

## **SAP de Bizkaia de 10 de julio de 2008**

En Bilbao, a diez de julio de dos mil ocho.

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, el procedimiento PRO.ORDINARIO L2 81/06, procedente del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 1 DE DURANGO. Como apelantes Carlos Francisco, Gabriela y Ismael, representados por el Procurador Sr. Legórburu Ortiz de Urbina y dirigidos por el letrado Sr. Echenagusia, y como apelantes también Ernesto, Amelia, Raúl, Sandra, Encarna y Andrés, representados por el Procurador Sr. López-Abadia Rodrigo y dirigidos por el letrado Sr. Ricardo Garaigordobil Eguia, oponiéndose ambas partes al recurso de la contraria.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 16 de abril de 2007 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: QUE ESTIMANDO COMO ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Doña Virginia Tejada Fernández, Procuradora de los Tribunales y de Don Carlos Francisco, Doña Gabriela y Don Ismael, contra Don Raúl, Doña Sandra, Don Ernesto, Doña Amelia, Doña Encarna y Don Andrés, debo acordar y acuerdo:

PRIMERO.-No haber lugar a realizar la primera de las declaraciones solicitada por la actora.

SEGUNDO.- Declarar que cada elemento privativo de la Comunidad de Propietarios de la Urbanización DIRECCION000 de Mallabia, tiene derecho al uso privativo como jardín de una parcela de terreno de 245 metros aproximadamente, tal y como se refleja en el plano que se acompaña al informe pericial acompañado con la demanda.

TERCERO.- Condenar a Don Raúl y a Doma Sandra a restituir a la zona común de la urbanización la parcela de 482 m<sup>2</sup>, demoliendo a tal fin el cierre que impide el paso a esta zona verde, y restituya el terreno al estado original, retirando las plantaciones, animales y construcciones existentes en el mismo.

CUARTO.- Condenar a Don Ernesto y a Doña Amelia a restituir a la zona común de la urbanización la parcela de 10 m<sup>2</sup> ocupada por la chabola de perros, restituyendo el terreno a su estado original, retirando los cierres, instalaciones y animales existentes en el mismo.

QUINTO.- Condenar a Doña Encarna a la restitución del terreno que bordea la finca a su estado anterior a la plantación del seto de tipo laurel real.

SEXTO.-Desestimar la pretensión deducida contra Don Juan Enrique por falta de legitimación pasiva.

SÉPTIMO.- Desestimar la pretensión de condenar a los demandados a que se abstengan en lo sucesivo de realizar actuaciones en los elementos comunes que alteren su naturaleza y uso común.

OCTAVO.- Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad salvo en relación con la demanda interpuesta contra Don Juan Enrique, cuya imposición corresponde a la actora."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de los demandantes se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el n° 524/07 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. IGNACIO OLASO AZPIROZ.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- La demanda inicialmente presentada por la Comunidad de Propietarios de la Urbanización " DIRECCION000 " de Mallabia, posteriormente sustituida por varias personas titulares de elementos privativos de la misma, a saber, D. Ismael, D<sup>a</sup> Gabriela y D. Carlos Francisco, pretendía dos acuerdos o resoluciones declarativas y varias de condena.

Las primeras, hacían referencia a la Finca registral n° NUM000 de Mallabia en que la DIRECCION000 " se ubica, respecto de la cual los actores solicitaban: a) que se declarara que todo el terreno que rodea las doce partes privativas de la Comunidad de propietarios constituye elemento común de dicha finca; b) que cada elemento privativo de la Comunidad o Urbanización tiene derecho al uso privativo como jardín de una parcela de terreno de 245 metros cuadrados aproximadamente, como se refleja en el plano aportado con la demanda (folio 47).

Las peticiones de condena se dirigían ya contra demandados concretos, D. Raúl y D<sup>a</sup> Sandra (propietarios de la vivienda n° 3 en el plano antedicho), D. Ernesto y D<sup>a</sup> Amelia (vivienda n° 5 del plano) y D. Andrés y D<sup>a</sup> Encarna (Vivienda n° 6 en el plano); respecto de los cuales se pretendía que se les condenara a restituir la zona común de la urbanización que en cada caso habían utilizado o de la que se habían apropiado, en los términos concretos que en el suplico de la demanda se solicitaba para cada pareja;

pidiéndose, además, que se les condenara a abstenerse a realizar actuaciones en los elementos comunes que alteren su naturaleza y uso común.

La sentencia dictada por el juzgado de instancia, en cuanto a las pretensiones declarativas, desestima la señalada en el párrafo a) y estima la del párrafo b).

Y, respecto a las de condena, las estima prácticamente en lo sustancial, salvo la pretensión de abstención de actuaciones futuras en elementos comunes; y desestimando la demanda en cuanto a D. Andrés (por equivocación, la sentencia le llama en el fallo D. Juan Enrique) por falta de legitimación pasiva en atención a su régimen matrimonial.

No se efectúa una singular imposición de las costas.

SEGUNDO.- Los demandantes recurren la resolución de la instancia en aquellos extremos en que su demanda ha sido desestimada.

En cuanto al pronunciamiento de naturaleza declarativa, el recurso debe ser estimado; el hecho de que los demandados estén conformes en que el terreno de la Urbanización " DIRECCION000 " que rodea a las doce viviendas o partes privativas tenga la naturaleza de elemento común no es, en absoluto, motivo para desestimar la demanda en ese extremo por considerarse el pronunciamiento innecesario sino, por el contrario, para estimarla por allanamiento expreso tal y como señala el *artº 21 LEC* ; además, un declaración en el sentido que se pide es especialmente necesaria en el supuesto presente, ya que es la base o precedente de las peticiones de condena de hacer, en el presente, y de no hacer, en el futuro, por invasión de la zona declarada común y su consiguiente restitución.

Debe prosperar asimismo el recurso en cuanto a la pretensión de que los demandados se abstengan en el futuro de invadir las zonas comunes, lo cual no es sino una consecuencia de la actual declaración de que el terreno tiene esa naturaleza y puede ser relevante para evitar actuaciones similares y pleitos equivalentes.

Por el contrario, no se admite el recurso en cuanto a la desestimación de la demanda respecto de D. Andrés; aun cuando su régimen económico matrimonial con D<sup>a</sup> Encarna sea el de comunicación foral, es inconcuso que la vivienda señalada como nº 6 en el plano presentado no es suya, sino privativa de su esposa, sin perjuicio de lo que ocurra cuando la comunicación foral se consolide o se disuelva; por el momento, la Sra. Encarna es la única que tiene capacidad de administración sobre su casa (*artº 100 Ley Civil Foral del País Vasco* ) y, por tanto, la única legitimada pasivamente sobre la invasión de elementos comunes de la Urbanización en que la misma se ubica.

TERCERO.- Los demandados, por su parte, recurren la sentencia en los extremos con pronunciamiento de condena a hacer que les perjudican.

Señalan, con cierta habilidad dialéctica, que la superficie del terreno común que se acordó, en 1981, que fuera de uso exclusivo de cada vivienda son 245 metros cuadrados aproximadamente; que este término, por tanto, excluye la completa exactitud por lo que así como, por ejemplo, la vivienda señalada en el plano como nº 4, del actor D. Carlos Francisco, tiene un seto delimitador que se desplaza hacia la derecha siguiendo un talud, lo que no tienen las demás en que se marcan los setos en forma de "L", de igual manera las casetas para los perros anejas al terreno de uso exclusivo de las viviendas nº 3 (Sres. Raúl y Sandra) y 5 (Sres. Ernesto Amelia) deben de entenderse incluidas también en

dicho terreno de uso exclusivo, cuya superficie de 245 metros cuadrados, insisten, no es sino aproximada.

El argumento no se admite pues, de la prueba practicada, ha quedado acreditado que la Comunidad de propietarios ha entendido desde su formación en el año 1981 que el terreno común de uso exclusivo de cada vivienda era solo el que se encerraba dentro del seto vegetal que se plantó entonces, lo que afectaba a todas y cada una de las viviendas, también a la de D. Carlos Francisco aunque el trazado de uno de los lados de la "L" del seto fuera distinto al de los demás; por tanto, la medición aproximada de 245 metros cuadrados, común para todas las viviendas, no es relevante en absoluto, pues la misma aparece solo en el plano levantado en Diciembre de 2005 a los fines de este procedimiento; por tanto, como quiera que las casetas para los perros se encuentran fuera de esa superficie delimitada por los setos, deberán ser eliminadas por invadir claramente un terreno que todos han venido considerando como común y no haber sido consentidas.

Por otro lado, los Sres. Raúl - Sandra (vivienda nº 3 en el plano), han delimitado con una valla de plástico de escasa altura un terreno de 485 metros cuadrados que se sitúa al lado de su vivienda sobre el que, según reconocieron el juicio, han plantado por su exclusiva voluntad diversos árboles; justifican su actuación en la conveniencia de evitar el paso de animales (sobre todo ovejas) y en que la plantación de árboles beneficia y embellece a la Urbanización, amén de que otros propietarios también los han plantado en otros lugares de la misma de naturaleza común.

Las excusas no son admisibles pues, sin poner en duda las buenas intenciones de dichos demandados, lo cierto es que, en cuanto a la valla, ha invadido un elemento común que, además, causa perjuicio a los demás copropietarios, quienes no pueden ocupar esa zona de 485 metros cuadrados sin saltar el obstáculo que la valla supone lo que, aunque sea de poca altura, no tienen por qué hacer; en cuanto a los árboles, estamos en el mismo caso de ocupación unilateral de elemento común, vedada como en el tema de la valla y de las casetas para los perros por el *artº 7-1, segundo párrafo y 9-1 a) de la Ley de Propiedad Horizontal* ; la alegación de que los árboles plantados benefician al resto de la Comunidad tampoco se comparte, pues habrá vecinos que tal vez prefieran ver la zona solo con césped ; o tal vez otros a los que no satisfaga nada la clase de árboles elegidos por los Sres. Raúl - Sandra, y que prefieran otros distintos; lo que implica la necesidad de que, en la ocupación de zonas comunes, se tenga forzosamente que estar a lo que decidan los comuneros en junta, conforme al *artº 14 e) de la LPH* y no a lo que se le ocurra a un propietario particular.

El argumento de que otros propietarios han plantado también árboles en otras zonas de la finca, también de naturaleza común, en absoluto legitima a los Sres. Raúl ¿Sandra para hacer lo propio, sino tan solo para emprender contra dichos propietarios una acción similar a la que ellos están soportando.

Finalmente y en cuanto afecta a los setos de laurel real que se encuentran plantados en algunas zonas comunes, deben de ser asimismo eliminados precisamente por esa razón; los recurrentes argumentan como excusa para su mantenimiento que esos setos ya se encontraban allí en algunos casos cuando adquirieron sus viviendas; no se admite semejante alegación pues lo cierto es que, en la actualidad, los demandados se benefician de dichos setos, anejos a su terreno de uso exclusivo, pero plantados en terreno común, por lo que es evidente que la obligación de no ocupar este corresponde a

los actuales propietarios y no a los anteriores, al tratarse de una obligación real dimanante precisamente de la propiedad del elemento privativo.

Con independencia de lo dicho, la sentencia merece ser confirmada en estos extremos de condena a hacer aunque solo fuera por el acuerdo comunitario fechado el 26 de Febrero de 2005 en que, previa votación, se acordó por mayoría "...requerir a todos los propietarios a fin de que, en el plazo de un mes, retiren todos los elementos (casetas, animales, verjas, cercas, setos, composteras, rulotes, etc.) que se encuentren en terrenos que constituyan elementos comunes de la Comunidad según el título constitutivo, debiéndose dejar libre y expedido todo terreno que tenga esta categoría".

El referido acuerdo no fue impugnado, por lo que es firme y ejecutivo, siendo forzoso para todos los copropietarios el pasar por él; lo que conlleva la desestimación del recurso interpuesto por los demandados.

CUARTO.- Al desestimarse el recurso de la parte demandada, se impone a esta las costas de esta alzada que de dicho recurso se deriva; sin pronunciamiento expreso sobre las costas restantes, al estimarse parcialmente el recurso de apelación de la parte actora; todo ello de conformidad con el *artº 398 LEC*.

### **FALLAMOS**

Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Ismael, D<sup>a</sup> Gabriela y D. Carlos Francisco y, desestimando el presentado por D. Raúl y D<sup>a</sup> Sandra, D. Ernesto y D<sup>a</sup> Amelia, D. Andrés y D<sup>a</sup> Encarna, en todos los casos contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia nº 1 de Durango en el juicio ordinario nº 81/06 del que este rollo dimana, revocamos parcialmente dicha resolución en el sentido siguiente: a) Declaramos que todo el terreno que rodea las doce partes privativas de la Comunidad de Propietarios " DIRECCION000 " de Mallabia (Vizcaya) constituye elemento común de la Finca NUM000 de dicha localidad; b) Condenamos a los demandados a que se abstengan en lo sucesivo a realizar actuaciones en los elementos comunes de la DIRECCION000 " de Mallabia que alteren su naturaleza y uso común.

Confirmamos la resolución recurrida en sus demás pronunciamientos.

Imponemos a los recurrentes demandados las costas derivadas de su propio recurso de apelación, sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas restantes.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.