

SAP de Bizkaia de 9 de enero de 2001

En Bilbao, a nueve de enero de dos mil uno.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, los presentes autos de Juicio de Menor Cuantía nº 296/93, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Bilbao y seguidos entre partes: Como apelante Jose Enrique representado por el Procurador Sr. Pérez Guerra y dirigido por el Letrado Sr. de Madariaga Ibarguchi, como apelados Patricia y Aurora representados por la Procuradora Sra. Vidarte Fernández y dirigidos por el Letrado Sr. Vidarte Ugarte y como recurridos no personados: Concepción, Dolores, Marí Jose, Paloma, Irene, Ana, Elena, María Antonieta, Javier, María, Luis Manuel, Juana, Francisco, Estefanía, Carlos Miguel. 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 21 de Septiembre de 1.998 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando parcialmente frente a D. Jose Enrique y Dª María Antonieta, Dª Elena y Dª Concepción la demanda promovida por Dª Maite la que se desestima frente a D. Carlos Miguel, Dª Dolores, Dª Marí Jose, Dª Irene, D. Ana y Dª Paloma, D. Javier y Dª María, D. Luis Manuel, D. Francisco, Dª Estefanía, Dª Juana, D. Armando y Dª Carina a los que se absuelve de la misma, debo declarar y declaro disuelta la comunidad formada por la actora D. Jose Enrique y Dª María Antonieta, Dª Elena y Dª Concepción sobre la finca descrita en el hecho segundo de la demanda, ordenando su venta, la que se realizará por las normas de los artículos 1.022 y s.s. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el reparto del precio que se obtenga con arreglo a la siguiente proporción: 1/7 parte para la demandante, 1/7 parte para Dª María Antonieta, 1/7 parte para Dª Elena, 1/14 parte Dª Concepción y 7/14 partes para D. Jose Enrique, condenando a Dª María Antonieta, Dª Elena, Dª Concepción y D. Jose Enrique a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y a otorgar cuantos documentos públicos resultaren necesarios para facilitar la inscripción registral de la venta, todo ello sin verificar expresa condena en costas salvo las de los demandados absueltos que se impongán a la actora.

Que desestimando la reconvenición promovida por D. Jose Enrique contra Dª Elena debo absolver y absuelvo de la misma a la citada reconvenida, con imposición de costas al reconviniente.

Y que desestimando la demanda promovida por D. Jose Enrique contra Dª Paloma, Dª Elena, Dª María Antonieta, Dª María, Dª Concepción y D. Armando debo absolver y absuelvo de la misma a los citados demandados, con imposición de costas al actor.

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación del demandado Jose Enrique 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 nº 112/99 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento y la vista del recurso, se celebró ante la Sala el pasado día 17 de Octubre de 2000 en cuyo acto:

El Letrado recurrente solicitó la revocación de la Sentencia de instancia y se dicte otra por la que se estime la demanda reconventional formulada declarando haber lugar a las pretensiones formuladas por esta parte, con imposición a la parte apelada de las costas de ambas instancias por su temeridad y mala fe.

Solicita para mejor proveer la unión a autos de la certificación de la Seguridad Social en la que constan 14 trabajadores en la industria instalada en el terreno objeto del litigio y certificación del Ayuntamiento de Derio relativa a la divisibilidad de la finca.

El Letrado recurrido adherido solicita la desestimación del recurso formulado de contrario y la estimación de la adhesión formulada por esta parte dictándose sentencia que recoja íntegramente la demanda objeto del proceso, con imposición de costas de ambas instancias a la parte contraria.

El Letrado apelante contesta a la adhesión formulada de contrario

Terminado el acto, quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para la deliberación y resolución.

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

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN MANUEL SANZ IRURETAGOYENA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de don Jose Enrique se basa en los siguientes motivos, por una parte se alega que la finca sobre la que se ejercita la acción de división es una finca perfectamente divisible y por otra parte se nos dice que ha existido una errónea valoración de la prueba ya que en todo caso se da en el caso de autos la figura de la accesión invertida ya que el recurrente construyó de buena fe e incluso si se estimara que construyó de mala fe también hubo mala fe por parte de doña Maite puesto que las obras se realizaron a su vista ciencia, ciencia y paciencia sin oponerse.

El primer motivo ha de ser rechazado de plano ya que es una cuestión totalmente nueva que no fue alegada en primera instancia e incluso en la contestación a la demanda por parte del ahora recurrente se reconoció expresamente la indivisibilidad de la finca.

La sentencia apelada nos dice que no puede aplicarse al supuesto de autos la figura de la accesión invertida puesto que falta el requisito de la buena fe en quién construyó. El recurrente alega que él creía tenía derecho a edificar y citó como documento que acredita su buena fe la licencia de obras otorgada por el Ayuntamiento de Derio en 1.964 para la construcción de un pabellón. Esta solicitud nada demuestra porque lo único que nos dice es que don Jose Enrique solicitó una licencia del Ayuntamiento para construir un pabellón. De ello no se puede deducir la existencia de buena fe no existiendo pruebas que acrediten la misma de alguna otra manera, sino constando pruebas contundentes de la mala fe con la que actuó el ahora recurrente. No hay que olvidar que la escritura de comunicación foral, uso de poder testatorio y donación de fecha 17 de diciembre de 1960 otorgada por la madre de los recurrentes y por la cuál se le otorgaba la propiedad del caserío y pertenecidos fue declarada radicalmente nula por la ausencia total de consentimiento de la madre por estar impedida para ello por su grave enfermedad. Fue el propio recurrente quien llevó a su madre el documento para que lo firmara e incluso él figura como uno de los testigos instrumentales por lo que necesariamente había de conocer el estado de su madre en el momento de la firma del documento. Son prueba palpable también de la mala fe con la que ha actuado siempre el recurrente los documentos que figuran en los folios 600, 601 y 602 tal como recoge acertadamente la sentencia apelada. Incluso una vez firme la declaración de nulidad se presenta ante la Administración como único propietario y pretende seguir construyendo.

La alegación de la existencia de mala fe por parte de doña Maite ha de ser rechazada de plano ya que es una cuestión totalmente nueva que no fue alegada oportunamente en la primera instancia.

También hizo el recurrente mención en el acto de la vista a que él debería ser considerado como poseedor de la finca hasta que se procediera a la venta de la misma. También esto es algo totalmente nuevo y que tampoco fue objeto de discusión en la primera instancia por lo que dicha alegación ha de correr la misma suerte que las anteriores.

SEGUNDO.- En la adhesión al recurso se plantean cuatro motivos de apelación. Examinémoslos por separado.

En primer lugar se nos dice que en la sentencia se omite toda referencia a que la venta han aplicarse los artículos 95, 96, 112 y siguientes de la Ley Foral al ser bienes troncales. Es innecesario hacer referencia alguna a dichos artículos puesto que no corresponde al Juzgado hacer los llamamientos a parientes sino a los parientes tronqueros que pretendan enajenar y serán ellos los que se encarguen de cumplir todas las formalidades cuando se procede a la venta.

En segundo lugar se dice que no serán aplicables a la venta en pública subasta de los artículos 1022 y 1489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil siendo de aplicación el artículo 404 del Código Civil.

La sentencia dice que es de aplicación el artículo 1022 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por analogía.

Ciertamente no explica las razones de aplicar la analogía y la Sala no ve esa posible analogía por lo que el motivo ha de ser estimado y proceder a la venta del bien en

pública subasta con admisión de licitadores extraños, siguiendo la regla general del artículo 404 del Código Civil.

En tercer lugar la parte adherida al recurso muestra su disconformidad con la absolución efectuada por la sentencia de los demandados que no son miembros de la comunidad hereditaria puesto que según se nos dice la falta de legitimación pasiva no puede ser apreciada de oficio y porque de acuerdo con la legislación foral vizcaína era necesaria la llamada de todos los demandados al proceso.

La sentencia ha de ser revocada parcialmente en ese punto puesto que haciendo excepción del Sr. Carlos Miguel cuya llamada al proceso es incomprensible puesto que fue el contador-partidor y no es miembro de comunidad hereditaria alguna y la de los parientes que dejaron ser miembros de la comunidad hereditaria por haber donado sus bienes al apelante, los demás demandados absueltos son cónyuges de las personas que han sido demandadas nominalmente y su llamada al proceso es correcta teniendo en cuenta el artículo 43 y concordantes de la Compilación de Derecho Foral aprobada por la Ley de 30 de julio de 1959, en vigor en la fecha de la interposición de la demanda.

Finalmente se insiste en la adhesión que el demandado don Jose Enrique deberá abonar la parte de todos los frutos y rentas percibidos durante los últimos cinco años en base a los artículos 455 y 1063 del Código Civil.

Esto ha de ser rechazado por los mismos acertados argumentos de la sentencia apelada. El procedimiento presente no es uno que tenga por objeto la partición de una herencia, que ya fue efectuada en su día, sino la de división de una cosa común por lo que no es de aplicación el artículo 1063 del Código Civil el cual está pensado única y exclusivamente para el momento de la partición de la herencia. No se están ejecutando las operaciones particionales como pretende la parte adherida sino simplemente procediendo a poner fin a la situación de indivisión de una finca.

TERCERO.- Se impone las costas del recurso formulado por don Jose Enrique al mismo y respecto de la adhesión al recurso no se hace especial pronunciamiento sobre las mismas y se imponen también las costas de la primera instancia a los demandados ahora condenados.

VISTOS los artículos citados y los de legal y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Jose Enrique y estimando parcialmente la adhesión al misma formulada por doña Aurora y DOÑA Patricia contra la sentencia de fecha 21 de septiembre de 1998 y dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Bilbao en los autos de juicio de menor cuantía nº 296/93 debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el sólo sentido de que la venta se realizará en pública subasta con admisión de licitadores extraños y que también deben ser

condenados don Francisco, doña Estefanía, doña Juana, don Armando y doña Carina. A estos últimos también se les imponen las costas de la primera instancia y los de la segunda se abonarán de acuerdo con lo establecido en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia. Se mantienen el resto de pronunciamientos de la sentencia apelada.

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