



Roj: **SAP OU 1099/2003 - ECLI:ES:APOU:2003:1099**

Id Cendoj: **32054370022003100461**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **2**

Fecha: **30/12/2003**

Nº de Recurso: **136/2003**

Nº de Resolución: **315/2003**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ARCOS ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE OURENSE

Sección 2ª

Rollo: RECURSO DE APELACION 136/03

(APELACION CIVIL)

La Audiencia Provincial de OURENSE, Sección Segunda, constituida por los Ilmos. Sres. D. ABEL CARVAJALES SANTA EUFEMIA, Presidente, D. FERNANDO ALAÑON OLMEDO y D. **JOSÉ ARCOS ÁLVAREZ**, Magistrados, ha pronunciado la siguiente.

SENTENCIA

En OURENSE, a 30 DICIEMBRE de DICIEMBRE de DOS MIL TRES.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de MENOR CUANTÍA procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE NÚM. DOS DE OURENSE, seguidos con el nº 292/2000 ACUMULADO EL 498/2000, Rollo de apelación nº 136/03, en los que aparece, como parte APELANTE, D./Dª. Gerardo Y Rafael , representado/a por el/la Procurador/a D./Dª SANDRA PÉREZ ÁLVAREZ y asistido/a por el/la Letrado/a D./Dª MANUEL FEIJÓO FERNÁNDEZ y como, APELADO, D./Dª. Luis Francisco , representado/a por el/la procurador/a D/Dª MARÍA GLORIA SÁNCHEZ IZQUIERDO, y asistido/a por el/la Letrado/a D./Dª. JAVIER BLANCO MÉNDEZ Y DÑA. Susana en situación procesal de Rebeldía Sobre: DECLARACIÓN DE ELEMENTO COMÚN. Es MAGISTRADO-PONENTE el Ilmo. Sr. D. **JOSÉ ARCOS ÁLVAREZ** .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de primera instancia de NÚM. DOS DE OURENSE se dictó sentencia en los referidos autos con fecha 2 SEPTIEMBRE DE 2002 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por la procuradora doña Sandra Pérez Álvarez , en representación de don Gerardo y de don Rafael , contra don Luis Francisco y contra doña Susana absuelvo a dichos demandados de las pretensiones contra ellos ejercitadas. Las costas se imponen a los actores, salvo las devengadas por honorarios de perito"

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de D./Dª. Gerardo Y Rafael recurso de apelación y, seguido por sus trámites legales se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales a excepción del término para dictar sentencia debido al excesivo número de asuntos que obran ante esta Sección

FUNDAMENTOS JURIDICOS



PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de apelación la determinación del carácter jurídico del espacio bajo cubierta del inmueble sito en el número NUM000 de la CALLE000 (Ourense). La parte recurrente sostiene que se trata de un elemento común del referido inmueble a la vista de que en la Escritura de Obra Nueva y División Horizontal del edificio nada se establecía sobre el carácter privativo de ese espacio. Se anuda a esta omisión en el título constitutivo un carácter de presunción general a favor de considerar el espacio litigioso como elemento común. Se añade que no ha existido desafectación del elemento común, ni "ab initio" mediante la correspondiente reserva de titularidad, ni a posteriori por virtud de acuerdo unánime al que se refiere el art. 16 LPH, ni ha sido posible la adquisición del dominio del espacio bajo cubierta por parte de los demandados -y ahora apelados- por efecto del instituto de la usucapión por no cumplirse en este caso los requisitos legalmente exigidos para ello.

Por su parte, la representación procesal de los demandados y ahora apelados, defiende el carácter privativo del desván por haber sido construido, al igual que el resto del inmueble, por los demandados y, debido a que por un error no se hizo referencia en el título constitutivo del citado espacio, en todo caso, es propiedad de los recurridos por cuanto es un espacio con acceso independiente utilizado única y exclusivamente por éstos y que los demás propietarios del edificio nunca han utilizado la planta bajo cubierta.

La sentencia de primera instancia defiende la posición de la parte demandada al considerar la planta bajo cubierta como un elemento privativo y, consiguientemente, de propiedad exclusiva de la Sra. Susana y del Sr. Luis Francisco por haberla adquirido por prescripción extraordinaria.

SEGUNDO.- Para poder determinar la condición jurídica de la planta bajo cubierta hay que tener en cuenta una serie de extremos, ya expuesto en la sentencia del Tribunal supremo de 17 de diciembre de 1997, como son los que siguen: en los supuestos de espacios que por naturaleza sean comunes, es decir, aquellas dependencias o partes del edificio que son necesarias o útiles para su adecuado uso o disfrute por parte de todos los propietarios o locales susceptibles de un aprovechamiento independiente cuya titularidad exclusiva coexiste con una cotitularidad respecto de esos elementos comunes, por presentar las notas de accesoriedad, indivisibilidad e inseparabilidad, únicamente podrán tener carácter privativo cuando expresamente el título constitutivo así lo establezca, bien en momento inicial o bien mediante acuerdo posterior a su creación, de forma que en los casos en que se incurra en alguna omisión respecto de aquellos espacios no ofrecerá duda su condición de elemento común. Por el contrario, aquellos espacios susceptibles de aprovechamiento independiente, que presentan las notas de separabilidad y autonomía desde el punto de vista arquitectónico, tendrán la condición de privativos a menos que el título constitutivo disponga lo contrario, sin que la omisión de los mismos en la escritura de división horizontal del edificio tenga virtualidad para alterar tal carácter privativo. En este mismo sentido, se pronuncia la sentencia de 14 de enero de 2003, dictada por esta misma Sección Segunda en el Rollo de Apelación 312/2002.

TERCERO.-En el presente caso, del examen del informe pericial aportado (obranste al folio 243 y ss.) así como del acta de ratificación del mismo (al folio 258), se puede concluir que estamos ante un espacio susceptible de aprovechamiento independiente en el que concurren las notas de separabilidad y autonomía desde el punto de vista arquitectónico. Así, el espacio litigioso tiene una entidad físico independiente del resto de las fincas en que está dividido horizontalmente el edificio. Se trata de una planta con acceso independiente y sin ninguna interconexión con las demás viviendas a la que se accede por lo escalera común del edificio y es el único acceso al referido espacio bajo cubierta, como se ha señalado anteriormente, en estos supuestos de espacios susceptibles de aprovechamiento independiente, aún existiendo una omisión de los mismos en la escritura de división horizontal del edificio, no por ello se le puede privar del carácter de elemento privativo del edificio. Por virtud de ello, la comunidad de propietarios carece del título necesario para que pueda declararse el espacio bajo cubierta como un elemento común de la comunidad de propietarios de la CALLE000 núm. NUM000 .

CUARTO.-En materia de costas, por virtud del art. 398 en relación con el art. 394, ambos de la LEC, la desestimación del recurso implica la imposición de las de esta alzada a la parte apelante.

Por lo expuesto, la Audiencia ha dictado el siguiente:

FALLO

Se DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por el/la Procurador/a de los Tribunales D SANDRA PÉREZ ÁLVAREZ , en nombre y representación de D./D^a. Gerardo Y Rafael , contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. DOS DE OURENSE, en autos de Juicio MENOR CUANTÍA 292/2000 ACUMULADO EL 498/2000, ACUMULADOS, Rollo de apelación nº 136/03, de fecha 2 SEPTIEMBRE DE 2002, QUE SE CONFIRMA , con IMPOSICIÓN A LA PARTE RECURRENTE DE LAS COSTAS DE ESTA ALZADA .



Al notificar esta resolución a las partes, háganse las indicaciones a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que en unión de los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Istmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Istmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ