

Recurso de apelación: alcance del "uso y disfrute" exclusivos de un elemento común, concedido al adquirente de un piso, en inmueble sometido al régimen especial de propiedad horizontal

I

Hechos.—En diciembre de 1985 los esposos "X" e "Y" adquirieron, para sociedad legal de gananciales, un piso estudio situado en la planta baja de un inmueble en Madrid, por virtud de escritura pública inscrita en su día en el Registro de la Propiedad. El piso estudio tiene asignada una cuota de 6 por 100 en los elementos comunes del inmueble. El artículo 4.º de los Estatutos por los que se rige dicho inmueble, transcrito en la escritura de compraventa, dice: "Los propietarios de los cuatro estudios de la planta baja tienen derecho de uso y disfrute de la terraza que cada uno de ellos tiene asignada y la obligación de conservación y reparación".

Como cuestión de hecho, las terrazas rodean el edificio en sus partes laterales y posterior. Y, en cuanto terrazas, son cubiertas de los locales situados bajos las mismas. A las terrazas solamente se puede tener acceso por medio de los pisos estudio de la planta baja. No hay servidumbres de paso constituida ni concretada a favor de los comuneros.

Por particulares razones, el señor "X" erigió, en la puerta de acceso entre la terraza y su propio piso, una estructura de aluminio y cristal, a modo de cerramiento, que sobresalía en la terraza, aproximadamente, un metro y medio. Así, se impedía el acceso de ratones al piso y, sobre todo, que el agua de lluvia —que solía acumularse por los desperdicios que

algunos vecinos arrojaban a la terraza, y por la ocasional concentración de hojas de árbol caídas— invadiese el propio piso, lo que aconteció en alguna ocasión anterior. Al poco de adquirir el piso, el señor "X" había levantado un pequeño muro, paralelo a la fachada, que luego aprovechó para ultimar el cerramiento de aluminio y cristal. La altura de toda la obra se mantenía dentro de la proyección de la línea imaginaria que separaba su techo del suelo del vecino del piso inmediato superior.

Así como la primera construcción —el muro— fue tolerada por la comunidad de propietarios, al producirse el cerramiento de aluminio y cristal la comunidad requirió al señor "X", en reunión de la Junta de propietarios y por acuerdo adoptado por mayoría simple, para que procediese al derribo de lo realizado. "X" se negó. Se alegó por la Junta de propietarios que en el libro de actas transcrito estaba un acuerdo, adoptado en 1975, que prohibía todo tipo de construcciones en las terrazas.

Sin acuerdo, por mayoría simple convino la comunidad proceder contra el comunero, interponiéndose demanda contra el señor "X" en el correspondiente juicio de cognición en que entendió el Juzgado de Distrito.

En primera instancia, y hecha abstracción de algunas incidencias procesales —destacando la excepción de *litis consortio* pasivo necesario, por no haber sido demandada, ni tan siquiera notificada, la esposa de "X", doña "Y"—, se alegó por el demandado señor "X" que era titular de un derecho de usufructo.

La sentencia, aceptando la tesis de la parte demandante, ordenó al señor "X" al correspondiente derribo de lo construido, con condena en gastos bajo el criterio procesal del vencimiento.

Y respecto de la tesis del demandado, ser titular de un derecho de usufructo, que le autorizaba a actuar como lo hizo, expresaba la sentencia tal imposibilidad porque el usufructo "sólo puede recaer sobre bienes ajenos (art. 467) y en ningún caso sobre bienes propios, si bien sometidos al especial régimen de propiedad horizontal" (*sic*) (fundamento de Derecho segundo de la sentencia del Juzgado de Instancia).

II

Entendíase en la primera instancia, por parte de la representación profesional del demandado, que el señor "X" era titular de un derecho de usufructo, constituido por virtud del artículo 4.º de los Estatutos por los que se rige el inmueble, considerándose que el usufructo no es incompatible con la propiedad horizontal. Y, en concreto, que un elemento común del inmueble puede ser cedido en usufructo a un cotitular o a un extraño a la

horizontalidad. Porque en el régimen especial de propiedad horizontal una cosa es el título de un elemento común (expresión del dominio) y otra cosa es que el contenido económico jurídico de ese dominio, un uso y disfrute exclusivos o usufructo, se actúe, con trascendencia real, por un sujeto distinto al titular dominical.

El argumento único del juzgador, antes indicado y transcrito del fundamento de Derecho segundo de la sentencia, estriba en su creencia, que no hay usufructo si no es sobre bienes ajenos.

Tal argumento parece propio de una jurisprudencia de conceptos. Y debe ser desmontado, inicialmente, con esa misma jurisprudencia conceptual.

A. *La noción de ajenidad.*—La ajenidad objetiva es una nota que no deviene exclusiva del usufructo, sino que se participa por todo derecho, salvo el dominio: los derechos de crédito no tienen sentido si no son referidos a un patrimonio ajeno (art. 1.911 CC); los derechos reales, de goce, de garantía o de adquisición preferente, se actúan siempre sobre y respecto de bienes ajenos.

Por consiguiente, lo que parece afirmar el juzgador *a quo* es que el señor "X", por ser cotitular en la propiedad horizontal, no puede tener un derecho de usufructo sobre aquello de que es copropietario.

Desde un punto de vista económico, en sentido llano y simple, resulta muy fuerte admitir que quien tiene un 6 por 100 de *cotitularidad* por cuota en los elementos comunes de un inmueble es también dueño dominical del restante 94 por 100.

Desde una perspectiva técnico-jurídica, que es la que aquí interesa, es de reconocerse que son varias las situaciones contempladas en nuestro Derecho, en que se da la circunstancia que un propietario, *en bienes propios*, constituye un derecho de usufructo, bien sea para adjudicar la nuda propiedad posteriormente, bien sea para retener ésta y ceder aquel derecho limitado. Basta citar los siguientes ejemplos:

1. La llamada venta con reserva del dominio. Discutida su "naturaleza" en la doctrina y en la jurisprudencia —precisamente porque lo que no se transmite es el **dominio**—, atribuye al comprador todas las facultades de uso, goce y disfrute y gestión de la cosa, pero no el dominio. Y es clarísimo que en el *instante* del acto de venta, el auténtico y original propietario crea en bienes propios, a favor de un tercero, un contenido de facultades que son exactamente paralelas a las que el Código Civil fija para el usufructo típico (*legalmente típico* o nominado). Y es en ese *instante*, precisamente, de la venta, que encontramos escindido el dominio del titular en dos manifestaciones: nuda propiedad, objeto de reserva, y resto de facultades, que se ceden. ¿Nace y se escinde antes la facultad

dominical objeto de reserva? ¿Nacen antes las facultades que se ceden?

Acostumbrados a la representación lineal del tiempo, que solemos expresar mediante un vector indicativo de una *trayectoria*, olvidamos con frecuencia la necesidad de su expresión como espacio-tiempo.

Obsérvese que el artículo 4.º de los Estatutos por los que se rige el inmueble de referencia ofrece, en el origen mismo del régimen de horizontalidad, el uso y el disfrute exclusivos de la terraza, de todas y de cada una, al comprador de algún piso de los sitios en la planta baja. Esos uso y disfrute se crean por el titular único del inmueble que se somete a propiedad horizontal, como derecho a favor de un tercero que compre un piso estudio. Uso y disfrute y venta: ¿surgen simultáneamente?, ¿nacen antes las facultades —uso y disfrute— que se ceden al tercer comprador?, ¿nacen y se escinden del dominio horizontal esos uso y disfrute antes o con la venta del piso?

2. La denominada venta con reserva de usufructo por vía de retención. Se concibe como negocio por el que un propietario, sobre cosa que le pertenece, constituye un usufructo a su favor, cediendo el dominio. Es claro que si el usufructo se constituye *por vía de retención*, sólo tiene facultades para ello quien puede disponer del bien, esto es el propietario vendedor. Si la ajenidad la entendiésemos como el juzgador *a quo*, para constituir dicho usufructo por vía de reserva, en la venta de un bien, sería necesario: *a)* enajenar el bien, y *b)* que el comprador adquirente constituyese usufructo a favor del vendedor cedente. Y, entonces, ya no habría venta *con reserva* del usufructo. Realmente se cede la nuda propiedad y el vendedor propietario, *en el mismo instante*, constituye usufructo en cosa propia y a su favor. ¿Es que dicha cosa es, al mismo tiempo, ajena?

Esto no ocurre en el caso de autos, en que el titular pleno de la horizontalidad, y en los propios Estatutos que fijan el régimen jurídico del inmueble, aparta el uso y disfrute exclusivos de las terrazas para terceros, extraños a la comunidad horizontal, que compran un piso en la planta baja. Sólo por consecuencia de dicha adquisición, el tercero se integra en la comunidad horizontal.

3. El supérstite, por designio del causante, es investido de la cualidad de coheredero, además de reunir la condición de usufructuario del patrimonio, sin perjuicio de las legítimas, en su caso. ¿No es usufructuario sobre bienes propios? Es obvio que los títulos son diversos; pero es igualmente claro que tampoco se da la ajenidad en el sentido en que la entiende el juzgador *a quo*. En la hipótesis se es comunero en una cuota de los bienes comunes, al tiempo que se es usufructuario de parte de esos bienes.

¿Se puede ser comunero en el 6 por 100 sobre bienes en régimen de horizontalidad, al tiempo que usufructuario de dichos bienes de propiedad

común? Destacadamente cuando quien crea el uso y disfrute exclusivos lo hace a favor de un extraño, futuro comprador de un piso determinado.

4. Extinción parcial de un usufructo por confusión, al advenir una comunidad hereditaria. "A", propietario, constituye jurisprudencia oneroso a favor de su hijo "B". Fallecido "A" al año siguiente, ¿se extingue el usufructo porque "B", con sus otros dos hermanos, deviene comunero? Se extinguirá, naturalmente, respecto de su cuota en la comunidad hereditaria, pero no respecto del resto.

El comprador del estudio, que tiene constituido a su favor el uso y el disfrute exclusivos, que tiene una cuota del 6 por 100, seguirá teniendo el uso y disfrute exclusivos del 94 por 100; porque, en la diferencia, lo tiene por título dominical.

Con estos ejemplos parece suficiente.

La *ajenidad* no hay que entenderla con referencia sólo al título, sino también respecto de la disponibilidad del contenido económico-social, cuando no económico solamente, de los bienes.

Y es lo que nos ponen de manifiesto los ejemplos citados, que resaltan cómo el legislador y el jurista prácticos, la doctrina y la jurisprudencia, prescindiendo de categorías dogmáticas, buscan resultados socialmente útiles. Fenómeno que no es exclusivo de nuestro tiempo. En el *Digesto* (19, 2, 35, 1) se nos relata que Cayo y Ticio, propietarios de un fundo en condominio, convinieron que lo llevarían en arriendo por años alternos; esto es, que un copropietario se arrienda a sí mismo el propio fundo que tiene en copropiedad (a lo que no es ajeno el concepto romano de división por cuotas). ¿Dónde queda la *ajenidad* inherente al arriendo?

B. *Parte privativa y parte común*.—El juego de parte privativa y parte común, que claramente confunde el juzgador *a quo*, queda perfectamente deslindado en el artículo 399 del Código Civil, cuando dice: "Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le corresponda, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun *sustituir a otro en su aprovechamiento*, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitada a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad" (énfasis añadido).

"Por consiguiente —escribe PUIG BRUTAU (1)—, el Código trata de dar el carácter de propietario pleno e independiente a cada **condómino**, por lo que se refiere a su cuota idealmente separada que recae sobre la

(1) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, III, vol. 2, 2.^a ed., Barcelona, 1973, págs. 33 y sigs.

cosa indivisa. Hay, pues, un claro contraste entre la situación de copropiedad y la independencia atribuida a las cuotas de cada partícipe, diferencia que ha sido especialmente subrayada por la Sentencia de 5 de julio de 1907, expresiva de que los derechos y obligaciones que nacen y derivan de la existencia de una comunidad de bienes constituyen un concepto que no es dable confundir con el de propiedad y dominio sobre las participaciones, mayores, menores o iguales que los interesados en aquéllas puedan alegar y ostentar, siendo, como es evidente, que este último derecho tiene todos los caracteres de un perfecto derecho, siquiera sea mental o ideal, mientras subsiste la indivisión de la cosa sobre la que el propietario puede ejercer sus facultades de dueño, enajenándola, cediéndola o hipotecándola, con todas las consecuencias jurídicas que todo acto produce en Derecho, según establece el artículo 399 del Código Civil, que no es sino una sanción de la doctrina de nuestra legislación anterior".

En otras palabras, que mientras, a efectos internos, entre comuneros, hay una perfecta delimitación del objeto en función de las cuotas, a efectos externos tal delimitación se mantiene incólume, proyectando al momento de la división del objeto la concreción del acto dispositivo. Consiguientemente, la disposición de las cuotas por separado es un acto ordinario contemplado en el artículo 399 del Código Civil. Lo que llevado al caso de autos significa que no hay inconveniente en que el 94 por 100 de la titularidad de los comuneros dispusiere del uso y disfrute exclusivos del bien en favor de otro de ellos. Lo que —parece— cumpliría la exigencia de *ajenidad*, tal como fue entendida por el juzgador *a quo*.

Pero es que hay más. Porque en el caso que nos ocupa, al ser los Estatutos, en su artículo 4.º, los que atribuyen el uso y disfrute exclusivos de las terrazas a quienes adquieran algún piso de la planta baja, viene en resultar que es el 100 por 100 de la titularidad la que crea tal derecho.

En tema de coposesión, VALLET DE GOYTISOLO (2) escribe que aquélla "es el reflejo de hecho de la comunidad entendida en el sentido en que es definida por nuestro artículo 392, es decir, referida tanto a las cosas como a los derechos. Es comprensiva de todas las especies de comunidad posibles en Derecho. Sin que nos interese su determinación, porque aquí nos ocupamos del *espejo* y no del original reflejado".

"Pero sí que, en cambio, nos interesa solucionar una pregunta: ¿refleja este espejo las cuotas existentes en la comunidad? De su respuesta depende en parte la solución de un interesante problema práctico. Se trata de si en los interdictos se pueden resolver las cuestiones que surjan entre los comuneros *respecto a los límites subrayados del uso correspondiente a cada*

(2) VALLET Y GOYTISOLO, J.: *Estudios sobre derecho de cosas*, Madrid; Montecorvo, 2.ª reimpr., págs. 50 y sigs.

uno. Y, además, porque si en la coposesión no se reflejan las cuotas, los comuneros, al usucapir, adquirirán la cosa o derecho por partes iguales; en cambio, si sucede lo contrario, la coparticipación que tendrá cada uno en su derecho adquirido será, precisamente, la que era reflejada por la posesión que la ganó. *Para nosotros la respuesta no ofrece duda, ha de ser precisamente la opuesta a la que da el Derecho alemán.* Porque mientras en Derecho alemán la posesión se refiere sólo a cosas en la totalidad de sus relaciones, en Derecho español, en cambio, puede referirse a los derechos y, consiguientemente, alcanza a relaciones singulares y parciales. La posesión es el retrato de un derecho (verdadero o aparente) a través de su ejercicio; por lo tanto, podrá dibujarse con mayor o menor precisión, según los detalles que revela la participación que nos da la medida de su posesión.

"Pero, entendamos bien, con ello no queremos decir que la coposesión —*resfacti*, como hacen notar PÉREZ y ALGUER— sea susceptible de cuotas. Porque cada poseedor posee el todo. Y menos aún que se posean las cuotas —que no son más que una medida—. Sino sólo que la coposesión puede reflejar esa medida de la participación de cada poseedor que es la cuota" (énfasis original).

Y, con tales premisas, plantea VALLET el tema, dudoso para la época en que escribe —1954—, si cabe el interdicto entre coposeedores, para dar una respuesta rotundamente afirmativa, considerando que cualquier poseedor puede impedir que otro se exceda en su cuota, en cuanto ésta es *reflejo* de su real posesión. Tesis totalmente admitida hoy por doctrina y jurisprudencia, como expresión del artículo 445 del Código Civil, en su apartado primero, al afirmar que la posesión *como* hecho no puede reconocerse en personas distintas salvo los casos de indivisión.

Resumiendo en otros términos, tanto en el plano jurídico (art. 399 CC) como en el (al decir de un sector doctrinal) estrictamente fáctico (art. 445 CC), el legislador separa y distingue nítidamente la cuota de cada partícipe, en cuanto reflejo de la extensión objetiva de su derecho, de la totalidad del objeto que por título corresponde a todos los comuneros.

Y así lo ha reconocido nuestro Tribunal Supremo, rechazando de plano la noción de ajenidad del juzgador *a quo* en Sentencia de 20 de marzo de 1984. Se trataba de unas obras realizadas por un arrendatario en un patio, elemento común, cuyo uso exclusivo (y solamente el uso) le fue otorgado al copropietario arrendador, alegando el arrendatario en su defensa que el uso exclusivo del patio estaba adjudicado estatutariamente a dicho arrendador, quien conoció y no se opuso a las obras, consistentes en *la total cubierta del patio con materiales de obra de fábrica*. El Tribunal de Casación, después de indicar que el uso exclusivo no es un usufructo —criterio que comparto enteramente—, dice en su considerando segundo:

"A partir de la afirmación de ser el patio elemento común del edificio y corresponder al titular del local 'el uso exclusivo y no la propiedad', según se ha comprobado largamente, es obvio que carecía dicho titular propietario y no podía, consiguientemente, autorizar a su arrendatario para la obra cuyas características también se ha recordado prolijamente, por las cuales, como acertadamente entendió la Sala de Instancia, se dispone de un *elemento ajeno*, por pertenecer el mismo a la copropiedad y ésta a todos (y no sólo al disponente)" (énfasis añadido).

Evidentemente, si aquí el elemento común le es ajeno al copropietario, por pertenecer también a los demás comuneros, no hay argumento que me pueda convencer para afirmar, en el caso que no ocupa, que el elemento común es propio.

Parece, pues, que Código Civil, doctrina y jurisprudencia, rechazan la noción de *ajenidad* del juzgador *a quo*, derivada ésta de confundir lo común y lo privativo en la *cotitularidad* dominical y en el contenido del derecho.

III

Yendo, en concreto, al caso que nos ocupa, véase ahora por qué y cómo surge la calificación del uso y disfrute concedidos como modalidad del derecho de usufructo.

Al momento de constituirse la comunidad de propietarios del inmueble de referencia, el artículo 4.º de los Estatutos crea y concede el derecho de uso y disfrute exclusivos de cada una de las terrazas de la planta baja a cada uno de los titulares que, por compra, adquieran uno de los pisos estudio de dicha planta baja. Esto es que el titular único o los titulares todos que someten el inmueble al régimen de propiedad horizontal constituyen a favor de persona determinable (el adquirente de algún piso de la planta baja) aquel derecho de uso y disfrute exclusivos sobre un elemento común del inmueble, todo ello conforme autorizan los artículos 1.º y 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal.

Tal posibilidad es obvia. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1984 en su considerando duodécimo, recogiendo una tesis unánimemente admitida: "Que, insistiendo, a fin de completarlo, en el apuntado tema del *ius dispositivum*, dentro del marco de la Ley de Propiedad Horizontal, debe indicarse que al asentar quien recurre el motivo que se está examinando" —si la enumeración de elementos comunes recogida en el artículo 396 del Código Civil es *ius cogens* o meramente dispositivo—, "en la naturaleza obligatoria de la relación que el artículo

396 del Código Civil hace de los elementos, no ha tenido para nada en cuenta o ha preferido olvidar el considerable margen que la Ley de Propiedad Horizontal otorga a la voluntad de sus titulares; incluido el propietario único del edificio antes de iniciar su venta por espacios independientes, para instrumentar y delimitar ciertos aspectos de la misma siempre que no alteren o contradigan los principios fundamentales de dicho régimen de propiedad, y así, al amparo de lo que se dispone en el ya citado artículo 5.º de su Ley reguladora, especialmente en sus párrafos primero y tercero, es posible, según la doctrina en general, la reserva en exclusivo uso de ciertos elementos comunes, como los patios (Sentencia de 2 de mayo de 1964), o las terrazas (Sentencias de 7 y 24 de octubre de 1978); la retención de la posesión exclusiva y excluyente de todos los patios comunes de la casa o, por lo menos, de su uso y disfrute (Sentencia de 28 de enero de 1967); la desafectación de elementos comunes para su conversión en privativos, como puede observarse en la Sentencia de 14 de noviembre de 1979, de modo argumental y *a contrario sensu*, así como más precisamente en las Sentencias de 6 de junio de 1979 y 4 de abril de 1984, relativas a porterías, y todo ello sin olvidar algo, que tampoco tiene en cuenta la recurrente, que el citado artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal autoriza al 'propietario único del edificio' para otorgar, antes de iniciar su venta por pisos y locales, el pertinente 'título constitutivo' de dicho régimen jurídico, que es lo realizado por los demandados-recurridos" (*sic*).

En cuanto régimen por el que se rige el inmueble —régimen que atribuye el uso y disfrute exclusivo y excluyente a algunos comuneros solamente—, cualquier modificación del mismo queda sujeta al principio de unanimidad (art. 16 LPH) y a la inscripción en el Registro de la Propiedad para su eficacia respecto de terceros (art. 5.º LPH).

Indudablemente, la cesión exclusiva del uso y disfrute —cualquiera que sea ahora su calificación jurídica— entraña la atribución al beneficiado de un conjunto de facultades, que no puede ser alterada en lo absoluto por una decisión tomada por simple mayoría de condominos; y que, además, no fue nunca inscrita —porque no podía serlo al faltar la unanimidad— en el Registro de la Propiedad.

Concebida esa cesión del uso y disfrute como usufructo, que es la tesis que aquí se mantiene y que luego se acreditará, interesa precisar cómo surge a la vida tal derecho.

Escribe HERNÁNDEZ GIL (3), explicando el proceso por el que surge a la vida un derecho real, que "hay que distinguir entre *adquisición* y *nacimiento* de los derechos. Adquisición significa tanto como atribución de un

(3) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Dictámenes*, tomo I, págs. 331 y sigs.

derecho a una persona, el ingreso del mismo en su patrimonio. Por nacimiento entendemos el surgir *ex novo* del derecho, su aparición, por primera vez, en el tráfico jurídico. Si se parte de que el derecho precisa como soporte de un sujeto titular, el concepto del nacimiento incorpora el de adquisición...

La adquisición puede ser *originaria* y *derivativa*. Es originaria cuando la atribución opera de una manera directa y en razón tan sólo de la voluntad o conducta del adquirente, como se ve con toda claridad en la adquisición de la propiedad por ocupación...

La adquisición es derivativa siempre que la atribución del derecho es el resultado de la cooperación entre el disponente ó transmitente y el adquirente. *Cuenta de manera decisiva la previa existencia del derecho que se atribuye a otra persona.* No cabe, por tanto, la hipótesis del nacimiento. Normalmente, la previa existencia significa también que el derecho corresponde al disponente y en la medida en que le corresponde lo transfiere al nuevo titular... con la excepción de las consabidas adquisiciones *a non domino*.

La adquisición derivativa reviste a su vez dos modalidades: adquisición derivativa traslativa y adquisición derivativa constitutiva.

La adquisición es derivativa cuando existe identidad entre el derecho que corresponde al anterior titular y el atribuido al titular subsiguiente. El contenido del derecho es exactamente el mismo; más aún, se trata del mismo derecho en el que no se ha producido más cambio que el del sujeto. El ejemplo claro de ella lo tenemos cuando la persona titular del derecho de propiedad lo transfiere íntegramente a otra.

La adquisición derivativa es constitutiva si *el derecho adquirido, procediendo de otro anterior, no es exactamente igual. Hay una adquisición derivativa porque el derecho atribuido está en función del precedente, emana de él, es su proyección. Pero no tiene el mismo contenido, bien porque el titular precedente conserva parte de ese contenido, por lo que no ha dispuesto de la totalidad del derecho, bien porque el titular precedente ha dispuesto fraccionariamente del contenido del derecho a favor de diferentes personas.* Como ejemplo del primer caso así acontece cuando "el titular del derecho de propiedad constituye un **usufructo**. Este derecho procede del derecho de propiedad y concurre con él, pero la concurrencia se traduce en la limitación" (énfasis añadido).

"De conformidad con el artículo 609 del Código Civil, la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes se adquieren y transmiten... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Prescindiendo por ahora de otras consideraciones, estos modos de adquirir son derivativos. Este significado lo patentiza y refuerza la expre-

sión *transmiten*. Toda transmisión es una adquisición derivativa" (4).

El precepto recoge, como es sabido, la teoría del título y del modo de adquirir, la cual "sintéticamente enunciada significa que la adquisición de la propiedad y de los derechos reales requiere la concurrencia de dos factores: el título, es decir, un determinado acto jurídico (voluntario o expresivo de un consentimiento) dirigido a la transmisión (pues sólo en las adquisiciones derivativas se presenta **propiamente** esta dualidad), y el modo, esto es, otro requisito material o formal, que concierne a la entrega real o simbólica de la cosa. Ambos factores están, entre sí, en una relación de recíproca interdependencia. Se presentan como mutuamente indispensables. Y es necesaria la concurrencia de ambos para producir la adquisición. El título funciona como antecedente —**espiritual**, volitivo o causal— de la adquisición que se realiza a través del modo. La prioridad lógica del título como antecedente o determinante no supone necesariamente prioridad **cronológica**" (*constitutumpossessorium*).

"La distinción entre el título y el modo y la necesidad de su concurso para que surja el derecho real constituye el presupuesto básico del artículo 1.095 del Código Civil. Delimita claramente los momentos y los conceptos de acreedor y de adquirente del derecho real. 'El acreedor —dice el inciso **primero**— tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla' (...). 'Sin embargo —dice el inciso segundo del art. 1.095—, no adquirirá derecho real sobre ella (la cosa) *hasta que haya sido entregada*'" (5). He ahí la posición del adquirente, diferenciada o yuxtapuesta a la de acreedor, y subordinada a la entrega. Sólo entonces hay un derecho (real) totalmente incidente sobre la cosa, aun cuando con anterioridad se hayan atribuido otros derechos (el crédito).

Continúa el citado autor y Presidente del Tribunal Supremo: "Mientras el nacimiento de la obligación pertenece a la esfera del título, la adquisición del derecho real se da ya en la esfera del modo. El modo, siendo distinto y desempeñando una finalidad atributiva del derecho real, tiene también un significado en orden al título, es decir, en cuanto el derecho de crédito. La entrega de la cosa, que en su función de modo integra el supuesto atributivo del derecho real, en su función de realización de la prestación constituye el cumplimiento de la obligación. Es un caso aparece en el proceso genético, en el otro en el desarrollo vital" (6).

Hasta aquí la larga cita.

Que un Estatuto de propiedad horizontal atribuya el uso y disfrute a un sujeto por determinar *ob rem* (quien compre un estudio del piso bajo)

(4) *Ibidem*, pág. 334.

(5) *Ibidem*, págs. 344-45.

(6) *Ibidem*, pág. 345.

expresa una perfecta relación de obligación, cuyo carácter de derecho real culmina con la entrega, tradición o modo, que, conforme al artículo 1.462 del Código Civil, lo es la escritura pública en cuyo otorgamiento se perfecciona el proceso de adquisición derivativa constitutiva, de manera tal que el adquirente, con título constituido con referencia a bienes ajenos (el dominio de los comuneros), culmina su derecho real con la tradición instrumental (art. 1.462 CC).

Supongamos, por hipótesis, que un comprador de un estudio del edificio que nos ocupa no recibiese esos uso y disfrute exclusivos de la terraza estatutariamente adjudicada, por incumplimiento de la comunidad. ¿No condenaría el Juez a la entrega porque el título obliga a ello?

Y éste es el punto esencial. La comunidad de propietarios del inmueble de referencia, al constituirse el propio régimen especial, otorga el uso y disfrute exclusivos de las terrazas del piso bajo, siendo el título por el que se obliga los propios Estatutos del inmueble. Sujeto activo de esa relación de obligación lo es una persona determinable por el acto de comprar un estudio de la planta baja, instante en que se completa la estructura imprescindible del derecho real (título más modo), siendo la escritura pública de venta tradición de aquel derecho de uso y disfrute.

Interesa —abusando de la paciencia del lector— aclarar este punto, en que coinciden la apreciación instantánea y lineal del tiempo y la propia estructura de la relación jurídica: el dueño del bien, la comunidad de propietarios o el propietario único y original del inmueble constituye una relación jurídica a favor de un sujeto determinable, por cuya virtud cede al mismo el uso y disfrute exclusivos de un elemento común. El factor determinante es la compra de un elemento privativo del inmueble.

Para el juzgador *a quo* —en una apreciación lineal del tiempo y, además, invertida en su sentido— primero es la compra y luego la adquisición del derecho que aquella relación jurídica atribuye: pospone, así, el derecho que estaba ya creado en el título constitutivo, al acto determinante de la adquisición posesoria (la compra del elemento privativo del inmueble).

Sin embargo, de lo cual, bajo esa apreciación del tiempo como trayectoria, habría que considerar como *prius* lógico la relación jurídica de atribución del uso y disfrute, existente desde el primer día en que el inmueble se constituyó bajo el régimen de propiedad horizontal; y como *posterius* lógico la compraventa, que atribuye al sujeto determinable de aquella relación jurídica la toma de posesión de un derecho de uso y disfrute exclusivos.

Resumiendo lo dicho cabe concretar:

1. Una comunidad de propietarios constituye, en los Estatutos por

los que se rige el inmueble, un derecho de uso y disfrute exclusivos a favor de un sujeto determinable —el adquirente de un piso **bajo**—; título que habilita a este sujeto determinable, una vez determinado, a exigir la entrega del objeto: cesión del uso y disfrute exclusivos de la terraza.

2. Es claro que aquel derecho va referido, para el sujeto determinable, a bienes ajenos.

3. Al ceder el uso y disfrute genéricos, la comunidad de propietarios retiene solamente la nuda propiedad.

4. Con la compra del elemento privativo —un estudio del piso **bajo**—, que sirve para concretar al sujeto determinable, culmina el proceso de constitución de aquella relación jurídica de trascendencia real, inscribible e inscrita en el Registro de la Propiedad.

5. Sin olvidar nunca que el carácter real de dicha relación existe desde su origen, pues, como resalta HERNÁNDEZ GIL, separar el crédito (como *prius*) del contenido real (como *posterius*) es una simple operación intelectual, pues la estructura del derecho real engarza de tal manera ambos momentos (título y modo), que son técnicamente inseparables.

¿Qué razones pueden existir para negar la calificación de usufructo innominado a esos uso y disfrute exclusivos, usufructo que se rige por su título constitutivo (el art. 4.º de los Estatutos del inmueble) y, por defecto o insuficiencia de éste, por las normas del Código Civil?

IV

Las expresiones *uso y disfrute*, empleadas reiteradamente en la Ley de Propiedad Horizontal (arts. 1.º, 3.º, 5.º y 6.º), están regularmente pensadas en dicho texto legal, como es lógico, por referencia al empleo, gestión, beneficio, que obtengan los comuneros del objeto en copropiedad; con igual alcance que la facultad de servirse de las cosas comunes, recogida en el artículo 394 del Código Civil. Lo mismo cabe decir del propietario único que usa y disfruta del objeto de su propiedad, porque uso, disfrute y disposición son los contenidos más propios del dominio (art. 348 CC).

Ahora **bien**, cuando al dominio se le **sustraen** el uso y disfrute por adjudicación de esas facultades a otro sujeto, se dice del propietario que sólo tiene la nuda propiedad; porque ceder el uso y disfrute significa constituir a favor de alguien el derecho de usar y disfrutar; que, como *atribución genérica* de todas las posibilidades económico-sociales que el objeto ofrece, pasa a convertirse en derecho de usufructo.

Es cierto que se pueden atribuir a terceras personas contenidos parciales de un uso y disfrute inherentes al dominio. Así, el arrendamiento. No

obstante, cuando el artículo 4.º de los Estatutos del inmueble de referencia adjudica a los propietarios de los pisos bajos el uso y disfrute exclusivos de las terrazas, todo uso y disfrute posibles, renunciando la comunidad a ellos, no está, claramente, **arrendado**. No. Se constituye un derecho real a favor de los titulares de los pisos bajos.

Que esos uso y disfrute son expresivos de un derecho real es **elemental**: no se condiciona en los Estatutos para que los titulares de los pisos bajos reclamen de la comunidad una cooperación ("débito") cada vez que van a usar o disfrutar de las terrazas respectivas. Muy por el contrario, el artículo 4.º de los Estatutos del inmueble les autoriza a dichos titulares de los pisos bajos a actuar directamente sobre el objeto de su derecho: *relación* hombre-cosa típica del derecho real (sin perjuicio de la imprecisión técnica de la expresión). Se trata, pues, de ver, entre los derechos reales existentes en nuestro Derecho, cuál concede un uso y disfrute exclusivos y genéricos.

Y si observamos, por ejemplo, la clasificación que ofrece CASTÁN TOBEÑAS, es claro que el uso y disfrute no expresan derecho de adquisición preferente, ni derecho real de garantía, sino que son expresión de los derechos que atribuyen un goce.

Veamos, pues, qué derechos atribuyen un goce y por qué el artículo 4.º de los Estatutos no se refiere sino al usufructo.

No se trata de un censó, ni es derecho de superficie, pues no hay renta, sino simple obligación de conservación y reparación. No se trata, por supuesto, de un derecho de habitación, porque el uso y el disfrute que otorga el artículo 4.º de los Estatutos del inmueble no está condicionado a las necesidades del habitacionista (art. 524 CC); aparte, que el disfrute se añade al uso en los citados Estatutos.

Queda, pues, la alternativa de servidumbre personal o usufructo. Porque, naturalmente, el artículo 4.º de los Estatutos del inmueble concede el provecho del uso y disfrute a beneficio de las personas adquirentes de los pisos bajos, excluyendo así la posibilidad de una servidumbre predial, según se deduce claramente de los artículos 530 y 531 del Código Civil.

Servidumbre personal y usufructo se definen en el Código Civil, en sus artículos 531 por referencia al artículo 530, y 547, respectivamente. Servidumbre es un "gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio" o "provecho de una o más personas a quienes no pertenezca la finca gravada", dicen los artículos 530 y 531 del Código Civil. Usufructo es "derecho a disfrutar de los bienes ajenos, con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la Ley autoricen otra cosa", dice el artículo 467 del Código Civil.

Ambas definiciones ponen de manifiesto la nota común de ambas instituciones: ser *iura in re aliena*. Identidad que obliga a inquirir las diferencias.

La distinción fue pretendidamente resuelta por BARASSI (7), quien creía ver la diferencia en la diversidad de contenido que se atribuye a cada derecho, típico en el usufructo, atípico en las servidumbres. Pero esta opinión parece olvidar la noción de *tipicidad* propia del Derecho moderno. Ciertamente, las servidumbres son típicas, pero no es el sentido de BARBERO (8), quien distingue una servidumbre, en abstracto, que es típica, y las singulares servidumbres, que son atípicas; porque así expresada la tipicidad como referida a un concepto general, carece totalmente de relieve, ya que, entonces, todas las instituciones serían típicas. La tipicidad debe ser referida a cada figura concreta en razón de su función causal. Por ello, la tipicidad debe entenderse como tipicidad social (BETTI, GRASSETTI, DIEZ-PICAZO).

Ahora bien, sin perjuicio de que esto sea así, la tipicidad no distingue usufructo y servidumbre. Porque si bien es cierto que el usufructo suele presentarse con una tipicidad social, no es menos verdad que ocurre así con harta frecuencia; pues la libertad que el artículo 467 del Código Civil otorga para modificar la tipicidad legal del usufructo ("a no ser que el título de su constitución o la Ley autoricen otra cosa"), suprime tal diferencia.

Pero la distinción, que indudablemente existe desde el momento en que ambas instituciones se distinguen por el legislador, debe buscarse en el concepto que la Ley elabora de una y otras figuras.

Respecto del usufructo, el artículo 467 del Código Civil centra la esencia de tal derecho en el disfrute de bienes ajenos. Porque si bien es cierto que el precepto impone la obligación de conservar, ésta no es algo esencial, pues puede modificarse o hacerse desaparecer en el título constitutivo. Y ese disfrute de bienes ajenos se ofrece como una *genérica facultad de goce*. Igual que el dominio se concibe como prototipo de derecho subjetivo, el usufructo se estima como prototípico derecho a gozar de las utilidades proporcionadas por un bien.

Por el contrario, los artículos 530 y 531 del Código Civil precisan la noción de servidumbre como gravamen impuesto, lo que se destaca por su característica, que no es una genérica facultad de goce, sino la atribución de una *determinada utilidad* (paso, saca, estribo, etc.).

El artículo 4.º de los Estatutos del inmueble de referencia atribuye a los adquirentes de los pisos bajos todo uso y disfrute de que sean susceptibles las terrazas. Hay, pues, atribuida una *genérica facultad de goce*, esto es, un usufructo.

Para que haya un derecho de usufructo no es menester que éste se

(7) BARASSI, L.: *I diritti reali limitati (usufrutto e servitù)*, Milano, 1940.

(8) *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952.

ajuste estrictamente a la regulación que del mismo ofrece el Código Civil en sus artículos 467 y siguientes; es decir, que sea **legalmente** típico (nominado). Conforme autoriza el artículo 468 de dicho texto legal, el usufructo constituido "por la voluntad de los particulares manifestada en actos *inter vivos*" es una figura en la que "los derechos y las obligaciones del usufructo serán las que determine el título constitutivo" (art. 470 CC), y sólo por "defecto o insuficiencia de éste" se aplican las disposiciones del Código Civil (art. 470 CC). Es decir, junto al usufructo típico o nominado, o sea, el estrictamente regulado en el Código, están los usufructos atípicos o innominados, que se rigen por su título constitutivo y, en su defecto, por el Código Civil como supletorio y complementario.

Es manifiesto que el artículo 4.º de los Estatutos del inmueble de referencia no da un contenido propio a ese derecho de usufructo, por cuanto se limita a crearlo y a imponer al usufructuario la obligación de *conservación y reparación*, sin más detalle, de las terrazas objeto de aquel derecho.

Precisamente, que se atribuya al usufructuario la obligación de conservación y reparación, sin más detalle, es un claro dato para acreditar que la Junta de propietarios carece de injerencia en esos uso y disfrute. Porque la participación en los gastos derivados de los elementos comunes, de su mantenimiento y reparación, no se excluye, en la Ley especial, por el simple hecho de no usar de tales elementos comunes (arts. 9.º, párrafo segundo, LPH y 395 CC). Esto es, si la terraza fuese un elemento común sujeto al régimen normal y ordinario de los elementos comunes, la obligación de conservación y reparación no podría transmitirse a un solo comunero en exceso de su cuota. Tal pretensión sería nula de pleno derecho por infringir normas de *ius cogens*.

Hay, pues, que buscar otro significado a esa atribución de gastos de conservación y reparación, conforme imponen los artículos 1.284 y 1.289 del Código Civil; de los cuales **este** último exige un criterio hermenéutico, que obliga a entender las cláusulas oscuras de un contrato bajo el principio de mayor reciprocidad de intereses.

Y no tendría tal consideración considerar que quien cede un uso y disfrute ilimitados e impone todo tipo de gastos de conservación y reparación (ordinarios o de uso, extraordinarios o de reposición) puede exigir *a posteriori* una limitación en esos uso y disfrute. Tal limitación sólo podría admitirse si el usufructuario infringiese las normas complementarias del Código Civil en tema de usufructo.

Igualmente, no tiene sentido que un comunero, quien, por serlo, tendría derecho de uso y disfrute de un elemento común, tuviera que pagar todos los gastos de cualquier clase, de conservación y reparación, y no

sólo los derivados de la repercusión de su cuota proporcional (art. 393 CC).

Lo indicado impone una conclusión muy distinta: que el uso y disfrute atribuidos por el artículo 4.º de los Estatutos del inmueble de referencia no es el uso y disfrute de los elementos comunes, que se contempla en la Ley de Propiedad Horizontal, sino un uso y disfrute de los que la comunidad horizontal se desprendió en su día, reservándose solamente la cualidad de nuda propietaria.

Cualquier alteración a esta situación, nacida en el título constitutivo, reclama unanimidad (art. 16 LPH) e inscripción registral para perjudicar a tercero (arts. 32 y 34 LH), porque tercero era cualquier adquirente de un estudio de la planta baja.

El juzgador *a quo* invierte los términos al exigir el consentimiento unánime de los comuneros para que el titular del usufructo pueda introducir las mejoras que realizó. Porque sin producirse una modificación estatutaria unánime (art. 16 LPH), tal derecho a introducir mejoras está plenamente reconocido por el artículo 503 del Código Civil. Así, y sólo así, tiene sentido que absorba las obligaciones de conservación y reparación de todo orden en dicha terraza, pues por vía de pacto se pueden alterar las obligaciones fijadas por los artículos 500 y 501 del Código Civil, que atribuyen las reparaciones ordinarias al usufructuario y las extraordinarias al propietario.

Se explica, entonces, dicho sea de paso, el otro error del juzgador *a quo*, al afirmar que el demandado en autos "tiene el derecho de uso y disfrute de la terraza de modo individualizado sin afectar el carácter de elemento común de la misma", pues así dicho juzgador usa (y confunde) inconscientemente el título dominical (elemento común frente a elemento privativo) para limitar el uso y disfrute genéricos atribuidos por el artículo 4.º de los Estatutos del inmueble, que se refiere el contenido del derecho. Porque el título y contenido se mueven en planos distintos. Nadie niega que el nudo propietario sea propietario; pero ello no le permite modificar posteriormente el usufructo o su contenido, libremente constituido y consentido.

Nadie niega que para hacer obras en un elemento común la Ley de Propiedad Horizontal requiere el consentimiento de la Junta de propietarios. Eso será siempre así, salvo que la Junta haya cedido tal derecho (constitución de un usufructo sobre ese elemento común), porque entonces su consentimiento coetáneo es absorbido por el inicial, esto es, concediéndole al usufructuario las facultades reconocidas por el Código Civil.

Como bien escriben DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (9), al tratar el usufructo

(9) *Sistema de Derecho civil*, III, pág. 414, Tecnos, Madrid, 3.ª ed.

de cuota de un dominio indiviso, "el artículo 399, que atribuye a todo comunero la plena propiedad de su parte, permite que pueda ser sustituido por otro en su aprovechamiento. Por eso el artículo 490, repitiendo los mismos conceptos de forma más clara, admite el usufructo de parte de una cosa poseída en común, que hay que entender como usufructo de cuota de un dominio indiviso.

Según el Código Civil, el usufructuario de la cuota 'ejercerá todos los derechos que correspondan al propietario de ella referentes a la administración y percepción de los frutos e intereses'.

En consecuencia, es claro que el usufructuario, y no el propietario, está legitimado para intervenir en la formación de los acuerdos sobre administración y mejor disfrute de la cosa común **que** previene el artículo 398. Tendrá, además, derecho a servirse de la cosa común (art. 394) y a recibir los beneficios en proporción a su cuota (art. 393), contribuyendo del mismo modo a los gastos de conservación".

En el tema de autos, el demandado, por comunero, tiene una cuota de 6 por 100; como usufructuario recibe el 94 por 100. Es él, usufructuario, no el propietario (la comunidad), quien ejerce los derechos de ésta referentes a la administración y percepción de frutos (art. 490, inciso primero, CC), y porque, por títulos diversos, reúne el 100 por 100, es que absorbe el 100 por 100 de los gastos de conservación y reparación.

V

Parece, pues, dable ratificarse en la afirmación sustentada por la representación profesional de la parte demandada. Esto es, que no se está ante un tema de uso y disfrute de elementos comunes en la propiedad horizontal, sino que se trata de discutir el contenido de un concreto derecho de usufructo, la facultad **legalmente perteneciente** al demandado de efectuar mejoras; así como la impertinencia, que el nudo propietario perturbe aquel tranquilo disfrute.

Que el demandado, en cuanto usufructuario, tiene derecho a introducir mejoras, está reconocido en el artículo 487 del Código Civil. La única limitación a tal facultad es que no se altere la forma a la sustancia del objeto, según reconocen las Sentencias de 27 de septiembre de 1958, 5 de mayo de 1960, 30 de septiembre de 1964, etc., que recogen situaciones de construcción que no alteran la forma o la sustancia del objeto, así como la de 8 de junio de 1974 sobre igual punto.

Como cuestión de hecho, el cerramiento de la terraza se hizo con materiales fácilmente desmontables, y si algún desperfecto se produjese con la instalación (v. gr., orificios para asegurar tornillos, etc.), no puede

entenderse ello como infracción del principio *salva rerum substantia*, pues, como bien señala el artículo 448 del Código Civil, es dable una serie de desperfectos compatibles con las mejoras.

Pero hay más. Porque si nos adentramos en la tesis sustentada por la parte demandante, ser la terraza elemento común *ergo* intocable sin consentimiento de la Junta de propietarios, admitido, que el Estatuto del inmueble atribuye el uso y disfrute exclusivos de un elemento común, que no puede desafectarse sin consentimiento unánime de los propietarios, es ilustradora al respecto la Sentencia de 2 de mayo de 1964, en que a una copropietaria y usuaria del patio de la casa, pero con independencia de la columna atmosférica existente sobre el mismo, le es reconocido el derecho al cerramiento del patio hasta el límite marcado por la proyección horizontal del techo del piso; y el derecho de los comuneros de los pisos superiores extendiéndose en la proyección horizontal imaginaria del techo de cada uno; condenándose en la sentencia a la usuaria del patio *por haber excedido aquella línea limitadora*, al hacer el cerramiento en un nivel superior. Por el contrario, en el caso de autos, el cerramiento quedaba muy por debajo de aquella proyección o límite horizontal.

Y esa misma sentencia resalta que los propietarios de los pisos superiores no podían perturbar los derechos posesorios de la usuaria —dentro de los propios límites del derecho de ésta— por tener el uso exclusivo. En el caso de autos, la concesión exclusiva del uso y disfrute al demandado sustrae del control de la Junta de propietarios la *terraza*, como resaltan las Sentencias de la Audiencia de Barcelona de 12 de diciembre de 1966 y 16 de enero de 1968.

Que un elemento común puede tener un destino exclusivo, sustraído a la comunidad de propietarios, sin facultades ésta sobre aquél, es un lugar común en la doctrina y en la jurisprudencia (10).

(10) Para el Derecho argentino, tan similar al nuestro en este tema, lo recoge PALMIERO (*Tratado de propiedad horizontal*, Depalma, Buenos Aires, 1974, págs. 258-9). En nuestra doctrina, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, en su obra sobre el tema (Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973), trata a fondo el tema de las terrazas en situaciones como es el caso de autos, manteniendo las mismas conclusiones que aquí se sustentan (*loc. cit.*, págs. 331-339, 388-391, 435-440); recoge abundante jurisprudencia de las Audiencias y del Tribunal Supremo, que ratifican lo que aquí se defiende: que un elemento común puede ser adscrito a un uso y disfrute exclusivos (Sentencias TS 18 mayo 1960, 10 mayo 1965, 2 mayo 1964; Sentencia AP La Coruña 22 febrero 1976, por sentido contrario; Sentencia A. Barcelona 16 enero 1968 y 12 diciembre 1966) (FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *loc. cit.*, págs. 435-440). En especial, porque niega a la Junta de propietarios facultad alguna para actuar sobre una terraza adjudicada en su uso a comunero en el título constitutivo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Barcelona, de 30 marzo 1963 (FUENTES LOJO, II, págs. 1628-1630) y la del mismo Juzgado y ciudad de 16 octubre 1964 (*ibidem*, pág. 1645). En iguales términos se expresa la Sentencia de la Audiencia de Barcelona de 22 diciembre 1966.

VI

Pero, incluso en la alternativa que la tesis que se mantiene fuese inadmisibile, al plantearse la interrogante del alcance que pueda tener un *uso y disfrute* de carácter oneroso (11), en defecto de disposiciones convencionales en el título constitutivo, tendríamos que suplir tal laguna yendo al Código Civil, en el cual tres instituciones recogen normas referentes al uso y disfrute:

- a) Los artículos 430 y siguientes, en materia de posesión. El poseedor de buena fe tiene facultad de mejorar la cosa, pues el artículo 453 del Código Civil le concede el derecho al reintegro de los gastos útiles y necesarios; tiene, incluso, derecho a los gastos por mejoras de lujo o recreo, porque tiene el derecho de retirarlas. Del mismo modo que no responde del deterioro en el uso normal de la cosa poseída (art. 457 CC).
- b) Las normas sobre usufructo de los artículos 467 y siguientes del Código Civil, que no han de reiterarse.
- c) Las disposiciones de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, en tema de comunidad de bienes, en cuyo caso el artículo 393 reconoce el derecho al disfrute en función de la cuota. Y esa cuota, en el caso de autos, es 6 por 100 por título constitutivo y 94 por 100 por adjudicación del uso y disfrute en el propio título constitutivo del inmueble, como ya se indicó.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

(11) Onerosidad, no sólo derivada de la obligación de conservar y reparar, sino porque en la escritura de compraventa del piso bajo A, en que se otorgan el uso y disfrute que se ha calificado de usufructo, se fija un precio por todos los conceptos de 1.105.000 pesetas por "la presente enajenación", esto es del dominio y del uso y disfrute, pues ambos se enajenan. Lo que implica el prorrateo proporcional de aquel precio entre ambos derechos (dominio del piso, usufructo de la terraza), conforme previenen los arts. 1.417 y 1.174 CC, en relación con el art. 70 del texto refundido de la entonces vigente Ley del Impuesto de Sucesiones, de donde surge un valor del usufructo de 650.134 pesetas. Lo que nos hace insistir en el argumento de declinatoria por razón de la cuantía para entender el asunto, siendo, además, impertinente el juicio de cognición (arts. 484 LEC y art. 26 del Decreto de 21 noviembre 1952).