



Roj: **SAP T 1788/2009 - ECLI:ES:APT:2009:1788**

Id Cendoj: **43148370012009100443**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **23/12/2009**

Nº de Recurso: **183/2009**

Nº de Resolución: **5/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA SARA UCEDA SALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO NUM. 183/2009

ORDINARIO NUM. 1299/2007

TARRAGONA NUM. DOS

SENTENCIA NUM.

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE

D. Antonio Carril Pan

MAGISTRADOS

Dª Mª Pilar Aguilar Vallino

Dª Sara Uceda Sales

En Tarragona, a 23 de diciembre de 2009.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, integrada por los lltmos. Sres. Anotados al margen, ha VISTO y admitido el recurso de apelación interpuesto por D. Victorio representado en esta instancia por el Procurador Sr. Escoda Pastor y defendido por la letrada Sra. Fabregas Martín, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Tarragona en fecha 29 de enero de 2009, en autos de juicio ordinario nº 1299/2007, en los que figuran como parte demandante el recurrente y como parte demandada la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 .

ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO y dando por reproducidos los de la Sentencia recurrida.

PRIMERO.- La sentencia apelada contiene la siguiente parte dispositiva: "Desestimar la demanda presentada por el Procurador D. José María Escoda Pastor, en nombre y representación de D. Victorio contra Comunidad de propietarios del edificio sito en calle DIRECCION001 nº NUM000 de Salou, absolviendo a ésta de todas las pretensiones deducidas frente a ella. Se condena en costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por el actor y, dándose traslado del mismo a las demás partes personadas, por la representación procesal de la demandada se presentó escrito de oposición al recurso de apelación formulado solicitando la confirmación de la sentencia dictada y la imposición de costas de segunda instancia.

TERCERO.- Que en la tramitación de ambas instancias del procedimiento se han observado las normas legales.

VISTO y siendo Ponente la lltma. Sra. Magistrada Dª. Sara Uceda Sales.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el recurrente se alega infracción de preceptos legales y doctrina jurisprudencial así como error en la apreciación de la prueba, al sostener que el acuerdo de la Junta de propietarios que prohíbe el uso de barbacoas es nulo. Argumenta, en apoyo de su pretensión, que las inmisiones derivadas de realizar una barbacoa de carbón vegetal al aire libre y de forma esporádica no puede justificar su prohibición de uso dentro de su propiedad privada. Sostiene que existe infracción del artículo 553-12 del Código Civil Catalán pues el Reglamento de Régimen Interno no puede oponerse a los estatutos, por cuanto en éstos nada se dispone en materia de barbacoas y toda actividad lícita no prohibida por los Estatutos, en principio, está permitida, salvo que exista cualquier otra normativa que la prohíba, lo que no acontece, pues el Ayuntamiento de Salou permite el uso de barbacoas móviles o portátiles de carbón vegetal en jardines privados. Añade que los testigos confirmaron que no existía problema alguno para que, en los jardines privativos, se pudieran encender barbacoas y además, la que en el momento de adoptar el acuerdo ostentaba el cargo de Presidenta de la Comunidad, expuso que se adoptó por si algún día podía molestar. Afirma que dicho acuerdo limita de forma incomprensible el uso de su propiedad privada pues encender una barbacoa de forma puntual en un jardín privado de una comunidad de vecinos es un hecho usual y no contrario a la convivencia normal en comunidad, máxime cuando no existe prueba alguna de que el uso esporádico de dicha barbacoa moleste al resto de vecinos, pues, en cualquier caso, las mínimas molestias que pudiera ocasionar deben ser toleradas por el resto de vecinos como el resto de inmisiones socialmente aceptadas (como poner música, o freír sardinas con una ventana abierta, etc...) y ello según el contenido del derogado artículo 3 de la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, pues de su contenido se desprende que todo propietario debe tolerar las inmisiones inocuas o que causan perjuicios no sustanciales que provengan de la finca vecina así como también las inmisiones que produzcan un perjuicio sustancial teniendo en cuenta el uso normal y la costumbre local. Alega también que la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, que regula las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, no contempla, entre las actividades que describe, el uso al aire libre de una barbacoa móvil de carbón vegetal. Finalmente, argumenta que dicho acuerdo es contrario al artículo 553-25.4 del CCC que requiere el consentimiento expreso del propietario para adoptar acuerdos que disminuyan sus facultades de uso y goce de su propiedad privada.

SEGUNDO.- Lo primero que se observa es que el uso de barbacoas en las plantas bajas de las viviendas de la comunidad, es decir, en un elemento privativo del demandante, no está prohibida por los Estatutos de la Comunidad, pues de la lectura de sus estatutos no puede deducirse que se prevea dicha prohibición de forma expresa o tácita, extremo que confirmó en juicio la Sra. Eliseo, Administradora de la referida comunidad. Fue por un acuerdo de la Junta General Ordinaria de 14 de julio de 2007 que se aprobó la norma 16 de Régimen Interno de la Comunidad que contenía tal prohibición, acuerdo que fue ratificado en la Junta General Extraordinaria de fecha 29 de septiembre de 2007.

Por tanto, la primera cuestión que debe analizarse es si una norma de régimen interno de una comunidad de propietarios puede contener tal prohibición por cuanto supone una limitación de una actividad que puede realizarse en un elemento privativo.

Así pues, en el Capítulo III, Título V, del Libro quinto del Código Civil de Cataluña que fue aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, se regula el régimen jurídico de la propiedad horizontal, estableciendo, en el artículo 553.11.1º, que los Estatutos regulan los aspectos referentes al régimen jurídico real de la comunidad y pueden contener reglas sobre las siguientes cuestiones, entre otras, en lo que aquí interesa: a) El destino, uso y aprovechamiento de los bienes privativos y de los bienes comunes; b) Las limitaciones de uso y demás cargas de los elementos privativos; disponiendo también, en su punto 2º, que son válidas, entre otras, las siguientes cláusulas estatutarias: e) Las que limitan las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos.

Asimismo, en el artículo 553-12, bajo el título, "Reglamento de régimen interior", se dispone que: 1. El reglamento de régimen interior, que no puede oponerse a los estatutos, contiene las reglas internas referentes a las relaciones de convivencia y buena vecindad entre los propietarios y a la utilización de los elementos de uso común y las instalaciones; y, 2. El reglamento obliga siempre a los propietarios y usuarios de los elementos privativos.

Por otro lado, le corresponde según el artículo 553-19 c) a la Junta de propietarios la aprobación de los estatutos y del reglamento de régimen interior y su reforma y, es preciso, según el artículo 553-25.2, el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios, que deben representar las cuatro quintas partes de las cuotas de participación, para adoptar acuerdos de modificación del título de constitución y de los estatutos, salvo que el título establezca otra cosa, exigiéndose también, según el artículo 553-25.4, el consentimiento expreso del propietario afectado cuando los acuerdos disminuyan sus facultades de uso y goce. Por otro lado, es suficiente, según el artículo 553-25.5 d) el voto favorable de la mayoría de los propietarios, que deben representar la mayoría de las cuotas de participación, en primera convocatoria, o la mayoría de las cuotas



de los presentes y representados, en segunda convocatoria, para adoptar los acuerdos que se refieren a las normas del reglamento de régimen interior.

En cuanto a la disposición de los elementos privativos, según el artículo 553-37.1º los propietarios de elementos privativos pueden ejercer todas las facultades del derecho de propiedad sin ninguna otra limitación que las que se derivan del régimen de propiedad horizontal. Las limitación de uso de los elementos privativos se contienen en el artículo 553-40, disponiendo, en su punto primero, que los propietarios y ocupantes de los elementos privativos no pueden realizar en los mismos actividades contrarias a la convivencia normal en la comunidad o que dañen o hagan peligrar el edificio. Tampoco pueden realizar las actividades que los estatutos o la normativa urbanística y de usos del sector donde se halle el edificio excluyen o prohíben de forma expresa, regulándose en el punto segundo que el presidente/a de la comunidad, si se realizan las anteriores actividades, por iniciativa propia o a petición de una cuarta parte de los propietarios, debe requerir fehacientemente a quien las realice que deje de realizarlas y, si la persona requerida persistiere en su actividad, la junta puede interponer contra los propietarios y ocupantes del elemento común la acción de cesación, que debe tramitarse de acuerdo con las normas del juicio ordinario.

Asimismo en el artículo 553-47, se dispone, bajo el epígrafe de "Actividades prohibidas", que los propietarios y ocupantes de pisos o locales no pueden realizar, en el elemento privativo o en el resto del inmueble, actividades que los estatutos prohíban, que sean perjudiciales para las fincas o que vayan en contra de las disposiciones generales sobre actividades que molestan, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

En el título IV, Sección Tercera, se regulan las inmisiones, estableciéndose, en el artículo 546-13, bajo el título "Inmisiones ilegítimas", que las inmisiones de humo, ruido, gases, vapores, olor, calor, temblor, ondas electromagnéticas y luz y demás similares producidas por actos ilegítimos de vecinos y que causan daños a la finca o a las personas que habitan en la misma quedan prohibidas y generan responsabilidad por el daño causado. No obstante, en el artículo 546-14, se regulan también las inmisiones legítimas, estableciendo, en el punto 1, que los propietarios de una finca deben tolerar las inmisiones provenientes de una finca vecina que son inocuas o que causan perjuicios no sustanciales. En general, se consideran perjuicios sustanciales los que superan los valores límite o indicativos establecidos por las leyes o los reglamentos; y, en su punto 2, que los propietarios de una finca deben tolerar las inmisiones que produzcan perjuicios sustanciales si son consecuencia del uso normal de la finca vecina, según la normativa, y si poner fin a las mismas comporta un gasto económicamente desproporcionado.

Así pues, de todo lo expuesto se desprende que son los Estatutos de la comunidad los únicos que pueden limitar o prohibir a prevención cualquier actividad que pudiera realizarse en los elementos privativos, siendo necesario además, para los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y goce de cualquier propietario/a, que éste los consienta expresamente, limitación o disminución al uso privativo que, en el supuesto de autos no cuenta ni con el apoyo de los Estatutos ni con el consentimiento del recurrente.

También consta, según informó el Ayuntamiento de Salou (folio 91 de las actuaciones), que no existe ningún tipo de normativa urbanística municipal que regule el tema de las barbacoas portátiles, por lo que no existía motivo alguno para no poder realizar la referida barbacoa, siempre que se tuviera respeto hacia los vecinos y no se produjera ningún tipo de molestia hacia ellos.

Finalmente, en cuanto a si el uso de la barbacoa móvil o portátil en los bajos del edificio supone una actividad contraria a la convivencia normal en la comunidad, que dañe o ponga en peligro el edificio, o si supone una inmisión ilegítima que causa daños a la finca o a las personas que habitan en la misma o, por el contrario, si se trata de una inmisión proveniente de una finca que es inocua o que causa perjuicios no sustanciales y que, consecuentemente, debe ser tolerada por el resto de vecinos, debe destacarse que no consta acreditado que el uso de barbacoas en dicha comunidad sea frecuente ni que cause molestias importantes o sustanciales al resto de vecinos, es más, según la fotografía obrante en autos, que refleja el concreto lugar donde se utiliza la barbacoa por el actor, un jardín espacioso al aire libre en la planta baja, lugar que fue reconocido en el acto de juicio tanto por su propietario, el actor, como por la Administradora de la comunidad, que dijo que todos los bajos eran similares, consideramos que, pese a ser notorio y conocido que el uso de una barbacoa produce humo y olores, si se hace de ella un uso normal y no abusivo para esporádicas funciones de asado o cocina al aire libre, no puede considerarse una actividad peligrosa o molesta pues únicamente produce un perjuicio temporal no sustancial que debe ser tolerado por el resto de vecinos. Además, la que ostentaba el cargo de Presidenta de la Comunidad en el momento en el que se acordó la norma de régimen interno prohibitiva, la Sra. Zaira, expuso en juicio que la prohibición se acordó porque se consideró que el uso de barbacoas podía molestar a algún vecino, por lo que la norma prohibitiva cuestionada, que pretendía prevenir molestias futuras, en cuanto que limitativa del dominio y atendiendo a la interpretación restrictiva de las limitaciones a las facultades dominicales, siendo lo excepcional la prohibición o límite al ejercicio de los derechos, carece de sustento legal alguno, pues la Comunidad no puede impedir de forma absoluta el uso de una barbacoa



en un jardín de uso privado por si pudiera molestar a alguno de los vecinos, ya que entender lo contrario podría conducir al absurdo de que pudieran aprobarse, vía reglamento de régimen interior de una comunidad, prohibiciones en elementos privativos de extremos tales como el uso de aparatos reproductores de música o televisión, el asado de sardinas, las celebraciones o cualquier otra actividad que pudiera producir humos, ruidos, olores o cualquier otra molestia derivada de lo que puede considerarse un uso normal de la propiedad, pues no debe olvidarse que estamos ante un problema de límites de la propiedad y relaciones de buena vecindad, y si bien éstas últimas deben fundarse en criterios de respeto hacia los demás, también deben ponderarse factores tales como la tolerancia, razonabilidad y los usos socialmente generalizados y aceptados.

Existe numerosa jurisprudencia que analiza si el uso de barbacoas, ya sean de obra o portátiles, debe considerarse o no una actividad peligrosa o molesta. Así la SAP de Valencia de 23 de diciembre de 2008 , con cita de la dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6ª, de fecha de 16 de mayo de 2003 , declara: "...la instalación y uso de una barbacoa aparece generalizado y socialmente aceptado en fincas con espacios abiertos, en los que el empleo de fuego o la producción de humos para esporádicas funciones de asado o de cocina, y en una apreciación realizada con arreglo a criterios de razonabilidad y de buena vecindad, no aparece ni puede ser reputado como actividad molesta ni peligrosa."; o también la dictada por la Audiencia Provincial de Tenerife, en fecha 11 de julio de 2008 , en la que analizó la impugnación del acuerdo contrario al que nos ocupa, es decir, la comunidad de propietarios acordó no prohibir el uso de barbacoas en las terrazas particulares, y el recurrente pretendía su prohibición para el vecino situado inmediatamente debajo suyo, basándose para ello en la entrada de humos y olores en su vivienda dada la forma escalonada de la edificación, alegando además que le provocaban graves problemas de salud a su esposa pues padecía problemas asmáticos, resolución en la que se expone: "En atención a lo expuesto, y ateniéndonos asimismo a lo declarado por reiterada jurisprudencia reiterada sobre la interpretación restrictiva -no extensiva- de las limitaciones a las facultades dominicales, siendo lo excepcional la prohibición o límite al ejercicio de los derechos (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1993, 31 de mayo de 1999 y 20 de febrero de 1997), y no habiéndose acreditado de forma plena y convincente los hechos de la demanda, y en especial, se reitera, que el uso esporádico y no habitual de la controvertida barbacoa deba considerarse como una actividad molesta, incómoda, insalubre o peligrosa, con los efectos pretendidos por el actor apelante, ha de concluirse la plena validez del acuerdo impugnado en la presente litis y la consiguiente desestimación del recurso y confirmación íntegra de la sentencia apelada, con imposición a dicha parte de las costas de esta alzada (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)".

Asimismo, las SSAP de Valencia, de siete de Julio de dos mil ocho o de veintinueve de mayo de dos mil seis expresan: "En suma, en modo alguno puede decirse que la actuación de los demandados no se acomode a las pautas y costumbres seguidas en la zona, en cuanto que la instalación y uso de paellers-barbacoa aparece generalizado y, por otra parte, tampoco se ha demostrado, con arreglo a criterios de razonabilidad y de buena vecindad, una utilización continua y excesiva, un carácter desproporcionado de los humos u olores o, en fin, la existencia de una molestias de especial intensidad. Si a ello unimos que es reiterada la jurisprudencia que declara que las limitaciones a las facultades dominicales han de interpretarse de modo restrictivo, no extensivamente, siendo lo excepcional la prohibición o límite al ejercicio de los derechos (SS. del T.S. de 29-4-70, 7-2-89, 21-12-93, 10-7-95, 31-5-96 y 20-2-97) y que la acreditación de la infracción ha de ser plena y convincente, de modo que la calificación de una actuación como molesta o incómoda, ha de interpretarse en consideración a los principios que regulan las relaciones de vecindad, entendiéndose como tal la que priva o dificulta a los demás vecinos el normal y adecuado funcionamiento que es usual y corriente en las relaciones sociales, sin que influyan las circunstancias personales de los afectados, concluiremos en la desestimación del recurso y en la confirmación de la sentencia.". También la SAP de Pontevedra, de veintinueve de junio de dos mil siete , con cita de otra de la misma Audiencia de 3 de noviembre de 2005 y de las dictadas por la A.P. de Alicante de 16 de mayo de 2003 o de la AP de Murcia de 5 de noviembre de 2004 , declara que: "...en análisis de situaciones de contraversión de inmisiones de buena vecindad, el posicionamiento jurisprudencial mayoritario tiende a ser permisivo con la construcción y utilización de elementos de tal clase de elementos rotacionales, en cuanto que su instalación y uso resulta generalizado y socialmente aceptado en fincas con espacios abiertos -cual el caso examinado-, en los que el empleo del fuego o la producción de humos para esporádicas funciones de asado o de cocina no parece ni puede ser reputado como actividad molesta ni peligrosa en una apreciación con arreglo a criterios de razonabilidad y de buena vecindad. Deberá estarse siempre a las circunstancias concurrentes al caso en concreto, excluyéndose usos anormales, y riesgos, humos u olores desproporcionados."

En la SAP de Cádiz de 14 de noviembre de 2006 , aunque referida a la construcción de una barbacoa de obra adosada a la pared que limitaba el jardín con la calle exterior que rodea la urbanización, también se expresa: "Ahora bien que ello sea así, no supone sin más que la apelante disponga de título útil para conseguir su demolición. Antes al contrario ni se alega ni prueba hecho o circunstancia alguna que lo justifique, esto es, no



existe norma legal o estatutaria que impida al titular del jardín construir tal elemento. Otra cosa es que su uso -o el de la barbacoa portátil- excediera de lo que pueden considerarse normales relaciones de vecindad. Y nada al respecto ha quedado acreditado. Nótese, por el contrario, que la instalación la barbacoa en la citada pared, aleja el punto conflictivo de la vertical de la fachada del inmueble, limitando así la eventual molestia por humos u olores a la apelante." Igualmente, la SAP de Zamora de 29 de julio de 2005 , declara que "que tanto la instalación como uso de barbacoas aparece generalizado y socialmente aceptado en fincas con espacios abiertos, en los que el empleo de fuego o la producción de humos para esporádicas funciones de asado o de cocina, y en una apreciación realizada con arreglo a criterios de razonabilidad y de buena vecindad, no aparece ni puede ser reputado como actividad molesta ni peligrosa. Aunque sea sólo con carácter de orientación hermenéutica y para reforzar dicha consideración, merece ser traído a colación el artículo 3.2 de la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad de Cataluña, que impone la tolerancia de las inmisiones inocuas o que causen perjuicios no sustanciales."

También en la SAP de Málaga, de diez de octubre de 2003 , en la que la actora ejercitaba la acción prevista en el artículo art. 18 de la L.P.H. para conseguir que se anulara el acuerdo adoptado que prohibía el uso de barbacoas en la planta baja de las viviendas de la Comunidad al entender que la Comunidad no podía establecer dicha limitación, si no era a través de previsión expresa en los Estatutos, o mediante la modificación de los mismos siendo preciso para ello la unanimidad, textualmente se declara: "...en definitiva, son los Estatutos los únicos que pueden prohibir a prevención cualquier actividad que pudiera ser molesta para el resto de los vecinos, pero mientras tal limitación al uso privativo de la vivienda no cuente con el apoyo de los Estatutos, cualquier restricción al disfrute de la propiedad será nula. Por lo tanto, si los Estatutos de la Comunidad demandada no prohíben de una forma expresa la instalación y uso de barbacoas, la comunidad no puede prohibirlas de una forma general, sino tan sólo por la vía del art. 7-2 de la LPH , y solamente la modificación de los Estatutos en el sentido pretendido por la Comunidad podría legitimar la limitación al dominio que trata de imponérselo al demandante y al resto de propietarios de las primeras plantas; y evidentemente, para tal modificación sería preciso que tal acuerdo se adopte por unanimidad, a tenor del art. 17-1 de la LPH , que dispone que "Los acuerdos de la Junta de propietarios se sujetarán a las siguientes normas: 1ª) La unanimidad sólo será exigible para la validez de los acuerdos 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". También en la SAP Barcelona, a diecisiete de julio de dos mil dos , se expone: "Partiendo de la relación fáctica y de la condición de medianera de la pared, ello hace que sirva de elemento sustentador de edificaciones o de otras obras de construcción, según el art. 27 de la Llei 13/1990 de 9 de juliol, entre las que puede incluirse la barbacoa objeto del litigio. Igualmente es de afirmar que la acción ejercitada la concede el art. 3 de la Ley 13/1990 de 9 de julio frente a las inmisiones ilegítimas, acerca de si la instalación de la barbacoa en la pared medianera constituye una inmisión en el sentido que son consideradas en dicha norma, acierta el juzgador de la Instancia al considerar, en base a una serie de razonamientos, que la instalación y el uso de la barbacoa solo producen perjuicios no sustanciales que la parte actora debe tolerar por su carácter inocuo, pues ello es conforme con lo que establece el art. 3.2 de la Llei 13/1990 , aunque se invoque el art. 590 del C.C .".

En el mismo sentido la SAP de Girona de dieciséis de noviembre de 2001 , interpretando el concepto inmisión, declara: "La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Sentencias de 26 de marzo y 21 de diciembre de 1994 entiende por inmisión en su aceptación técnica, una injerencia o intromisión indirecta sobre el predio vecino producida por la actividad del propietario en el ejercicio de sus facultades dominicales, que comporta la intromisión en el predio vecino de sustancias corpóreas o inmateriales como consecuencia de su propia actividad, aunque no abarca las injerencias por vía directa o por actos materiales; que determinan el concepto de servidumbre (art. 4, de la propia Ley 13/1990 de 9 de julio)...Dicho lo anterior, y partiendo de que la inmisión que se denuncia es la de humos y olores que pueden salir de la chimenea afectando a la finca colindante, es lo cierto que no se demuestra en la alzada es uso habitual de la citada barbacoa, ni el carácter desproporcionado de los humos u olores, por lo que ha de aceptar la Sala el criterio de la sentencia de primera instancia al aplicar el art. 3.2 de la Llei 13/1990 , que impone la tolerancia de inmisiones inocuas o que causen perjuicios no sustanciales, ante el vacío probatorio en cuanto a la habitualidad de la injerencia. No es lo mismo el uso esporádico y espaciado de una barbacoa, utilizada en algunas ocasiones puntuales con una finalidad lúdica, que el empleo habitual y sistemático de la misma, bien sea para la utilización personal o con fines de explotación mercantil; como tampoco lo es que los humos accedan a una zona abierta de jardín que recaigan sobre ventanas o parte edificada, pues mientras el uso esporádico con acceso de los humos y olores a zona abierta puede considerarse generador de una inmisión inocua o causante de una afectación no sustancial, la utilización habitual o la proximidad y penetración de los humos y olores en zona de vivienda, constituía una injerencia sustancial que valorada en el ámbito de las relaciones sociales implicaría una limitación al dominio que el vecino afectado no estaría obligado a tolerar.



Finalmente, la SAP de Madrid de diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y ocho , relata: "Partiendo de que el patio o terraza ajardinada, aunque común, es de uso exclusivo de los apelantes, hay que declarar, en principio, como regla general, que no cabe restringirles el ámbito del derecho de utilización, a falta de limitaciones o indicaciones concretas en los estatutos. Sobre tal base, y para ceñirnos mejor al estudio de los diferentes apartados del acuerdo, los numeramos: 1).-El primer apartado: "Limitar el horario de las celebraciones nocturnas, no permitiendo barbacoa". Debe mantenerse la declaración de nulidad hecha por el Juzgado. No cabe aceptar la limitación pretendida habida cuenta que los ruidos o molestias que pudieran producirse en el jardín comunitario (de uso privativo) deben tener el mismo tratamiento que en el caso de originarse en el ámbito estricto la vivienda de los apelantes, o en la vivienda de otro copropietario. El título de pertenencia (propiedad de la vivienda, o uso privativo de un elemento común) no autoriza un comportamiento incivil intra muros y le prohíbe en el elemento común. No puede distinguirse, por tanto, entre el ruido o molestia que puede uno producir en su casa y en el jardín de uso privativo. Por otro lado, compete a las autoridades municipales la función de policía en relación a ruidos, actividades nocturnas, etc, y en último término el art. 7 párrafo 3º de la LPH delimita el derecho de propiedad en relación con determinadas actividades (insalubres, incómodas, etc.)."

Por todo lo expuesto, el recurso debe ser íntegramente estimado y la sentencia dictada revocada, declarando, consecuentemente, la nulidad de la norma de régimen interno nº 16 adoptada por la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 en la Asamblea General Ordinaria de 14 de julio de 2007, ratificada en la Asamblea General Extraordinaria de 27 de septiembre de 2007, consistente en la prohibición del uso de barbacoas.

Respecto a las costas de primera instancia, según lo dispuesto en el artículo 394 de la L.E.C , la estimación íntegra de la demanda conlleva su imposición a la parte demandada.

TERCERO.- En cuanto a las costas de segunda instancia, al estimarse el recurso de apelación interpuesto no procede imponer las costas a ninguno de los litigantes según el artículo 398.2º del mismo texto legal.

Vistos los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Que DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por D. Victorio contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Tarragona en fecha 29 de enero de 2009 , en autos de juicio ordinario nº 1299/2007 y, en consecuencia, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la misma efectuando los siguientes pronunciamientos:

a)ESTIMAMOS ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D. Victorio contra la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 , DECLARANDO NULO el acuerdo de la Junta de propietarios en el que se prohíbe el uso de barbacoas, con imposición de las costas causadas a la comunidad de propietarios demandada.

b)No se efectúa pronunciamiento alguno sobre las costas de segunda instancia.

Devuélvase los autos a dicho Juzgado, con certificación de la presente, a los oportunos efectos, interesándole acuse de recibo.

Así por nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos.