

## **SAP de Bizkaia de 13 de julio de 2004**

En Bilbao, a trece de julio de dos mil cuatro.

Vistos por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 237 de 2002, seguidos en primera instancia ante el Juzgado de Primera Instancia nº tres de Gernika Lumo, y del que son partes como demandantes D. Braulio y Doña Julia, representados por la Procuradora Doña Mónica D'Acquisto Toña y dirigidos por el Letrado Don Gonzalo Zamanillo Arnaiz; y como demandados D. Rubén y Dña. Margarita, representados por el Procurador D. Carlos Muniategui Landa y dirigidos por el Letrado Don Joseba Mikel Sáez Salazar, siendo Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada Doña Mª ELISABETH HUERTA SANCHEZ.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Por el Juzgador de primera instancia se dictó con fecha 7 de Marzo de 2003 sentencia, cuya parte dispositiva dice literalmente: "FALLO: Estimar totalmente la demanda presentada por D. Braulio y Dña. Julia, declarando el cese de la copropiedad de la casería DIRECCION000 y sus pertenecidos (Registro de la Propiedad de Markina, sección de Murelaga, finca NUM000, Tomo NUM001, Libro NUM002, Folio NUM003, Inscripción NUM004) y procediendo a su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de D. Rubén y Dña. Margarita y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia, y se turnaron a esta Sección Quinta, donde se formó el correspondiente rollo y se siguió el recurso por sus trámites, señalándose para votación y fallo del recurso el día 6 de Julio de 2004.

TERCERO.- En la tramitación de estos autos en ambas instancias, se han observado las formalidades y términos legales.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- La representación de D. Rubén y Dña. Margarita se alza contra la resolución recurrida y solicita su revocación en el sentido de que se aprecie el derecho de los actores a no permanecer en comunidad o proindivisión y bajo la declaración de divisibilidad del bien objeto del presente procedimiento, se efectúe en sentencia, o en su caso, en ejecución de la misma, lotes de idéntico valor en compensación la participación de las partes en el proindiviso, siendo esta la solución más justa pues contempla y

soluciona los derechos, tanto de los actores como de los demandados, al permitir el mantenimiento y disfrute de su propiedad como venían haciéndolo los demandados y obtener un beneficio económico a su propiedad por los demandantes, atentando la venta en pública subasta al Derecho Foral Vasco, constatándose a través del informe de la Sra. Almudena y del Ayuntamiento de Aulesti la existencia de dos viviendas, por lo que cabe la división y adjudicación sin ningún problema, no habiendo problema alguno para abrir ventanas, chimenea o puertas nuevas ni para realizar movimientos de tierras, cabiendo asimismo la división del balcón y de la leñera, precisándose tan sólo para efectuar la división la oportuna licencia municipal del Ayuntamiento de Aulesti, existiendo además más de 100.000 metros cuadrados de pertenecidos para equiparar ambos lotes, siendo el supuesto gasto para la contraparte menor, habida cuenta de que ni siquiera ha abonado gastos de reforma de la parte del caserío que es habitable, rehabilitada por los apelantes, no existiendo inconveniente alguno para la división de los pertenecidos, siendo la venta a terceros la solución última y excepcional, sólo aplicable a situaciones de indivisibilidad absoluta.

SEGUNDO.- La sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda interpuesta en su día, sentada ya la conformidad entre ambas partes litigantes, dos hermanos y sus respectivas esposas, en el cese de la indivisión existente sobre el caserío y sus pertenecidos, al entender el Juzgador a quo que la mejor manera de resolver la copropiedad indivisa era a través de la subasta pública, según dispone el *artículo 404 del Código Civil*, por existir indivisibilidad jurídica, junto con el coste que supondría reformar el caserío en su vertiente derecha, por la ausencia de tabicación y de habitabilidad en el lado derecho, deterioro de la escalera, un solo balcón en la fachada y una única leñera, y talud existente en el lado derecho del caserón.

Dicha postura, a la vista del resultado de las pruebas practicadas y del contenido del *artículo 404 del Código Civil*, no resulta admisible en el parecer de la Sala, porque siendo un dato indiscutible el que ambas partes litigantes están conformes en que la situación de condominio debe terminar, discrepando tan sólo en la forma en que debe verificarse, y siendo el principio general en esta materia el de proceder a la divisibilidad, pues así se desprende del contenido del *artículo 400 del Código Civil* cuando se establece que ningún propietario estará obligado a permanecer en la comunidad, pudiendo pedir cada uno de ellos en cualquier tiempo que se divida la cosa común, teniendo carácter imprescriptible la acción para pedir la división de la cosa común (*artículo 1.965 del Código Civil*), lo cierto es que el *artículo 404 del Código Civil* establece que sólo "cuando la cosa fuera esencialmente indivisible y los condueños no convinieran en que se adjudique a uno de ellos, indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio", por lo que para poderse dar lugar a la solución adoptada por la sentencia recurrida se requiere que la cosa o bien a dividir sea esencialmente indivisible y dicha circunstancia, en opinión de la Sala, no concurre en el caso que es objeto de análisis.

En efecto, según tiene declarado el Tribunal Supremo, en sentencias de 26 de febrero y 30 de mayo de 1.981, 10 de mayo de 1994, 15 de febrero de 1.996 y 19 de junio de 2000, "a falta de convenio, el juzgador ha de examinar si la cosa es divisible o indivisible, entendiéndose que se da esta hipótesis no sólo cuando no sea divisible desde la perspectiva material -según intereses económicos y sociales- sino también cuando desmerezca mucho con la división., en cuyo supuesto se comprende la inservibilidad, de conformidad con lo establecido en los *artículos 404, 406 y 1.062 del Código Civil*,

*quedando excluido de tal invocación el artículo 401*, el cual, según la doctrina dominante, parece referirse al supuesto en que no cabe la actio communi dividundo porque concurren dos presupuestos, la inservibilidad del uso a que se le destine y la imposibilidad de que pueda tener lugar la venta pública y si se ha pedido la división material y la cosa es indivisible, el juzgador debe acordar la venta en pública subasta, de conformidad con lo establecido en el *artículo 404 del Código Civil* pero si la cosa es divisible, el juzgador no puede obviar la división material, es decir, sin convenio, no puede adjudicar la cosa a una de las partes, acordar un sorteo de lotes o disponer la venta en pública subasta".

Desde esta perspectiva, la Sala considera que no cabe estimar que el caserío y pertenecidos litigiosos, sea indivisible, pues en lo que se refiere al caserío propiamente dicho, a la casona, habilitada y habitada en parte por el matrimonio codemandado, como tal, es perfectamente divisible dado que responde a la tradicional estructura propia de este tipo de edificaciones, en las que habitualmente se ubicaban independientemente dos ámbitos habitacionales y familiares, dos viviendas, con sus correspondientes dependencias destinadas a las labores agropecuarias del conjunto de caserío y pertenecidos, habiendo constancia de que en épocas pretéritas dicha casería tenía dos viviendas diferenciadas, pues así se deduce del informe de la arquitecta técnica Dña. Blanca, por los restos que quedan en el caserío, así como del informe del Ayuntamiento de Aulesti, obrante en traducción al folio 132, en el que además se añade que "no habría problemas, conforme a las normas urbanísticas, para abrir nuevas ventanas, chimeneas o puertas ni tampoco para realizar movimientos de tierras, sin perjuicio de que para realizar obras de estructura o movimientos de tierras, deberá presentarse un proyecto visado, firmado por el técnico correspondiente".

Aquí situados, la división física del caserío no sólo es posible sino que además se constata que la misma existió en el pasado por lo que no hay obstáculo alguno para establecer dicha división fáctica del caserío; cuestión distinta es el elenco de elementos que tengan de tomarse en consideración para la constitución de los lotes, a saber, el que una parte del caserío es habitable, por obra y desembolsos de los demandados, y que la mayor parte de la casería restante se encuentra en un lamentable estado de conservación, remitiéndonos a estos efectos a las diferentes fotografías obrantes en autos, pero dichas circunstancias no se revelan insuperables, habida cuenta de la existencia de una serie de pertenecidos de la heredad caseril, con las consiguientes valoraciones que puedan efectuarse a la vista de la existencia del talud próximo a la casería en una de sus vertientes, la ausencia de ventanas en una parte de la misma, pero no imposibilitada de que se abran, la diferente valoración de los pertenecidos según su ubicación, circunstancias todas estas perfectamente cuantificables en términos pecuniarios, sin que pueda, desde luego, admitirse la postura de la sentencia recurrida en cuanto a que considera un obstáculo insalvable el costo que supondría reformar el caserío en su vertiente derecha, porque lo que aquí se está contemplando es si la finca litigiosa, caserío con sus pertenecidos como tal, es divisible y sentado ya que el caserío es divisible físicamente, al igual que los pertenecidos del mismo, la cuestión se reduce, una vez establecida la división del condominio, a la fijación de lotes equivalentes en el conjunto de la propiedad, lo cual, y éste es un error evidente de perspectiva de la sentencia recurrida, no implica que por alguna de las partes se tenga que asumir la reconstrucción, con vistas a la división, del ala derecho del caserío, porque lo que debe contemplarse es el caserío en su estado actual, las posibilidades de división material, que existen y son reales, y como consecuencia de las posibles descompensaciones en

términos económicos, de la división material más razonable, articular las adecuadas compensaciones, bien cediendo terreno dentro del ámbito estrictamente doméstico de la casería, bien acudiendo a compensaciones en los pertenecidos, porque tanto caserío como pertenecidos forman parte del condominio existente entre los hermanos D. Braulio y D. Rubén, todo ello con independencia y al margen de la naturaleza de las relaciones personales entre ambos hermanos que, en estrictos términos jurídicos, carecen de trascendencia en cuanto a la resolución de las cuestiones debatidas.

Consecuencia obligada de las anteriores consideraciones es la estimación del recurso de apelación interpuesto y la consiguiente revocación de la resolución recurrida en el sentido de estimar parcialmente la demanda, declarando el cese de la comunidad de la casería DIRECCION000 y sus pertenecidos, de tal forma que en fase de ejecución de sentencia, conforme a lo establecido en esta resolución, se proceda a la formación de lotes de idéntico valor, considerando los factores reflejados en este fundamento jurídico, efectuando las correspondientes compensaciones entre casería y pertenecidos.

TERCERO.- La estimación parcial de las pretensiones de la parte demandante conlleva con arreglo al *artículo 394,1 de la LEC*, la no imposición de las costas de la primera instancia, y en cuanto a las de esta alzada, de conformidad con lo establecido en el *artículo 398,2 de la LEC*, no se hace especial imposición.

### **FALLAMOS**

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Rubén y Dña. Margarita contra la sentencia dictada el día 7 de marzo de 2003 por el Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de de Primera Instancia nº tres de Gernika-Lumo, en el Juicio Ordinario nº 237 de 2002, del que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su virtud y con estimación parcial de la demanda interpuesta contra D. Rubén y Dña. Margarita, se declara el derecho de los actores D. Braulio y Doña Julia a no permanecer en comunidad o indivisión con los demandados, declarándose extinguido el condominio ordinario o copropiedad sobre la casería " DIRECCION000 ", sita en el nº NUM005 del BARRIO000, en el término municipal de Aulestia, con sus pertenecidos, finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Marquina, Sección de Murelaga, finca NUM000, Tomo NUM001, Libro NUM002, folio NUM003, inscripción NUM004, y declarándose la divisibilidad del caserío y pertenecidos, se proceda en ejecución de sentencia a la división material de aquéllos, mediante la constitución de dos lotes de idéntico valor, considerando los factores y circunstancias que se reflejan en el fundamento jurídico segundo de esta resolución, y efectuándose las correspondientes compensaciones entre las partes de caserío que se adjudiquen y los pertenecidos de la finca litigiosa, todo ello sin hacerse especial imposición respecto de las costas devengadas en ambas instancias.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.