



EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y DEMANDA DE DIVORCIO

Marzo 2016

Por Francisco Javier Pérez-Olleros Sánchez-Bordona



El amor es algo distinto a una pasión que viene y se va. Y no hace falta que sea un día señalado como San Valentín para demostrar nuestro amor a la persona que queremos.

En el detalle de cada día, y la forma en que la pareja dirime sus conflictos y desacuerdos, son factores determinantes para el éxito o fracaso matrimonial.

Toshiyuki Kurogi y Yasuko Kuroki llevan más de 60 años de casados. Pero después de 30 años de matrimonio, la Sra Kuroki perdió su vista debido a la diabetes.

La mujer, deprimida, se recluyó en el interior de su casa, negándose a salir más allá de lo estrictamente necesario. Su esposo entonces realizó un increíble gesto de amor.

Toshiyuki quería darle algo que ella pudiese disfrutar, y se encontró con la respuesta después de haber visto que las personas admiraban sus flores de Musgo Rosa (Shibazakura). Pensó que si plantaba más, la gente vendría a su casa acompañar a su esposa. Pero lo más importante, su esposa contemplaría las flores a través de su perfume aromático.

Su acción llegó al corazón de su esposa y al de miles de personas que están disfrutando con su historia de amor, hasta el punto que la granja en la que viven se ha convertido en Japón en un lugar de peregrinaje.



Pero no siempre el amor entre la pareja es posible mantenerlo vivo. En este artículo vamos a analizar la extinción del condominio familiar cuando una persona se divorcia. Para ello nos planteamos las siguientes cuestiones: ¿se puede solicitar con la demanda de divorcio la división de vivienda familiar que mantengo en copropiedad con quién todavía es mi cónyuge?, ¿es posible hacerlo al contestar a la

demanda de divorcio?, ¿es obligatoria la venta del inmueble, domicilio familiar en copropiedad, por subasta pública en el mismo juzgado que dictó la sentencia de divorcio?, ¿qué factores son importantes en la extinción del condominio sobre la vivienda conyugal?.



I.-¿CABE SOLICITAR LA DIVISIÓN DE LA COPROPIEDAD SOBRE EL DOMICILIO FAMILIAR A LA VEZ QUE EL DIVORCIO?

La STS 1ª de 31 de mayo de 2012, y con relación al concepto de vivienda familiar a los efectos de atribución de su uso en los procesos matrimoniales previsto en el Art. 96 C.C, define la vivienda familiar como el **lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia.**

El antecedente legislativo de la posibilidad de acumular la acción de división del inmueble que constituyó el domicilio familiar, y que se mantiene en copropiedad entre los cónyuges, con la acción de divorcio lo encontramos en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que introdujo la excepción 4ª al número 3 del art. 438, referido a la reconvención y acumulación objetiva y subjetiva de acciones en los juicios verbales.

Esta modificación del precepto fue legislada tras declararse inconstitucional y nulo el artículo 43.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, llevada a cabo por la STC de 16 de febrero de 2012 en la cuestión de inconstitucionalidad nº 5394/2006, al considerar que es competencia exclusiva del Estado permitir la acumulación de la acción de divorcio y

liquidación de bienes en el matrimonio sujetos al régimen de separación de bienes, algo que no permitía la Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC en adelante-.

Por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, con entrada en vigor el 7 de octubre, se añade un apartado 4 al artículo 437 de la LEC, recogiendo como excepción a la regla general de no acumulación objetiva de acciones en los juicios verbales la acción de extinción del condominio sobre la vivienda familiar, señalando:

“4.ª En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos”.

Al posibilitarse dicha acumulación con la demanda, la reforma de la Ley 42/2015 suprime la excepción 4ª del artículo 438 de la LEC.

Pero eso no quiere decir que no pueda formularse la acumulación vía reconvencción, sino que la parte demandada también puede instar la división del domicilio en copropiedad con la demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 770.2 de la LEC, cuando en los procesos matrimoniales y de menores la extinción del condominio no hubiera sido solicitada en la demanda.

Por lo tanto, no siendo la acción de división del condominio materia de las consideradas como indisponibles para las partes, si la parte actora no la solicitó introduciendo la cuestión en el debate, y teniendo en cuenta que el art 406.3 LEC, prohíbe la reconvencción implícita, puede accionarse en reconvencción por la parte demandada dicha petición.

Pero también entiendo que no puede ser introducido dicho debate, por la vía del artículo 752 de la LEC, fuera de los escritos iniciales de las partes.

Conforme a la interpretación doctrinal que se venía haciendo de la excepción 4ª del núm. 3 del artículo 438 LEC extinta, cabe tal

acumulación y por tanto tal división también **en los procedimientos matrimoniales instados de mutuo acuerdo** o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, en base a una interpretación teleológica del proceso consensual del artículo 777 LEC, al considerar que la intención legal es posibilitar que las pretensiones que puedan ser resueltas en un procedimiento contencioso puedan serlo también en uno consensual, resultando además absurdo facilitar la acumulación en los procesos contenciosos y evitarla en los consensuados, cuando en estos últimos, a tenor del **artículo 90, apartado e) del Código Civil**, el Convenio Regulador de medidas puede contener materia sobre la liquidación del régimen económico matrimonial.

Por estos preceptos, en los Convenios Reguladores es admisible también que se contemple como medida la división de cosa común prevista en el artículo 400 del Código Civil (en adelante CC).

Una cuestión distinta es si la resolución judicial que aprueba judicialmente el Convenio Regulador constituye título inscribible para la práctica del asiento registral teniendo en cuenta los aspectos susceptibles de calificación registral, conforme a los artículos 100 del Reglamento Hipotecario y 522.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La determinación de si el Convenio Regulador aprobado judicialmente constituye o no, y en qué términos, título hábil para la inscripción de los actos realizados en dicho Convenio, entra dentro de la calificación registral, porque la clase de título inscribible afecta a los obstáculos derivados de la legislación del Registro, en cuyo artículo 3 de la Ley Hipotecaria se prevén diferentes clases de documentos públicos en consonancia con cada uno de los actos a que se refiere el artículo 2 de la propia Ley, sin que sean documentos intercambiables sino que cada uno de ellos está en consonancia con la naturaleza del acto que se contiene en el correspondiente documento y con la competencia y congruencia según el tipo de transmisión de que se trate.

La propia Dirección General del Registro y del Notariado (DGRN en adelante) tiene resuelto que no hay razón para excluir la posibilidad de que el Convenio Regulador incluya la adjudicación de la vivienda familiar.

Asimismo, la DGRN ha admitido en Resolución de 11 de abril de 2012 respecto de la vivienda familiar de la que eran cotitulares ambos cónyuges en virtud de compra anterior al matrimonio, que puedan atribuir ante la autoridad judicial carácter ganancial a un bien cuya consideración como integrante del patrimonio conyugal ha sido tenido en cuenta por los cónyuges durante su matrimonio.

La Dirección General ha admitido incluso que, si se hubieran realizado pagos del precio aplazado de la vivienda domicilio familiar con dinero ganancial, que la titularidad privativa inicial devenga “*ex lege*” en comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (artículos 1.354 y 1.357. párrafo 2º del Código Civil, y Resolución de 27 de julio de 2015).

Efectivamente, señala el artículo 1.357 del CC que: “*Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial.*”

Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1.354”.

Y el artículo 1354 del CC señala que: “*Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas”.*

La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.357.párrafo 2º del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal (artículo 91.3 del Decreto de 14 de febrero de 1947 -Reglamento Hipotecario-).



II.- SALVO ACUERDO, ¿LA DIVISIÓN SIEMPRE TIENE HACERSE A TRAVÉS DE LA SUBASTA JUDICIAL CON LICITACIÓN DE EXTRAÑOS?

Las fuentes formales de las obligaciones personales en el derecho de familia, anteriores a su determinación en el fallo de una sentencia de divorcio o de relaciones paternofiliales, son la Ley y los convenios o pactos de las partes.

Entre las obligaciones típicas del derecho de familia se encuentran las derivadas de la cotitularidad de los bienes y derechos de la sociedad económica conyugal, y por tanto las propias de todo comunero.

Ningún copropietario está obligado a permanecer en copropiedad, salvo pacto entre los condóminos, señala el artículo 400 del Código Civil -CC en adelante-.

Este precepto también prevé la posibilidad de que se acuerde un pacto de indivisión por un plazo no superior a diez años, salvo nuevo acuerdo de indivisión.

Pues bien, si tenemos en cuenta que los artículos 68 y 70 del Código Civil prevén que los cónyuges están obligados a vivir juntos, y que en caso de discrepancias sobre la fijación del domicilio conyugal, dicho domicilio lo fijará el Juez, y que los artículos 96 párrafo 4º y 1320 del CC señalan que para disponer de la vivienda habitual y el ajuar se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial, podría pensarse la posible existencia de una obligación, cuando menos moral, en los casos de disolución por voluntad unilateral del matrimonio, y debería valorarse y en su caso respetar el interés del otro, de mantener ocupando el inmueble que constituía el domicilio familiar, al menos durante un cierto tiempo, que podríamos señalar no existiendo hijos, y por analogía con el artículo 156 del Código Civil, en el plazo que el Juez fijara, y que podría llegar hasta los dos años tras la declaración del divorcio.

Pero si además tenemos en cuenta que también se prevé, si hubieren nacido hijos comunes de esa pareja, en los artículos 92 y 96 del CC, que la separación, la nulidad o el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos, y que para las parejas sometidas al CC, en caso de ruptura el uso del domicilio familiar, salvo acuerdo supervisado por el Juez, debe atribuirse a los hijos y al progenitor custodio con el que queden, se entenderá mejor que el compromiso matrimonial conlleva también un cierto compromiso, aunque fuere tácito, de estabilidad, que incluye la estabilidad en la morada, y por

tanto que la decisión del divorcio no suponga por ella misma la desocupación del domicilio de la unidad familiar por parte de los hijos, al menos mientras fueren menores de edad.

La atribución del uso de la vivienda familiar que contempla el artículo 96 CC tiene por objeto la salvaguarda de los derechos del menor, y concretamente su derecho de habitación, la protección de la familia y de la vivienda, y la buena fe en las relaciones entre los cónyuges o ex cónyuges, y en el interés superior de los hijos menores que debe presidir en los procedimientos de familia, no pudiendo aceptarse una división caprichosa del inmueble que fue la vivienda familiar.

La extinción de las relaciones jurídicas que derivan de una comunidad voluntariamente constituida, debe acomodarse al interés de los partícipes, y no al puro interés particular de uno de ellos (STS 341/2013, de 5 de febrero).

Por eso, la forma más rápida y fácil de extinguir el condominio es un nuevo pacto entre los miembros de la pareja de comprar uno la parte del otro, o el convenio de venta del inmueble a un tercero, repartiéndose el producto neto de la venta.

La extinción por compensación económica no puede ser impuesta judicialmente, ni aún por solicitud de una parte.

Incluso en procedimiento de liquidación de la sociedad económica del matrimonio la adjudicación del bien a una de las partes con compensación a la otra, será sólo homologada judicialmente, si es de común acuerdo (artículo 401, 404, 406 y 1062 del Código Civil).

La división económica, mediante la venta a un tercero, y el reparto del precio en proporción a la cuota de cada uno, es práctica normal de los Juzgados que debe practicarse en la forma prevista para la ejecución forzosa en la LEC.

En la LEC sólo se prevé la subasta pública con licitación de extraños, salvo convenio de realización que se regula en el artículo 640 de la LEC, o realización por persona o entidad especializada, que se prevé en el artículo 641 de la misma Ley procesal.

Teniendo en cuenta lo anterior, y que en la extinción del condominio mediante la venta es doctrina jurisprudencial que deben evitarse los

suplementos en metálico por las diferencias de valor (STS, Civil sección 1 del 29 de marzo de 2010 (-ROJ: STS 1445/2010-), es decir, que debe evitarse, salvo acuerdo, la extinción del condominio atribuyendo a un coparticipante el inmueble, y obligando indemnizar al otro por su valor, parece que la única solución para extinguir el condominio sobre el inmueble que fue el domicilio familiar de los divorciados, es la **venta en pública subasta con licitación de extraños** prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo posibilidad de división material.

La **división material** del inmueble sólo es posible incluso por resolución judicial dictada con oposición de un comunero, si la regulación que determina el contenido de la propiedad lo permite, y fuera lo más óptimo desde el punto de vista económico, al ser el valor del edificio muy superior a la obra que fuera necesaria para tal división. Sólo en tales casos cabe que la acuerde el órgano judicial aunque no esté de acuerdo una de las partes.

Pero en pocos casos es posible que el inmueble sea divisible física y jurídicamente. Suele resultar inservible para el uso a que se destina, o desmerecer su valor, si se divide.

Por tanto, la práctica en casos de desacuerdo entre los esposos, lleva a pensar que la única solución que le queda al que quiere y solicita la extinción del condominio conjuntamente al divorcio, es promover la venta del inmueble en pública subasta con licitación de extraños y de los propios condóminos.

Pero la regulación que se establece en la sección 6ª del capítulo IV relativa al procedimiento de apremio, no está pensada para la venta del inmueble en estos casos, aún con la modificación llevada a cabo por Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que introduce la modalidad de la subasta electrónica, creando en la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de un Portal Electrónico de Subastas para su celebración.

No se trata de subastar un bien embargado por incumplimiento de una obligación dineraria derivada de un procedimiento contencioso en que existen dos partes, ejecutante y ejecutada.

Aunque en estas subastas los copropietarios no están obligados a hacer depósito alguno en la cuenta del Juzgado para pujar ellos mismos, si los licitadores extraños, conforme al artículo 669 de la LEC, tienen que hacer un depósito para poder pujar por la vivienda.

La aplicación de la normativa de la subasta en del procedimiento de apremio a la extinción del condominio, al ser inadecuada, determina una aplicación distinta en muchos juzgados, lo que ocasiona inseguridad jurídica.

Además la falta de transparencia para los terceros licitadores posibles de estas ejecuciones forzosas, las barreras para examinar el inmueble, la consignación previa a la oferta de venta a que nos hemos referido, son factores que determinan que sea una forma de realización en la que seguramente no se va a obtener el precio que en el mercado vale el bien, y si se obtuviera en dicha cuantía, sería a un coste mucho mayor del que costaría si se efectuara la venta directamente por un intermediario del mercado inmobiliario, como por ejemplo una Inmobiliaria o Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

Un ejemplo de que no es el medio adecuado para realizar el bien en los casos de extinción del condominio por la subasta prevista para la vía de apremio, es el artículo 670 de la LEC, que prevé que no cabe adjudicar la vivienda a un tercero por un importe inferior al 50% del precio de tasación, y que cuando la mejor postura ofrecida en la subasta fuere inferior al 70 por 100 del valor de salida, el ejecutado podrá presentar a un tercero que mejore la postura o pedir la ejecución por el 70% del valor, pero aquí no cabe aplicar este precepto, porque no se establece que condómino tiene preferencia para mejorar la postura.

No obstante, sí cabe reconocer que el nuevo sistema de subastas judiciales electrónicas de los artículos 648 y 668 de la LEC mejora la publicidad y transparencia del modelo anterior, especialmente con la publicación de las mismas a través Portal de Subastas Judiciales del BOE.

El encargado de gestionar las pujas de los postores, conforme el Real Decreto 1011/2015 de 6 noviembre por el que se regula el procedimiento para formalizar el sistema de consignaciones en sede electrónica de las cantidades necesarias para tomar parte en las

subastas judiciales y notariales es ahora la Agencia Tributaria, liberando a la Oficina Judicial del control y devolución de las consignaciones al remitir únicamente la Agencia Tributaria a la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la puja ganadora para la aprobación del remate y adjudicación, conforme el art. 3 del Real Decreto 1011/2015.

El postor debidamente registrado en el Portal de Subastas Judiciales en el momento de presionar la pestaña de “Pujar” deberá introducir sus datos bancarios (Código IBAN) procediéndose a la transferencia desde la Cuenta a la Agencia Tributaria de la consignación del 5% fijada como requisito de puja, que será inmediatamente devuelta al finalizar el plazo de la subasta si no fuere la ganadora, salvo que haya utilizado la opción de reserva.

Pero todo lo expuesto no evita que sea un sistema mucho menos flexible e ineficiente que la venta a través de un intermediario especializado (persona física o jurídica), puesto que se mantienen en el mismo las barreras y falta de transparencia que ya hemos apuntado, aunque en la actualidad las subastas electrónicas tienen una mayor transparencia.

Por todo ello considero que el sistema judicial no es un buen medio de venta de inmuebles. Por eso las entidades financieras rescatadas no vendieron sus inmuebles en una subasta pública con licitación de extraños, sino que se transfirieron a una sociedad denominada Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria – Sareb-, que los vende directamente y a través de sus comercializadoras, que son sociedades inmobiliarias, algunas con sede en el extranjero.

En definitiva, entiendo que la resolución judicial que extingue el condominio puede fijar, a petición de al menos una parte, otro sistema de realización del bien que no sea la pública subasta con licitación de extraños y por las normas procesales de la ejecución forzosa, y acordar la realización por persona o entidad especializada directamente, prevista en el artículo 641 de la LEC.

De hecho, el artículo 641 de la LEC no determina que si pide el ejecutante la venta por persona o entidad especializada, se requiera el consentimiento del ejecutado para acordarla judicialmente.

Un ejemplo es el supuesto que contempla y resuelve la **Sentencia 455/2006, de 8 de mayo, de la sección 1, de la Sala Civil del Tribunal Supremo**, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, y es el que sigue:

D. Ismael interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía en ejercicio de acción de división de cosa común, que dirigió contra su esposa D^a Verónica, la que finalizaba suplicando del Juzgado que dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1º) Decretar la división de cosa común en cuanto a la vivienda y las plazas de aparcamiento de la casa en Barcelona, por tratarse de objetos indivisibles; 2º) Que se saquen a pública subasta la mencionada vivienda y plazas de garaje; 3º) Que se entregue y pague a la parte actora la mitad del precio que se obtenga en la subasta y la otra mitad a la demandada; y 4º) Que se impongan las costas a la demandada si se opusiere a todo ello.

La demandada formuló oposición y solicitó la desestimación de los pedimentos de la demanda por las razones expuestas en la contestación y especialmente por haber sido ejercitado el derecho a la división de mala fe y con evidente abuso de derecho, con imposición de costas a la parte demandante. Igualmente opuso reconvencción ejerciendo acción de división de cosa común respecto de otra vivienda sita en Palafrugell (Gerona) y dos parcelas en la misma urbanización, solicitando que se acordara que se saquen dichos bienes a la venta a través de agente de la propiedad inmobiliaria que, a falta de acuerdo entre las partes, se designe por el Juzgado y que del precio obtenido se haga entrega por mitad a cada una de las partes con imposición de costas a la parte actora-reconvenida si se opusiere a ello.

Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona se dictó sentencia de fecha 15 de diciembre de 1997 que fue desestimatoria de la demanda con absolución de la demandada e imposición de costas al actor, mientras que, por el contrario, estimó la reconvencción formulada por la demandada, declaró la indivisibilidad de los inmuebles de Gerona, y ordenó su venta y reparto del precio al cincuenta por ciento entre ambos litigantes, y cuya venta habría de efectuarse a través de agente de la propiedad inmobiliaria designado de común acuerdo, y en su defecto por insaculación, en trámite de

ejecución de sentencia, con imposición al demandante-reconvenido de las costas causadas.

Recurrida dicha Sentencia en recurso de apelación por la parte actora, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Primera) dictó sentencia de 16 de marzo de 1999, la cual estimó el recurso y, con revocación parcial de la sentencia dictada por el Juzgado, estimó la demanda acordando la cesación de la situación de indivisión de los inmuebles que se describen en la misma (vivienda y plazas de garaje), de forma que todos los inmuebles se venderían a través de agente de la propiedad inmobiliaria, con respeto del derecho de uso que tiene atribuido judicialmente la demandada, sin especial declaración sobre costas causadas en ambas instancias.

La Sentencia de la Audiencia de Barcelona fue recurrida en casación, estimándose por la Sala Civil del Tribunal Supremo el recurso de casación sólo en cuanto al pronunciamiento de costas, pues entiende que la Audiencia Provincial si se pronunció sobre el abuso o buena fe de la acción del inicialmente demandante, al ordenar la Sentencia dictada en apelación la venta a través de agente de la propiedad inmobiliaria y respetando el derecho de uso de la demandada, en vez de en subasta pública como solicitaba D. Ismael.



III.- ¿CABE SIEMPRE LA EJECUCIÓN FORZOSA DEL PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL EXTINGUIENDO EL CONDOMINIO?

No existirá tutela judicial efectiva si la sentencia no se ejecuta forzosamente de forma rápida ante un incumplimiento de lo dispuesto en la misma.

El derecho a que se haga cumplir lo determinado en la sentencia, forma parte de la tutela judicial efectiva, que como derecho fundamental, contempla el artículo 24.1 de la CE.

Y señala el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará

en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno.

La doctrina clasifica las sentencias en declarativas, constitutivas o de condena por la pretensión que resuelven.

Una pretensión es declarativa cuando solicita una mera constatación o expresión judicial de una situación jurídica ya existente, como por ejemplo el reconocimiento de la paternidad o la declaración de la nulidad del matrimonio.

La pretensión es constitutiva, y por tanto la sentencia también lo será, cuando lo que se pide es la creación, modificación o extinción de una situación jurídica. Se pretende, con ellas, que se produzca un estado jurídico que antes no existía.

Una pretensión es de condena cuando lo que solicita es que se condene al demandado a una determinada prestación de dar, hacer o no hacer algo.

Toda sentencia, aún la condenatoria, es declarativa, pero la de condena requiere un hecho contrario al derecho, y por eso la sentencia condenatoria tiene una doble función, no solo declara el derecho, sino que también prepara la vía para obtener, aún contra la voluntad del obligado, el cumplimiento de una prestación.

En cambio la sentencia meramente declarativa no requiere un estado contrario a derecho, sino que basta un estado de incertidumbre sobre el derecho, y por eso no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una situación jurídica, y por eso no es susceptible de ejecución, sino que con la declaración judicial se satisface la pretensión.

La sentencia que resuelve una pretensión constitutiva, a diferencia de la declarativa, rige hacia el futuro, con ella nace una nueva situación jurídica.

Normalmente las sentencias van a entremezclar las pretensiones declarativas, constitutivas y de condena.

Hemos traído aquí esta distinción doctrinal, pues nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC, en el **artículo 521** señala que:

“1. No se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas.

2. Mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, las sentencias constitutivas firmes podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros públicos, sin necesidad de que se despache ejecución.

3. Cuando una sentencia constitutiva contenga también pronunciamientos de condena, éstos se ejecutarán del modo previsto para ellos en esta Ley”.

La sentencia que declara la extinción del proindiviso mediante la venta del inmueble en pública subasta, va a tener un doble contenido constitutivo de declarar la extinción de la copropiedad dejando sin efecto un estado jurídico preexistente mediante la venta del inmueble en pública subasta, y al mismo tiempo de condena al que se opuso a la acción a estar y pasar por dicho procedimiento de realización del valor del inmueble y división del producto neto que se obtuviera entre los copropietarios.

Incluso aunque no utilice la palabra condena debemos considerar la existencia normal de esta doble naturaleza del fallo.

Por ejemplo, se entendió A.P. Castellón (Sección 3.^a), en su Auto 21 diciembre 2007, que excedía de lo que era una sentencia meramente declarativa el fallo: *“Que estimando la demanda formulada por D.º B contra D.ª M acuerdo la extinción de la comunidad sobre la finca registral nº 0000 del Registro de la Propiedad de Lucena y declaró el carácter indivisible del dicho bien, debiendo, en caso de no lograrse un acuerdo entre los propietarios relativo a su adjudicación a favor de uno indemnizando al otro, venderse en pública subasta, con intervención de licitadores extraños y con el producto de la venta hacer reparto entre ambos dueños en proporción a sus respectivas participaciones”.*

Aunque la sentencia no utilice el verbo “condena””, estima una pretensión para que se proceda a determinada actividad destinada a la satisfacción de un derecho.

En cualquier caso, conviene que el que promueva judicialmente la división, determine y pida en el suplico al tribunal las actuaciones

precisas para la eficacia de dicha extinción y venta, y para vencer eventuales resistencias en la ejecución forzosa.

Por el carácter autónomo del título ejecutivo, para que pueda existir una tutela judicial efectiva, es aconsejable que los promovamos una sentencia con un fallo claro y preciso de la forma de llevar a cabo la extinción del condominio, y si es necesario, cabe que la parte utilice los mecanismos de aclaración, rectificación y complemento previstos en la ley procesal.

Por otra parte, aunque el convenio de realización del inmueble se contenga en un convenio regulador, y este se homologue en sentencia de mutuo acuerdo, señala el artículo 90 del Código Civil que el convenio regulador, judicialmente aprobado, puede también hacerse efectivo por la vía de apremio.



IV.- ¿ CABE ACORDAR LA SUBASTA DEL DOMICILIO FAMILIAR A TRAVÉS DEL JUZGADO?

El 15 octubre 2015 entró en vigor el **nuevo régimen de subastas voluntarias competencia de los Letrados de la Administración de Justicia y notariales**, que regula la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria - en adelante LJV- (DF 21ª.2 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

Se trata de un expediente de jurisdicción voluntaria que lo resuelve el Letrado de la Administración de Justicia, regulado en los **artículos 108 a 111 de la LJV**, y será competente para su tramitación el Juzgado de Primera Instancia correspondiente al lugar de radicación del inmueble subastado.

En cuanto a la postulación no requiere la intervención de Abogado y Procurador, por lo que conforme al artículo 14.3 LJV, *en la Oficina judicial se facilitará al interesado un impreso normalizado para formular la solicitud, no siendo en este caso necesario que se concrete la fundamentación jurídica de lo solicitado. La solicitud podrá presentarse por cualquier medio, incluyendo los previstos en la*

normativa de acceso electrónico de los ciudadanos a la Administración de justicia.

Cabe por tanto solicitar al juzgado que por reparto corresponda la venta en pública subasta, con posibilidad de licitadores extraños, o también venta por persona o entidad especializada, con sujeción a lo establecido en el artículo 641 de la LEC, como forma de extinguir el condominio sobre el domicilio familiar.

Con la solicitud deberá aportarse el **pliego de condiciones particulares** a las que se ha de someter la subasta, con valoración del inmueble, y de los documentos que acrediten a los solicitantes situarse en la posición de vendedores.

La tramitación y su publicidad se efectúan electrónicamente a través del portal de subastas del BOE, sometiéndose a la regulación de la LEC en todo lo no previsto en el pliego de condiciones antes indicado.

El procedimiento de constitución, gestión y devolución de depósitos exigidos para participar en subastas electrónicas, se somete a las reglas contenidas en el RD 1011/2015.

El Letrado del Juzgado aprobará por decreto el remate en favor del único o mejor postor, siempre y cuando cubra el tipo mínimo que hubieran fijado los solicitantes o no se hubieran reservado el derecho a aprobar la subasta, en cuyo caso se les dará vista del expediente por 3 días para alegaciones, lo que se hace también cuando algún licitador ofrezca aceptar el remate con modificación de condiciones. En defecto de licitadores, se sobresee el expediente.

En cuanto al órgano judicial competente de la acción de división interpuesta con posterioridad a la nulidad, separación o divorcio, y por tanto determinar si sería competente de esta subasta o venta por entidad especializada el Juzgado de Familia o el Juzgado civil ordinario del partido judicial del lugar de la finca, es dudoso.

Pero la competencia de los Juzgados de Familia viene establecida en el Real Decreto 1322/1981, de tres de julio, por el que se crean los Juzgados de Familia, que dispuso en su artículo primero, apartado segundo, que *“los nuevos Juzgados de Primera Instancia conocerán de forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del libro I del Código Civil, así como de*

aquellas otras cuestiones, que en materia de derecho de familia, les sean atribuidas por las leyes”.

Y la acción de división de cosa común aparece regulada en Título III del Libro II del Código Civil, por lo que, en principio, el conocimiento de la acción de división queda fuera del ámbito competencial de dichos juzgados de familia.

La Sección novena, de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, en Sentencia de veintidós de mayo de dos mil quince dictada en recurso de apelación 504/2014 en un procedimiento declarativo ordinario (Roj: SAP M 7891/2015), determinó en su fundamento primero, como “*ratio decidendi*”, que la acción de división de cosa común no es de competencia - objetiva- de los "juzgados de familia" aun cuando sobre la vivienda constase atribuido por sentencia de separación o de divorcio -o en medidas acordadas en tales procedimientos- el uso de la misma a un progenitor y/o hijos del matrimonio pues, como mantiene el T.S. (en sentencias como la citada en el recurso), tal derecho es oponible a terceros que adquieren la vivienda.



V.- ¿COMO SE COMPAGINAN LA ACCIÓN DE DIVISION DEL DOMICILIO EN COPROPIEDAD CON EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL?

El artículo 806 de la LEC señala que la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones, se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, por el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (artículos 806 a 811 de la LEC).

El encaje de la acción de división acumulada con la regulación de un procedimiento liquidatorio del régimen económico, fue tratada en el foro del observatorio de la justicia del Colegio de Abogados de Madrid, en Marzo de 2015, llegándose a la conclusión que la acción individual de extinción del condominio prevista en el entonces artículo 438.3.4º

LEC (actualmente extinto), procede sólo si existe un bien a liquidar (normalmente el domicilio familiar), pues el Tribunal Supremo ya se había pronunciado que cabía utilizar el procedimiento de extinción del condominio o de división de cosa común (“**actio communi dividendo**”) cuando se ha disuelto la sociedad de bienes gananciales y no se ha liquidado aún, existiendo un solo bien a liquidar, al entender que la operaciones liquidatorias no son necesarias en tal caso (STS 341/2013, de 5 de Febrero, Ponente Seijas Quintana).

Por tanto, en casos de que sólo exista el domicilio familiar en copropiedad, si no se alcanzara el acuerdo entre las partes condueños respecto de la extinción del condominio, puede solicitarse la división en demanda o reconvenición, bien una división material, o mediante venta de la finca a través de un tercero persona jurídica o física, por ejemplo a través de un agente de la propiedad inmobiliaria, o mediante subasta, en ambos casos en ejecución de sentencia, repartiéndose proporcionalmente entre los copropietarios el precio obtenido por la venta.

Pero cuando son un conjunto de bienes y derechos los que forman parte de la extinta sociedad económica de los cónyuges, la división de la comunidad no puede producirse como si el patrimonio de los partícipes estuviera determinado por un único inmueble acudiendo al artículo 400 del CC, pues es un precepto pensado para un único bien.

Precisamente el **artículo 406 del CC** ordena en los casos de pluralidad de bienes, la aplicación de las reglas concernientes a la división de la herencia, y conforme al **artículo 1061 del CC** en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.

Conviene advertir que en la liquidación de las relaciones económicas mantenidas por dos personas que han formado una unión de hecho, no casadas, no se aplica la regulación para el régimen económico matrimonial, ni por tanto las reglas para su liquidación, porque no ha régimen, según mantiene la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo (Sentencia TS 431/2010, de 7 de julio (ROJ: 3530/2010) y las que esta cita).

La unión de hecho no es equiparable al matrimonio, aunque ambas instituciones se encuentran en el ámbito del derecho de familia. Sin perjuicio de que los miembros de esa unión pueden pactar una comunidad romana de bienes. Pero la división de esta se debe llevar a cabo a través del artículo 400 del CC, y del procedimiento declarativo de división de cosa común. Pero no cabe la aplicación analógica de la regulación establecida para el régimen económico matrimonial porque al no haber matrimonio, no hay régimen (STS de 27 de mayo de 1998).



VI.- OTROS FACTORES QUE CONDICIONAN LA EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO

La modalidad de extinción del condominio por la que optemos, estará también condicionada por las **normas de la propiedad horizontal** en su caso, las **normas urbanísticas** que inciden sobre el inmueble determinando el contenido de la propiedad, y la posible existencia de una **hipoteca** sobre el inmueble, y por las **normas tributarias** que gravan la modalidad de división por la que optemos.

Si el inmueble está gravado por una hipoteca, la solución más sencilla de extinción del condominio es vender el piso, con su producto cancelarla, y dividir el resto del precio neto obtenido entre los vendedores coparticipes.

Si optamos por que uno de los coparticipes se quede la parte del otro compensándole por su valor en mercado, y existe una hipoteca que grava el inmueble, hay que considerar que la entidad financiera tendrá que prestar su consentimiento para liberar del pago del préstamo al que no se queda con la propiedad.

La liberación en el pago del préstamo hipotecario respecto del que es compensado económicamente, requiere de una novación modificativa de la escritura de préstamo hipotecario.

La entidad financiera prestataria, antes de consentir a la novación hipotecaria, querrá normalmente mantener la garantía del préstamo exigiendo un avalista o cualquier otra garantía, o incluso aceptar la

novación subjetiva, pero con un aumento del tipo de interés. Ello representará nueva escritura, y por tanto nuevos tributos, derechos notariales, aranceles registrales y gastos de gestoría.

Antes de firmar la novación, es importante que el banco nos entregue una oferta vinculante o propuesta de la operación, para asegurarnos lo que firmamos y evitar sorpresas.

Es decir, la novación es un nuevo pacto con la entidad financiera para cambiar las condiciones objetivas o subjetivas del préstamo hipotecario, y claro está en estos casos, si lo que se quiere desligar a un deudor del pago, la entidad va a exigir nuevas garantías, como un aval, e incluso un diferencial mayor aprovechando el aumento de riesgo.

La subrogación en el préstamo por otra entidad financiera se regula por la Ley 2/94 de subrogación y modificación de préstamo hipotecario. Esta es una opción prácticamente en desuso hoy, dada la bajada del precio de la vivienda que sirve de garantía del pago del préstamo pendiente de amortizar, y que normalmente habrá que abonar la comisión por cancelación anticipada.

En caso de extinción del condominio por compensación económica, con novación en su caso del préstamo hipotecario, e inscripción de ambos acuerdos en escritura pública en el Registro de la Propiedad, como tiene por objeto una cosa valuable, está sujeta al impuesto de Actos Jurídicos Documentados (artículo 31.2 Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados), y el valor del hecho imponible sería el valor de todo el inmueble, no sólo de la cuota del otro que adquirimos (Sentencia T.S.J. Madrid 695/2012 de 11 de octubre).

En cualquier caso, si la compensación es por el valor mercado de la cuota del otro, no hay transmisión sino un acto interno de la comunidad, y por lo tanto no está sujeto al Impuesto sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, y no existen ganancias ni pérdidas patrimoniales en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas por la disolución, conforme al art. 31.2 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, y por lo tanto no está

sujeto el hecho al I.R.P.F., ni por tanto deberá hacerse actualización del valor.

Por último hay que tener en cuenta la atribución que se haya efectuado en la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 del CC, o en la legislación especial de las CCAA, sobre el uso de la vivienda en los casos de guarda monoparental.

Este factor, dada su importancia, merece tratarlo en otro artículo.

Finalizo el presente amigo lector, agradeciéndole su lectura. Cualquier comentario o aportación que quiera remitirme sobre el tema puede hacerlo a justiciahispana@gmail.com

