

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 DE
GETXO - UPAD**

**GETXOKO LEHEN AUZIALDIKO ETA INSTRUKZIOKO 1
ZENBAKIKO EPAITEGIA - ZULUP**

LOS FUEROS, 10- - CP./PK: 48990

TEL.: 94 602 39 60 FAX: 94 602 39 88

NIG PV / IZO EAE: 48.06.2-18/004465
NIG CGPJ / IZO BJKN :48044.42.1-2018/0004465

Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 338/2018 - P

SENTENCIA Nº 69/2019

JUEZ QUE LA DICTA: D./D.^a MARIA JESUS SERNA GALLARDO

Lugar: GETXO (BIZKAIA)

Fecha: veinte de mayo de dos mil diecinueve

PARTE DEMANDANTE: COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE
ORMETXE NUMERO 17 DE GETXO

Abogado/a: D./D.^a JON IÑAKI LAVIN SANZ

Procurador/a: D./D.^a LUCILA CANIVELL CHIRAPOZU

PARTE DEMANDADA AYUNTAMIENTO DE GETXO

Abogado/a: D./D.^a IGNACIO JAVIER ETXEBARRIA ETXEITA

Procurador/a: D./D.^a

OBJETO DEL JUICIO: DEMANDA JUICIO ORDINARIO EJERCITANDO LA ACCION
DECLARATIVA DE DOMINIO

Vistos por la Ilma. Sra. M^a Jesús Serna Gallardo, Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Getxo y su partido, los presentes autos de Juicio Ordinario 338/2018, promovidos por Doña Lucía Canivell Chirapozu, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la calle Ormetxe nº 17, bajo la dirección letrada de don Jon Iñaki Lavín Sanz, contra el Ayuntamiento de Getxo asistido del Letrado don Iñaki Etxebarria ha dictado la presente resolución en virtud de los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la procuradora doña Lucía Canivell Chirapozu, en nombre y

representación de Comunidad de Propietarios de la calle Ormetxe nº 17 se presentó el 27 de julio de 2018 demanda de juicio ordinario frente a Ayuntamiento de Getxo, en la que tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho convenientes se solicitó que se dictara sentencia por la que, estimando la demanda se acuerde:

“- declarar el dominio de la Comunidad de Propietarios de la calle Ormetxe nº 17 respecto de la franja de terreno de doscientos veintinueve metros cuadrados y cincuenta y siete centímetros que forma parte integrante de la finca registral nº 21.013-A de Getxo, como elemento común sobrante de la edificación.

- condenar al Ayuntamiento de Getxo al pago de las costas del procedimiento”

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 31 de julio de 2018 se procedió a dar traslado de la misma al demandado, que contestó a la demanda el 4 de octubre de 2018 oponiéndose a su estimación y formuló demanda reconvenicional contra la comunidad de propietarios solicitando que se declare:

“A.- que la finca coincidente en parte con la parcela inicial 5 del proyecto de reparcelación y cuya superficie asciende a 229,57 m² y es objeto de la demanda de la comunidad de propietarios de Ormetxe 17, se declare que es titularidad del Ayuntamiento de Getxo.

B.- se declare que la finca que figura como finca inicial nº 4 del proyecto de reparcelación y que en el mismo se atribuye a la Comunidad de Propietarios de Ormetxe 17 y que tiene una superficie de 68,47 m², corresponde su titularidad al Ayuntamiento de Getxo.

C.- Todo ello con imposición de costas al demandado reconvenicional”

TERCERO: Admitida la reconvenición el 19 de noviembre de 2018 se contestó a la demanda reconvenicional oponiéndose a su estimación.

En fecha 13 de febrero de 2019 se celebró la Audiencia Previa legalmente prevista a la cual comparecieron ambas partes debidamente representadas y asistidas. Se propusieron las pruebas que estimaron oportunas, admitiéndose a trámite la testifical de [REDACTED] y de [REDACTED] la pericial de parte en l [REDACTED] y la documental obrante en autos por reproducida.

CUARTO.- Se señaló para la celebración de la vista y la práctica de las pruebas

admitidas a trámite el día 8 de mayo de 2019, compareciendo a dicho acto las partes debidamente representadas y asistidas, llevándose a cabo los medios probatorios que constan en acta, todo ello con el resultado que obra en autos. Se dio traslado a las partes por su orden para conclusiones finales, quedando el proceso visto para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- OBJETO DEL PROCESO: La demandante ejercita acción declarativa de dominio frente al Ayuntamiento de Getxo, alegando que la finca en la que se construyó el edificio sobre el cual se constituye la Comunidad de Propietarios, finca registral 21.013-A, abarca dentro de sus límites una franja sobrante, parte de la cual (229,57 m²) conforma la semicalle particular Ormetxe, franja que en el Proyecto de Reparcelación de la Unidad de Ejecución 16.3 Konporte de Getxo, aprobado inicialmente mediante acuerdo de Junta de Concertación de fecha 24 de mayo de 2018 publicado el 13 de junio de 2018, consta titularizada a nombre del Ayuntamiento, como vial público.

La parte demanda se opone a la demanda alegando que la porción de terreno litigiosa es de titularidad municipal ya que se encuentra adscrita a la vialidad pública desde la declaración de obra nueva de Ormetxe nº 17, manteniéndose inalterado el trazado viario desde esas fechas. Que si bien no se formalizó la cesión de la semicalle por la comunidad de propietarios resultaba obligatoria la cesión conforme al PGOU de Getxo de 1964, a las Normas Subsidiarias de 1985 y al artículo 67 de la ley de Régimen de Suelo y Ordenación Urbana, habiéndose producido dicha cesión con respecto a la C/ Ormetxe nº 14 y la otra mitad de la calle conforme a licencia de obras de 30 de noviembre de 1967. Por los mismos argumentos reclama que se declare la titularidad de la franja de terreno de 68,47 m² que figura como finca inicial nº 4 del proyecto de reparcelación.

En la contestación a la demanda reconventional se discute cual era la normativa urbanística de aplicación, defendiendo que lo era el Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao y su Comarca aprobado definitivamente en 1964 cuestionando los documentos gráficos aportados que dicen ser del PGOU de Getxo y esto porque el Ayuntamiento de Getxo careció de facultades urbanísticas hasta las Normas Subsidiarias de Planeamiento de 1985. Apunta que conforme a

dicha normativa no existía exigencia legal de cesión para viabilidad, ni puede presumirse, por analogía con el expediente de Ormetxe 14, que la cesión viaria fuera condición para otorgar licencia de obras a la actora. Igualmente se opone que, de existir obligatoriedad en producirse la cesión, no consta ni que superficie fue cedida ni en qué lugar concreto debió producirse la cesión.

Por tanto, el objeto de controversia es determinar a quién pertenece la zona de terreno controvertida cuya propiedad ambas partes se atribuyen, así como la normativa urbanística aplicable y el uso que se ha hecho de dicho terreno, como presupuesto para determinar quién es titular dominical.

SEGUNDO.- ACCIÓN EJERCITADA: Tanto la parte actora como la demandada reconviniendo ejercitan una acción declarativa de dominio, acción que resulta de lo dispuesto en el artículo 348 del Código Civil. La tutela del derecho de propiedad se obtiene especialmente por el ejercicio de dos clases de acciones: la reivindicatoria y la acción meramente declarativa. La primera, la reivindicatoria, es aquella por la cual el propietario ejercita el ius possidendi, solicitando respecto de un tercero el reconocimiento de su propiedad y, por ende, la restitución de la cosa a aquél, mientras que la acción meramente declarativa tiene como fin obtener la declaración de que el actor es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo arroga, sin que sea necesaria que esta parte sea poseedor del bien de cuya propiedad se pide su declaración.

Las diferencias entre ambas acciones son sin embargo difíciles de precisar, si bien es evidente que la reivindicatoria es una acción de condena en la que se pide la restitución del bien reclamado, mientras que la declarativa sólo se limita a la mera declaración, sin perjuicio de lo que pueda ser objeto de tratamiento en un proceso ulterior, diferenciándose en que la primera requiere un título de dominio, la identificación de la cosa y la posesión por parte del demandado, mientras que la acción declarativa no precisa de la posesión de la cosa por el demandado. De este modo, al postularse la tutela jurídica de la propiedad mediante el ejercicio de la acción de mera declaración o de constatación dominical, el éxito de la misma exige la cumplida probanza, conforme al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de sus hechos constitutivos integrados por:

1º.- La identidad de la cosa, la cual constituye el requisito básico para que prospere tanto la acción reivindicatoria como la muy similar acción declarativa del dominio, e implica la perfecta identificación del objeto de ella, de tal manera que no pueda dudarse de cual sea.

2º.- Que la persona del contradictor procesal sea la que se atribuya o discuta su propiedad, es decir, que la acción declarativa del dominio requiere que el demandado haya adoptado una posición frente al dominio del actor que lo haga dudoso o lo desconozca, no siendo ello otra cosa que la transposición de la doctrina general que enseña que no hay acción sin "interés" necesitado de tutela o protección jurisdiccional.

3º.- Que medie un hecho jurídico apto y legalmente suficiente para construir existencialmente aquella relación entre persona y cosa en que la propiedad consiste, al ser el accionante el sujeto de la indicada relación. Se ha de basar pues la acción en un hecho jurídico que de existencia a la propiedad del demandante; es decir, dicha acción precisa como requisito común con la reivindicatoria la justificación de un justo título de propiedad, bastando con que el demandante no acredite un justo título para que deba dictarse sentencia absolutoria, sin que pueda invertirse en este aspecto la carga de la prueba.

Sentado lo expuesto en los párrafos precedentes, no han ofrecido cuestionamiento alguno los extremos primero (las dos franjas de terreno cuya titularidad se discute) y segundo (la oposición de la parte contraria, no a efectos de posesión sino de los derechos de aprovechamiento que supone la titularidad de la citada superficie en relación con los otros propietarios que conforman la Junta de Compensación). Queda entonces por analizar si se ha probado, bien por el demandante o bien por el reconveniente, la existencia de una relación de propiedad respecto a las superficies cuya declaración dominical se pretende.

TERCERO.- TÍTULO DE LA ACTORA: Para el acogimiento de las acciones ejercitadas deben presentar cada una de las partes título que acredite la adquisición de la propiedad de la cosa y la perfecta identificación de la misma, correspondiendo a ellos la carga de la prueba. Es decir, que la comunidad por un lado y el Ayuntamiento, por otro, deben desplegar prueba bastante, demostrativa de que el terreno reclamado es al que se refieren los documentos y títulos aportados a autos en que se fundan sus pretensiones.

En apoyo de las pretensiones de la demanda principal la actora aporta certificación del Registro de la Propiedad nº 9 de Bilbao en el que consta que como primera inscripción, de 24 de enero de 1977, la de segregación y venta con la siguiente descripción "*urbana parcela de terreno sita en la C/ Arcocha de Getxo, mide una superficie aproximada de mil seiscientos setenta y siete metros*

con cuarenta y ocho decímetros cuadrados y linda al Norte con calle Arcocha, al Sur y Este, con terreno propiedad de [REDACTED] de donde se segrega y al Sur con propiedad de [REDACTED]. Se segrega de la inscrita con el número 12.604 al folio 38 del libro 195 de Getxo, gravada con la servidumbre de la inscripción 29.” En la segunda inscripción se hace constar “parcela de terreno, descrita en la inscripción 1º, sobre el mismo se está construyendo el siguiente: Edificio sito en la calle de Ormetxe número 17 del Ayuntamiento de Getxo. Consta dicho edificio por la diferencia de altura debida al desnivel del terreno de dos cuerpos de construcción, uno a la izquierda y otro a la derecha entrando al portal (...) ocupa en planta ochocientos cinco metros cuadrados con veintidós decímetros cuadrados y linda por todos sus vientos por terreno propio y por el Norte, además con la calle Arcocha” Se describen cada una de las viviendas y las adjudicaciones a los propietarios y se establece “el resto del terreno no ocupado por la edificación será elemento común de la casa y utilizado como tal”.

Es insuficiente dicho título para determinar la propiedad del terreno pues tanto la doctrina como la jurisprudencia mantienen de que la presunción de exactitud que comporta el Registro de la Propiedad se refiere a la existencia del derecho real y la pertenencia a su titular, pero no a los datos físicos de las fincas, pero contamos igualmente con escritura de declaración de obra nueva, constitución en régimen de propiedad horizontal y adjudicación de las viviendas otorgada 29 de julio de 1976 ante el Notario Sr. González del Valle Llaguno al número 5.331 de su protocolo, con idéntica descripción, que es la que se traspuso en el registro.

Entiende la actora que el terreno controvertido es de su propiedad: 1) porque la superficie que consta en el registro y escrituras incluye la de la franja controvertida, no existiendo aún la calle Ormetxe al momento de la segregación. Es más, se aporta informe técnico del arquitecto urbanista [REDACTED] que a su vez encargó levantamiento topográfico a la empresa EUSKOTOP, S.L. del que resultan las siguientes conclusiones: que la superficie es de 1678,37 m2 si consideramos que la parcela se extiende, tal y como defiende la actora, hasta el eje de la calle Ormetxe, siendo la diferencia con la medición recogida en el título de 0,89 m2. 2) por otro lado, del propio título se desprende que linda por todos sus vientos con terreno propio como resultaría de aceptarse la propiedad de la actora de la semicalle controvertida.

En base a lo expuesto estimamos que el título de la actora está acreditado y, de hecho, la demandada no discute que la franja de terreno fuera originariamente parte de la finca 21.013-A, sino que lo que el Ayuntamiento defiende es que, con la legislación aplicable al momento de la segregación y edificación, dicho terreno es de titularidad municipal por haber sido desde un inicio afectado por el trazado

viario.

CUARTO.- NORMATIVA URBANÍSTICA APLICABLE: La parte demandada defiende que en virtud de lo preceptuado en el Plan General de Ordenación Urbana de Getxo de 1964, las Normas subsidiarias de 1985 y el artículo 67 de la Ley de Régimen de Suelo y Ordenación Urbana dichos terrenos debieron haber sido objeto de cesión gratuita Ayuntamiento, cesión que no consta formalizada pero que necesariamente debió producirse. En apoyo a sus pretensiones aportan informe de [REDACTED], Secretaria de la Junta de Compensación, informe de doña [REDACTED], arquitecta municipal e informe de técnico de la Administración General adscrita al Área de Servicios Técnicos. Alega que sí consta que la comunidad de propietarios de Ortmetze 14 cedió la acera y la semicalle de manera gratuita y a perpetuidad conforme licencia de 30/11/1967.

La parte actora por el contrario defiende que la normativa de aplicación no era el Plan General de Ordenación Urbana de Getxo sino el Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao y su Comarca, que no establecía cesiones obligatorias sino ciertos usos para el suelo, entendiéndose que la zona controvertida es un espacio no edificable pero de uso libre y de carácter privado.

En el Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao y su Comarca consta en el apartado 1.02 regulado el ámbito Territorial “estas normas regirán desde el momento de su aprobación en todos los municipios que integran la comarca y que son los siguientes” encontrándose enumerado “Guecho”. Es sabido que, tras la Ley de Bases de Régimen Local de 1947 los grandes municipios (Madrid, Barcelona, Valencia, Bilbao, etc.) realizan un planeamiento a escala supramunicipal. Así el 17 de julio de 1945 se aprueba el Plan de Ordenación Urbanística y Comarcal de Bilbao y su zona de influencia, constituyendo el Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao y su Comarca, que data no de 1961 sino de 1964, de una revisión del mismo, por lo que la conformación urbanística de Getxo hay que entenderla en el marco de la dinámica del conjunto de la Ría. Lo cierto es que quién suscribe no ha podido localizar, por no constar en el histórico del Boletín Oficial de Bizkaia ni en ninguna base de datos de las consultadas, el Plan General de Ordenación Urbana de Getxo de diciembre de 1964 al que se remiten en los informes reseñados, no pudiendo concluir si se hace referencia por las partes a la misma normativa (las normas subsidiarias de 1985 sí hacen referencia al Plan Comarcal) o si existían competencias administrativas concurrentes. No obstante, del estudio de los artículos transcritos por la Técnico de Administración Territorial en su informe de 28 de septiembre de 2018 no se desprende la obligatoriedad de cesión de ningún tipo, sí se recoge en coincidencia

con lo dispuesto en idéntico artículo del Plan Comarcal (art 8.01) para las zonas de edificación residencial mixta la existencia de espacios libres privados, que no pueden ser reparcelados ni vendidos.

Lo que no es controvertido es que a la fecha de la edificación se encontraba en vigor la Ley de 12 de mayo de 1956 de Régimen de Suelo y Ordenación Urbana según la cual, antes de edificar, los propietarios de terrenos en suelo urbano deben ceder los terrenos para viales y zonas verdes. Dicho precepto estaba en vigor en la fecha en que se concedieron las licencias de obras para la construcción en la finca. Pero con la siguiente redacción “3. *Los propietarios de terrenos de suelo urbano deberán:*

1. *Ceder los terrenos viales y de parques y jardines y costear la urbanización del modo y en la proporción a que se refiere el artículo ciento catorce; y*
2. *Edificar los solares, bajo la carga de expropiación, en el plazo que rija según el artículo ciento cuarenta y dos”*

La norma, tal y como ha sido invocada de contrario, se introdujo con la Ley 19/1975 de 2 de mayo de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, publicado en el BOE de 5 de mayo, por lo que en 1971, cuando conforme con la documental aportada se otorgó licencia y se informó favorablemente sobre el proyecto, no se encontraba en vigor. En efecto, el artículo 67.3, a) de la Ley del Suelo de 1956 remitía al artículo 114 y este artículo 114 reenviaba a la regulación establecida para cada sistema de ejecución de los planes, señalando a tal fin que “*los propietarios de fincas emplazadas en sectores que fuesen objeto de urbanización deberán subvenir a la misma, en justa compensación a los beneficios que su ejecución habrá de reportarles, mediante la cesión de terrenos libres de gravámenes y costeamiento de las obras, del modo y en la proporción establecida al regular cada sistema de ejecución de los planes”.*

Por lo tanto, podemos concluir que existe un deber de cesión que nace de normativa urbanística y pesa sobre los viales y zonas verdes. Desconocemos que sistema de actuación se llevó a cabo, pero no consta expediente de expropiación ni constitución de Junta de Compensación por lo que podría tratarse de un sistema de cooperación estando obligado el promotor a la cesión de la mitad de la anchura de la vía pública en todo el frente de su alineación y en cuanto a los terrenos destinados a parques y jardines públicos tendría un límite máximo igual a la décima parte de la superficie edificable del sector para cuyo servicio se establezca. (artículo 116 de la Ley del Suelo de 1956).

QUINTO.- VALORACIÓN PROBATORIA: De la documental unida a autos se constata que la finca controvertida procede por segregación de la finca 12.604. En el documento número 12, que es el plano de la zona que resulta afectada por el proyecto de reparcelación que da lugar al presente litigio, se reflejan los distintos inmuebles en todo o en parte afectados por la reparcelación. De la lectura del Proyecto aportado como documento número 9 se desprende, en cuanto a la relación de fincas iniciales, que las que se ven afectadas por la reparcelación son las siguientes.

- .- Finca 1 (que abarcaría la nº 1, 2 y 6 de las reflejadas en el plano) se describe como Casería con el núm. registral 12.296, segregada de la 12.616 y gravada con servidumbre de paso a favor de dicha finca;
- .- Finca 2 (finca 3 del plano) es en la que se construye el edificio que pasa a constituirse como comunidad de propietarios Ormetxe 14, se inscribe dicha finca en el registro por acta de notoriedad de 24 de enero de 1994 como finca 12.616. En el proyecto se recoge la cesión por segregación de manera gratuita de 181,50 m² para conformar la finca 4;
- .- Finca 3 (finca 4 del plano) que es la de propiedad de la actora, núm. Registral 21.013-A. Igualmente en el proyecto se recoge la segregación de 229,57m² y cesión gratuita para conformar la finca 4;
- .- Finca 4 (finca 5 del plano) se recoge que no consta registrada y se prevé su inmatriculación. Según el informe de la secretaria de la Junta de Concertación se constituye con la suma de los terrenos procedentes de las dos segregaciones señaladas y 88,76 m² que constan de titularidad del Ayuntamiento.

El propio proyecto de reparcelación se remite al planeamiento (PGOU de Getxo, Ordenanza 16, de 18 de enero de 2000) que prevé que la C/ Ormetxe tenga una continuidad funcional a su encuentro con la C/ Arkotxa, no siendo aceptable conforme a la normativa urbanística el desnivel existente a la fecha.

Por la arquitecta municipal se alega que en la documentación gráfica digitalizada en el Ayuntamiento se preveía ya la calle Ormetxe con 12 metros de anchura, no viéndose el trazado viario alterado desde 1964. Lo cierto es que dicha calle transcurre atravesando la finca 1 (entre las fincas 1 y 2 del plano) sin que dicha parte del vial conste como de titularidad la entidad municipal.

La finca 21.013-A consta adquirida por los actuales propietarios, que son a su vez los promotores de la edificación, por escritura el 10 de abril de 1976. No obstante pudo existir un proyecto de construcción previo porque la documentación que obra en el expediente municipal núm. 60-1971 data de fecha anterior. Se

aporta expediente de urbanismo relativo a Ormetxe 14 en el que consta que por acuerdo de comisión municipal permanente de 30 de noviembre de 1967 se concedió licencia para construir tres viviendas principales, dos de servicio y garajes, con las siguientes condiciones: *“la cesión de licencia de habitabilidad llevará implícita la cesión por el propietario al uso público de la superficie de terreno ocupada por las aceras y semicalles, gratuitamente y a perpetuidad”*.

De todo lo expuesto extraemos las siguientes conclusiones:

.- No consta acta formal de cesión de terrenos ni por parte de los propietarios de la finca 12.616 ni de la finca 21.013-A (ambas provenientes de la finca registral de origen 12.604). El vial no está documentado como de titularidad municipal, razón por la cual en el proyecto de reparcelación se prevé, al momento de su aprobación inicial el 6 de junio de 2018, la cesión del terreno tanto por parte de la finca 2 como de la finca 3 y la inmatriculación del citado vial, de lo que se desprende que la cesión formal no llegó a producirse. En el plano de zonificación que anexa la arquitecta municipal aparece la C/ Ormetxe pero en toda su extensión, también en la parte que no ha sido urbanizada y que no se titulariza a favor del Ayuntamiento. Ningún sentido tiene que la finca registral 12.296 se gravara con servidumbre de paso a su segregación si existiera vial público. El hecho de que el plano refleje una realidad física no otorga derechos dominicales al Ayuntamiento.

.- Sin embargo, en relación con la finca 12.616, sí consta licencia de obras sujeta a las condiciones que se ha referido (que coincidiría con lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley de Suelo de 1956). La licencia es previa a la segregación e inmatriculación de la finca 21.013-A, por lo que, puesto que el deber de cesión nace de la normativa urbanística, se puede presumir del hecho de que se haya ejecutado la edificación de Ormetxe 17, que sobre el proyecto de 1971 pesaba igualmente dicho deber de cesión de la mitad de la anchura de la vía pública, se condicionara o no la licencia al cumplimiento mismo.

.- Es más, por las fechas recogidas en la documentación, pudiera haberse obtenido la licencia con carácter previo a la adquisición por parte de quienes finalmente se constituyeron en propiedad horizontal pero el Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de febrero de 2011, recuerda que la doctrina jurisprudencial que señala que la protección del art. 34 LH no alcanza a las limitaciones y deberes instituidos en la Ley del suelo o impuestos en actos de ejecución de sus preceptos. Es decir que si dicha obligación no se contempló al momento de la adquisición (no consta en los títulos de la actora) no por ello deja la misma de estar obligada a su cumplimiento.

SEXTO.- ADQUISICIÓN POR EL AYUNTAMIENTO: El Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 541/2017 de 4 Oct. 2017, establece “*En relación al título de dominio es sabido que este requisito, no se identifica con la constancia documental del hecho generador, sino que equivale a la prueba de la propiedad de la cosa en virtud de causa idónea para transmitirlo, ya que el término "título" no equivale a documento preconstituido sino a justificante dominical (STS 6-7-1982 y las en ella citadas).*

En este caso de los esgrimidos por las partes habrá de concluirse la prioridad del título de dominio invocado por el Ayuntamiento, que no es otro que la atribución por ley de la propiedad de tales viales, en virtud de la obligada cesión impuesta por la Legislación urbanística y por las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento” “Tal jurisprudencia ha sido recogida por la Sala primera del TS, entre otras en su sentencia de 7 de noviembre de 1994, reputando título de dominio esta cesión impuesta por imperativo legal, sin que obste a ello la falta de documentación de tal cesión”

No obstante, la adquisición de la propiedad, queda sometida a la regla del art. 609 CC que responde a la teoría del título y el modo. La posesión se adquiere, además de por la ocupación material y por las formalidades legales, por el hecho de quedar las cosas o derechos «sujetos a la acción de nuestra voluntad» y, al mismo tiempo, quien transmite pierde la posesión por la «cesión» fundada en un título, entendiéndose por tal cesión no el propio negocio o convenio, sino el acto de ejecución del convenio que permite el apoderamiento del cesionario.

En el presente caso no consta acreditada la toma de posesión de tales espacios por parte del Ayuntamiento. Así no se produjo ni se exigió la urbanización de calles ni aceras, ni a una ni a otra Comunidad de Propietarios (Ormetxe 14 y 17). El consejo de Ormetxe 17, [REDACTED], explicó en el acto de la vista que lleva diez años trabajando en la finca y siempre se ha encargado del mantenimiento de la zona que no está destinada a vial (quita la maleza y repone las piedras, se encarga de la jardinería). Que en esa zona solo hay una farola que instaló la comunidad y él es el encargado de reponer la bombilla cuando se funde. Que no existen contenedores en la C/ Ormetxe y él tiene que bajar a 300 metros hasta la C/ Aiboa a tirar la basura. En el mismo sentido declaró el administrador de la comunidad, [REDACTED] que dijo que no podía precisar quien se había encargado del último asfaltado del vial porque se produjo antes de “entrar él” pero explicó que las plantas y flores se encargan a un vivero. Se aportan fotografías y facturas que corroboran lo declarado por los

testigos. A su vez, el perito [REDACTED] explicó que, por la propia tipología constructiva, se apreciaba que la calle era privada ya que la acera no tiene aspecto de acera pública, siendo el embaldosado igual que el del patio interior del edificio. Que si la acera fuera pública el Ayuntamiento nunca hubiera permitido escaleras ni lascas de piedra. El propio vial no cumple las exigencias de pendiente reglamentadas para las vías públicas. Que el garaje no tiene vado y que la calle no está pintada ni señalizada para aparcamiento, por lo que si bien existe título no se produjo la traditio, no llegando a pasar a ser nunca dominio público las superficies controvertidas.

SÉPTIMO.- Por tanto, en base a lo expuesto, procede estimar la demanda principal, al tener la comunidad justo título de propiedad que no es enervado por el título de adquisición por imperativo legal u ope legis que invoca la demandada, pues la adquisición no estuvo refrendada por un acto material de entrega ni en ningún momento ha estado sujeto el vial a la acción del Ayuntamiento. Es más, tampoco existe traditio instrumental pues no consta el citado vial a nombre del Ayuntamiento pretendiéndose la citada inmatriculación con el proyecto de reparcelación que da lugar la presente litigio.

Por la misma razón procede desestimar la demanda reconvenicional, pues si bien pudiera existir título en base a la obligación de cesión de zonas verdes (68,47 m² no excedería de la décima parte de la superficie edificable, si entendemos que son los 805 m² de la edificación), no existió traditio, por lo expuesto con anterioridad siendo respecto de dicha superficie más patente, si cabe, que las labores de conservación se realizan por la comunidad. Es más, con respecto de dicha franja de terreno procede invocar la teoría de los actos propios pues se está reclamando una superficie que en la aprobación inicial del proyecto de 6 de junio de 2018, publicada en el BOB de 13 de junio de 2018, aparece ya titularizada a nombre de la parte actora.

OCTAVO.- COSTAS: En virtud de lo preceptuado en el Art. 394 LEC, las costas de la demanda principal se imponen a la demandada y las de la demanda reconvenicional se imponen expresamente a la parte reconviniente, por desestimadas sus pretensiones.

Vistos los preceptos citados y demás de común y pertinente aplicación

FALLO

Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Doña Lucía Canivell Chirapozu, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la calle Ormetxe nº 17, DECLARO que el dominio de la Comunidad de Propietarios de la calle Ormetxe nº 17 respecto de la franja de terreno de doscientos veintinueve metros cuadrados y cincuenta y siete centímetros, que constituye la mitad del vial hasta su eje.

Que DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Ayuntamiento de Getxo asistido del Letrado don Iñaki Etxebarria DECLARO que la finca que figura como finca inicial nº 4 del proyecto de reparcelación que tiene una superficie de 68,47 m² no es de titularidad del Ayuntamiento de Getxo sino de la Comunidad de Propietarios de Ormetxe 17.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (artículo 455 LECn). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LECn).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 4766 0000 04 0338 18, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15^a de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr./Sra. JUEZ(A) que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en GETXO (BIZKAIA), a veinte de mayo de dos mil diecinueve.