

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

15833 *Resolución de 31 de octubre 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 Mijas n.º 2 a la inscripción de una escritura de declaración de ampliación de construcción existente respecto de una vivienda.*

En el recurso interpuesto por doña I. D., en nombre y representación de don M. V. y doña F. N. M. C. V., contra la negativa del registrador de la Propiedad de Mijas número 2, don Javier Aznar Rivero, a la inscripción de una escritura de declaración de ampliación de construcción existente respecto de una vivienda.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de l'Alfàs del Pi, don Salvador Vidal Fernández, el día 30 de mayo de 2018, con el número 1.337 de su protocolo, don M. V. y doña F. N. M. C. W declararon la ampliación de construcción existente sobre la finca registral número 57.995 del Registro de la Propiedad de Mijas número 2, con las circunstancias fácticas que se detallan en los fundamentos de Derecho de la presente resolución.

II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Mijas número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Previo examen y calificación del documento presentado el día 30 de mayo de 2018 causando el asiento 1345 del tomo 125 del libro diario de operaciones, escritura autorizada por el notario de L'Alfàs del Pi don Salvador Vidal Fernández el 30 de mayo de 2018 –bajo el número 1337 de su protocolo–, y diligencia que tuvo entrada el día 13 de junio de 2018, en la cual don M. V. y doña F. N. M. C. W. declaran ampliación de obra sobre la finca 57.995; el registrador que suscribe, ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos

Primero. Se pretende la inscripción, con el único consentimiento de sus titulares, de la ampliación de una vivienda situada en la planta segunda de un edificio dividido horizontalmente, que a su vez forma parte de un complejo inmobiliario de once bloques divididos en cuatro fases diferenciadas. Por ello, a cada elemento del complejo le corresponden dos cuotas, una sobre el edificio del que forma parte y otra sobre el total complejo.

La obra declarada se describe como un dormitorio y un baño sobre la cubierta del edificio situada sobre la vivienda, y que es de uso privativo, pero elemento común. Así, de la descripción de la vivienda resulta que «a través de una escalera interior situada en el mismo salón, se accede a la planta de cubierta donde se ubica una terraza solárium, de uso privativo de esta vivienda».

En la escritura se alega que en los estatutos se autoriza a los propietarios de los distintos departamentos a otorgar la declaración de ampliación de construcción existente, sin embargo, una vez leídos los diferentes estatutos inscritos en el complejo inmobiliario, se desprende: «Artículo tres: elementos comunes. Son elementos comunes de este conjunto los que determinan el artículo 396 del Código Civil y la Ley de Propiedad Horizontal y en general todo aquello que no haya sido definido como finca independiente en el título

constitutivo de división horizontal, o se defina en el futuro de acuerdo con lo establecido en la escritura que se registra, o no se haya adjudicado a algún propietario o reservado expresamente la entidad promotora. [...] Artículo seis. Facultades de los propietarios. Se faculta a los propietarios presentes y futuros para que, sin necesidad del consentimiento de la Junta de Propietarios, puedan dividir, segregar, agrupar, agregar o modificar las viviendas de que sean titulares, [...] siempre que no se perjudiquen elementos comunes ni quede afectada la seguridad del inmueble». A continuación, los artículos siete y ocho prohíben a los propietarios cualquier tipo de modificación de la configuración exterior de los edificios, incluso mediante elementos provisionales o de fácil retirada.

En consecuencia, al haberse realizado la obra sobre la terraza situada en la planta de cubierta del edificio –que es elemento común–, y haberse modificado tanto la configuración exterior del edificio como la superficie de la vivienda, lo cual, además de poder conllevar la modificación de las cuotas de cada uno de los elementos del edificio como del complejo inmobiliario, está expresamente prohibido en los estatutos; será necesario el consentimiento unánime de todos los propietarios del complejo, expresado en la correspondiente junta.

Fundamentos de Derecho

I. En el presente caso, la obra se realizó en un edificio que forma parte de un complejo inmobiliario constituido por otras edificaciones, con las que comparte viales y servicios comunes, por lo que de acuerdo con lo previsto en el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal será de aplicación el artículo 396 del Código Civil, que enumera qué elementos tienen que considerarse comunes en un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, debiendo ser además considerados comunes, según constante doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, los no configurados como privativos y entre los que se encuentra la terraza sobre la que se han realizado las obras, como así resulta de la propiedad descripción de la vivienda. (Vid. Resoluciones de 30 de marzo de 2005, 9 de enero de 2012, 17 de octubre de 2012, 14 de abril de 2015 y 22 de mayo de 2018).

El artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal dispone que «1. El propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad. En el resto del inmueble no podrá realizar alteración alguna y si advirtiere la necesidad de reparaciones urgentes deberá comunicarlo sin dilación al administrador». De todo ello, se desprende que el titular registral del elemento que tiene el uso exclusivo de un elemento común, salvo que sea previamente desafectado, no tiene la legitimación necesaria para declarar la obra construida, sino que corresponde a la comunidad de propietarios (Arts. 20 y 38 de la Ley Hipotecaria). En dicho sentido, resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de abril de 2015.

Pero al tratarse de una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal que contraviene, además, lo dispuesto en los estatutos inscritos, será necesario el acuerdo unánime de la comunidad de propietarios, tal como establece el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, que reza: «6. 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». En dicho sentido, la resolución de la DGRN de 23 de marzo de 2018, según la cual: «aunque la 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 cuanto a la necesidad de que consientan los actuales propietarios de los diferentes elementos del complejo, es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, si no consta inscrito, no puede vincular a los propietarios que adquirieron con posterioridad. Así, la resolución de 11 de mayo de 2018, razona que el consentimiento «ha de ser no sólo de los propietarios que lo fueran en la fecha de adopción del acuerdo de modificación del título constitutivo, sino de los que sean titulares registrales a la fecha en que dicho acuerdo y la consiguiente modificación estatutaria haya de acceder al Registro, y ello por cuanto para los propietarios actuales no pueden producir efectos aquellas modificaciones del título constitutivo que no hubieran sido inscritas oportunamente; [...] y ello con independencia de la formulación de los consentimientos en acto colectivo o individualizado». En el mismo sentido, resoluciones de 9 de febrero de 2008, 22 de septiembre de 2009, 25 de abril y 1 de julio de 2013 y 8 de julio de 2015, entre otras.

En su virtud, Acuerdo

Suspender la extensión de los asientos solicitados por el defecto advertido, que se considera subsanable, y en base a los fundamentos de expresados.

No se toma anotación preventiva por defecto subsanable por no haber sido expresamente solicitada.

Contra el presente acuerdo los interesados podrán (...)

Mijas, a 27 de junio de 2018 (firma ilegible) Fdo.: Javier Aznar Rivero Registrador de la propiedad».

Posteriormente, se presentó una diligencia de complemento de dicha escritura, y fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Examinado de nuevo el documento presentado el día 30 de mayo de 2018 causando el asiento 1345 del tomo 125 del libro diario de operaciones, escritura autorizada por el notario de L'Alfàs del Pi don Salvador Vidal Fernández el 30 de mayo de 2018 –bajo el número 1337 de su protocolo–, en la cual don M. V. y doña F. N. M. C. W. declaran ampliación de obra sobre la finca 57.995, a los que ahora se une testimonio telemático de diligencia de fecha 9 de julio de 2018; el registrador que suscribe, ha resuelto reiterar la calificación que se dirá y no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos

Primero. El antedicho documento, complementado por la diligencia de 13 de junio de 2018, fue calificado con los defectos que constan en la nota de fecha 27 de junio de 2018, aportándose el día 9 de julio diligencia de la misma fecha en que se recoge un anexo al certificado antigüedad de la edificación, en la cual, el arquitecto técnico manifiesta que: 1) La ampliación de obra se limita a la vivienda de titularidad del dueño; 2) La ampliación de obra no se ha realizado sobre la terraza solárium, de uso privativo de la vivienda; 3) La ampliación de obra no perjudica elementos comunes ni queda afectada la seguridad del inmueble; y 4) La ampliación de la vivienda ya viene especificada en la ficha catastral.

A la vista de la nueva documentación aportada, no puede este registrador sino reiterar íntegramente la calificación realizada en su día, debido a las siguientes razones:

1. La ampliación de la obra se realizó en una zona que en la propia escritura de obra nueva y división horizontal se definió como «planta de cubierta donde se ubica una terraza solárium, de uso privativo de esta vivienda», sin que se haya distinguido una zona privativa. Simplemente se dice que es una planta de cubierta, pero que es de uso privativo. No cabe por lo tanto pensar –ni está el arquitecto técnico facultado para certificar tal hecho–, que la zona es privativa, cuando no resulta de su descripción ni consta inscrita modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal.

2. Manifiesta el arquitecto técnico que la obra no se ha realizado sobre la terraza solárium, pero según la propia descripción de la vivienda no cabe otro lugar donde pudiera haberse realizado, ya que en ningún momento distingue una zona privativa de la de uso privativo, que sí consta en la descripción y que define únicamente como «terrace solárium».

3. En lo que respecta a la manifestación que realiza el arquitecto técnico de que la ampliación de la obra «ya viene especificada en la ficha catastral», únicamente decir que ni la existencia de la obra ni su reflejo en el Catastro han sido puestos en duda en ningún momento por este registrador, pero su sola existencia no hace que pueda acceder al Registro. Para ello será necesario que sea declarada por quien tiene legitimidad para realizarlo, que es la comunidad de propietarios, por haberse realizado sobre un elemento perteneciente a la misma, haciendo a su vez que resulte modificado el título constitutivo de la propiedad horizontal y su configuración exterior, extremo expresamente prohibido en los estatutos.

Fundamentos de Derecho

I. A efectos aclaratorios y únicamente con objeto de profundizar en los fundamentos expresados en la nota de 27 de junio de 2018, cabe incidir en que tanto según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo como constante doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la enumeración contenida en el artículo 396 del Código Civil no es *numerus clausus*, debiéndose considerar común todo lo no establecido como privativo, tal como disponen también los propios estatutos de la comunidad parcialmente transcritos en la referida nota de defectos.

En dicho sentido, entre otras, la reciente resolución de la DGRN de 22 de mayo de 2018, que razona: «Esta Dirección General ha reiterado que en el régimen de propiedad horizontal es elemento común todo aquello que no se configura como privativo (vid. Resoluciones de 5 de octubre de 2000 y 27 de enero de 2006, entre otras), como consecuencia del carácter compartido del sustrato que le sirve de base, por lo que es el contenido del título constitutivo el que determina, de forma genérica y por exclusión, lo que no constituye elemento privativo del régimen».

En su virtud, Acuerdo

Reiterar la suspensión de la calificación expresada en la nota de fecha 27 de junio de 2018, por no haberse subsanado los defectos expresados.

Pese al carácter subsanable de los defectos, no se toma anotación preventiva por defecto subsanable, al no haberse solicitado expresamente.

Contra el presente acuerdo los interesados podrán (...)

Mijas, a 11 de julio de 2018 (firma ilegible) Fdo.: Javier Aznar Rivero Registrador de la propiedad».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña I. D., en nombre y representación de don M. V. y doña F. N. M. C. V., interpuso recurso el día 31 de julio de 2018 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«Hechos

Los interesados y titulares de la finca objeto de este recurso, compraron la vivienda tal y como está a fecha de hoy. En el proceso de promoción, algo falló en la descripción de la vivienda en la declaración de obra nueva realizada por la promotora, que no fue notado en la firma de la compraventa por ser mis representados extranjeros que no dominan el idioma español. Es un hecho notorio que en la práctica, pese a tener traductores presentes en la firma de una escritura, no se traduce literalmente todas las palabras de la escritura, sino que se hace un resumen. Así es como se inscribió la vivienda con menos metros cuadrados de superficie de los que realmente existen.

Mediante escritura de Declaración de Ampliación de Construcción Existente, intentan rectificar este error, inscribiendo la descripción correcta, como tenía haber sido hace 18 años cuando la promotora declaró la obra nueva por primera vez. El motivo de esta rectificación es porque mis representados vendieron la vivienda y el comprador les pidió la rectificación. Sin embargo la situación de la construcción no ha variado durante 18 años en los cuales mis representados han tenido el pacífico uso y disfrute de su propiedad.

El Registrador del Registro de la Propiedad dos de Mijas, emite calificación negativa, no practicando la inscripción de la escritura calificada, puesto que considera que la obra que se intenta inscribir afecta a zona común, ya que entiende que la obra se ha realizado sobre la terraza situada en la planta cubierta del edificio, entendiéndose además que dicha planta es zona común, y habiendo modificado tanto la edificación exterior del edificio como la superficie de la vivienda, lo cual podría conllevar la modificación de las cuotas de cada uno de los elementos del edificio como del complejo inmobiliario, estando esto prohibido en los estatutos.

Opina el Registrador asimismo, que es necesario el consentimiento unánime de todos los propietarios del complejo, expresado en la correspondiente junta.

Esta observación carece fundamentos de hecho, y es fruto de imaginación, puesto que no se ha construido nada por parte de mis representantes, ni mucho menos en zonas comunes. Mis representados siguen teniendo una terraza de uso exclusivo sin modificar. No se ha modificado la edificación exterior, no se ha modificado nada por obras. El edificio tal y como fue entregado por la promotora no ha sufrido variación alguna. Para aclarar esa situación aportamos certificación del arquitecto afirmando que las zonas comunes ni la fachada en nada se afecta.

El motivo es además especulativo. El registrador considera que la rectificación podría conllevar la modificación de las cuotas. Con esto entra en relaciones de vecindad que quedan bajo la salvaguardia de los tribunales y no son objeto de calificación.

Fundamentos de Derecho

Primero. Los titulares de la finca la adquirieron mediante compraventa el día 9 de mayo 2002, tal y como se encuentra la finca hoy en día, que fue la primera transmisión tras la obra nueva efectuada en 2000.

Esto se refleja en la escritura de compraventa firmado el día 9 de mayo 2002, ante el notario de Benalmádena, don Pedro Díaz Serrano, con número de protocolo 2.377 (...).

La rectificación de la descripción de la finca no afecta de ninguna manera a la zona común de la comunidad de propietarios, tal y como declaran tanto los interesados y comparecientes, como el arquitecto técnico, don J. J. P., que no sólo redactó el certificado de antigüedad, gráfico y descriptivo de vivienda para la escritura de ampliación que se intenta inscribir, sino que además era arquitecto interviniente en el proyecto original de la construcción nueva en 2000.

El arquitecto, como profesional, tiene pleno conocimiento de la situación de la finca y ha manifestado claramente que la obra que se intenta inscribir ahora es la construcción ya existente desde la obra nueva y que dicha obra no afecta a zona común.

Es más, en el anexo de dicho certificado (...) y que se recoge en la escritura manifiesta el arquitecto técnico literalmente que:

- La ampliación de obra se limita a la vivienda de titularidad del dueño.
- La ampliación de obra no se ha realizado sobre la terraza solárium, de uso privativo de la vivienda.
- La ampliación de obra no perjudica elementos comunes ni queda afectada la seguridad del inmueble.
- La ampliación de la vivienda ya viene especificada en la ficha catastral.

La obra que se intenta inscribir no se ha realizado sobre la terraza solárium que se encuentra en la planta de cubierta, sino que se ha realizado en la planta bajo la cubierta, es decir dentro de los límites de la vivienda existente titularidad del propietario, elemento privativo, que no es zona común, y aunque en la misma planta, la terraza solárium está al lado de la cubierta y no se ha afectado, tal y como se manifiesta en el certificado de antigüedad, gráfico y descriptivo de vivienda y en su anexo del arquitecto técnico Don J. J. P. Se trata de una mera rectificación de un error cometido hace 18 años.

Puesto que es un asunto meramente técnico, no es el sr. Registrador quien tiene las calificaciones a contradecir lo certificado por técnico competente. Para el sr. Registrador debe ser suficiente la manifestación realizada en el acta notarial por los interesados y el arquitecto técnico quienes son las personas conocedoras de la situación real, refiriendo a los tribunales cualquier interesado que considere que el asiento puede ser lesivo para

sus intereses personales. Lo que no procede es defender una situación diferente a la realidad certificada sin conocimiento de la realidad.

El registrador ha excedido su ámbito de calificación limitado por el art. 18 de la Ley Hipotecaria, puesto que entra en relaciones jurídicas mucho más allá de la validez de los actos dispositivos.

Segundo. Además, no tratándose de una obra nueva, sino de una obra ya existente desde la primera entrega de la vivienda, no se ha modificado la configuración exterior, ni afecta al título constitutivo, por lo que no modifica de ninguna manera las cuotas. Es una mera rectificación de algo mal hecho por el anterior dueño de la edificación.

Este argumento del Registrador, que podría afectar las cuotas, además es especulativo y no tiene fundamento alguno. No es el Registrador quién fija las cuotas ni tiene potestad a entrar a valorar relaciones jurídicas entre vecinos. En la práctica hay decenas de formas de fijar las cuotas de participación, que además por regla general se fija por técnico competente en la edificación.

El Registrador no está calificando la validez de un acto dispositivo, sino el resultado fruto de su imaginación que no tiene fundamento jurídico ni fáctico. Cualquier interesado que considere que el asiento puede ser lesivo para sus intereses personales. Lo que no procede es ponerse de juez sobre situaciones hipotéticas y al mismo tiempo defensor de una situación contraria a la realidad. No se le puede permitir al registrador ser juez y abogado del diablo en sus propios juicios sobre objetos que no son controversia entre los interesados y solo existen en la imaginación del registrador.

Tercero. En virtud de la en la calificación mencionada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, los elementos comunes son los no configurados como privativos.

Sin embargo, incluso si la obra se hubiera realizado en la terraza solárium, dicha terraza está configurada como elemento privativo, por lo que no puede ser zona común.

En una edificación, construida en régimen de propiedad horizontal, el propietario lo es en el sentido de que tiene un derecho de uso privativo sobre la edificación. Es decir, que todo lo que no sea de uso privativo es zona común. No al revés.

La construcción exterior de la vivienda puede ser elemento común, pero todo el interior, incluso la terraza solarla, es de uso privativo, es propiedad del titular de la vivienda».

IV

El registrador de la Propiedad informó y, por mantener la calificación impugnada, elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de fecha 10 de agosto de 2018.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 326 de la Ley Hipotecaria; 3, 5, 7, 13 y 17 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1989, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de octubre de 1980, 12 de diciembre de 1986, 20 de febrero de 1989, 24 de marzo de 2000, 30 de marzo de 2005, 5 de mayo de 2011, 9 de enero, 19 de junio y 17 y 26 de octubre de 2012, 30 de enero y 14 de junio de 2013, 13 de enero de 2014, 14 de abril de 2015, 13 de enero de 2016 y 11 y 22 de mayo y 19 de julio de 2018.

1. Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se formaliza la declaración de ampliación de construcción existente respecto de una vivienda unifamiliar integrada en un conjunto inmobiliario en régimen de propiedad horizontal.

Concretamente, según el título constitutivo y la inscripción registral dicha finca se describe como «vivienda denominada segunda A, situada en planta segunda, del bloque uno, primera fase del conjunto urbanístico (...) Tiene una superficie total construida de ciento cincuenta metros y cuarenta y cuatro decímetros cuadrados con inclusión de zonas comunes, más noventa y cuatro metros y noventa y cuatro decímetros cuadrados de terraza con inclusión de zonas comunes. Distribuida en hall de entrada, distribuidor,

cocina, salón comedor, tres dormitorios y dos baños. Desde el salón-comedor y a través de una escalera interior situada en el mismo salón, se accede a la planta de cubierta donde se ubica una terraza solárium, de uso privativo de esta vivienda, en la cual se sitúa un jacuzzi y una barbacoa, cuya superficie ya se encuentra contemplada en la de la terraza».

En la escritura calificada se declara que se ha ampliado la construcción existente de modo que tras la ampliación la vivienda queda con la siguiente descripción:

«Vivienda distribuida en dos plantas, de forma rectangular, ubicada en la planta segunda del bloque 1 de la urbanización (...) Se distribuye en: Planta segunda: compuesta por vestíbulo, cocina, lavadero, dos baños, tres dormitorios y terraza. Planta ático (bajo cubierta): compuesta por un dormitorio, un baño y una terraza con jacuzzi. Las superficies construidas de la vivienda son las siguientes: Planta segunda: ciento treinta y cinco metros treinta y nueve decímetros cuadrados (135,39 m²). Planta ático: cincuenta y seis metros y veintiséis decímetros cuadrados (56,26 m²). Zonas comunes adscritas a la vivienda: veinte metros cuarenta y tres decímetros cuadrados (20,43 m²)».

En el mismo título se acredita la antigüedad de la construcción (16 años) con certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca y con certificación de técnico competente, visada por el Colegio correspondiente y con firma legitimada notarialmente. En tal certificación consta que el incremento de superficie construida que ha sufrido la vivienda respecto de los datos de la inscripción registral corresponde a lo edificado en planta ático, siendo la superficie construida de 56,26 metros cuadrados. Asimismo, por diligencia posterior en la misma escritura se hace constar por certificación del mismo técnico que: «La ampliación de obra se limita a la vivienda de titularidad del dueño. La ampliación de obra no se ha realizado sobre la terraza solárium, de uso privativo de la vivienda. La ampliación de obra no perjudica elementos comunes ni queda afectada la seguridad del inmueble. La ampliación de la vivienda ya viene especificada en la ficha catastral».

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, al haberse realizado la obra sobre la terraza –que es elemento común, aunque de uso privativo–, y haberse modificado tanto la configuración exterior del edificio como la superficie de la vivienda, lo que está expresamente prohibido en los estatutos, será necesario el consentimiento unánime de todos los propietarios del complejo, expresado en la correspondiente junta, modificando el título constitutivo de la propiedad horizontal.

La recurrente alega, en esencia: a) que los propietarios adquirieron la vivienda hace dieciocho años tal como se encuentra actualmente, si bien por error no se describió correctamente en la declaración de obra nueva inicial, y la obra que se intenta inscribir no se ha realizado sobre la terraza solárium sino dentro de los límites de la vivienda, elemento privativo, como se acredita con la certificación catastral y con certificación del arquitecto técnico, por lo que el registrador excede el ámbito de su calificación; b) que, siendo una obra ya existente desde la primera entrega de la vivienda, no se ha modificado la configuración exterior ni afecta al título constitutivo ni a las cuotas, y c) que los elementos comunes son los no configurados como privativos e, incluso si la obra se hubiera realizado en la terraza solárium, dicha terraza está configurada como elemento privativo, por lo que no puede ser elemento común; y, al ser de uso privativo, es propiedad del titular de la vivienda.

2. Ciertamente, tratándose de un elemento privativo, se admite la posibilidad de modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario (vid. artículo 7 de la 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal).

Este Centro Directivo, ya en las Resoluciones de 12 de diciembre de 1986 y 20 de febrero de 1989, entre otras, puso de relieve que «en la propiedad horizontal la necesidad de armonizar la tendencia a la plena autonomía de los derechos recayentes sobre los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente (configurados en la Ley como propiedad separada –artículos 1 y 3), con la ineludible interdependencia

objetiva y recíprocas limitaciones derivadas de la unidad física del edificio en su conjunto, no se opone, en sede de utilización de los elementos privativos, al mantenimiento de los principios informantes del derecho de propiedad, cuya delimitación se verifica a partir de un señorío potencialmente absoluto sobre el que se proyectan los límites legales en forma de prohibición u obligación».

Pero una modificación como la presente en la descripción de un elemento privativo – y de un elemento común de uso privativo–, en cuanto excede de ese ámbito de actuación individual que se reconoce por la Ley a su propietario, no puede llevarse a cabo sin que se acredite el acuerdo unánime de la junta de propietarios (vid. artículos 5 y 17, apartados 6 y 8, de la Ley sobre propiedad horizontal).

Es indudable que si, según el título constitutivo y la inscripción registral, la terraza ubicada en la planta de cubierta tiene una superficie de noventa y cuatro metros y noventa y cuatro decímetros cuadrados con inclusión de zonas comunes, y según la descripción que se pretende hacer constar en el Registro en la planta denominada «ático (bajo cubierta)», además de la referida terraza, se incluyen un dormitorio y un baño con una superficie construida de cincuenta y seis metros y veintiséis decímetros cuadrados (y aunque al margen queden las zonas comunes adscritas a la vivienda, de veinte metros cuarenta y tres decímetros cuadrados), se produce una alteración no permitida en los propios estatutos (que, como afirma el registrador en su calificación, facultan para modificar las viviendas de que sean titulares, «siempre que no se perjudiquen elementos comunes ni quede afectada la seguridad del inmueble», y prohíben a los propietarios cualquier tipo de modificación de la configuración exterior de los edificios, incluso mediante elementos provisionales o de fácil retirada), ni autorizada por la junta de propietarios.

Por lo demás, respecto de las alegaciones de la recurrente, es cierto que la superficie puede determinar la modificación de la cuota porque es un factor determinante de la misma, conforme al artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal, pero ello no implica una modificación automática, sino que podrá exigirse por los demás propietarios en la correspondiente junta de propietarios o por vía judicial. En este caso no se ha producido modificación alguna en las cuotas de participación en los elementos comunes, pero sí que se lleva a cabo una alteración en la superficie de un elemento que, aun cuando sea de uso privativo, es inequívocamente un elemento común.

Como ha recordado recientemente este Centro Directivo (vid. Resolución de 19 de julio de 2018) hay una sutil pero ampliamente compartida distinción entre el concepto de terraza y el concepto cubierta del edificio. La cubierta como elemento necesario de parcelación cúbica o delimitación del vuelo o espacio edificado es siempre elemento común por naturaleza. Sin embargo, las terrazas como zona pisable, no son elemento común por naturaleza.

En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1992 afirma que «las terrazas que sean cubiertas de todo o parte del inmueble, tienen en principio la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el artículo 396 del código civil, si bien la descripción, no de «*numerus clausus*», sino enunciativa, que dicho precepto hace de los elementos comunes no es, en la totalidad de su enunciación, de «*ius cogens*», sino de «*ius dispositivus*», lo que permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior de la comunidad de propietarios (siempre que dicho acuerdo se adopte por unanimidad) puede atribuirse carácter de privativo (desafectación) a ciertos sobre elementos comunes que, no siendo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etcétera, lo sean solo por destino accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte edificio, etcétera» (vid., también, las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1993 y 3 de febrero de 1994).

Modernamente se viene distinguiendo en la doctrina entre las terrazas superiores (terrados o azoteas), y las llamadas terrazas a nivel (resultado de una construcción escalonada), con acceso exclusivo a través del propio elemento privativo al que están vinculados, que son de uso, e incluso de propiedad, privativa. Las primeras pueden ser

tanto un elemento común de uso común, como un elemento común de uso privativo o, incluso, un elemento de propiedad privativa, y en este último supuesto, como entidad independiente o como anejo de otra entidad privativa (si bien en el caso de que en el título constitutivo no se prevea otra cosa, debe considerarse como elemento común).

Así lo corrobora igualmente la jurisprudencia, como la contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2015, en la que, con cita de otras anteriores (vid. Sentencias de 8 abril 2011 y 18 junio 2012) declara que: «Los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal se componen por elementos comunes y privativos. Dentro de los denominados elementos comunes, algunos tienen tal consideración por su propia naturaleza y otros por destino. La diferencia estriba en que los primeros no pueden quedar desafectados, por resultar imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diferentes pisos o locales que configuran el edificio, mientras que los denominados elementos comunes por destino, a través del título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, o por acuerdo unánime de la comunidad de propietarios, podrían ser objeto de desafectación». Y aplicando dicha diferenciación al caso concreto de las terrazas afirma que las mismas «son unos de los denominados elementos comunes por destino y por tanto pueden ser objeto de desafectación», si bien aclara que «ello no significa que la parte de ellas que configura la cubierta y el forjado del edificio, que son elementos comunes por naturaleza, pueda convertirse en elemento de naturaleza privativa (STS de 8 de abril de 2011)».

En el supuesto de hecho de este expediente la terraza tiene la consideración de elemento común del conjunto (no se ha producido la desafectación y en el título constitutivo no se le atribuye carácter privativo), si bien está sujeto al derecho de uso exclusivo atribuido a los titulares de la vivienda de que se trata. Y la modificación cuestionada tiene repercusión manifiesta en dicho elemento común.

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, 31 de octubre de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.