclusivo que como anejo de determinado elemento privativo se describía en la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal implica una modificación del título constitutivo que presupone el acuerdo unánime de todos los propietarios (cfr. artículos 3, 5 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal).

En segundo lugar, y aunque la determinación de si un servicio puede ser o no considerado como de interés general ha de realizarse de forma casuística, teniendo en cuenta los criterios interpretativos sentados por el Tribunal Supremo (vid. Sentencia de 9

de octubre de 2008), lo cierto es que no se puede calificar, en modo alguno, de interés general el establecimiento de servicios como el de la creación de cuartos-archivo o trasteros en provecho únicamente de ciertos propietarios, pues de conformidad con el plano que se adjunta a la escritura calificada tan solo se prevé la creación de seis cuartos, cuyo uso es atribuido únicamente a los titulares de seis de los ocho los elementos privativos en que se divide horizontalmente el inmueble.

En consecuencia, el acuerdo adoptado no entra en el supuesto de hecho del artículo 17.3 de la Ley sobre propiedad horizontal, sino en el del apartado 6 del mismo precepto que exige unanimidad. Y tal unanimidad no existe en el presente caso por cuanto uno de los propietarios asistentes a la junta, representante del 20,29% del total de las cuotas de participación, votó expresamente en contra del acuerdo.

Pero es que, además, debe tenerse en cuenta que la creación de trasteros sobre la azotea del edificio implica, en última instancia, el establecimiento de una vinculación «ob rem» entre aquéllos y los titulares de los elementos privativos originarios, lo que, a su vez, afecta al derecho de dominio de cada uno de los propietarios, requiriéndose por tanto el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual debe constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los artículos 3, 10 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), de modo que no podrá inscribirse la modificación si no se ha otorgado «uti singuli» por todos los que, en el momento de la inscripción, aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria), sin que baste, por tanto, la unanimidad presunta (cfr. artículo 17, regla 8, de la Ley sobre propiedad horizontal), siendo necesario el consentimiento expreso y real de todos los titulares registrales. Y tales consentimientos, como ha quedado expuesto, no concurren en el presente caso, pues ni el acuerdo se adoptó por unanimidad, ni en el otorgamiento de la escritura comparecieron los titulares de todos los elementos privativos existentes.

Por otro lado, es requisito ineludible el consentimiento del titular del derecho de uso exclusivo de la azotea. Como ha señalado este Centro Directivo, si se observa atentamente la regulación legal se aprecia que subyace en la misma, como principio general, la idea de que la limitación de las competencias de la junta hace que no sólo queden excluidos de las mismas los actos que restrinjan o menoscaben el contenido esencial de la propiedad separada de un elemento privativo (como sería, por ejemplo, la constitución de una hipoteca sobre la totalidad del edificio), sino también la realización de aquellos actos que aunque tengan por objeto exclusivo los elementos comunes no entren dentro de la gestión comunitaria, como serían todos aquellos que, directa o indirectamente, perjudiquen el derecho de alguno de los condueños al adecuado uso y disfrute de su propiedad o de los derechos que le sean atribuidos en el título constitutivo. Un caso extremo sería el de la donación, previa su desafectación, a un tercero o a cualquiera de los comuneros de un elemento común del inmueble. Pero, sin llegar a tanto, la Ley sobre propiedad horizontal preserva los derechos individuales de los propietarios bajo la guía del citado principio general. De ahí que se establezca expresamente que «no podrán realizarse innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario, si no consta su consentimiento expreso» –cfr. artículo 17.4 último párrafo–, o que se reconozca la impugnabilidad ante los tribunales de justicia de los acuerdos, entre otros, que «supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo (...)» –cfr. artículo 18.1.c)–.

En este caso, el titular de la finca 43.986 de Arrecife queda directamente afectado, al ser privado de un derecho que se le atribuyó con carácter exclusivo en el título constitutivo, y que como tal, consta inscrito a su favor, siendo por ende necesario que conste su consentimiento expreso, o resolución judicial que declare la alteración del derecho de uso exclusivo, sin que baste el consentimiento presunto previsto por el artículo 17.8 de la Ley sobre propiedad horizontal, según el cual «salvo en los supuestos expresamente previstos en los que no se pueda repercutir el coste de los servicios a aquellos propietarios que no hubieren votado expresamente en la Junta a favor del acuerdo, o en los casos en los que la modificación o reforma se haga para aprovechamiento privativo, se computarán como

votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta, debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 9, no manifiesten su discrepancia mediante comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 30 días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción», precepto que no podría haber quedado cumplido en modo alguno, por cuanto la notificación del acuerdo no se realizó al titular registral, el «Banco de Sabadell, S.A.», sino al arrendatario financiero, «Clanlu Asesoría e Inversión, S.L.».

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

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, 17 de enero de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.