

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11313 *Resolución de 19 de julio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Santa Fe n.º 2, por la que suspende la inscripción de una escritura de constitución onerosa de derecho de usufructo.*

En el recurso interpuesto por don Luis María Rojas Martínez del Mármol, notario de Granada, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Santa Fe número 2, don Vicente Rafael Merino Naz, por la que suspende la inscripción de una escritura de constitución onerosa de derecho de usufructo.

Hechos

I

Mediante escritura pública autorizada por el notario de Granada, don Luis María Rojas Martínez del Mármol, el día 31 de octubre de 2017, con el número 1.499 de protocolo, los cónyuges don J. G. G. A. y doña M. C. M. S. E., en su condición de dueños del pleno dominio de los tres elementos privativos a que corresponde el 100% de las cuotas de participación de la finca matriz, previamente constituida en régimen de propiedad horizontal, dos de cuyos elementos privativos tienen respectivamente asignados el uso y disfrute de sendos espacios de 80 metros cuadrados de la cubierta plana o terraza visitable del edificio, constituyeron con carácter oneroso a favor de la mercantil «Telecom Ibérica Patrimonial, S.L.» un derecho real de usufructo sobre una parte de la azotea de la misma finca, identificada gráficamente en un anexo, de 145 metros cuadrados de superficie, que atribuía a su titular, entre otros, el derecho a la construcción, instalación, mantenimiento, reparación y sustitución de torres, antenas, vallas y otros equipos o instalaciones relativas a la transmisión y/o recepción de todo tipo de señales de comunicación inalámbrica, incluido el derecho a arrendarlas a terceros.

II

Presentada el día 5 de marzo de 2018 copia auténtica de la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Santa Fe número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Registro de la Propiedad de Santa Fe n.º 2.

Calificado el precedente documento, el Registrador que suscribe ha dictado la siguiente Resolución.

Hechos:

Primero. Con fecha cinco de los corrientes, bajo el asiento 1050 del Diario 199, se presenta escritura autorizada el 31 de octubre de 2017 por el notario de Granada don Luis Rojas Martínez del Mármol, protocolo 1499, en la que comparecen los cónyuges don J. G. A. y doña M. C. M. S. E. y don P. P. V. H., como apoderado solidario de la mercantil Telecom Ibérica Patrimonial S.L.

Segundo. En dicha escritura los cónyuges citados, titulares de las fincas registrales 1606 —local en planta baja—, 1607 —piso en planta primera— y 1600 —piso en planta segunda— del Ayuntamiento de Las Gabias, tres únicos elementos independientes de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, constituyen

a favor de la mercantil un derecho real de usufructo sobre una parte de la terraza del edificio, en concreto, sobre una superficie total de 145 m² de la azotea.

Tercero. Y en el título de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal del edificio se establece:

a) Que la cubierta plana o terraza visitable tiene una superficie construida de 160 m² y se encuentra dividida en dos zonas, una al frente de la edificación y otra al fondo, y que es de uso común únicamente de las dos viviendas, accediéndose a estas zonas de terraza desde las escaleras por dos pequeñas puertas.

b) En el piso o vivienda de la primera planta se establece que le corresponde el uso y disfrute de ochenta metros cuadrados de la cubierta plana o terraza visitable, concretamente la zona de ésta que linda con la calle.

c) Y en el piso o vivienda de la segunda planta se establece que le corresponde el uso y disfrute de ochenta metros cuadrados de la cubierta plana o terraza visitable, concretamente la zona de ésta que linda con el patio.

Fundamentos de derecho:

Primero. El vigente artículo 18.1 de la Ley Hipotecaria y 90 de su Reglamento establecen que los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la validez de los actos dispositivos cuya inscripción se solicita, dentro de los límites del artículo 100 del Reglamento.

El artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria establece que en caso de calificación negativa deberá el Registrador firmar una nota expresando las causas impeditivas, suspensivas o denegatorias y la motivación jurídica, ordenadas en hechos y fundamentos de derecho.

Segundo. Calificado el documento, se considera que adolece de los siguientes defectos:

1.º No es inscribible la constitución de un usufructo sobre un elemento común de una propiedad horizontal, sin que previamente se proceda a desafectar tal elemento para convertirlo en privativo. Y ello en base a las siguientes consideraciones:

– El artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, al definir la propiedad horizontal como un derecho que tiene su titular, singular y exclusivo de propiedad sobre los elementos independientes, unido a un derecho en copropiedad con los demás dueños de pisos o locales sobre los elementos comunes, dispone en su último párrafo que “cada propietario puede libremente disponer de su derecho, sin poder separar los elementos que lo integran...”.

– El artículo 396 del Código Civil en su párrafo 1.º señala que “Los diferentes pisos o locales... llevarán inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes...” y en su párrafo 2.º que “Las partes en copropiedad... sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas, juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable.”

– La autonomía de la voluntad no puede ir en contra de la ley, que fija un determinado destino a los elementos comunes de una propiedad horizontal e impide que estos lleven una vida registral diferente a la de los respectivos elementos independientes. Una prueba de esto es la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el sentido de que en caso de desafectación de un elemento común, éste resultará gravado con todas y cada una de las cargas que pesen sobre todos y cada uno de los elementos privativos de la propiedad horizontal.

– En definitiva, la cesión del derecho a colocar carteles o antenas en una azotea o cubierta, no puede instrumentalizarse a través de la constitución de un derecho de usufructo sobre dicha azotea o cubierta, ya que este atribuye a su titular un derecho de uso y disfrute en exclusividad sobre dicha zona, y excluyente para los demás propietarios del edificio, desnaturalizando así la función y destino de una zona común. La resolución de 24/11/2003 de la D.G.R y Notariado permitió una reserva estatutaria en una propiedad horizontal para colocar antenas y carteles a favor del promotor, pero sin

constituir un derecho de usufructo y porque no se impedía a los demás propietarios colocar también dichos objetos, ni utilizar normalmente ese espacio para su esparcimiento. De donde se puede inferir a sensu contrario que la constitución de un derecho de usufructo que atribuye un uso y disfrute a su titular exclusivo y excluyente, no es el vehículo adecuado para conseguir tal finalidad.

2.º La pretendida constitución de este derecho de usufructo sobre la azotea choca y es incompatible con los derechos de uso y disfrute que sobre la azotea les concede el título constitutivo a cada uno de los dos pisos existentes en la citada propiedad horizontal. (Como se ha dicho, del Registro resulta que cada piso tiene derecho al uso y disfrute de 80 metros de la azotea, cuya total superficie es de 160 metros cuadrados estando perfectamente dividida en dos partes, incluso, con dos puertas de acceso diferentes).

3.º No se indica en el título objeto de calificación, si el poder con el que actúa el representante de la entidad usufructuaria está inscrito en el Registro Mercantil.

4.º No se determina perfectamente la zona de la azotea sobre la que recaería el pretendido usufructo, pues, aunque se aportan unas coordenadas, del confuso dibujo aportado parece que éstas se refieren a los vértices de la total superficie de la azotea y no a los de la superficie sobre la que recaería el citado usufructo. La azotea tiene 160 metros cuadrados y el usufructo recaería sólo sobre 145 de ellos.

Parte dispositiva:

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación, el registrador que suscribe.

Acuerdo: Calificar negativamente el despacho de dicho documento por los defectos anteriormente expresados en los Hechos y Fundamentos de Derecho de la presente.

Notificar la presente nota de calificación al presentante.

Contra la presente nota (...)

Santa Fe, 9 de marzo 2018.—El Registrador de la Propiedad (firma ilegible), Vicente Merino Naz.»

III

Solicitada calificación sustitutoria, la misma correspondió a la registradora de la Propiedad de Huéscar, doña María Elena Martín García-Trevijano, quien, mediante nota de fecha 28 de marzo de 2018, notificada al recurrente el día 5 de abril de 2018, confirmó íntegramente la calificación del registrador de la Propiedad de Santa Fe número 2.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don Luis María Rojas Martínez del Mármol, notario de Granada, interpuso recurso mediante escrito de fecha 4 de mayo de 2018 y con arreglo a las siguientes alegaciones:

«(...) a) En primer lugar, es doctrina reiterada de la Dirección General de Registros y del Notariado (vid. Resoluciones de 16 de junio de 2012, 1 de julio de 2013 y 27 de octubre de 2017, entre otras), que en nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente factible constituir un derecho de uso sobre alguna de las partes materiales susceptible de aprovechamiento independiente de un inmueble, y ello no es incompatible con el mantenimiento de la unidad objetiva del todo, pues no existe obstáculo jurídico a la constitución de derechos de goce —reales o personales— concretados a una sola porción material de la finca sobre la que se constituyen (vid. arts. 469, 517, 523 y siguientes; 545, 553, 564 y 1582 del Código Civil; artículo 4 de la Ley de Arrendamientos Rústicos), siempre y cuando quede suficientemente determinado (máxime si se trata de

un derecho inscribible) la porción de la finca sobre la que recaerá tal derecho de goce (vid. arts. 1261 y 1273 y siguientes del Código civil, 9.1 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario) sin que sea necesaria la previa segregación.

b) En relación a la pretendida infracción del artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, la constitución de un derecho de usufructo no implica que se esté produciendo la separación de los elementos comunes objeto de aquel derecho, los cuales siguen perteneciendo en copropiedad a los distintos propietarios de los elementos privativos, eso sí, gravados con un derecho real limitado de goce o disfrute como es el usufructo.

c) En relación a la supuesta infracción del artículo 396 del Código Civil, lo que este precepto prohíbe es la disposición separada de los elementos comunes respecto de los privativos por cada propietario, es decir, un propietario no puede vender su cuota de copropiedad sobre las escaleras del edificio o el portal del mismo o la azotea, sino que solo se pueden enajenar, en su sentido amplio, juntamente con la parte privativa de la que son anejo inseparable. Aquí no se está enajenando separadamente la cuota de copropiedad sobre la azotea ni el derecho privativo de uso exclusivo, sino que se está constituyendo un usufructo sobre parte de un elemento común afecto a un uso privativo, y la figura del usufructo parcial, es decir, del usufructo que no afecta a la totalidad de la cosa, está perfectamente admitida en nuestro derecho.

d) La autonomía de la voluntad en este caso no infringe la ley, ya que la constitución de un derecho de usufructo parcial no significa que los elementos comunes lleven una vida registral diferente a la de los elementos privativos. En el Registro de la Propiedad no se produce ninguna modificación en relación a los elementos privativos ni comunes, ya que en esta operación lo único que se produce es el gravamen de un elemento común que ya estaba gravado con un derecho de uso exclusivo a favor de dos elementos privativos de una división horizontal.

e) El principio de autonomía de la voluntad, precisamente, es el que permite que el derecho a colocar carteles pueda instrumentalizarse de la manera que los propietarios del edificio tengan por conveniente. Y en este supuesto de hecho, no solo prestan el consentimiento para el nacimiento del gravamen los propietarios de cada uno de los elementos privativos que llevan como anejo el uso exclusivo de la azotea, sino también la unanimidad de la comunidad de propietarios, requisito necesario para gravar el elemento común.

f) El derecho de usufructo constituido no es incompatible con el derecho de uso que le corresponde a cada uno de los propietarios, ya que la figura del usufructo sobre otro usufructo es admitida en nuestro derecho, cuando la constitución de estos derechos ha sido consentida por los titulares del derecho.

Visto todo lo anterior, se solicita la rectificación de la calificación y que se proceda a la práctica de la inscripción de la operación jurídica de «constitución de derecho de usufructo.»

V

El registrador emitió informe el día 11 de mayo de 2018, ratificándose íntegramente en el contenido de la nota de calificación impugnada, y remitió el expediente a este Centro Directivo.

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, 29 de marzo de 2017 y 17 de enero de 2018.

1. Es objeto del presente recurso decidir si es inscribible o no en el Registro de la Propiedad una escritura por la que los propietarios de la totalidad de los elementos privativos en que se divide un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal constituyen a título oneroso un derecho de usufructo recayente sobre parte de la azotea del inmueble que da derecho a su titular a instalar, mantener y sustituir determinados equipos de telecomunicaciones, así como a arrendarlos a terceros.

Concorre la circunstancia de que la citada terraza o azotea está delimitada en dos zonas sobre cada una de las cuales los titulares de las viviendas situadas en las plantas primera y segunda (elementos privativos números dos y tres, respectivamente) tienen asignado en el título constitutivo de la propiedad horizontal (apareciendo así consignado en las respectivas descripciones de ambas viviendas) «el uso y disfrute de ochenta metros cuadrados en la cubierta plana o terraza visitable», superponiéndose la zona afectada por el derecho real de usufructo constituido sobre parte de las citadas zonas de uso y disfrute privativo.

El registrador suspende la inscripción del citado derecho de usufructo sobre el citado elemento común del inmueble, por cuatro defectos: a) no ser inscribible, a su juicio, la constitución de un derecho de usufructo sobre un elemento común de una propiedad horizontal, sin que previamente se proceda a desafectar tal elemento para convertirlo en privativo; b) este derecho de usufructo sobre la azotea choca y es incompatible con los derechos de uso y disfrute que sobre la azotea concede el título constitutivo a cada uno de los dos pisos existentes en la citada propiedad horizontal; c) no se indica en el título si el poder en virtud del que actúa el representante de la entidad usufructuaria está inscrito en el Registro Mercantil, y d) no se determina perfectamente la zona de la azotea sobre la que recaería el pretendido derecho de usufructo, pues aunque se aportan unas coordenadas, del plano aportado parece que éstas se refieren a los vértices de la total superficie de la azotea y no a los de la superficie sobre la que recaería el usufructo.

De los cuatro defectos indicados el escrito de recurso se refiere exclusivamente a los dos primeros, por lo que a estos se ha de ceñir igualmente la presente Resolución al no ser objeto de impugnación los otros dos (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

2. Los argumentos de Derecho positivo en que se apoya la calificación recurrida son, por un lado, el artículo 3 de la Ley sobre propiedad horizontal, al disponer que «cada propietario puede libremente disponer de su derecho, sin poder separar los elementos que lo integran» y, por otro, el artículo 396, párrafo segundo, del Código civil al establecer que «las partes en copropiedad (...) sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable», considerando además el registrador que la autonomía de la voluntad no puede ir en contra de la Ley que fija un determinado destino a los elementos comunes e impide que estos lleven una vida registral diferente a la de los respectivos elementos independientes. Considerando, finalmente, como se ha señalado, que la constitución de un derecho de usufructo sobre la azotea choca y es incompatible con los derechos de uso y disfrute que sobre la misma concede el título constitutivo a cada uno de los dos pisos existentes en la citada propiedad horizontal. Ninguno de estos argumentos de apoyo de la calificación, sin embargo, pueden ser mantenidos por este Centro Directivo, conforme a los fundamentos jurídicos que a continuación se desarrollan.

3. Es cierto, 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), que 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), principio de inseparabilidad en que se apoya precisamente la calificación objeto del presente expediente.

Ahora bien, es igualmente cierto, como ha señalado en varias ocasiones este Centro Directivo (Resoluciones de 31 de marzo de 2005, 5 de julio de 2016 y 17 de enero de 2018), 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).

4. En este sentido, como ha señalado la doctrina, 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 (o «visitable» como se dice en el título calificado), 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, por su parte,

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 reciente 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)».

5. Por tanto, el uso exclusivo de la terraza, entendido ésta como concepto físico y jurídico distinto al de cubierta, conforme a la distinción jurisprudencial reseñada, no es uno de esos elementos que por su carácter necesario para el adecuado uso y disfrute de los elementos privativos no pueda ser enajenado sin separación del derecho del que son anejos. Todo ello sin perjuicio de que la cubierta del edificio no pueda perder su naturaleza de elemento común debido a la función que cumple en el ámbito de la propiedad horizontal, y ello pese a que la terraza situada en la última planta del edificio, se configure como privativa (vid. Sentencias de 17 de febrero de 1993, 8 de abril de 2011, 18 de junio de 2012 y 24 de abril de 2013, entre otras).

Por ello, como puso de manifiesto este Centro Directivo en su Resolución de 25 de noviembre de 1992, aquellos derechos sobre servicios o usos singulares del inmueble, como el de instalar en la terraza carteles publicitarios, luminosos, o de cualquier otro tipo, como las instalaciones de telecomunicaciones a que se refiere este expediente, que con el consentimiento unánime de los propietarios pueden establecerse en favor de cualquier sujeto como derecho real de servidumbre personal, u otra modalidad de derecho de goce, no están sujetos a limitaciones distintas cuando en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal se configuran como un derecho anejo al de propiedad sobre determinado elemento privativo sometido a tal régimen. No pueden confundirse entonces las facultades que este derecho autónomo anejo comprende con las facultades, por esencia inseparables (cfr. artículos 3, fine, de la Ley sobre propiedad horizontal, y 396 Código Civil, a que se refiere el registrador en su calificación), sobre los elementos comunes necesarios para el adecuado uso y disfrute de los distintos pisos o locales.

6. Por tanto, si en el título constitutivo, a la vez que se configura aquel derecho autónomo como anejo del derecho de propiedad, se permite —como podría hacerse con un hipotético derecho anejo sobre una plaza de garaje— que el titular pueda usar el derecho sin restringirse la posibilidad de su cesión a otra persona, en usufructo o arrendamiento (como sucedía en la hipótesis de la citada Resolución de 25 de noviembre de 1992), no hay razón para entender que, conforme al artículo 3, «in fine», de la Ley sobre propiedad horizontal, dicho usufructo o arrendamiento solo sería posible si se extendiese el arrendamiento o el usufructo simultáneamente sobre el piso o local, de cuya propiedad el derecho es anejo, pues, como afirmó la citada Resolución, la única inseparabilidad que la legislación aplicable impone como esencial o connatural con el régimen de propiedad horizontal es la del derecho que lleva inherente por ley la propiedad separada de cada local sobre «los demás elementos del edificio necesarios

para su adecuado uso y disfrute» (cfr. artículos 396, párrafos primero y segundo, del Código Civil).

Repárese en que el derecho a colocar carteles u otros elementos o instalaciones en la terraza de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, cuando es constituido como derecho real autónomo, tiene por sí la consideración de bien inmueble (cfr. artículo 333.10 del Código Civil), e indudablemente un usufructo, o un arrendamiento, sobre ese inmueble, si por sí es válido y cumple con los requisitos legales de su constitución (y los previstos por la legislación hipotecaria para su inscripción), es inscribible. El dato de que la titularidad de este derecho, en principio autónomo, se haya configurado como titularidad «ob rem», no es dato por sí suficiente para negar al derecho mismo el carácter de derecho real y al citado usufructo o arrendamiento respectivo, el carácter inscribible.

Como ya afirmó la reiterada Resolución de 25 de noviembre de 1992, «es indudable que sería inscribible un derecho de usufructo constituido sobre ese derecho real (cfr. artículos 469, inciso 2.º del Código civil y 2.2 de la Ley Hipotecaria) por actos «entre vivos» y precio alzado, siempre que resultara, por lo demás, válidamente constituido y, por tanto, si se respeta el límite máximo de los 30 años que rige cuando el titular del derecho de goce que el usufructo implica sea una sociedad (artículo 515 del Código civil)», límite temporal que en el presente caso resulta aplicable y es respetado al establecerse en el propio título constitutivo del usufructo una estipulación relativa al plazo en que se pacta que «el derecho real de usufructo se otorga por un plazo de treinta (30) años desde la fecha presente».

7. Igualmente se integran en el título calificado las exigencias relativas a los consentimientos necesarios para la constitución del usufructo. En este sentido hay que recordar que la Ley sobre Propiedad Horizontal atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. artículos 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.ª de tal precepto).

Cabe recordar asimismo que, conforme a la doctrina de esta Dirección General (cfr. por todas las Resoluciones de 29 de marzo de 2017 y 17 de enero de 2018), 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.ª, 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.

8. En el supuesto de hecho de este expediente, la azotea o terraza tiene la consideración de elemento común del edificio (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 en el mismo título constitutivo a los titulares de dos de los elementos privativos del inmueble.

Por ello, es requisito imprescindible el consentimiento de estos titulares del derecho de uso exclusivo de la azotea, al resultar directamente afectados por la constitución del derecho de usufructo. 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, los titulares de las viviendas que integran los elementos privativos dos y tres de la propiedad horizontal quedan directamente afectados, al ser restringido el derecho de uso que se les 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. Y así se produce en el presente caso en que comparecen en la escritura de constitución del derecho de usufructo los titulares que agotan la totalidad del dominio no sólo de las referidas viviendas, sino también del local que integran el elemento privativo número uno, y con ello el cien por cien de la propiedad de la totalidad del inmueble.

9. Finalmente debe revocarse también el defecto que imputa al derecho de usufructo constituido incompatibilidad con el derecho de uso y disfrute exclusivo sobre la terraza. Como ha destacado la doctrina de este Centro Directivo (vid. Resolución de 21 de diciembre de 2011), el usufructo sobre derechos es una figura claramente admitida por nuestro ordenamiento, pues además de ser la solución más congruente con el principio de la libre transmisibilidad de los bienes y derechos (cfr. artículo 1112 del Código Civil), cuenta con el refrendo explícito del artículo 469 del Código Civil. Este precepto admite expresamente el usufructo de derechos, de todo tipo de derechos, siempre que no sean personalísimos e intransferibles, requisitos ambos que concurren en el derecho de uso exclusivo de la terraza en los términos que han sido ampliamente analizados «supra».

Este especial usufructo constituido permite que su titular ostente el goce actual no de todo el racimo de facultades que conforman e integran el «utendi» et «fruendi» del derecho de uso exclusivo concurrente con el usufructo sobre la cosa gravada, sino específicamente de los atribuidos de forma concreta en el título constitutivo (construcción, instalación, reparación de torres, antenas, equipos o instalaciones relativas a la transmisión y/o recepción de todo tipo de señales de comunicación inalámbrica, etc., usos que simétricamente los constituyentes se obligan en el título a no realizar ni por sí ni por terceros), sin que ni tales usos agoten o resulten incompatibles con otros posibles concurrentes (la obligación de abstención se refiere a esos mismos

usos no a otros), ni el usufructo se extienda a la totalidad de la superficie a que alcanza el derecho de uso exclusivo de la terraza, ni, por su carácter temporal, agote la titularidad latente que respecto de las mismas facultades ahora atribuidas en régimen de usufructo, serán recuperadas por la expansión natural del derecho de uso en el momento de la extinción de aquél. Por todo lo cual tampoco puede ser confirmado el segundo defecto impugnado.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador en cuanto a los dos únicos defectos impugnados.

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, 19 de julio de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.