



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por

Autor

Luis Deza Rubio

Director

M^a Teresa Alonso Pérez

Prof. Titular Derecho civil (Catedrática acredit.)

Sobre la división de la cosa común respecto de finca hipotecada

FACULTAD DE DERECHO

A 27 de Noviembre de 2017

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| ANTECEDENTES | 5 |
| CUESTIONES A ESTUDIAR | 8 |
| 1. EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO Y CONSTITUCIÓN DE UNA PROPIEDAD HORIZONTAL. | 8 |
| 1.1. CONCEPTO Y MODELO DE COMUNIDAD DE BIENES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. | 8 |
| 1.2. LA FACULTAD DE LOS COMUNEROS DE SOLICITAR LA DIVISIÓN DE LA COSA EN COMÚN Y LA INFLUENCIA DE UN DERECHO DE USUFRUCTO POR PARTE DE UNO DE LOS COMUNEROS SOBRE LA MISMA. | 11 |
| 1.3. APLICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL EN SITUACIONES DE PRE-HORIZONTALIDAD. | 18 |
| 2. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA HIPOTECARIA –POSIBLE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL-. | 21 |
| 2.1. POSIBILIDAD DE PROCEDER A UNA REDISTRIBUCIÓN DE LA CARGA HIPOTECARIA. | 25 |
| 2.2. POSICIÓN DE LA ENTIDAD FINANCIERA. | 29 |
| 3. VÍA JURISDICCIONAL –CUESTIONES PROCESALES-. | 32 |
| JURISPRUDENCIA | 40 |
| BIBLIOGRAFÍA | 42 |

ANTECEDENTES

Los hermanos Rosa y Enrique, ambos aragoneses, adquirieron proindiviso en el mes de octubre de 2.002 un edificio de planta baja y dos alturas que se encontraba en estado ruinoso, sin que estuviera constituido en régimen de propiedad horizontal, su intención era proceder a su rehabilitación conservando su estructura.

Para sufragar los gastos de la rehabilitación del edificio suscribieron solidariamente con una entidad financiera un préstamo con garantía hipotecaria sobre el inmueble a rehabilitar por importe de 135.000,00 euros y un plazo de 18 años. Para ello suscribieron conjunta e indistintamente una cuenta corriente en la misma entidad financiera donde domiciliaron los pagos mensuales de la cuota hipotecaria que ascendía a 800,00 euros, y en la que mensualmente, cada uno de ellos, realizaba un ingreso de 400,00 euros.

Tras la finalización de las obras de rehabilitación, ya en el mes de noviembre de 2.004, y tras la obtención de las correspondientes licencias municipales de ocupación y habitabilidad y certificados de eficiencia energética, Enrique habitó con su familia en el piso primero y Rosa en el piso segundo, arrendándose los locales de la planta baja a un tercero y percibiéndose las rentas por mitad por ambos hermanos, quienes se encontraban empadronados cada uno de ellos en sus respectivos pisos.

Las rentas por tales arriendos se percibían en la cuenta abierta en la entidad financiera para el pago de las cuotas hipotecarias, y con el dinero que había en dicha

cuenta se pagaban los gastos que se ocasionaban por los suministros generales de los elementos comunes y servicios de seguros, administración, etc.

Así las cosas, ambos hermanos ya proyectaron llevar a cabo la extinción del condominio y división del inmueble en propiedad horizontal, adjudicándose cada uno de ellos un piso y un local de los dos existentes en la planta baja, de idénticas superficies y características, así como la distribución de la carga hipotecaria.

Para ello, y como se ha expuesto, disponían: de la oportuna licencia urbanística de construcción, de la certificación emitida por el Arquitecto autor del correspondiente Proyecto de edificación acreditativa de que la obra realizada se ajusta al citado Proyecto y la licencia obtenida, de la póliza de seguro de caución para garantizar los posibles daños por defectos estructurales, además de la licencia de primera ocupación del edificio y del certificado de eficiencia energética.

En mayo de 2.012 y con antelación a llevar a cabo la proyectada extinción del condominio y división del inmueble en propiedad horizontal, fallece Enrique, en estado de casado con Sofía, y dejando una hija, Estefanía, de diecinueve años de edad.

El fallecimiento se produjo habiendo otorgado Enrique testamento por el que instituía heredera universal de sus bienes a su hija, Estefanía, correspondiendo el usufructo viudal al cónyuge supérstite Sofía.

La viuda e hija aceptaron la herencia del difunto Enrique en el mes de noviembre de 2.012.

Desde el fallecimiento de Enrique, Sofía y Rosa, siguieron haciendo frente al pago de las cuotas hipotecarias de la misma forma que en vida de Enrique, es decir mediante ingresos de 400,00 euros mensuales que cada una de ellas realizaba en la cuenta suscrita indistintamente por Rosa y Enrique en vida de éste, y en la que, hasta la fecha, no se había producido subrogación alguna por parte de la viuda ni de la heredera.

En el mes de enero de 2.013 Sofía dejó de realizar el ingreso de la mitad de la cuota hipotecaria como hasta entonces había venido haciendo, por lo que fue Rosa la

que, dado el carácter solidario de la obligación, ha debido hacer frente al pago de la totalidad de las cuotas hasta la fecha para evitar que la entidad financiera diera por vencido el préstamo e instara la ejecución hipotecaria.

Hasta la fecha Rosa ha abonado el importe íntegro de 60 cuotas que han ascendido a un total de 48.000,00 euros, de los que 24.000,00 correspondía haberlas abonado a la otra comunera.

El saldo actual del préstamo hipotecario pendiente de amortizar asciende a 28.000,00 euros.

Rosa solicita informe sobre las posibles actuaciones para llevar a cabo la extinción del condominio existente entre ella, la heredera copropietaria y la viuda usufructuaria, así como la división horizontal prevista por ambos hermanos mediante la adjudicación a cada uno de los partícipes de la propiedad de un piso y un local, con la correspondiente distribución de la carga hipotecaria individualizada sobre los inmuebles que a cada parte se adjudicara.

Igualmente, y como sucediera con el impago de las cuotas hipotecarias por parte de la viuda de Enrique, desde el mes de enero de 2.013 Rosa viene haciendo frente en exclusiva al pago de todos los gastos comunes que afectan al edificio, aunque en menor cuantía, por cuanto las rentas que se perciben del arrendatario de los locales, siguen estando domiciliadas en la misma cuenta de la entidad financiera donde se cargan las cuotas hipotecarias y los gastos correspondientes de suministros y servicios comunes, contribuyéndose con su importe a los pagos de los mismos.

El saldo existente en la actualidad a favor de Rosa por los gastos comunes satisfechos exclusivamente por ella, descontadas las rentas percibidas, desde el fallecimiento de Enrique asciende a 2.000 euros.

CUESTIONES A ESTUDIAR

1.- EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO Y CONSTITUCIÓN DE UNA PROPIEDAD HORIZONTAL

1.1- Concepto y modelo de comunidad de bienes en el Ordenamiento Jurídico español

En el supuesto estudiado nos encontramos ante una comunidad de bienes ordinaria sobre un inmueble perteneciente por mitades e iguales partes (proindiviso) a dos comuneros.

En nuestro Ordenamiento Jurídico el modelo de la comunidad de bienes que inspira la regulación contenida en nuestro Código Civil en los artículos 392 a 406, es el tipo romano, en el que el derecho a pedir la división es una facultad que ineludiblemente acompaña al dominio. El modelo normativo de esta comunidad no excluye que nuestro derecho desconozca o no contemple la existencia de otro tipo de comunidades que responden a modelos diferentes y características propias, como puede ser la comunidad originada en virtud del régimen económico matrimonial, la comunidad hereditaria o las comunidades constituidas para el aprovechamiento de pastos, leña y montes vecinales que obedecen a otros principios y poseen distintas características.

Por otra parte, la llamada propiedad horizontal constituye un tipo de comunidad específica que, aun cuando su regulación sistemática se encuentra entre los preceptos que regulan la llamada comunidad ordinaria, su regulación específica viene contenida en la Ley 49/1960 de 21 de julio de Propiedad Horizontal que ha sido objeto de varias modificaciones a lo largo del tiempo.

La inspiración romanista de la comunidad de bienes viene a determinar como uno de los principales rasgos de esta institución su carácter individualista como claro

exponente de la configuración normativa del derecho de propiedad que cada comunero ostenta sobre su cuota, y en virtud del cual puede disponer de ella sin necesidad de contar con el concurso de los demás, y la prevalencia del interés individual frente al comunitario, en la medida en que la pervivencia en si misma de la comunidad se deja a voluntad de cualquiera de los cotitulares que pueden en cualquier momento instar su división¹.

Igualmente, la regulación legal de la comunidad no engloba exclusivamente la misma en el derecho de propiedad si no que es destacable la cotitularidad de un derecho y que dicha comunidad exige la concurrencia de pluralidad de sujetos y unidad de objeto.

Estos caracteres del tipo de comunidad romana vienen a ser constante referencia en nuestra jurisprudencia que destaca la naturaleza individualista en su redacción. Como muestra de ello podemos citar, entre las más recientes la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2012 (RJ 2012/344703) que claramente dispone: “El artículo 400 del Código Civil dispone, en su párrafo primero, que ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común; y, en su párrafo segundo, que esto no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención.

Se contienen en dicha norma los dos caracteres fundamentales de la comunidad de bienes: a) Su naturaleza incidental o transitoria; y b) La inexistencia de vínculo, a falta de pacto entre los particulares, por el cual los comuneros se encuentren obligados a permanecer en la comunidad. El Código Civil, inspirado en el carácter no definitivo, poco rentable y desfavorable con el que concibe la situación de comunidad, concede al comunero una acción para exigir que se divida la cosa común [...]. Con el ejercicio de

1. PEREZ DE ONTIVEROS, C., *La división de la comunidad de bienes y exclusión de la acción de división*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p.30.

la acción de división lo que se persigue es la cesación del estado de indivisión para que se adjudique al comunero la propiedad plena y separada de una parte o porción de la cosa común o, en el caso de que física o jurídicamente tal división no fuera posible, se le atribuya la parte proporcional del precio obtenido mediante su venta”.

Sentencia que deja establecida con claridad la consideración general en nuestra jurisprudencia de que la comunidad regulada en el Código Civil es una comunidad de tipo romano entendiéndose el carácter no definitivo poco rentable y desfavorable con el que se concibe la situación de comunidad y por lo que se otorga al comunero una acción para exigir que se divida la cosa común (*actiocomunni dividundo*).

1.2- La facultad de los comuneros de solicitar la división de la cosa en común y la influencia de un derecho de usufructo por parte de uno de los comuneros sobre la misma.

En general las resoluciones judiciales integran la más consolidada jurisprudencia en el sentido de que el derecho a pedir la división es una facultad que ineludiblemente acompaña al dominio. Línea seguida por nuestro Tribunal Supremo y las diferentes Audiencias Provinciales.

Esta es la línea seguida por las más recientes Sentencias de nuestro Tribunal Supremo y también en las dictadas por nuestras Audiencias Provinciales. Así, entre las más recientes del Tribunal Supremo, la Sentencia de 19 de Octubre de 2012 señala: “la acción de división (*actiocommunitivido*) es indiscutible por los demás partícipes, incondicional e imprescriptible, pues la facultad de pedir la división de la cosa no es un derecho que pueda extinguirse por su falta de ejercicio en determinado plazo, sino una facultad de carácter permanente que acompaña siempre a la comunidad y debe entenderse subsistente mientras dure aquella [sentencia de 5 de junio de 1989 (RJ 1989/4295)]”.

En la misma línea la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Julio de 2012 (RJ 2012/9331) en la que la Sala nos dice que el derecho a pedir la división “se erige en una significativa facultad del comunero de naturaleza imprescriptible (artículo 1.965 del Código Civil), calificada además como irrenunciable”. En el mismo sentido la Sentencia de nuestro alto Tribunal de 15 de Junio de 2.012 (RJ 2012/6719).

También en las Sentencias dictadas por nuestras Audiencias Provinciales encontramos continuas referencias a la naturaleza del derecho a pedir la división como facultad integrante del derecho que corresponde a cada condueño en el régimen de comunidad de bienes. Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de Diciembre de 2.010 (JUR 2012/116239), Sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca de 26 de Marzo de 2.013 (JUR 2013/175717) y Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 29 de Abril de 2.013 (JUR 2013/251985), entre muchas otras.

En consecuencia, de toda la jurisprudencia dictada sobre la materia se desprende que, la acción de división viene a ser calificada como una facultad que acompaña al derecho que corresponde a cada uno de los condueños de la comunidad, en la que se conjuga su carácter imprescriptible, irrenunciable y absoluto.

Carácter imprescriptible expresamente señalado en el artículo 1965 del Código Civil que señala que: “no prescribe entre los condueños la acción para pedir la división de la cosa común”.

Conforme a lo establecido en el artículo 400: “ningún propietario está obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común. Ello no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de 10 años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención”.

Es desde el análisis del segundo párrafo del referido precepto desde donde debemos extraer el carácter irrenunciable de la acción de división, puesto que dicha facultad otorgada al comunero carece de autonomía propia respecto del derecho en que se integra, identificándolo en su contenido y esencia.

Por ello, la norma se configura con carácter imperativo imposibilitando la legitimación a una verdadera y propia renuncia a dicha facultad de ejercitar la acción de

división, y tan solo posibilitando la eficacia del pacto entre los comuneros a no pedir la división por un plazo máximo, pero siempre en atención a la posible existencia de un interés económico acordado expresamente o que pueda intuirse del destino natural de la propia cosa, y siempre en atención al carácter imperativo del artículo 400 del Código Civil.

En este sentido resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2012 (RJ 2012/5286) en la que literalmente se establece: “el derecho a obtener la división de la cosa que se ostenta en copropiedad no tiene otra excepción que la contemplada en el art. 400 del Código Civil respecto del pacto entre los condóminos y, aun así, con las limitaciones que el propio artículo establece. Cada comunero puede salir de la comunidad, y el Código civil permite imponer a los demás la división, porque el régimen de comunidad tiene una naturaleza transitoria e incidental. Y por ello la acción es imprescriptible e irrenunciable”. Postura también admitida por nuestras Audiencias Provinciales como la recogida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 17 de octubre de 2013 (JUR 2013/336127) en la que se establece: “el art. 400 CC consagra la concesión a todo comunero de la acción de división de la cosa común, al establecer, que ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier momento que se divida la cosa común. Frente a dicha facultad incondicional de todo condueño solo cabe alegar dos motivos de oposición; el pacto de indivisión y que la cosa sea esencialmente indivisible, en cuyo supuesto de no existir acuerdo de adjudicarla a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá en pública subasta repartiendo el precio entre los cotitulares”.

En nuestro supuesto salvamos la indivisibilidad por poder resultar inservible, al tratarse de un edificio que de hecho ya se encuentra dividido, con carácter de pre-horizontabilidad, en pisos y locales utilizados por cada uno de los condueños de manera independiente e incluso por un tercero como resulta del arrendamiento de los locales, concepto por el cual abona la correspondiente renta que constituye un ingreso para la comunidad, incrementando así, si cabe, el valor de la cosa en común, por cuanto tales rendimientos no se obtendrían en caso de no existir previamente de facto dicha división.

Pues bien, el carácter incondicional con el que se califica a la acción de división de la cosa común, determina que el resto de condueños han de pasar y estar a la voluntad de aquel que inste tal procedimiento, debiendo prestar especial atención a aquellos casos en los que, quien se opone a la misma, ostente un derecho de uso sobre el bien en cuestión.

Como bien expresa nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 6 de junio de 1997 (RJ 1997/4612) “la *actiocomunnidividundo* derivada del art. 400 del Código Civil representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, y es de tal naturaleza, que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, valiéndose como única causa de oposición el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años”. Consecuencia de lo anterior es que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse que corresponde a cualquiera de ellos ni el ejercicio de la acción procesal al respecto (Sentencia 5 de junio de 1989 RJ 1989/4295)”.

La clarificadora Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009/524) con abundante cita jurisprudencial ya existente reseña: “Esta Sala ha compaginado los derechos del copropietario a pedir la división, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 400 del Código Civil y el mantenimiento de los derechos derivados del artículo 96 del Código Civil, de manera que la sentencia de 8 de mayo de 2006 (RJ 2006/2342) afirma que [...] la doctrina reiterada de esta Sala al abordar supuestos análogos al presente sostiene la posibilidad de ejercicio de la acción de división si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes. Así la Sentencia de 27 de Diciembre de 1.999 (RJ 1.999,9493) citando en igual sentido las anteriores de 5 de Junio de 1.989 (RJ 1989,4295), 6 de Junio de 1.997 (RJ 1.997,4612) y 8 de Marzo de 1.999 (RJ 1999,1404), afirma que la acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto”.

En el caso de que en virtud de un derecho de usufructo o uso esté atribuida la utilización de la cosa en común sólo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa”. La misma Sentencia añade posteriormente que “si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa en común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponda al otro cotitular”.

En conclusión, en el caso de que, en virtud de un derecho de usufructo o de uso, esté atribuida la utilización de la cosa común solo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva la posibilidad de pedir la división de la cosa. Si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular.

En el supuesto analizado, la mitad del inmueble propiedad de Estefanía se encuentra afecto con el derecho de usufructo en favor de la viuda, Sofía, madre de la anterior, por lo que la incidencia de dicho derecho vendría a ser relativa, por cuanto, de facto, el mismo ya venía proyectándose sobre el piso que venía poseyendo y en el que tiene su domicilio. Siendo además que, de procederse a la división en propiedad horizontal, con la adjudicación de dicho piso a la heredera propietaria, no sólo no resultaría en modo alguno afectado, sino incluso perfeccionado, al consolidarse jurídicamente sobre un bien concreto ya individualizado e incluso inscribible como finca independiente el correspondiente Registro de la Propiedad. Circunstancia ésta que igualmente concurriría con la adjudicación a la heredera copropietaria del edificio, de uno de los locales existentes, con la particularidad de que, en este supuesto, dicha usufructuaria vendría a ser perceptora directa de los rendimientos que dicho local siguiera generando por el arriendo preexistente, lo que evidentemente constituiría una mejora en el ejercicio de su derecho de usufructo.

Se puede ver cómo nuestro Tribunal Supremo incidiendo en el carácter incondicional del derecho a pedir la división, ofrece una solución que armonice con el derecho

de uso que ostente cualquier comunero, de manera que la división acordada en modo alguno afecte al mismo.

Doctrina constante y reiterada que podemos ver condensada en las Sentencias de 27 de Febrero de 2.012 (RJ 2012,3383) y 22 de Enero de 2.013 (RJ 2.013,1825) en las que se viene a reconocer que la división debe respetar el derecho de uso, pero que, “siendo cierto que tal circunstancias viene a hacer ilusorio que un tercero pueda hacerse con toda ella, sin duda la división de la cosa común produce importantes efectos que afectan a los condóminos, a los terceros y a la misma cosa poseída en común”.

También el Tribunal Supremo ha negado la posibilidad de que uno de los condueños pueda oponer, al ejercicio de la acción de división instada por otro de los copropietarios, el hecho de que el actor adeudara a los demandados, o a terceros, cantidad alguna de dinero y que dicha deuda derivara o trajera causa directa de la situación de condominio, en este caso, según el Tribunal: “no se opone, claro está, a que los condóminos (o terceros) que además son acreedores del que ejercita la acción de división, obtengan la garantía de su crédito valiéndose para ello de las medidas cautelares apropiadas para asegurarlos a su satisfacción [...], más sin impedir la realización de la división y con ella poner término a una situación de indivisión”.

En todo caso, pese al carácter absoluto que se atribuye a la acción de división de la cosa común, como cualquier otro derecho o facultad integrante del mismo, la división de la cosa común está sometida al límite general que se deriva de su ejercicio conforme a la buena fe proscribiéndose el ejercicio abusivo y antisocial del mismo.

La doctrina española de forma unánime entiende que dicha limitación encuentra su sustento en lo dispuesto con carácter general en el artículo 7 del Código Civil. No obstante, por alguno de nuestros autores se ha venido entendiendo que resulta posible incluso aplicar por analogía en este caso lo dispuesto en el artículo 1.705 del Código Civil en referencia a la disolución de la sociedad por voluntad o renuncia de uno de los socios cuando no se ha establecido término para la duración del contrato, o no reúna éste la naturaleza del negocio, de tal forma que, en estos supuestos, dicha renuncia sólo

surtiría efectos cuando se realizare de buena fe, en tiempo oportuno y con conocimiento de todos los socios.

En este sentido Díez Picazo y Miquel González² fundamentan la idea señalando que el artículo 400.1 del Código Civil dispone expresamente que cada uno de los propietarios puede pedir **en cualquier tiempo** que se divida la cosa común, lo que supone que la acción dirigida a pedir la división de la cosa común no prescribe nunca, reiterándose lo igualmente prescrito en el artículo 1.965 del Código Civil. Sostienen estos autores que con tal aplicación analógica, y exigiendo el mencionado artículo 1.705 la concurrencia de dos requisitos, esto es, hacerlo en tiempo oportuno y con buena fe, el texto del artículo 400.1 del Código Civil, impediría la exigencia de que la división de la comunidad hubiera de hacerse, al igual que la renuncia del socio, en tiempo oportuno, pero no que deba hacerse con arreglo a la buena fe. En todo caso ambos autores reconocen que la existencia del artículo 7 del Código Civil vendría ya a hacer innecesaria la aplicación analógica del artículo 1.705 del Código Civil.

Postura doctrinal esta que ha tenido reflejo en algunas resoluciones judiciales dictadas sobre esta materia como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de Diciembre de 2.000 (JUR 2.001,130758), en la que, sin descartarse la aplicación en estos casos del artículo 7 del Código Civil, incluye entre las normas jurídicas a aplicar, una referencia al artículo 1.705 del Código Civil.

2. MIQUEL GONZALEZ, J. M., *Comentarios a los artículos 392 a 429 del Código Civil*, págs. 456-457.

DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial III, Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. Cívitas, Madrid, 1995, p. 927.

1.3- Aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal en situaciones de pre-horizontalidad

Como ya hemos venido exponiendo, el artículo 401 en su párrafo 2º establece: si se tratare de un edificio cuyas características lo permitan y a solicitud de cualquiera de los comuneros la división puede realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes con sus elementos comunes anejos en la forma prevista en el artículo 396”.

Según se recoge en los antecedentes expuestos, en el mes de noviembre de 2.004 finalizaron las obras de rehabilitación del edificio, habiéndose obtenido entonces las correspondientes licencias de habitabilidad y certificado energético de las viviendas y locales, y, desde entonces el fallecido Enrique convivía con su familia en el piso primero y Rosa por su parte en el piso segundo, donde se encontraban empadronados, y encontrándose arrendados los locales de la planta baja a un tercero.

El edificio contaba con suministros eléctricos y de gas con contadores separados por pisos y locales y un contador general para los elementos comunes. Igualmente se contrató una póliza de seguro de comunidad para el conjunto del edificio, contando además cada piso y local con seguros de hogar individualizados.

Las rentas del arrendamiento las percibían los hermanos por mitad, mediante ingreso por parte del inquilino en la cuenta existente en la entidad financiera donde se encontraban domiciliados las cuotas hipotecarias y los gastos comunitarios.

De tales antecedentes, se desprende que entre los dos hermanos se llegó a una

cierta situación de pre-horizontalidad que, como define la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de fecha 9 de mayo de 2011 (LECN 135/2011), “es aquella situación por la cual, existiendo la voluntad y unas ciertas condiciones para la constitución del régimen de propiedad horizontal, éste no llega a nacer por faltar alguno de sus requisitos. Un elemento volitivo consistente en la decisión del propietario o propietarios del inmueble de constituir una propiedad horizontal. Un elemento material, esto es, el edificio que se va a dividir horizontalmente, que, además, reúna las características necesarias para poderse dividir bajo las reglas de este régimen. Un elemento formal, conformado por el título constitutivo de la propiedad horizontal.

En este supuesto faltaría únicamente el elemento formal, es decir el título constitutivo en su día proyectado pero no otorgado en vida del hermano fallecido.

La situación de pre-horizontalidad se rige por el régimen jurídico previsto en la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, de modo que le son de aplicación todos sus preceptos de carácter imperativo no susceptibles de elusión en virtud de pacto estatutario. La Ley de Propiedad Horizontal, en su artículo 2, establece el ámbito de aplicación de la norma³.

Nos encontraríamos ante un supuesto en el que la cuestión que se suscita es si el bien objeto de la comunidad es divisible en propiedad horizontal o no. En el supuesto analizado, y según se desprende de los antecedentes expuestos, nos encontramos ante un edificio que, por sus características constructivas, se encuentra dividido en pisos y locales independientes, que requieren en razón de su funcionalidad, la subsistencia de determinados elementos que necesariamente han de ser comunes a los titulares de los pisos y locales.

En tales supuestos nuestro Tribunal Supremo nos dice expresamente que, en tales casos, existe de facto un régimen de propiedad horizontal.

3. Esta Ley será de aplicación: a) A las comunidades de propietarios constituidas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5. b) A las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal. Estas comunidades se regirán en todo caso por las disposiciones de esta ley en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros.

En esta línea nuestro Tribunal Supremo considera aplicable la legislación especial de propiedad horizontal al entender que conforme al citado artículo 2 de la Ley 49/1.960 de 21 de Julio, aun cuando dicho régimen no se hubiere constituido por faltar el título, dicha normativa resulta aplicable si concurren los requisitos del artículo 396 del Código Civil, por cuanto la falta de constitución y de funcionamiento formal de la propiedad horizontal no impide su existencia, según tiene declarado la Sala, entre otras en Sentencia de 28 de Mayo de 2.009⁴ para concluir que “la posibilidad de que haya situaciones regidas por la norma de la propiedad horizontal sin que haya habido título constitutivo de la misma es evidente, y así lo reconoce el artículo 2 de la Ley de Propiedad Horizontal en la redacción que le dio la Ley 8/1.999 de 6 de Abril, cuando dice que la Ley será de aplicación no sólo a las comunidades de propietarios constituidas con arreglo a lo establecido en el artículo 5, mediante otorgamiento de título, sino también a aquellas comunidades que, reuniendo los requisitos del artículo 396 del Código Civil, no lo hubiesen otorgado”.

Es decir, sin género de dudas, para nuestro Tribunal Supremo, en supuesto de existencia de facto de situaciones de pre-horizontalidad, como es el caso, se considera aplicable directamente la legislación especial de propiedad horizontal conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 49/1.960 de 21 de Julio.

Aplicación de dicha Ley especial que vendría a ser también procedente en el caso de que Rosa pretendiera reclamar del otro condómino al que se le pudiera adjudicar el piso y local, las cantidades por ella abonadas en concepto de gastos comunes del edificio, con arreglo a la cuota de participación en el mismo que a cada uno de ellos se le asignara en la pretendida división en propiedad horizontal. Todo ello con fundamento a lo establecido en el artículo 9 e) y frente a Estefanía, titular de la nuda propiedad de la parte indivisa que se concretaría en el piso y local que a ella se le adjudicara.

4. (RJ 2009,3048), que cita otras anteriores como las de 7 de Abril de 2.003 (RJ 2003,3680) y 17 de Julio de 2.006 (RJ 2006,4961).

2.- DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA HIPOTECARIA –POSIBLE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL-

Una vez examinados los fundamentos jurídicos sobre los que poder llevar a cabo la división de cosa en común mediante la constitución del edificio en propiedad horizontal, deberemos realizar un examen similar respecto de las posibilidades y conveniencia de llevar a cabo una redistribución de la carga hipotecaria en la proporción adecuada respecto de los bienes resultantes que se adjudicaran cada comunero.

La legislación hipotecaria española viene asentada, entre otros, en el llamado principio de especialidad que determina que en los supuestos en que la hipoteca que se constituya afecte a varias fincas o cuotas indivisas de ellas deberá concretarse el alcance de la responsabilidad hipotecaria de las diversas fincas o cuotas indivisas, principio recogido en el artículo 119 de la Ley Hipotecaria que establece: “cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito se determinara la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder”, reiterando tal regla el artículo 216 del Reglamento Hipotecario al establecer que “no se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que por convenio entre las partes, o por mandato judicial, en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca porción o derecho deba responder⁵. Los interesados podrán acordar la distribución en el mismo título inscribible o en otro documento público o en solicitud dirigida al Registrador, firmada o ratificada ante él cuyas firmas estén legitimadas”. Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado

5. RODRIGUEZ OTERO, L., *Elementos de derecho hipotecario*, 3ª edic., Dijusa, Madrid, 2006, p.278.

ha venido igualmente a establecer que cuando se hipotequen varias fincas en el mismo acto, resulta necesario distribuir entre las mismas el crédito garantizado sin que pueda entenderse cumplida dicha exigencia por la circunstancia de que en la escritura se haya determinado el precio de venta de cada una de las fincas gravadas (resolución de 4 de noviembre de 1968).

Podemos comprobar cómo el Reglamento Hipotecario viene a facilitar la determinación de la responsabilidad hipotecaria, que puede llevarse a cabo a través de muy distintos procedimientos, pero que en todo caso requiere que la determinación de dicha responsabilidad sea previa a la constitución de la hipoteca propiamente dicha, con independencia de las posibles eventualidades que posteriormente puedan darse en relación con los bienes gravados, siendo una de ellas la posterior división y constitución en régimen de propiedad horizontal de la comunidad de bienes existente sobre un mismo edificio.

En principio podemos decir que la existencia de una nueva realidad fáctica de la finca hipotecada no afecta a la garantía hipotecaria cuyo alcance y extensión se mantienen en idénticos términos en los que se encontraban en el momento de su constitución.

El titular de la finca hipotecada está plenamente legitimado para llevar a cabo cualesquiera de tales actos de disposición sin que la existencia de la garantía hipotecaria le prive de ninguna de las facultades inherentes al dominio.

Por ello, puede procederse a la división de la cosa en común sin que tenga por qué afectar a la garantía hipotecaria.

En caso de se proceda, como se pretende en el caso que estamos analizando a la división de la cosa común debe tenerse en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, el cual dispone que “si una finca hipotecada se dividiere en dos o en más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor”.

En consecuencia, la responsabilidad hipotecaria se mantiene incólume conforme a las reglas previstas en el título de su constitución y todas las fincas o unidades regis-

trales resultantes de la división practicada seguirán gravadas por la garantía hipotecaria, salvo que el acreedor preste su conformidad a la distribución de la responsabilidad hipotecaria.

El mismo artículo 123 de la Ley Hipotecaria prevé que en el supuesto de que el acreedor hipotecario no se avenga por la razón que fuere a una nueva distribución de la responsabilidad hipotecaria en estos supuestos “podrá repetir [...] por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez”. En conclusión, y como determina el artículo 1860.1 del Código Civil, la hipoteca una vez constituida es indivisible, razón por la que la Dirección General de los Registros y del notariado ya vino entendiendo desde antiguo, que es conforme a derecho que en el caso de inexistencia de consentimiento del acreedor este pueda entablar procedimiento de ejecución contra la finca primitiva que ha sido objeto de división sin su consentimiento (resolución de 17 de julio de 1935).

No obstante, el artículo 217 del Reglamento Hipotecario establece “si se tratare de hipotecar varios derechos integrantes del dominio o participaciones proindiviso de una finca o derecho, podrán acordar los propietarios o titulares respectivos [...] la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos sin que sea necesaria la previa distribución”.

Así ocurría hasta la reforma del Reglamento Hipotecario de 1915 cuando se estableció la alternativa de constituir la hipoteca sobre el conjunto de derechos recayentes sobre una misma finca y, en su caso, la ejecución única del acreedor hipotecario contra dicho conjunto, y, en definitiva, sobre el bien objeto de garantía. Para ello, obviamente, se requiere la voluntad expresa de los interesados de constituir una sola hipoteca sobre el conjunto de los derechos recayentes sobre la misma finca -que en este caso concurre-, por la sencilla razón de que la hipotética ejecución del crédito les puede acarrear la pérdida de su respectiva cuota, así lo vino a establecer de manera muy expresa la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 21 de febrero de 1994.

En todo caso y con arreglo a lo establecido en el artículo 218 del Reglamento Hi-

potecario quedaría excluido de la necesidad de distribuir la responsabilidad hipotecaria el supuesto en que el conjunto de los copropietarios de pisos en un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal constituyeran una hipoteca conjunta sobre la totalidad de la finca, pues en tales casos el último párrafo del citado artículo establece que “el acreedor hipotecario solo podrá hacer efectivo su derecho en estos casos, dirigiéndose contra la totalidad del edificio”. Supuestos estos de muy rara y excepcional existencia tras la aprobación de la vigente Ley de Propiedad Horizontal⁶.

De modo que podría entenderse aplicable este precepto –artículo 218 del Reglamento Hipotecario- al supuesto que estamos analizando y entender que en caso de división de la finca común hipotecada en su conjunto, y dividida la misma en régimen de propiedad horizontal sin redistribución de carga hipotecaria, el acreedor –ante el impago del préstamo hipotecario- tendrá que ejecutar la hipoteca sobre todo el edificio.

En nuestro caso, entendemos que la mejor forma de defender los intereses de nuestro cliente, Dña. Rosa, es proceder a la distribución de la carga hipotecaria entre las distintas fincas resultantes de la división. Pues de lo contrario, supondría que quedaría expuesta, en caso de no pagarse la parte de deuda hipotecaria correspondiente a su hermano (ahora de Estefanía y de Sofía, se ejecute sólo la finca que se le atribuya en la división de la cosa común o bien a que –por aplicación del artículo 218 del Reglamento Hipotecario- se ejecute la hipoteca sobre todo el edificio, lo cual también le afectaría negativamente.

De modo que debemos explorar la posibilidad de proceder a modificar la hipoteca y a distribuir equitativamente la deuda hipotecaria entre las fincas de uno y de otro deudor.

6. LASARTE, C., *Derechos reales y derecho hipotecario*, 6ªedic., Marcial Pons, Madrid, 2008, p.87.

2.1.- Posibilidad de proceder a una redistribución de la carga hipotecaria

La Ley 41/2.007 de 7 de Diciembre vino a operar una ampliación de los supuestos novatorios de carácter modificativo de préstamos hipotecarios, dando nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1.994 de 30 de Marzo sobre subrogación de préstamos hipotecarios. Dicho artículo establece en su nueva redacción, en su apartado 2:

“Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes:

La ampliación o reducción de capital

La alteración del plazo

Las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente

El método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo

La prestación o modificación de las garantías personales”.

En nuestro supuesto estaríamos ante una novación modificativa del préstamo hipotecario inicialmente suscrito que precisaría el otorgamiento de una nueva escritura en la que se redujera el capital al saldo actualmente existente, y se modificaran los nuevos titulares, por transmisión hereditaria, de la mitad indivisa del edificio y concre-

tada en el piso primero y un local, tras la división horizontal que se realizara, y cuyos titulares serían Estefanía como nuda propietaria y Sofía como usufructuaria; la carga hipotecaria es extensible al usufructo existente por transmisión hereditaria. Obviamente la mitad del nuevo capital quedaría garantizado con carga hipotecaria sobre el piso y local que se adjudicara a la copropietaria Rosa como concreción de la mitad indivisa del edificio de la que inicialmente era titular, y ya constituido en división horizontal.

Como hemos expuesto, la novación modificativa de la hipoteca inicialmente suscrita, en la forma indicada, lejos de perjudicar a la entidad financiera hipotecante, realmente lo que vendría a suponer sería una mejora en la eficacia de la posible ejecución de su crédito en el supuesto de impago por alguna de las partes, dado que el saldo del capital actualmente adeudado, que vendría a suponer menos del diez por ciento del inicialmente pactado, se encontraría garantizado por mitad e iguales partes por, al menos dos inmuebles ya individualizados con identidad registral propia cuyo valor de tasación en el supuesto de los pisos sería de 80.000 euros y en el de los locales 24.000 euros que, cada uno de ellos, superarían con creces, en valor, el capital pendiente a reintegrar. Por otra parte, dicha modificación podría incluir la sustitución del inicial titular Enrique, fallecido por, la actual titular en el dominio, por transmisión hereditaria, su hija Estefanía, junto con, en su caso, si así optara por ello la entidad financiera, la usufructuaria Sofía.

En cualquier caso, y en el supuesto de cualquier tipo de discrepancia o controversia sobre la posible afectación de los derechos de la entidad financiera en garantía de su crédito debemos siempre recordar que, con arreglo a los fundamentos jurídicos expuestos, siempre y en todo caso, podría conservar el derecho a hacer efectivo su crédito, sobre la totalidad del edificio, por cuanto la garantía real de la deuda en modo alguno se ve afectada, sino, mejorada.

Previamente a acudir a la vía jurisdiccional se debería plantear la opción de llevar a cabo la efectiva división de la cosa en común mediante la constitución en propiedad horizontal, con el otorgamiento del correspondiente título constitutivo que podría llevar consigo la redistribución de la carga hipotecaria entre los pisos y locales resultantes en proporción a la cuota de participación de los mismos.

La forma de proceder consistiría en comparecer todos los interesados ante notario, para el otorgamiento de la correspondiente escritura de extinción de condominio y división horizontal, precisándose el acuerdo y concurrencia de Rosa como titular de la plena propiedad de la mitad indivisa, Estefanía como nuda propietaria de la otra mitad y Sofía como usufructuaria de esa otra mitad, así como la entidad financiera, con quien previamente se debería haber acordado la manera de distribuir entre los inmuebles resultantes la carga hipotecaria existente sobre la totalidad del edificio, y que, en la actualidad asciende a 28.000,00 euros.

Para el otorgamiento de la referida escritura se precisaría disponer de la siguiente documentación:

Escritura de adquisición del edificio.

Escritura de constitución de hipoteca.

Proyecto de edificación y rehabilitación.

Licencia urbanística de edificación y rehabilitación.

Libro de edificación.

Licencia de primera ocupación.

Certificado de eficiencia energética.

Acta de cancelación de la hipoteca preexistente sobre la totalidad del edificio.

Tal actuación tendría cobertura legal tal y como hemos venido anunciando anteriormente, pues, de facto nos encontramos ante una propiedad horizontal tácita, ya que con arreglo a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, en estos supuestos, el consentimiento no ha de manifestarse siempre y en todo caso de forma expresa, sino que es admisible la apreciación de un consentimiento tácito que equivaldría al acuerdo que legalmente se exige para proceder a la modificación del título constitutivo o a su propia obtención.

Podría pensarse que el tratamiento jurisprudencial del consentimiento tácito en la propiedad horizontal ha permitido que los presupuestos para su aplicación hayan ido siendo perfilados, pero lo cierto es que con carácter general el Tribunal Supremo fundamenta su argumentación de forma “cuantitativamente escueta y cualitativamente poco profunda”⁷, fusionando distintas teorías como la prohibición de ir contra los actos propios o las normas de la buena fe, amparándose en la necesidad de estar a los hechos concretos para decidir si el silencio cabe ser apreciado como consentimiento tácito o manifestación de una determinada voluntad.

A pesar de ello, del posicionamiento del Tribunal Supremo parece vislumbrarse la necesidad de que concurren ciertas circunstancias a tener en cuenta:

- a. Conocimiento de la Comunidad de propietarios unido a una actitud pasiva.
- b. Transcurso del tiempo.
- c. Cualificación de la mera tolerancia⁸.
- d. Retraso desleal en el ejercicio de los derechos.

El saldo pendiente de amortización del préstamo hipotecario a distribuir asciende a un total de 28.000,00 euros.

7. <http://studylib.es/doc/5119989/consentimiento-t%C3%A1cito-en-la-propiedad-horizontal>

8. Como se revela entre muchas en la reciente STS de 6 de marzo de 2013, la resolución del conflicto radica en determinar bajo qué condiciones debe interpretarse el silencio como una tácita manifestación del consentimiento, a cuyo fin tienen trascendencia las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta o comportamiento de éstas y las circunstancias que preceden y acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento. Resulta ineludible que el silencio venga cualificado por hechos positivos precedentes, por la actividad anterior de la Comunidad o por concretas situaciones -subjetivas u objetivas, coetáneas o posteriores- que sirvan como elementos útiles para tener por realizada la manifestación de voluntad favorable a la alteración del elemento común.

2.2.- Posición de la entidad financiera

Realizadas las oportunas gestiones con la entidad financiera hipotecante, por la misma se pone de manifiesto que prestará su consentimiento al otorgamiento pretendido, siempre y cuando la totalidad del saldo hipotecario existente en la actualidad, recaiga sobre un único inmueble individualizado resultante de la división, y en concreto, sobre uno de los pisos por ser estos los de mayor valor, ya que practicadas las correspondientes tasaciones individualizadas de cada uno de los pisos y locales que resultarían de la división horizontal proyectada, resulta que cada piso se encuentra valorado en 80.000,00 euros y cada local en 24.000,00 euros.

Por otra parte la entidad financiera exige que el piso concreto sobre el que recaiga la responsabilidad hipotecaria pendiente, sea el que se adjudique a Rosa, por encontrar mayores garantías de realización, en su caso, y obviar así las posibles dificultades que en el supuesto de ejecución hipotecaria podría conllevar la titularidad de la nuda propiedad de una menor y el usufructo de su madre.

La entidad financiera considera a Rosa la persona más solvente al haber sido ésta quien durante los últimos 4 años ha venido haciendo frente al pago de la totalidad de la cuota hipotecaria y a los gastos comunes del edificio.

Con tales condicionamientos impuestos por la entidad financiera, y en el supuesto de su aceptación por nuestra cliente, de llevarse a cabo la división horizontal y adjudicación de inmuebles resultante en la forma indicada resultaría que, Estefanía vendría

a ser la nuda propietaria de un piso y un local, libre de carga hipotecaria, y gravados ambos, únicamente, con el usufructo a favor de su madre, recibiendo en cambio Rosa el piso segundo gravado con una hipoteca por importe de 28.000 euros y un local libre de carga hipotecaria.

Aceptar tal propuesta precisaría necesariamente la concurrencia de ambas propietarias, usufructuaria y entidad financiera para que, simultáneamente al acto de otorgamiento de la escritura de constitución en propiedad horizontal, Rosa y la entidad financiera suscribieran sobre el piso segundo que se le adjudicara una nueva hipoteca por importe de 28.000 euros, que previamente se habría tramitado con la entidad financiera y cuyo importe iría destinado a cancelar la hipoteca preexistente sobre la totalidad del inmueble, otorgando en tal momento dicha entidad financiera la correspondiente acta de cancelación hipotecaria.

Sin el ánimo de entrar a analizar la postura de la entidad financiera, por no ser objeto del presente dictamen, no podemos comprender las razones que impulsan tal exigencia de distribución de la carga hipotecaria, por cuanto, fuere cual fuere la misma, en ningún caso sus intereses se verían afectados y/o perjudicados dado que según establece el artículo 1860.1 del Código Civil, siendo la hipoteca una vez constituida, indivisible, con arreglo a lo establecido en los artículos 123 y 125 de la vigente Ley hipotecaria, la carga hipotecaria, en el supuesto de que el acreedor no concertare una nueva distribución de la responsabilidad entre los nuevos inmuebles resultantes de la propiedad horizontal, podría hacerse efectiva por la totalidad de la suma garantizada contra cualquier de las fincas resultantes en que se hubiere dividido el edificio, o contra todas ellas a la vez, es decir, contra dicho edificio en su conjunto, sin que, por otra parte, los deudores puedan exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados hasta no se haya satisfecho el crédito en su totalidad.

Se podría llegar a intentar un cambio de opinión de la entidad alegando que por aplicación del artículo 218 *in fine* del Reglamento Hipotecario, en caso de impago deberá ejecutar las dos fincas con todo lo que ello pueda suponer.

En todo caso, la solución propuesta por la entidad financiera que ocupa la posición de acreedor hipotecario no sería la más adecuada para la defensa de los intereses de nuestra cliente, ya que se obtendría la división extrajudicial de la cosa común mediante constitución en propiedad horizontal, con la asignación ya individualizada de los inmuebles adjudicados a Rosa como fincas registrales independientes, viéndose obligada a formular posteriormente procedimiento judicial contra Estefanía y Sofía en reclamación de la cantidad que finalmente se le adeudara incrementándose en la parte proporcional de las cuotas ya adeudadas, la mitad de los gastos comunes igualmente abonados y el importe de la nueva cantidad resultante de la mitad del saldo hipotecario por el que se gravaría el inmueble adjudicado a Rosa. ´

3.- VÍA JURISDICCIONAL –CUESTIONES PROCESALES-

Siendo que el presente dictamen tiene por objeto determinar la mejor manera de proteger en su integridad los intereses de Rosa entendemos que la solución extrajudicial anunciada y aceptada tanto por la copropietaria y usufructuaria de la mitad indivisa con la distribución de la carga hipotecaria propuesta por la entidad financiera, **no puede ser asumida por cuanto perjudica claramente tales intereses.**

Como ya expusiéramos, tal posible solución extrajudicial implicaría que efectivamente Rosa podría concretar su mitad indivisa sobre un piso y un local ya individualizados por haberse practicado la división horizontal, pero sin embargo su cuota de la mitad indivisa en la totalidad del edificio desmerecería, **dada la intención de la entidad financiera de proyectar el saldo hipotecario actualmente existente únicamente sobre los inmuebles que se adjudicarían a Rosa**, resultando que la misma obtendría su mitad indivisa en la cosa en común pero con un gravamen hipotecario superior respecto de la proporción que le correspondería por la proyección hipotecaria pretendida por la entidad financiera, es decir, correspondiéndole asumir la mitad de la carga hipotecaria en virtud de la división equitativa de la cosa en común, estaría asumiendo el cien por cien de la misma, liberando a la otra parte de dicha carga.

Trasladada nuestra posición a la entidad financiera y tras asumir nuestros fundamentos, por esta se pone de manifiesto su pasividad ante cualquier solución, y en consecuencia también al ejercicio de la *actiocomunni dividundo*, por entender efectivamente que en todo caso su crédito hipotecario seguirá suficientemente garantizado una

vez practicada la división mediante constitución en propiedad horizontal y cualesquiera que fueren los inmuebles resultantes y sus titulares, con arreglo a lo establecido en los artículos 123 y 125 de la Ley hipotecaria.

Dado que con anterioridad a formular la demanda la entidad financiera ha mostrado su pasividad respecto cualquier solicitud de la nueva distribución de la carga hipotecaria que pudiéramos obtener, sobre los pisos o locales resultantes que se adjudicaran a los condóminos una vez llevada a cabo la constitución en propiedad horizontal, nos limitaríamos a llamarla al proceso mediante solicitud de intervención provocada en los términos establecidos en los artículos 13 y 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender que en su calidad de acreedor hipotecario tiene interés directo y legítimo en el resultado del proceso, y ello por cuanto el artículo 403 del CC viene a contemplar la posibilidad de “conurrencia de los acreedores a la división de cosa en común oponiéndose a la que se otorgue sin su concurso, pero no podrán impugnarla, excepto en caso de fraude de Ley”.

En consecuencia, entendemos que judicialmente, dado el carácter rogado del derecho procesal civil, la pretensión a ejercitar deberá ceñirse a la consecución de la división material de la cosa en común en régimen de propiedad horizontal y la distribución equitativa, por mitad, de la carga hipotecaria actualmente existente.

La acción a ejercitar sería la acción de división de cosa común mediante constitución en división horizontal con distribución de la responsabilidad hipotecaria. Todo ello con fundamento en lo establecido en el artículo 400 del Código Civil que sanciona la posibilidad de que cualquier comunero podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común y el artículo 401.1 que establece la división mediante adjudicación de pisos y locales independientes, con sus elementos comunes propios en la forma prevista en el artículo 396 del mismo Código, en relación con el artículo 2 de la Ley de propiedad horizontal.

Dicha acción se dirigiría contra Estefanía en su condición de nuda propietaria de la mitad indivisa y Sofía como usufructuaria de dicha mitad, ambas con el carácter de

demandadas, y con la intervención provocada de la entidad financiera como acreedora hipotecaria de la cosa en común a dividir.

Los intereses cuya protección solicitamos vendrían a centrarse, por una parte, en la obtención de la división de la cosa común mediante constitución en propiedad horizontal con asignación individualizada y como fincas registrales independientes, en proporción a su participación en la comunidad y concretada en un piso y un local.

Por otra parte, la satisfacción de los diversos créditos que ostenta frente a las titulares de la otra mitad del dominio (nuda propietaria y usufructuaria), por las cantidades por ella abonadas y que provienen de dos títulos distintos:

1.- **El préstamo hipotecario** suscrito con carácter solidario, por Rosa y su fallecido hermano, causante de los titulares de la otra mitad indivisa y,

2.- La mitad de los gastos abonados para el adecuado mantenimiento y conservación de la cosa común.

Pretensión que se obtendría mediante el ejercicio de acción de reclamación de cantidad frente a deudores.

En principio, plantearíamos el ejercicio de ambas acciones en el mismo procedimiento mediante su acumulación, por entender que dichas acciones aún cuando pudiera estimarse que en rigor no provendrían del mismo título, si entendemos que concurrirían los elementos objetivos y subjetivos a que aluden los artículos 71 y 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al coincidir actor y demandados, no ser incompatibles entre sí, siendo que la elección de una no impediría ni haría ineficaz el ejercicio de la otra y entre ambas existe un nexo por razón del título o causa de pedir de la que inicialmente devienen (comunidad de bienes), o cuando menos conexo al fundarse todas ellas en los mismos hechos, esto es, situación inicial de comunidad de bienes con carga hipotecaria de carácter solidario que deviene en la división de la misma, con mantenimiento de dicha carga aunque con distinta distribución y estar integrada la cantidad reclamada por el pago de parte de la cuota hipotecaria y gastos comunes por uno de los comuneros.

El procedimiento a seguir sería el establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el proceso declarativo ordinario conforme al artículo 249.2 de la LEC puesto que la cuantía a señalar excede los 6000 euros, y no se refiere a ninguno de los supuestos recogidos en el artículo 250 de dicha Ley.

No obstante, conforme al artículo 253 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en toda demanda deberá expresarse justificadamente la cuantía, que vendrá determinada por las reglas contenidas en los artículos 251 y 252 de la misma Ley.

En el supuesto que nos ocupa y dada la acumulación de acciones planteada, habrá que estar a lo establecido en la regla primera del artículo 252, el cual señala “que la cuantía vendrá determinada por la que corresponda a la acción de mayor valor que se ejercite”, que conforme a lo establecido en la regla 12ª del artículo 251 en relación con el apartado 6 de la regla 3ª y la regla 2ª de dicho precepto, correspondería al valor del edificio cuya división mediante constitución en propiedad horizontal se solicita y que vendría fijado en 208.000 euros.

El procedimiento se iniciará con la presentación de la demanda debidamente suscrita por abogado y procurador, siendo la intervención de ambos profesionales preceptiva conforme a lo establecido en los artículos 23 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La demanda, además de consignar los datos de circunstancias e identificación de actor y demandados y domicilio o residencia donde deban ser emplazados, deberá expresar con claridad numerados y separados, los hechos y fundamentos de derecho, fijándose igualmente con claridad y precisión lo que se pide, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto a los hechos, se narrarán de forma ordenada y clara. Y con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones.

En nuestro supuesto, una posible redacción de los hechos sería la siguiente:

PRIMERO.- Los hermanos Rosa y Enrique, ambos aragoneses, adquirieron proindiviso en el mes de octubre de 2.002 un edificio de planta baja y dos alturas que se encontraba en estado ruinoso, sin que estuviera constituido en régimen de propiedad horizontal, su intención era proceder a su rehabilitación conservando su estructura.

Para sufragar los gastos de la rehabilitación del edificio suscribieron solidariamente con una entidad financiera un préstamo con garantía hipotecaria sobre el inmueble a rehabilitar por importe de 135.000,00 euros y un plazo de 18 años. Para ello suscribieron conjunta e indistintamente una cuenta corriente en la misma entidad financiera donde domiciliaron los pagos mensuales de la cuota hipotecaria que ascendía a 800,00 euros, y en la que mensualmente, cada uno de ellos, realizaba un ingreso de 400,00 euros.

Tras la finalización de las obras de rehabilitación, ya en el mes de noviembre de 2.004, y tras la obtención de las correspondientes licencias municipales de ocupación y habitabilidad y certificados de eficiencia energética, Enrique habitó con su familia en el piso primero y Rosa en el piso segundo, arrendándose los locales de la planta baja a un tercero y percibiéndose las rentas por mitad por ambos hermanos, quienes se encontraban empadronados cada uno de ellos en sus respectivos pisos.

Las rentas por tales arriendos se percibían en la cuenta abierta en la entidad financiera para el pago de las cuotas hipotecarias, y con el dinero que había en dicha cuenta se pagaban los gastos que se ocasionaban por los suministros generales de los elementos comunes y servicios de seguros, administración, etc. Se acompañan documentos señalados como números 1 a 11: escritura de adquisición del edificio, escritura de constitución de hipoteca, proyecto de edificación y rehabilitación, licencia urbanística de edificación y rehabilitación, libro de edificación, licencia de primera ocupación, certificado de eficiencia energética, contratos de arrendamiento de locales, certificado de empadronamiento de Enrique, certificado de empadronamiento de Rosa y extracto de la cuenta bancaria conjunta.

SEGUNDO.- Habiéndose proyectado por ambos hermanos llevar a cabo la extinción del condominio mediante la división del inmueble en propiedad horizontal, inesperadamente, falleció Enrique, en el mes de mayo de 2012.

El óbito se produjo habiendo otorgado testamento por el que instituye heredera universal a su única hija menor de edad y usufructuaria a su esposa sobreviviente, quienes ya en el mes de noviembre de 2012, aceptaron la herencia del finado. Acompañamos señalado como documento número 12: escritura de aceptación de herencia.

TERCERO.- Aunque desde el fallecimiento de Enrique, Sofía y Rosa siguieron haciendo frente al pago de las cuotas hipotecarias y los gastos comunes en la forma que se realizaba en vida del causante, en el mes de enero de 2013, Sofía dejó de hacerlo, siendo Rosa quien debió hacer frente desde dicha fecha al pago de las cantidades originadas por ambos conceptos y ante la advertencia de la entidad financiera hipotecante de proceder a ejecutar su crédito en el supuesto de impago total o parcial de las cuotas.

El total de cuotas hipotecarias abonadas por Rosa fue de 60, ascendiendo a un total de 48.000 euros, correspondiendo la mitad de dicha cantidad a la cuota de la otra mitad indivisa perteneciente a las demandadas, es decir 24.000 euros, y el total de los gastos comunes satisfechos exclusivamente por Rosa asciende en la actualidad a 4.000 euros, correspondiendo 2.000 euros a la mitad indivisa de las demandadas. Se acompaña señalado como documento número 13 a 15: requerimiento de la entidad financiera, justificante del pago de las cuotas abonadas por Rosa, justificante de pago de los gastos comunes.

CUARTO.- Han resultado infructuosas cuantas gestiones se han llevado a cabo por la actora frente a las demandadas para lograr que por las mismas, se otorgara la escritura de extinción del condominio con división de la cosa en común mediante constitución en propiedad horizontal y el abono de las cantidades adeudadas a Rosa, por lo que se hace imprescindible la formulación de la presente demanda. Se acompaña como documento número 16: requerimiento previo a las demandadas.

Tras la consignación de tales hechos, y en el siguiente apartado se deberán señalar los fundamentos de derecho con las debidas alegaciones que procedieren sobre su aplicación a los hechos contenidos en la demanda, fundamentos de derecho ya expuestos en el contenido de este dictamen.

La jurisdicción competente vendría a ser la del orden civil y en concreto el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza por ser la demarcación judicial a la que pertenece el municipio de Alagón, localidad donde tienen su domicilio todas las partes y se encuentra ubicado el inmueble a dividir con arreglo a las reglas que determinan la competencia objetiva y territorial recogidas en los artículos 36, 45, 50, 52 y 53 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por todo lo expuesto,

Se consignaría la pretensión a formular con claridad en el suplico de la demanda vendría constituida por diversos pronunciamientos unos de carácter declarativo y otros de carácter condenatorio.

Los pronunciamientos de carácter declarativo consistirían en:

Solicitar del Tribunal la declaración de tener por disuelta la comunidad de bienes existente sobre el edificio sito en C/ Fernandina número 16 del municipio de Apagón mediante la división del mismo en propiedad horizontal con arreglo al título constitutivo aportado por esta parte y contenido en los documentos 1 a 7 acompañados con la demanda.

Los pronunciamientos de carácter condenatorio consistirían en:

Solicitar la condena de todos los demandados a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y concurrir ante fedatario público que indique la actora, a fin de otorgar el título constitutivo en propiedad horizontal y la modificación hipotecaria a que se

refieren los pronunciamientos declarativos obtenidos.

Condenar a Estefanía y Sofía a abonar solidariamente a la parte actora con la cantidad de 26.000 euros más los intereses legales establecidos en el artículo 576 de la LEC, así como la condena en costas a la parte demandada.

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2012 (RJ 2012/344703)

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1989 (RJ 1989/4295)

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Julio de 2012 (RJ 2012/9331)

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Junio de 2.012 (RJ 2012/6719).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de Diciembre de 2.010 (JUR 2012/116239).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 26 de Marzo de 2.013 (JUR 2013/175717).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 29 de Abril de 2.013 (JUR 2013/251985).

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2012 (RJ 2012/5286).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 17 de octubre de 2013 (JUR 2013/336127).

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997 (RJ 1997/4612).

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009/524).

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2006 (RJ 2006/2342).

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Diciembre de 1.999 (RJ 1.999,9493) citando en igual sentido las anteriores de 5 de Junio de 1.989 (RJ 1989,4295), 6 de Junio de 1.997 (RJ 1.997,4612) y 8 de Marzo de 1.999 (RJ 1999,1404).

Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de Febrero de 2.012 (RJ 2012,3383) y 22 de Enero de 2.013 (RJ 2.013,1825).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de Diciembre de 2.000 (JUR 2.001,130758).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de fecha 9 de mayo de 2011(LECN 135/2011).

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Mayo de 2.009 (RJ 2009,3048), que cita otras anteriores como las de 7 de Abril de 2.003 (RJ 2003,3680) y 17 de Julio de 2.006 (RJ 2006,4961).

BIBLIOGRAFÍA

PEREZ DE ONTIVEROS, C., *La división de la comunidad de bienes y exclusión de la acción de división*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

MIQUEL GONZALEZ, J. M., *Comentarios a los artículos 392 a 429 del Código Civil*.

DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial III, Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. Cívitas, Madrid, 1995.

RODRIGUEZ OTERO, L., *Elementos de derecho hipotecario*, 3ª edic., Dijusa, Madrid, 2006.

LASARTE, C., *Derechos reales y derecho hipotecario*, 6ª edic., Marcial Pons, Madrid, 2008.

CORDON MORENO, F. (coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. I, Aranzadi, El Cano, 2001.

MORENO GIL, O., *Código Civil y jurisprudencia concordada*, 4º edic., Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006.

