

importe de la venta o adjudicación fue -como acontece en el presente caso- inferior al importe total garantizado por la hipoteca y así lo expresa la escritura calificada. En cambio, en ésta no se indica que el precio del remate ha sido pagado al acreedor que instó la ejecución -como resulta del artículo 236.k)1 del Reglamento Hipotecario- (ni la retención del dicho precio en favor de quienes hubieran obtenido anotación de embargo sobre el mismo derecho de hipoteca, como ocurre en el presente supuesto, según manifiesta el recurrente en su escrito de recurso), por lo que constituyendo el precio un elemento esencial de la compraventa -aunque sea ésta forzosa (cfr. artículos 1445 del Código Civil y 11 de la Ley Hipotecaria), ha de confirmarse el defecto únicamente en cuanto a este extremo y no así respecto de lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 236.k) del Reglamento Hipotecario, toda vez que resulta de la escritura calificada que no hay sobrante y la liquidación de gastos que ha de practicar el Notario no puede alcanzar la consideración de trámite o requisito esencial que trascienda a la eficacia de la enajenación realizada.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, y revocar el auto y la nota, respecto de los defectos 1.º, 2.º, 4.º y determinados aspectos del defecto 5.º y desestimarlos, confirmando aquéllos, respecto del defecto 3.º y la parte restante del 5.º según resulta del último de los precedentes fundamentos de derecho.

Madrid, 26 de febrero de 2000.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

5676

RESOLUCIÓN de 28 febrero de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Valladolid don Julián Manteca Alonso-Cortés, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Valladolid número 1, don Luis Antonio Fernández Moreno, a inscribir una escritura de desafectación de vivienda de portero y compraventa, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Valladolid don Julián Manteca Alonso-Cortés, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Valladolid número 1, don Luis Antonio Fernández Moreno, a inscribir una escritura de desafectación de vivienda de portero y compraventa, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos

I

En escritura autorizada por el Notario de Valladolid don Julián Manteca Alonso-Cortés el día 25 de septiembre de 1996, la comunidad de propietarios de la casa número 35 de la calle Puente Colgante, de Valladolid, representada por su Presidenta, doña María de los Ángeles Sobaler Seco, debidamente facultada por acuerdo unánime de la Junta general de propietarios, según resulta de certificación expedida el día 27 de junio de 1996, procede a la desafectación como elemento común de la referida casa de la vivienda del portero y su conversión en elemento privativo, asignándole una cuota de participación en los elementos comunes y con modificación de las cuotas de los demás elementos privativos del edificio, para su posterior venta, que se realiza en la misma escritura, a favor de doña Ana López Toral.

Algunos de los pisos y locales que componen el mencionado edificio están gravados con hipoteca constituida por sus respectivos propietarios en favor de entidades acreedoras distintas.

II

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de Valladolid, fue calificada con la siguiente nota: «Presentada en este Registro de la Propiedad número uno de Valladolid, a las once cincuenta y cinco horas del día 11 de octubre de 1996, bajo el número de asiento 2.294/1, del diario número 142, escritura autorizada por el Notario de Valladolid don Julián Manteca Alonso-Cortés el día 25 de septiembre de 1996, por la que se desafecta la vivienda del portero del edificio, en Valladolid, en la calle Puente Colgante, número 35, y que es objeto de venta, la califico con la siguiente nota:

1.º Se trata de una propiedad horizontal en la que se ha hecho una inscripción extensa en la matriz y luego se han inscrito como fincas independientes cada uno de los elementos que no son comunes.

En dicha propiedad horizontal inscrita, expresamente en su inscripción matriz, se dice que es elemento común, todo ello de conformidad con el artículo 396 del Código Civil.

Cada propietario es dueño no solamente de su vivienda propiamente dicha, sino también proporcionalmente de todos y cada uno de los elementos comunes, entre los cuales está la vivienda que se trata de desvincular y vender.

En los documentos ahora presentados la comunidad, por unanimidad, acuerda la desvinculación y posterior venta.

Al pretender inscribir estos actos nos encontramos con el gravísimo inconveniente que cada uno de los condueños (la mayor parte de ellos) han constituido hipoteca sobre su respectiva propiedad.

Estos acreedores hipotecarios tienen un crédito no sobre sus exclusivas propiedades, sino también a una parte alícuota sobre todos y cada uno de los elementos comunes, por lo que si estos acreedores hipotecarios no han prestado su consentimiento a la desvinculación, se les sustrae una parte de la finca hipotecada. Por otro lado se trata de un valor de importancia material, cual es el precio de una vivienda. Para mayor abundamiento, el párrafo segundo del citado artículo 396 del Código Civil, dice que las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división, y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de las que son anejos inseparables.

En consecuencia, sólo con el consentimiento de los acreedores hipotecarios se puede desvincular y vender la vivienda del portero.

Este defecto se califica de subsanable. (...)

Contra la presente nota cabe recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el plazo de cuatro meses a contar de la fecha de esta nota, conforme a los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. Valladolid, a 9 de diciembre de 1.996.—El Registrador.—Firma ilegible.»

III

El Notario autorizante de la escritura, don Julián Manteca Alonso-Cortés, interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación y alegó:

Que no es necesario que los acreedores hipotecarios consientan la segregación, división, desafectación o cualquier acto jurídico que sobre la cosa hipotecada o sus elementos accesorios realicen su propietarios; se creará una hipoteca solidaria y el acto realizado no tendrá efectos frente a dichos acreedores hipotecarios mientras no lo consientan, con los efectos previstos en los artículos 123 y 125 de la Ley Hipotecaria (Resolución de 15 de junio de 1993).

Que la cita del artículo 396 del Código Civil está fuera de contexto: Los elementos comunes son inseparables de los privativos, y no se puede disponer separadamente de ellos, pero esto es para el propietario singular, no para la comunidad de propietarios (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1994).

Que, si bien en principio parece que las consecuencias para los acreedores hipotecarios de los pisos y locales de la desafectación de la vivienda de portero y su posterior venta sería la aplicación de los artículos 123 y 125 de la Ley Hipotecaria (que la hipoteca de las fincas de origen gravaría la cuota que correspondía al propietario de la finca gravada en la vivienda desafectada y que el acreedor podría repetir sobre ella y el potencial comprador de dicha vivienda no podría pedir la liberación de la misma aunque se pague parte del crédito hipotecario), con ello resultaría que un acto dispositivo realizado por su propietario sobre un elemento privativo conduciría en la práctica a una limitación de las facultades dominicales de la comunidad de propietarios, ya que si las hipotecas van a recaer sobre el elemento común desafectado, el acto dispositivo o gravamen realizado por un propietario conduciría a la imposible disposición como libre del elemento común convertido en privativo, ya que nadie va a adquirir dicho elemento. Ante semejante situación de intereses en juego, el de los acreedores hipotecarios y el de la comunidad, hay que determinar cuál es el prevalente, entendiendo que el de este último, ya que si en la comunidad ordinaria la posición del acreedor hipotecario de un comunero que ha hipotecado su cuota está subordinada a la de dicha comunidad, en nuestro caso, en que se trata de una comunidad accesorial y especial del elemento principal hipotecado —piso o local, que es lo que el acreedor ha tenido a la vista para conceder su crédito hipotecario— no puede ser diferente. Es decir, que no son aplicables los artículos 123 y 125 de la Ley Hipotecaria, sino los artículos 399 y 403 del Código Civil, de manera que los actos

de disposición y gravamen de un partícipe con relación a su cuota producirán sus efectos respecto de los bienes que les resulten adjudicados y para garantizar en lo posible la eficacia del acto de enajenación o gravamen, el artículo 403 concede al cesionario o acreedor el derecho a intervenir en la partición, precepto que viene a confirmar en materia de herencia el artículo 1.083, pero estos cesionarios o acreedores hipotecarios no son parte en la división de la cosa común y su posición es diversa según que se hayan opuesto a que la división se practique sin su intervención o que no se hayan ocupado de oponerse: Si se han opuesto y los comuneros no le notifican que van a proceder a dicha división, ésta es eficaz pero se produce una inversión de la carga de la prueba del fraude en dicha división; si se les notifica que se va a proceder a la división y no acuden es como si no se hubieran opuesto y pueden atacar la división por fraude según las reglas generales; si acuden, pueden aprobarla o no, pero aun sin su aprobación no la pueden impedir y sólo controlan la operación y obtienen los datos necesarios para impugnarla o evitar el fraude (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1911).

Que si la división de la común, por ser ésta esencialmente indivisible, se hace conforme al artículo 404 del Código Civil, vendiéndola y repartiendo su precio porque los comuneros no convienen en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, también en este caso se producen los efectos de los artículos 399 y 403 del Código Civil: Los derechos del acreedor hipotecario pasarán a recaer sobre lo que a su deudor se le adjudique, y eso es precisamente lo que ocurre en nuestro caso: Se sale de la comunidad en la vivienda del portero, mediante su venta a un tercero, y la comunidad puede continuar en el crédito por el precio, que estaría afecto a la hipoteca (impropia), o podrá distribuirse entre los copropietarios y sobre la parte que se le adjudique al deudor hipotecario podrá en su caso el acreedor ejercitar sus derechos, pero la cosa ex-común quedará libre de cargas.

IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó:

Que la desafectación como libre, sin arrastre de cargas, del antiguo elemento común no es posible sin el consentimiento de los acreedores hipotecarios, pues se trataría de una novación objetiva de la garantía hipotecaria por disminución de la extensión objetiva de la hipoteca.

Que la operación posible sin el consentimiento de los acreedores hipotecarios sería la consistente en una desafectación «con arrastre de cargas»: Constituir como privativo un elemento común, con adjudicación en proindiviso ordinario y en razón de las correspondientes cuotas, a los correspondientes propietarios de los pisos o locales, de suerte que la parte que cada uno reciba esté gravada con la hipoteca originaria (artículo 123 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 399 del Código Civil), y así los derechos de los acreedores quedarían salvaguardados al poder dirigirse indistintamente contra el piso o contra la porción indivisa de la parte adjudicada a su deudor hipotecario.

Que, sin embargo, resta por resolver el derecho que corresponde a los acreedores hipotecarios para intervenir en la división de la cosa común (artículos 403 y 1.083 del Código Civil), ya que el negocio que nos ocupa consiste en una «división» de una comunidad, la que tiene por objeto el local destinado a portería, y para que esa división sea inscribible deberá garantizar el derecho de intervención de los acreedores partícipes.

V

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León confirmó la nota del Registrador fundándose en las alegaciones contenidas en el informe de éste.

VI

El Notario recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 396 y 1.876 del Código Civil; 104, 122 y 125 de la Ley Hipotecaria; 3, 5, 13, 14 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de junio de 1998.

1. Se debate en el presente recurso una cuestión idéntica a la ya resuelta por este centro directivo en su Resolución de 13 de junio de 1998, esto es, la inscripción de un acuerdo de la Junta de propietarios

de un edificio en régimen de propiedad horizontal por el que se desafecta la vivienda portería, que pasa en lo sucesivo a constituir finca independiente con su cuota en el condominio sobre los elementos comunes —y con la consiguiente alteración de las cuotas restantes— y de la posterior venta de dicha vivienda efectuada por el Presidente de la comunidad de propietarios en representación de ésta. El Registrador suspende la inscripción por no concurrir el consentimiento de los titulares de créditos hipotecarios recayentes sobre algunos de los pisos o locales integrantes de ese edificio, consentimiento que se precisaría por cuanto que la desafectación disminuye su garantía.

2. El régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la inseparabilidad entre el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre la parte privativa, y la participación en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio (cfr. artículos 3 de la Ley de Propiedad Horizontal y 396 del Código Civil) no procediendo la enajenación de estos últimos sino juntamente con la parte privativa de la que son anejo inseparable, de modo que los actos dispositivos sobre el piso o local se extienden necesariamente a los dos elementos que según se ha señalado integran el complejo derecho sobre el piso enajenado o gravado.

3. Es principio básico de nuestro sistema que la división de finca hipotecada no precisa el consentimiento del acreedor hipotecario, si bien, de no mediar dicho consentimiento, cada una de las nuevas fincas resultantes responden de la totalidad del crédito garantizado, pudiendo el acreedor pedir la ejecución de cualquiera de ellos o de todos simultáneamente (cfr. artículos 122 y 125 de la Ley Hipotecaria).

4. De las consideraciones anteriores se desprende inequívocamente que cuando una parte de ese derecho complejo en que consiste el dominio del piso o local en régimen de propiedad horizontal, se separa e independiza jurídicamente, seguirá pesando sobre ella los gravámenes recayentes sobre el derecho en el que se integraba anteriormente, y ello es precisamente lo que ocurre en el supuesto debatido, en el que respecto de una parte de los elementos comunes que no es estrictamente necesaria para el adecuado uso y disfrute de los elementos privativos, se acuerda, conjuntamente, su objetivación jurídica (mediante su configuración como un nuevo elemento privativo con su cuota sobre el todo), su desvinculación de la específica afectación al servicio o utilidad común que se le había asignado en el título constitutivo, y su enajenación inmediata. En tal caso, es evidente que la cuota que a cada piso o local preexistente correspondía sobre el todo —cuota que integraba el dominio de dicho piso o local—, se descompone en dos nuevos elementos: La nueva cuota sobre los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes (que sigue siendo anejo inseparable del piso o local) y la cuota proporcional pertinente en el nuevo objeto jurídico antes integrado en ese todo común (ya desligada del dominio del piso), continuando ambas afectas a los gravámenes que pesaban sobre el derecho matriz —el dominio del piso o local— y ello aun cuando se haya acordado que ese nuevo objeto jurídico sea inmediatamente transmitido a tercero; y se verifique efectivamente dicha transmisión (cfr. artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria).

5. Ha de señalarse por último que la desafectación, en cuanto acto modificador del título constitutivo de la propiedad horizontal, es competencia exclusiva de la Junta de propietarios (cfr. artículos 5, 13 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal), quedando restringida la legitimación para asistir a ella a los respectivos propietarios de los elementos privativos (cfr. artículos 14 de la Ley de Propiedad Horizontal y 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, por analogía).

6. Por todo ello, ha de concluirse en la no necesidad del consentimiento del acreedor con garantía hipotecaria constituida sobre un piso o local para la enajenación del elemento común previamente desafectado y objetivado jurídicamente, si bien aquella garantía subsistirá sobre éste en cuanto a una cuota equivalente a la que a dicho piso correspondía anteriormente sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en los términos de los anteriores considerandos.

Madrid, 28 de febrero de 2000.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.