ESTUDIOS

PROBLEMAS QUE PLANTEA LA DIVISIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR. ESPECIAL REFERENCIA A LA SUBASTA JUDICIAL

NURIA BARCONES AGUSTÍN
Secretaria Judicial del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Santiago de Compostela

RESUMEN

Es frecuente que los cónyuges al adquirir la que será su vivienda familiar lo hagan en régimen de copropiedad ordinaria, constituyendo sobre la misma una comunidad de bienes al amparo de lo previsto en el artículo 392 del Cc.

Los problemas surgen cuando, por las circunstancias que sean, uno de los cónyuges pretende ejercitar la *actio común dividundo* con arreglo a lo dispuesto en el artículo 400 del Cc, y en consecuencia, pedir la división de la vivienda familiar como cosa común.

El presente trabajo tiene por objeto analizar las cuestiones prácticas que se plantean en tal supuesto.

Así, en primer lugar, se tratará de determinar si es admisible o no dicha acción de división sobre la vivienda familiar, y su compatibilidad con el posible derecho de uso atribuido judicialmente a uno de los cónyuges. Y, posteriormente, analizaremos detalladamente los mecanismos para conseguir tal división, en especial, la división judicial de la vivienda familiar. Para ello, distinguiremos los dos posibles supuestos posibles: la división material de la vivienda o bien, si la vivienda es indivisible, la adjudicación a uno de los cónyuges indemnizando al otro o la venta en pública subasta.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Admisibilidad de la acción de división de la cosa común sobre la vivienda familiar.–III. Limitaciones legales y convencionales a la división de la cosa común.–IV. Mecanismos para la división de la cosa común.–V. Procedimiento para la división de la cosa común, en especial la subasta judicial de la vivienda familiar: 1. Procedimiento aplicable. 2. Determinación de la cuantía en el

proceso de división de la cosa común. 3. Legitimación e intervención de acreedores y cesionarios: 3.1. Legitimación activa y pasiva. 3.2. Intervención de acreedores y cesionarios. 4. Competencia objetiva y territorial. 5. Contenido de la pretensión. 6. Sentencia y costas judiciales.–VI. Efectos de la sentencia frente a terceros.–VII. Ejecución de la sentencia: 1. División in natura de la cosa común. 2. Ejecución de cosa indivisible: 2.1. La subasta pública. 2.2. La valoración de la vivienda familiar. 2.3. Intervención de los comuneros en la subasta y consignación de depósitos. 2.4. Retracto de comuneros.–VIII. Especial referencia a las viviendas de protección oficial.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las comunidades de bienes de origen convencional más frecuente en la práctica es la constituida por los cónyuges al adquirir en régimen de copropiedad ordinaria la que será su vivienda familiar. Nos hallamos ante una copropiedad teniendo en cuenta la definición dada por el artículo 392 del Cc, que la conceptúa como la situación jurídica que se produce cuando la propiedad de una cosa pertenece en pro indiviso a varias personas.

Ahora bien, como prescribe el artículo 400 del Cc, ningún copropietario está obligado a permanecer en la comunidad y cualquiera de los cónyuges puede pedir en todo momento la división de la cosa común.

Atendido el objeto a dividir, la vivienda familiar, son muchos los problemas que se generan en la práctica.

Así analizaremos si es posible o no el ejercicio de la acción de división de la cosa común cuando ésta recae sobre la vivienda familiar, y que ocurre cuan do el derecho de uso sobre la vivienda ha sido atribuido a uno de los cónyuges en el correspondiente proceso de separación o divorcio. Asimismo realizaremos un análisis detallado de los distintos mecanismos establecidos legalmente para la división de la cosa común y la posibilidad en nuestro caso de una división in natura de la vivienda familiar. Por último haremos especial hincapié en la que será la forma más frecuente de división de la vivienda familiar, a saber, el procedimiento judicial instando por uno de los cónyuges para obtener la división de la cosa común con venta en pública subasta de la vivienda familiar y reparto del precio entre los cónyuges.

II. ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

La primera cuestión que se plantea cuando la cosa común a dividir sea la vivienda familiar es si cabe que uno de los cónyuges, copropietario con el otro de la vivienda, puede ejercitar la *actio común dividundo*.

En un principio, nada obstaría a dicha facultad atendido el tenor literal del artículo 400 del Cc ya mencionado.

Si bien, el problema surge cuando, en virtud de una sentencia judicial de separación o de divorcio, se ha atribuido a uno de los cónyuges el derecho de uso sobre la vivienda familiar.

Hasta el año 1988, la jurisprudencia venia denegando la admisión de la *actio común dividundo*, salvo que el Juez que en el proceso de separación o divorcio había atribuido el derecho de uso dictara una nueva resolución modificando u otorgando la autorización para la venta. Dicha línea jurisprudencial partía de la base de lo dispuesto en el artículo 96 del Cc. Este precepto, como sabemos, prevé el necesario consentimiento de ambas partes o, en su defecto, autorización judicial para disponer de la vivienda familiar cuyo uso corresponda al cónyuge no titular.1 [1]

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1988 da un giro radical a este criterio.

En la misma se revoca una sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Pamplona en la que se había desestimado la demanda de división de la cosa común, en concreto una vivienda familiar, adjudicada pro indiviso a ambos cónyuges en las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales y cuyo uso había sido atribuido a uno de los cónyuges sin ninguna limitación temporal.

El Tribunal Supremo afirma en su sentencia que la comunidad ordinaria surgida de la extinción de gananciales, está sujeta a la acción de división instada por uno de los cónyuges, aunque la vivienda habitual haya sido adjudicada en uno a uno de los contrayentes en la sentencia de divorcio. Y así respecto a la vivienda familiar, establece la sentencia que: «Respecto al piso común, no establece el legislador ninguna restricción del poder de disposición y con relación al privativo, permite se adjudique el uso durante el tiempo que prudencialmente se fije, al más necesitado de protección.» En consecuencia, sostiene, no siendo el piso privativo, no habiéndose fijado plazo prudente de duración del derecho de uso y no permitiendo nuestro derecho la perpetuación de la indivisión, «procede dar lugar al recurso por infringir la sentencia recurrida los artículos 400, 1051,1392 y 96 del Cc.»

Esta doctrina ha quedado ya consolidada y la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera viable la acción de división de la cosa común sobre la vivienda familiar, aunque no se haya obtenido el consentimiento del beneficiario del derecho de uso sobre la vivienda o licencia judicial previa.

Ahora bien, como analizaremos más adelante, dicha jurisprudencia entiende que tras el ejercicio de la acción divisoria, permanece el derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuida judicialmente, de tal modo que vincula a los eventuales adquirentes de la vivienda.

Ilustrativa respecto a todo lo expuesto resulta la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1992. En la misma se contemplaba un supuesto de acción de división de la cosa común sobre una vivienda familiar que pertenecía en copropiedad a ambos cónyuges (de vecindad catalana) y cuyo uso había sido atribuido judicialmente a la esposa e hijos.

El Tribunal supremo entendió que «la adjudicación en uso a la ex esposa en sentencia de divorcio no impide la cesación de la comunidad, garantizando la subsis-

[1] Véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de mayo de 1986, en la que se afirmaba que la acción de división es una modalidad de un acto de disposición, para el cual, por consiguiente se requerirá autorización judicial.

tencia de la medida judicial». Y así señala que, «en cuanto al piso destinado a vivienda, conforme resolvió la Audiencia Provincial, hay que dar lugar a la división del mismo mediante su venta y reparto del precio, a falta de acuerdo en la adjudicación a uno de los copropietarios con indemnización al otro. Ahora bien, ello sin perjuicio del derecho de uso y ocupación atribuido a la esposa e hijos. Y, en cuanto al artículo 96 del Cc, se entiende que los requisitos establecidos en su párrafo cuarto para disponer de la vivienda cuyo uso corresponde al cónyuge no titular no son exigibles cuando aquélla es copropiedad. Estima el Alto Tribunal, que el criterio inspirador del artículo 400 del Cc está fundado en los graves inconvenientes que comporta la situación de indivisión, y por tanto, no son suficientes para desconocerlos la medida adoptada en una sentencia de divorcio. Si bien, siempre y cuando en la ejecución de la sentencia que otorgue la división de la vivienda familiar se garantice el derecho de uso concedido en la sentencia de divorcio.

En conclusión, es indiscutible el derecho a pedir y a obtener la división de la cosa común cuando esta la constituya la vivienda familiar, pero en el caso de haberse atribuido el derecho de uso sobre la vivienda familiar a uno de los cónyuges es necesario coordinar el ejercicio de la actio común dividendo del artículo 400 del Cc, con el derecho de uso concedido judicialmente. Y, por ello, aunque se reconozca en sentencia el derecho a la división de la vivienda familiar, si se procede a la ejecución de dicha sentencia, en modo alguno podrá afectar la ejecución al mantenimiento del derecho de uso reconocido a uno de los cónyuges [2].

III. LIMITACIONES LEGALES Y CONVENCIONALES A LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN

Partiendo de la afirmación anterior, es decir, la posibilidad de ejercitar la *actio común dividendo* sobre la vivienda familiar, hay que proceder a efectuar un estudio de los casos generales de exclusión de dicha acción divisoria.

Como vimos, el artículo 400 del Cc permite que cualquier copropietario pueda pedir en todo momento la división de la cosa común.

Se trata de una facultad irrenunciable e imprescriptible (artículo 1965 del Cc), que se reconoce a los copropietarios mientras subsista la comunidad [3].

Ahora bien, dicha facultad puede estar limitada en diversos supuestos.

Así es posible que dicha facultad quede limitada por la existencia de un pacto entre los copropietarios de conservar la cosa común indivisa durante un tiempo determinado o bien por la razón objetiva de la propia indivisibilidad del objeto a dividir.

En cuanto al pacto de indivisión de la cosa común, el mismo por imperativo legal no puede exceder de diez años, aunque es susceptible de prórroga por un nuevo pacto conforme tiene establecido el artículo 400.2 del Cc.

[2] Véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de mayo de 1986, en la que se afirmaba que la acción de división es una modalidad de un acto de disposición, para el cual, por consiguiente se requerirá autorización judicial.

[3] Véase el artículo 1965 del Cc donde se establece que no prescribe entre condueños la acción para pedir la división de la cosa común.

Como tiene entendido la jurisprudencia, fuera de ese límite ese pacto será nulo.

En cuanto a la segunda limitación, la indivisibilidad de la cosa común, se comprenden en la misma dos casos distintos regulados en los artículos 401 y 404 del Cc. A saber, «que la cosa resulte inservible para el uso a que la destina» y que «fuera esencialmente indivisible».

A estos dos supuestos Diez Picazo, siguiendo a la jurisprudencia [4], añade el caso de que la cosa desmerezca mucho por la división material de la cosa (cifr. art. 1062 del Cc) [5].

En todos estos supuestos los partícipes pueden instar la división de la comunidad, que se obtiene por el medio sustitutivo de la adjudicación a un copropietario que habrá de indemnizar a los demás, o mediante la venta de la cosa y reparto del precio, según lo prevenido en el artículo 404 del Cc, aplicable a todos los supuestos de indivisión.

En el caso que nos ocupa será más que frecuente que la vivienda familiar sea indivisible y debamos acudir a estos remedios para obtener la división de la vivienda familiar.

En todo caso, y como tiene entendido la jurisprudencia, la determinación de la indivisibilidad o no de la cosa común o su desmerecimiento por la división material es una cuestión de hecho apreciable por el tribunal, que deberá ser probada por las partes en caso de ser cuestión controvertida.

IV. MECANISMOS PARA LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN

La división de la vivienda familiar podrá realizarse por varios procedimientos. Según el artículo 402 del Cc, puede efectuarse por los mismos interesados o por «árbitros a amigables componedores nombrados a voluntad de los partícipes».

Además, y aunque no esté contemplado en el artículo citado, hay que añadir la posibilidad de ejercitar judicialmente la acción de división de la cosa común.

En consecuencia, y como resume la doctrina, son tres los medios para dividir la cosa común: la división convencional, la división arbitral y la división judicial.

En cuanto a la primera posibilidad, consistente en la división convencional o negocial realizada por los propios interesados, debemos destacar que atendido que el objeto a dividir es un inmueble deberá revestir la forma de escritura pública. Ello es así en virtud de lo dispuesto en el artículo 1280.1 del Cc, sólo de esta forma podrán acceder al Registro de la Propiedad correspondientes las adjudicaciones efectuadas [6].

Ese contrato de división de la vivienda familiar podría tener por objeto no sólo la división física de la cosa común, posibilidad difícil en la práctica tratándose de una vivienda, sino también el contrato o acuerdo entre las partes que se encamine a la venta del bien con reparto del precio. Esta venta podría efectuarse a un tercero o bien

[4] Véase STS de 17 de mayo de 1958.

[5] Diez Picazo. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen III. Madrid, 1988. Página 89.

[6] El artículo 1280.1 del Cc establece que deberán constar en escritura pública, entre otros, los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre los bienes inmuebles.»

adjudicando la vivienda a uno de los condóminos indemnizando este al otro por su parte en la comunidad.

En cuanto a la división arbitral, la ley habla de árbitro o amigable componedor.

Se ha discutido por la doctrina si el legislador se refiere a los árbitros en sentido estricto y, por tanto, habla de un arbitraje sujeto a la legislación especial en la materia o se refiere a los arbitradores. Esta última figura estaba contemplada en la derogada Ley de 5 de diciembre de 1988, para marginarla del ámbito de aplicación de dicha ley.

Así el artículo 3.2 de la antigua Ley de Arbitraje establecía que «el arbitraje para ser válido deberá ajustarse a las prescripciones de esta ley. Cuando en forma distinta de la prescrita en esta ley dos o más personas pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresamente o tácitamente su decisión, después de emitidas, el acuerdo será obligatorio para las partes si en el concurren los requisitos para la validez de los contratos.»

La actual regulación en la materia, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, Arbitraje, no contiene un precepto equivalente al expuesto, si bien regula detalladamente los requisitos que deben reunir el convenio arbitral suscrito entre las partes y las condiciones exigibles a los árbitros para que sea de aplicación el régimen regulado en dicha ley.

De lo expuesto debemos concluir que el Cc reconoce que las partes encomienden a un tercero, la división de la cosa común. Y que no se trata de un arbitraje en sentido estricto sujeto a la legislación especial en la materia [7].

En definitiva y siguiendo a Diez Picazo, podemos entender que el artículo 402 del Cc, lo que está haciendo es reconocer tres posibilidades distintas:

– división por los propios interesados,

– división por un tercero o arbitrador caso de que no exista litigio entre ellas,

– y división por medio de árbitros en caso de litigio [8].

Con independencia de estos procedimientos el comunero puede acudir a la división judicial entablando la actio común dividendo para obtener la división de la vivienda familiar. A esta última vía dedicaremos una especial atención por su frecuencia en la práctica y por las especiales dificultades que plantea, en especial, en el supuesto de acudir a la subasta judicial.

V. PROCEDIMIENTO PARA LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN, EN ESPECIAL LA SUBASTA JUDICIAL DE LA VIVIENDA FAMILIAR

1. PROCEDIMIENTO APLICABLE

No regula nuestro ordenamiento procesal un procedimiento especial para la división de la cosa común.

[7] Véase la STS de 17 de septiembre de 1986 en la que se afirma que «en estos supuestos de comunidad de bienes a liquidar la actuación de los árbitros o amigables componedores no ha de regirse por la Ley especial, sino por la voluntad de los interesados»

[8] Diez Picazo, *Sistema de Derecho Civil* «, cit., p.90

Ante ello, debemos entender que el procedimiento aplicable será el declarativo que corresponda por razón de la cuantía. Ello se deduce del artículo 248 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al disponer, que «toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada por la ley otra tramitación será ventilada y decidida en el proceso declarativo que corresponda.»

Y al no existir tampoco una norma que por razón de la materia litigiosa, la división de la cosa común, establezca el tipo de procedimiento a seguir, debemos estar a la cuantía de la demanda para determinar si debemos seguir un juicio verbal o un juicio ordinario. Así lo establece el artículo 248.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al afirmar que «las normas de determinación de la clase de juicio por razón de la cuantía sólo se aplicarán en defecto de norma por razón de la materia.»

Hay que hacer, también, una referencia a la doctrina existente que entendía aplicable a la división de la cosa común las normas aplicables a la división de la herencia y, por ende, el juicio voluntario de testamentaria.

Autores como Manresa entendían que en base a lo dispuesto en el artículo 406 del Cc que establece «que serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia» y el artículo 1059 del mismo cuerpo legal que prescribe que « cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la LEC», y si el modo previsto en la LEC es el juicio voluntario de testamentaria, éste debe ser el procedimiento aplicable para la división de la cosa común [9].

Entiendo que el artículo 406 del Cc se está refiriendo a aquellos supuestos en que los comuneros están intentando llegar a un acuerdo sobre la división de la cosa común, no a aquellos otros casos en los que ya existe una controversia entre ellos. Para estos últimos supuestos entiende la doctrina que era de aplicación el artículo 1088 de la LEC, que en caso de controversia remitía al procedimiento ordinario que por la cuantía corresponda.

2. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA EN EL PROCESO DE DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN

Si en base a lo expuesto el procedimiento aseguir es el declarativo que corresponda con arreglo a la cuantía, nos queda ahora establecer de qué forma valorar la pretensión de división de la cosa común.

La solución nos viene dada por el artículo 251 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su sexta regla se refiere a la valoración de las demandadas dirigidas a la división de la cosa común. La regla sexta efectúa una remisión a la regla segunda en la que se establece que «se estará al valor del bien inmueble al interponerse la demanda, conforme a los precios corrientes en el mercado o en la contratación de bienes de la misma clase».

Para efectuar el cálculo por el actor si no puede determinarse por otros medios, podrá acudir a cualquier valoración oficial del bien litigioso. Ahora bien se establece,

[9] Manresa. *Comentarios al Cc Español*. Tomo III. Reus, 1973.

como límite mínimo, que no puede atribuirse al bien inmueble un valor inferior al que consta en el catastro.

La ley otorga, por tanto, diversas posibilidades a la hora de valorar cuantitativamente el bien inmueble, la vivienda familiar, si bien será frecuente acudir al valor catastral.

Si la vivienda familiar está constituida por una vivienda en régimen de protección oficial al estar sujetas a límites en cuanto a su transmisión y fijándose precios máximos de venta deberá estarse a la legislación especial en la materia, como veremos más adelante.

En definitiva, dicha cuantificación determinará el procedimiento a seguir, sin perjuicio del control que corresponde al juez con arreglo al artículo 254 de la LEC, o la posibilidad que la ley otorga al demandado de impugnar la cuantía regulada en el artículo 255 de la ley procesal.

3. LEGITIMACIÓN E INTERVENCIÓN DE ACREEDORES Y CESIONARIOS

3.1 Legitimación activa y pasiva

La legitimación activa, para pedir la división de la vivienda familiar, corresponde a los cónyuges copropietarios. Así se desprende del artículo 400 del Cc, que otorga la facultad de pedir la división de la cosa común a todo copropietario.

En cuanto a la legitimación pasiva corresponderá al otro cónyuge, en su condición de copropietario.

En nuestro procedimiento de división de la vivienda familiar, ambos serán las partes del procedimiento.

3.2 Intervención de acreedores y cesionarios

El artículo 403 del Cc faculta a los acreedores y a los cesionarios de los partícipes a intervenir en la división. Por tanto, aunque no ostenten la condición de parte la ley les faculta a intervenir en ese procedimiento.

Varias son las cuestiones que se plantean al respecto de esta intervención.

En primer lugar, se cuestiones quiénes pueden intervenir en el proceso de división de la vivienda familiar.

El concepto de acreedor no plantea dudas, cualquier acreedor de cualquiera de los cónyuges o de ambos, podrán intervenir en el proceso.

Más difícil se hace determinar qué entiende el Cc por «cesionarios». Diez Picazo sostiene que el Cc está «pensando en aquellos cesionarios del derecho de los partícipes que no ingresan en la comunidad o en aquellos a quienes el partícipe haya cedido sus derechos mediante una adquisición que no esté completa o que han adquirido un

derecho distinto del derecho de propiedad, como sería un usufructo, y que derivan su derecho del comunero [10].

En todo caso, y tratándose de la vivienda familiar cualquier acto de disposición sobre la misma debe estar sujetos a los requisitos del artículo 96 del Cc, ya estudiado.

En cuanto a las facultades que el artículo 403 del Cc reconoce a acreedores y cesionarios, las clasifica Diez Picazo en tres: concurrir al acto divisorio, oponerse a que la división sea verificada sin su concurso; e impugnar la división ya efectuada.

Ahora bien, hay que entender que si pueden concurrir a la división se plantea la dificultad de articular procesalmente dicha intervención en el procedimiento.

En todo caso, hay que destacar que se trata de una intervención facultativa o potestativa, que no preceptiva.

Lógicamente, para poder intervenir es necesario que los acreedores y cesionarios tengan conocimiento de que se va a producir la división de la vivienda familiar.

El Cc no impone obligación de notificar y la Ley de Enjuiciamiento Civil no regula ningún procedimiento ni especialidad procesal para el procedimiento de división de la cosa común.

Ahora bien, entiendo que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 150.2 nos da una solución idónea para solventar tal problema. El mencionado precepto, permite que el «tribunal disponga que se notifique la pendencia del proceso a las personas que según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dicte.»

Esta comunicación se llevará a cabo, con los mismo requisitos, cuando el «tribunal advierta indicios de que las partes están utilizando el proceso con fines fraudulentos».

Este precepto de carácter general y aplicable, por tanto, a todo tipo de procedimientos abre un importante camino a la posibilidad de que el Juez en cuanto tenga conocimiento, en cualquier momento del pleito, de la existencia de acreedores o cesionarios acuerde la notificación a los mismos. Y ello tanto en el caso de que el tribunal estime que la sentencia que pueda dictarse les vaya a afectar, como en el supuesto de que aprecie que se está utilizando la medida de división de la vivienda familiar para defraudar sus intereses como acreedores o cesionarios.

Ya personados, podrán oponerse a la división. Si bien, como ha resaltado la jurisprudencia, entre otras en la STS de 31 de diciembre de 1985: « no puede entenderse (…) que el derecho a la división de la cosa común pueda quedar impedido por la simple oposición de acreedores y cesionarios de los partícipes, lo que equivaldría a desconocer el fundamento de la acción de división de la cosa común, que, sobre la base de conceptuar a la copropiedad como una situación transitoria que no merece trato de favor, otorga a dicha acción un carácter absoluto, pues no se reconoce límite alguna a su ejercicio.»

Y, por último, podrán impugnar la división de la vivienda ya consumada, si se ha hecho en fraude o si la división se ha verificado, no obstante, la oposición formalmente interpuesta para impedirla.

---

[10] Diez Picazo, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 90.

La doctrina distingue dos supuestos distintos:

Los acreedores y cesionarios han tenido conocimiento de que se va a proceder a la división de la vivienda familiar y no han concurrido, y ésta se ha producido en fraude de sus derechos.

Han concurrido a la división que han efectuado de forma particular los interesados y se han opuesto a la misma y a pesar de ello, no les han hecho caso.

En el caso de que la división se haya efectuado judicialmente, la oposición se efectuará ante el Juez y éste a la vista de todas las alegaciones realizadas resolverá en sentencia al respecto.

Por tanto los supuestos antes contemplados se darán, según la doctrina, cuando son los comuneros que de forma particular efectúan la división y no hacen caso de la oposición realizada o bien no tuvieron la posibilidad de oponerse al haberse obviado su presencia.

Entienden Diez Picazo y Beltran Heredia, que las acciones a ejercitar en estos supuestos serán la revocatoria, en caso de impugnar la división efectuada con fraude, y la de nulidad en el segundo supuesto, de oposición formulada y no atendida. 11

4. COMPETENCIA OBJETIVA Y TERRITORIAL

La competencia objetiva viene determinada en el artículo 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la atribuye al Juez de Primera Instancia, al tratarse de un asunto civil no encomendado a ningún juzgado o tribunal.

En cuanto a la competencia territorial, debemos hacer una precisión inicial.

Debemos determinar, en primer lugar, si la actio común dividendo es una acción personal o real, ya que el fuero legal es diferente para cada uno de los casos.

Siguiendo a Samanes Ara, las acciones personales son aquellas que persiguen la condena del demandado a cumplir con una obligación personal que le corresponde respecto al demandante. En cambio, las acciones reales tienen por finalidad el reconocimiento o la declaración de que al actor compete un «ius in re», y que se condene al demandado a cesar en la lesión del mismo, restituyendo la cosa, o dejando de ejercer el derecho sin obstáculos [12].

Queda claro a la vista de tales definiciones que la acción de división de la cosa común, no es una acción real, ya que lo persigue no es el reconocimiento o respeto de la comunidad, sino lo contrario, hacer cesar esa comunidad.

En definitiva, lo que se pretende es un cambio jurídico en la situación existente y, por ello, debe calificarse de acción personal.

No entendiendo, pues, la actio común dividendo como una acción real sobre bienes inmuebles no será de aplicación el artículo 52 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Debemos, en consecuencia, acudir al fuero general establecido en el artículo 50 de la ley procesal, y estimar competente el juzgado del lugar del domicilio del

[11] Diez Picazo, «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial». Madrid, 1983. p. 780.
[12] Samanes Ara, Carmen, *La división de la cosa común*.Madrid, 1995, p.43.

demandado, y si no lo tuviere, el de su residencia. Y, a falta de ambos, el lugar en que se encuentre o el de su última residencia en España y, a falta de todos ellos, será competente el lugar del domicilio del actor.

Por tanto, aunque la jurisprudencia en ocasiones haya estimado como competente el lugar donde esté sito el inmueble, entiendo que debemos seguir el criterio expuesto, si bien está claro que en la práctica genera más dificultades.

5. CONTENIDO DE LA PRETENSIÓN

En el caso de que el objeto a dividir, sea una vivienda familiar, son dos las posibles pretensiones a formular por los cónyuges: o bien, la división material de la cosa común o, si la cosa es indivisible, la disolución de la comunidad, que se obtiene por el medio sustitutivo de la adjudicación a uno de los cónyuges indemnizando al otro o mediante la venta de la cosa y reparto del precio entre los comuneros. Así viene establecido en el artículo 404 del Cc,» cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio».

La solución dada por el artículo 404 será de aplicación, tanto si la cosa no puede dividirse por el destino objetivo de la misma o cuando la cosa sea esencialmente indivisible. Ambos supuestos están regulados, respectivamente, en los artículos 401 y 404 del Cc. Así lo ha entendido, también la jurisprudencia, que estima que los mecanismos establecidos en el artículo 404 son aplicables a ambos supuestos de indivisión.

En el supuesto de división de la vivienda familiar, lo más frecuente será encontrarnos ante un objeto indivisible, si bien, no son infrecuentes los casos en que atendidas las especiales dimensiones o estructura de la vivienda familiar cabrá una división in natura de la misma.

Se plantea la cuestión de si el demandado puede oponerse a la forma de disolución pretendida por el actor. No será extraño, tratándose de una vivienda familiar, que el demandado se oponga a la división material de la cosa común, especialmente si tiene atribuido judicialmente un derecho de uso sobre la misma. Entiendo, que en ambos casos, tanto si se pretende la división material de la cosa como la división de la misma por medio de adjudicación o venta, podrá oponerse el demandado a la forma propuesta por el demandante. Para ello, entiendo, que no será necesario que el demandado formule reconvención, ya que no introduce al oponerse ningún objeto nuevo en el proceso. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia que entiende que el objeto del proceso está «constituido por la pretensión de disolución de la comunidad por cualquiera de los medios contemplados por el código: división *in natura* o venta con reparto de precio [13].

Y, estando como estamos ante un procedimiento civil en atención al principio de congruencia, el juez deberá estar a las formas de disolución solicitadas por las partes.

[13] Véase STS 30 de marzo de 1981 y 8 de febrero de 1991.

6. SENTENCIA Y COSTAS JUDICIALES

La sentencia que se dicte en el proceso de división de la vivienda familiar será una sentencia de condena. La realización de las operaciones divisorias se llevará a cabo en ejecución de la sentencia que se dicte y siguiendo las pautas que ésta fije.

El fallo de la sentencia deberá ordenar no sólo la disolución de la comunidad si procede, sino también, deberá pronunciarse sobre la específica forma de disolución que haya sido solicitada por los cónyuges, atendiendo a las alegaciones efectuadas por las partes en sus escritos de demanda y contestación y a lo que haya sido probado por las partes, y co estricta sujeción al principio de congruencia en las resoluciones judiciales.

Si la sentencia estima procedente la disolución de la comunidad, contendrá una obligación de hacer, cuál es la disolución de la misma mediante la división in natura o si la estima indivisible mediante la adjudicación a uno de los condóminos o venta y reparte entre ellos del precio obtenido.

Al contener la sentencia en su condena una obligación de hacer, debemos acudir a lo dispuesto en los artículos 705 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con arreglo a los mencionados preceptos, será el tribunal quien determinará el plazo a conceder para que el demandado o ejecutado realice su obligación de hacer. Para ello deberá estarse a la naturaleza del caso y las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Así si se trata de una división in natura de la vivienda, habrá que conceder un plazo adecuado según la obra a realizar, permisos o proyectos necesarios para su ejecución. Y si se trata de un supuesto de indivisión, habrá que conceder un plazo prudencial para la entrega de la indemnización caso de adjudicación a uno de ellos, o el plazo adecuado para proceder a su venta en subasta pública, atendida la necesaria valoración de la finca, anuncios, etc.

En el supuesto de adjudicación a uno de los cónyuges con entrega de indemnización al otro, estimo que el juez en su sentencia deberá fijar las cantidades a percibir por el otro.

En cuanto al tema de las costas, vimos que con arreglo al artículo 400 del Cc, el derecho a la división de la cosa común es un derecho obligatorio, basta que uno de los cónyuges pida la división de la vivienda familiar como cosa común, para que ésta deba verificarse. Solamente quedarían exceptuados los casos que vimos de existencia de pactos de indivisión entre las partes.

En base a esta obligatoriedad, debemos concluir que la sentencia que acoja totalmente la petición de indivisión será una sentencia de condena y serán de aplicación en cuanto a la imposición de costas las reglas generales establecidas en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El mencionado precepto establece, como sabemos, que en primera instancia se impondrán las costas a la parte que haya visto totalmente rechazadas sus pretensiones, salvo que el juez aprecie que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En el caso de estimación parcial de la demanda, por acogerse en la sentencia sólo parcialmente las pretensiones de la demandante, será de aplicación el mismo precepto en su segundo párrafo. El mismo establece la obligación de abono de las costas co-

munes por mitad y satisfacción por cada parte de las costas causadas a su instancia, con la sola excepción de apreciación de temeridad por alguna de las partes.

Y en el supuesto que deba iniciarse el proceso de ejecución deberemos acudir a la regla contenida en el artículo 539. 2 de imposición al ejecutado sin necesidad de expresa imposición, y abono por el ejecutante de las que hasta su liquidación.

VI. EFECTOS DE LA SENTENCIA FRENTE A TERCEROS

El artículo 405 del Cc consagra el principio de que la disolución de la comunidad no perjudicará a terceros, los cuales conservarán los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que les pertenecieran antes de hacer la partición, al igual que los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad.

Por tanto, a los terceros no les perjudicará la división de la vivienda familiar. Subsisten sus derechos en su integridad sobre la vivienda, como si no se hubiere realizado la disolución de la comunidad, tanto los derechos de carácter real como los de índole personal.

Tratándose de una vivienda familiar haremos especial mención, por su importancia, a los dos posibles derechos que con más frecuencia pesarán sobre la vivienda, a saber, el derecho de hipoteca y el derecho de uso atribuido judicialmente a uno de los cónyuges.

Respecto al derecho de hipoteca ninguna duda cabe sobre su mantenimiento pese a la división de la vivienda familiar, ya que expresamente se refiere a él el artículo 405 del Cc mencionado. En el mismo sentido debemos hacer referencia al artículo 1860 del mismo texto legal que establece «que la división de la finca hipotecada no altera el crédito hipotecario, ya que el acreedor puede repetir contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas ellas a la vez».

Mayores problemas plantea el derecho de uso atribuido judicialmente a uno de los esposos.

La cuestión principal radica en determinar si el derecho de uso desaparece con la disolución de la comunidad o si por el contrario la acción divisoria no supone la extinción del mismo.

Para ello debemos analizar en primer lugar, si el derecho de uso es un derecho real o un derecho de carácter personal.

Si se entiende que estamos ante un derecho de naturaleza real, la adquisición por parte de un tercero de la vivienda a dividir, no afectará al derecho de uso.

En cambio, si se entiende que nos encontramos ante un derecho de índole personal, ello podría suponer que el tercero adquiere la vivienda pero no queda vinculado por el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges.

Al respecto hacer especial mención a la STS de 14 de diciembre de 2004. La mencionada sentencia permitió la venta en pública subasta de una vivienda familiar que era copropiedad de dos cónyuges, pero estableció que el derecho de uso atribuido judicialmente a uno de los cónyuges debía respetarse.

En el caso abordado por la sentencia, la esposa pretendía mantener la indivisión de la vivienda familiar hasta la mayoría de edad de los hijos basándose en que el uso de la misma le había sido atribuido a ella y a sus hijos por lo que de admitirse la venta en pública subasta, si la misma se adjudicase a un tercero quedaría sin efecto su derecho de uso.

El TS desestimó el recurso de casación que la esposa había interpuesto en base a la jurisprudencia de la Sala que ha definido el derecho de uso y disfrute exclusivo, no como un derecho real propio, pero sí como un «ius ad rem», con accesibilidad al Registro de la Propiedad al tratarse de bienes inmuebles. Concluye el Tribunal que «el derecho de uso no impide el ejercicio de la acción de división de la cosa común, ni el ejercicio de dicha acción elimina el derecho de uso, de forma que ambos derechos han de coexistir sin excluirse».

En conclusión, es ya una línea jurisprudencial consolidada la de considerar viable la acción de división sobre la vivienda familiar, pero permaneciendo, tras el ejercicio de la acción divisoria, el derecho de uso sobre la vivienda atribuida judicialmente, de modo tal que vincula a los eventuales adquirentes del inmueble [14].

En cuanto a las posibles consecuencias de la inscripción o no del derecho de uso en el Registro de la Propiedad mencionar la STS de 14 de julio de de 1994 que afirmaba que «el derecho de uso permanece incluso en el caso de que ese derecho no aparezca inscrito en el Registro de la Propiedad y un tercero adquiera el inmueble gravado con él, con independencia de que ese tercero proceda de buena o mala fe.»

Sin embargo posteriormente el TS modifica ese criterio y en su STS de 22 de abril de 2004, y declara adquirente de buena fe de la vivienda familiar «cuando el derecho de uso no ha accedido al Registro de la Propiedad y cuando la esposa al ser notificada- de la vertencia del procedimiento- no hace observaciones sobre su derecho de uso atribuido judicialmente».

Entiendo que por razones de seguridad jurídica debemos atenernos a esta última línea jurisprudencial, máxime cuando nos hallamos ante una subasta judicial con la intervención de licitadores extraños.

VII. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

Como hemos visto la realización de las operaciones divisorias se llevará a cabo en ejecución de la sentencia en la que se ordene la disolución de la comunidad.

Nos hallamos ante un proceso de ejecución propiamente dicho, con independencia de cuales deban ser las operaciones para dividir el bien común: la división in natura de la vivienda o la adjudicación a un cónyuge indemnizando a los demás o enajenación con reparto de precio.

La jurisprudencia también viene conceptuando las actuaciones a realizar para conseguir la disolución de la comunidad, como actividades de ejecución [15].

[14] Véase por todas ellas la STS de 27 de diciembre de 1999, que sostiene que «cualquiera que sea la naturaleza del derecho de uso, la cesación de la comunidad no afecta s su subsistencia».

[15] Véase entre otras la STS de 26 de diciembre de 1988.

Los trámites a seguir para la ejecución serán lógicamente diferentes en función del contenido del fallo de la sentencia y por ello procederemos a un análisis por separado.

1. DIVISIÓN IN NATURA DE LA COSA COMÚN

Si la sentencia condena a dividir in natura el bien- la vivienda familiar- la doctrina ha venido sosteniendo criterios distintos en cuanto a la forma de ejecutar tal pronunciamiento.

Unos autores sostienen que en tal caso debe acudirse a los mecanismos previstos en el artículo 402 del Cc ya estudiado. Otros autores, sin embargo, sostienen que atendida la remisión que el artículo 406 del mismo cuerpo legal efectúa a las normas que regulan la partición de un caudal relicto en los procesos de testamentaria y abintestato debe acudirse a estas para la división de la cosa común [16].

Entiendo que ésta última no debe ser la solución a adoptar ya que si en aplicación de dichas normas surgieren controversias las mismas deben ser ventiladas en un proceso declarativo, lo cual es inviable en el supuesto de hallarnos ya ante una ejecución.

En definitiva, entiendo que nos hallamos ante una sentencia de condena genérica, ya que como hemos visto no hay un proceso especial ni ninguna especialidad procedimental para la división de la cosa común, y por ello las normas aplicables son las contenidas en los artículos 699 y 705 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El juez ante la petición de ejecución y ya examinada la misma deberá dictar el correspondiente auto despachando ejecución y en el mismo requerirá al ejecutado para que en el plazo que se estime adecuado cumpla la sentencia en sus estrictos términos.

Se ha sostenido por algún sector doctrinal que tratándose de un proceso de división de la cosa común, la obligación de dividir incumbe a ambas partes. En nuestro caso al ser la vivienda familiar el objeto a dividir, la obligación de efectuar tal división incumbiría a ambos cónyuges.

Entiendo, sin embargo, que hallándonos en un proceso de ejecución uno de los cónyuges ostenta la cualidad de ejecutado. Ejecutado será aquél que se resistió a la división, y que una vez obtenido el pronunciamiento judicial condenando a la disolución de la comunidad no ha cumplido voluntariamente la sentencia.

La sentencia que ordene una división material de la vivienda familiar puede dar lugar a diversos problemas de carácter práctico.

Pensemos, en primer lugar, que esa división puede ser muy compleja en la práctica no sólo por su ejecución material, sino por la necesidad en muchos casos de realizar los necesarios proyectos de obra y obtener las licencias municipales preceptivas. Dándose en ocasiones problemas cuando no obstante haberse acordado la división material de la vivienda ésta división no es posible por normas de carácter urbanístico.

[16] El artículo 406 del Cc establece que «serán de aplicación a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia».

Otra cuestión también de gran trascendencia se plantea en cuanto a quien debe sufragar los gastos para obtener la división, que en muchas ocasiones serán cuantiosos.

En el ámbito de un proceso judicial ya iniciado, el juez deberá estar a las peticiones de las partes y, en base al principio de congruencia ,si alguna de las partes o ambas le piden tal pronunciamiento resolver al respecto, atendidas las peticiones de las partes.

Iniciado un proceso de ejecución para obtener la parte favorecida en la sentencia, la división de la cosa común in natura, entiendo que en aplicación de las reglas generales en materia de ejecución, el ejecutante que no ha visto cumplida voluntariamente la sentencia podrá pedir que los gastos sean asumidos por el ejecutado.

Si, por el contrario, para la división no fue necesario un procedimiento judicial porque las partes acudieron a mecanismos extrajudiciales para obtener la división, la solución debe ser diferente.

En tales supuestos entiendo que son de aplicación las normas sustantivas en la materia contenidas en el Cc.

Ahora bien, en la regulación que efectúa el artículo 400 y siguientes de dicho cuerpo legal de la división de la cosa común, no hay ninguna previsión al respecto.

En el ámbito doctrinal, autores como Samanes Ara, postulan la aplicación analógica del artículo 1064 del Cc, que afirma que «los gastos de partición hechos en interés común de todos los coherederos se deducirán de la herencia; los hechos en interés particular de uno de ellos serán de cargo del mismo». Y, en base a ello entiende que los gastos que origine la división in natura de la vivienda familiar serán de cargo de los comuneros.

Se ha defendido también, por algún sector doctrinal, la aplicación analógica de dicho precepto también al proceso de ejecución para así paliar las reglas estrictas en materia de ejecución. Entiendo que una vez iniciado el proceso de ejecución sólo cabe aplicar las reglas prescritas para el mismo, sin posibilidad de aplicar reglas distintas, salvo pactos o acuerdos entre las partes.

Otro problema se plantea cuando el ejecutado transcurrido el plazo otorgado para efectuar la división no la realiza. En tal caso, entiendo que debe ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 706 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referido a las condenas de hacer no personalísimo, que es la obligación que debemos ejecutar cuando nos hallamos ante la división de una vivienda.

Y así, de conformidad con lo dispuesto en el mencionado precepto, el ejecutante «podrá pedir que se le faculte a encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios, salvo que la sentencia contenga oro pronunciamiento específico para el caso de incumplimiento del deudos en cuyo caso debe estarse al mismo».

En base a este precepto ninguna duda cabe que en caso de encomendarse a un tercero las obras necesarias para la división de la vivienda familiar, debe asumir el ejecutado todos los gastos derivados de la misma. Debiendo en tal caso encargarse a un perito judicial la valoración de las obras.

2. EJECUCIÓN DE OBJETO INDIVISIBLE

2.1 La subasta pública

Cuando la vivienda familiar sea indivisible habrá que proceder a la disolución de la comunidad que se efectuará de dos maneras diferentes:

– adjudicando la vivienda a uno de los cónyuges que deberá indemnizar al otro

– o vendiendo la vivienda familiar y repartiéndose el precio obtenido entre los cónyuges.

El tenor literal del artículo 404 del Cc establece que «cuando la cosa sea esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y se repartirá el precio».

Como sostiene Diez Picazo, atendida la redacción del artículo citado parece que la venta en pública subasta es un recurso subsidiario, operando solamente en el caso que no se hubiese logrado, después de legalmente intentado, el convenio para su distribución o adjudicación a uno de los copropietarios. Ahora bien, sostiene el autor «tal interpretación no es lógica, ya que si cualquiera de los comuneros pide la subasta. Es evidente que no se puede contar con su voluntad para el acuerdo de adjudicación; sería inútil exigir como trámite formal el intento de un acuerdo que no se ha de lograr.» [17]

Por tanto, cuando la cosa sea indivisible si los condueños no se han puesto de acuerdo en la adjudicación a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y se repartirá el precio, siendo bastante que uno de los cónyuges pida que la vena se haga en subasta pública para que así se haga.

Así se ha pronunciado también la jurisprudencia entre otras la STS de 28 de febrero de 1985 que afirmaba que «declarada la indivisibilidad de la cosa común, y constando acreditado que los condóminos no han llegado a un acuerdo para la adjudicación de la cosa común, con la oportuna indemnización al otro cónyuge, no existe otro modo de satisfacer la actio común dividendo que vender la cosa en pública subasta, con admisión de licitadores extraños y repartir el precio».

En consecuencia, si la sentencia condena a vender el bien en pública subasta, para la ejecución de dicha sentencia habrá de acudirse a la regulación prevista a tales efectos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, los artículos 643 y siguientes con las especialidades previstas en los artículos 655 a 675, al tratarse de un bien inmueble.

2.2 La valoración de la vivienda familiar

La valoración de la vivienda familiar a subastar deberá, en principio, efectuarse con arreglo a lo dispuesto en las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicha regulación la encontramos en los artículos 637 y siguientes de dicho cuerpo legal.

[17] Diez Picazo, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p.90.

Tratándose de una vivienda familiar, se plantea un problema importante cuando sobre misma hay constituido judicialmente un derecho de uso a favor de uno de los cónyuges.

Se plantea en estos casos la duda de si debe valorarse económicamente dicho derecho de uso y, por tanto, si debe ser tenido en cuenta en el momento de efectuar la valoración de la vivienda a efectos de su futura subasta.

Entiendo que ello dependerá del carácter que se atribuya al derecho de uso, en el sentido de que si se entiende que el derecho de uso no impone límite alguno al poder de disposición, y que el adjudicatario no tiene obligación de respetarlo, ninguna atribución económica debe asignarse a dicho derecho de uso. Y, por consiguiente, la vivienda debe valorarse con arreglo a las reglas generales.

Esta es la postura mantenida, entre otras, por la STS de 27 de diciembre de 1999, en la que el Alto Tribunal, sostenía» que el adjudicatario no tiene obligación de respetar el derecho de uso vigente, y por ello, carece de sentido imponerle un valor.»

Ahora bien, si se entiende que el derecho de uso debe ser respetado por el adjudicatario, debería valorarse dicha carga sobre el bien inmueble, en la medida que la misma va a disminuir el valor del bien a subastar.

En este sentido se ha pronunciado la STS de 11 de diciembre de 1992, que afirma «la adjudicación de la vivienda familiar, en uso, a un cónyuge, constituye un derecho sui generis que debe tener acceso al Registro de la Propiedad y que puede oponerse a terceros, no habría por ello inconveniente alguno en valorar esa carga que va a condicionar la disposición posterior».

Debemos hacer también mención a la jurisprudencia de las audiencias que en diversas ocasiones se han pronunciado sobre este tema.

Así la Audiencia Provincial de Zamora en una resolución de 8 de marzo de 1997 entendía que « para el caso que se opte por la acción de división de la cosa común, una vez realizada la valoración de tal derecho de uso se deberá hacer constar expresamente la carga consistente en tal uso a favor de la esposa e hijos, según conste en sentencia de separación conyugal, procediendo con tal carga y su valor a la división del inmueble mediante pública subasta, salvo que la esposa se adjudique la vivienda abonando a su esposo el valor establecido».

Entiendo, que atendida la postura mantenida por nosotros, en el sentido del debido respeto al derecho de uso por el adjudicatario, debe procederse a su valoración como una carga o gravamen que pesa sobre la finca. Para ello deberán tenerse en cuenta diversos factores, especialmente los límites temporales impuestos a ese derecho de uso.

En la práctica, deberá ser de esencial importancia, por parte del juzgado indicar tal aspecto al perito judicial a efectos de ser tenido en cuenta en su correspondiente valoración.

Y además, con especial hincapié en que dicha carga sea conocido por los licitadores, a través del sistema general de publicidad de las subastas. Para ello debemos estar a las normas reguladoras del contenido del edicto de subasta, es decir, los artículos 646 y 668 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [18].

---

[18] El artículo 646 establece que el edicto debe contener, entre otras menciones, las presunciones del artículo 668 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas a la titularidad y a las cargas y gravámenes anteriores.

2.3 Intervención de los comuneros en la subasta y consignación de depósitos

Llegado el momento de celebración de la subasta se plantea el problema de si, aparte de licitadores extraños en la subasta, también pueden intervenir en la misma los propios cónyuges comuneros.

Siguiendo las normas generales de ejecución el ejecutante puede participar en la subasta, así lo establece el artículo 647 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al indicar que «el ejecutante podrá tomar parte en la subasta, pudiendo mejorar las posturas que se hagan y sin necesidad de consignar cantidad alguna» y solamente él tendrá la facultad de ceder el remate a un tercero. Sólo se establece una limitación «deben existir otros licitadores en la subasta».

Y además puede adjudicarse el bien si se dan los presupuestos contenidos en los artículos 670.3, 670.4 y 671 de la ley procesal, y que hacen referencia a que las posturas ofrecidas no cubran los tipos exigidos por la ley.

Mayores problemas plantea la hipotética intervención del ejecutado en la subasta.

La antigua LEC de 1881 no contenía pronunciamiento alguno en cuanto a tal posibilidad de intervención del ejecutado en la subasta. Sin embargo, la Ley Hipotecaria en su derogado artículo 131 permitía al dueño la finca, deudor o no, en el plazo de nueve días intervenir en la subasta para mejorar la postura ofrecida cuando estas habían sido inferiores, en tercera subasta, al tipo de la segunda.

La actual Ley de Enjuiciamiento Civil, con su sistema de subasta única, no permite la participación del deudor en la subasta, sino que en el caso de que la postura ofrecida sea inferior al setenta por ciento, faculta al ejecutado a presentar a un tercero que mejore la postura, pero no cabe que la mejore él mismo.

Ahora bien, tratándose de una subasta para obtener la venta de la vivienda familiar se plantean serias dudas.

No nos encontramos, ante un deudor al que subastamos su vivienda para obtener el pago de sus créditos, sino ante una forma de disolución de la comunidad establecida legalmente. Y en base a ello, entiendo que no podemos hacer una transposición literal de las normas reguladoras de la subasta.

La jurisprudencia de nuestras audiencias ha hecho en ocasiones referencias a lo desventajoso del sistema de la pública subasta para los comuneros, y la necesidad de encontrar paliativos al problema.

Y autores, como Samanes Ara, sostienen que debemos acudir a la regulación contenida en el artículo 1062 del Cc, y permitir que a la subasta concurran los propios comuneros, que de forma indirecta conseguirían la adjudicación de la vivienda que no obtuvieron en su momento por falta de acuerdo. En el mencionado precepto se establece que «bastará que uno de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga».

Entiendo que esta última debe ser la postura a seguir, y como indica la jurisprudencia menor, de esta forma intentar disminuir las graves consecuencias y perjuicios que acarrea para los comuneros la venta en pública subasta.

Si admitimos esta posibilidad se nos plantea un nuevo problema de índole práctico: deben proceder o no los comuneros que deseen participar en la subastas a consignar el depósito del treinta por ciento del tipo de la subasta exigido por la ley a los licitadores.

Entiendo que la solución a tal cuestión debe partir de un análisis de la finalidad de dicho depósito, a saber, evitar la quiebra de la subasta.

La Ley procesal atendiendo a dicha finalidad no exige tal depósito al ejecutante, del que presume su solvencia en el proceso.

Sin embargo en el caso especial que nos ocupa, la división de la vivienda familiar, se plantearía la duda de si el ejecutado, al que vamos a permitir su intervención en la subasta según lo expuesto, debe efectuar o no dicho depósito.

El ejecutado en este procedimiento se encuentra en una situación peculiar ya que no es propiamente un deudor al que el artículo 650 de la Ley procesal, permite liberar el bien pagando lo que se debe. No es un deudor del ejecutante, sino un comunero que debe cumplir con una sentencia que le obliga a disolver la comunidad de bienes hasta entonces existente. No existe atendida su especial condición el peligro de una quiebra de la subasta que, en definitiva, es lo que pretende evitar la obligatoriedad de los depósitos.

Además, en nuestro caso, ambas partes ya gozan de una garantía de solvencia cuál es la cuota que tienen en la comunidad.

Por último debe tenerse presente que verificada la subasta debe procederse al reparto del precio obtenido entre los cónyuges, en proporción a sus respectivas cuotas.

2.4 Retracto de comuneros

En Cc regula entre los supuestos de retractos legales el de comuneros. Por disposición del artículo 1522 del Cc «el propietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos demás condueños o de alguno de ellos.»

Requisito primordial para su ejercicio será la existencia de una comunidad sobre un mismo bien, condición ésta que concurre en la comunidad sobre la vivienda familiar constituida por los cónyuges.

En cuanto al concepto de «extraño» que utiliza el precepto citado, el mismo ha sido interpretado por la jurisprudencia, como aquella persona que no es partícipe en la cosa común, es decir una persona ajena al condominio. Así se ha pronunciado la sentencia de 22 de marzo de 1956 y la de 21 de abril de 1965 entre otras.

Vista la regulación legal del retracto de comuneros, se nos plantea la duda de su posible ejercicio por parte de los cónyuges copropietarios, cuando la vivienda familiar sea adjudicada en pública subasta a uno de ellos o a un tercero.

En cuanto a la primera posibilidad, ejercicio del derecho de adquisición preferente por parte de uno de los cónyuges si la vivienda familiar se adjudicase al otro, la respuesta debe ser negativa.

El tenor literal del artículo 1522 del Cc, proscribe tal posibilidad, ya que se refiere específicamente al supuesto de enajenación de la cosa común a un «extraño», y esta claro que el cónyuge copropietario no ostenta tal condición.

El segundo caso se plantea, cuando el rematante sea un extraño y no un condómino.

Una adecuada respuesta a este supuesto requerirá, en primer lugar, analizar cuál es la finalidad que se pretende legalmente con el retracto de comuneros.

Como destaca la jurisprudencia con el mismo se persigue en primer término, reducir las situaciones de comunidad que se presumen como una fuente de conflictos y como situaciones antieconómicas.

Y además, con el mismo, se trata de impedir que una persona extraña se introduzca en la comunidad de bienes con los antiguos o primitivos comuneros. [19]

En nuestro caso, este no es el problema ante el que nos encontramos. Nosotros al enajenar la vivienda familiar en pública subasta, en ejercicio de la *actio común dividundo*, ya estamos disolviendo la comunidad de bienes existente, le estamos poniendo fin como tal situación de cotitularidad sobre un mismo bien.

Y, además, debemos tener en cuenta que atendida la redacción del artículo 1522, se concede únicamente el retracto de comuneros en el caso de «enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de uno de ellos».

El legislador está pensando en un comunero que permanece en la comunidad y ejercita el retracto frente a un tercero que adquiere la parte de otro comunero o la de todos los demás comuneros, pero no la suya propia.

El supuesto que nos ocupa, la división de la vivienda familiar, no puede englobarse en el artículo 1522 del Cc, ya que los cónyuges son vendedores de sus partes en la comunidad.

Y, además, no puede obviarse que ya tuvieron la posibilidad de adquirir la misma mediante la adjudicación a cambio de indemnización al otro o, si se admite tal posibilidad, mediante su participación en la subasta.

VIII. ESPECIAL REFERENCIA A LAS VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL

En muchas ocasiones ocurrirá que la vivienda familiar a dividir está constituida por una vivienda protegida.

En tales casos, a todas las dificultades antes expuestas se añadirá la relativa al sometimiento de tales viviendas a la normativa específica en la materia.

Básicamente dos son los problemas básicos que se van a plantear y que vamos a analizar.

El primero será como efectuar la valoración de tales inmuebles y el segundo, será determinar si cabe la subasta de tales viviendas protegidas y en caso afirmativo que especialidades tendrá la referida subasta atendidas sus peculiaridades.

[19] Véase la STS de 28 de diciembre de 1963.

En cuanto a la valoración debemos estar como punto de partida a la normativa específica en la materia. La misma se encuentra contenida en el Texto Refundido de Legislación sobre Viviendas de Protección Oficial aprobado por Real Decreto 2960/1976 de 12 de noviembre, el Decreto 2114/1968, de 24 de julio por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial y que ha sido modificado por el Real Decreto 477/ 1992, de 4 de marzo, Real Decreto 31/1978 de 31 de octubre y por el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre.

Con arreglo a esta normativa específica el precio de venta de una vivienda de protección oficial está sujeto a unos precios máximos de venta fijados por la propia normativa y que si bien se mantienen constantes durante el primer año de adquisición, permiten sucesivas actualizaciones en los años posteriores a la misma.

Así se establece en el Real Decreto 3148/ 1978, de 10 de noviembre, que «el precio de venta por metro cuadrado de superficie útil de una vivienda de protección oficial será, para cada área geográfica homogénea, igual o inferior a uno coma dos veces el módulo (m) aplicable, vigente en la fecha de la concesión de la calificación definitiva».Dicho precio permanece constante durante el primer año contado desde la fecha de dicha calificación. «Transcurrido ese período, el precio de venta que figure en la cédula de calificación definitiva deberá actualizarse, a efectos de primera transmisión, en la misma proporción en que se revise el módulo aplicable, vigente desde el momento de finalizar el período de un año hasta el momento de la celebración del contrato de arrendamiento» [20].

Si nos atenemos a la mencionada regulación específica la valoración de la vivienda familiar debe ajustarse a tales reglas, sin que pueda admitirse en ningún caso el sobreprecio. Y ello, tanto si se opta por la adjudicación de la vivienda a un cónyuge indemnizando al otro, o si se acude a la pública subasta con admisión de licitadores extraños.

El TS se decanta por otra solución distinta. Estima que en estos casos debe estarse al valor de libre mercado de la vivienda a la fecha de disolución de la comunidad, y ello para no perjudicar a uno de los cónyuges que no podría adquirir con su mitad otra vivienda similar, evitándose así el enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges [21].

En este sentido se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1995, referida a un tema de sociedad de gananciales en el que una de las partes no estaba conforme con la valoración dada a la vivienda que estaba calificada como vivienda de protección oficial. Dice el Tribunal «el valor real del bien no coincide con su precio autorizado, en este caso por limitaciones de orden administrativo. La posibilidad, sin embargo, de la descalificación, con las consecuencias legales inherentes a la misma, no puede razonablemente desconocerse y con ello, tampoco puede ignorarse que el precio entonces en el mercado sería notablemente mayor al autorizado. No se incurre, por tanto, en ningún acto que conduzca a una nulidad de pleno derecho, en tanto, que sólo se previenen las consecuencias de una posible

[20] Véase también el artículo 127 del Real Decreto de 24 de julio de 1968 y los artículos 28 y 29 del Real Decreto de 12 de noviembre de 1976.

[21] Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de diciembre de 2003.

descalificación y su repercusión sobre el valor real, y entonces libre del inmueble.» [22]

En el mismo sentido la STS de 16 de diciembre de 1995, en la que la esposa pretendía la adjudicación de la vivienda protegida a su favor, compensando a su esposo según la valoración establecida en la normativa relativa a las viviendas de protección oficial. En la referida sentencia el TS, entiende que tal «petición vulnera el específico módulo de igualdad establecido en el artículo 1061 del Cc, ya que es evidente que se elude crasamente ese mandato con la pretendida adjudicación, pues sería hasta superfluo resaltar que , por razones de mercado, el precio y , sobre todo, el valor real de la vivienda es muy superior al que postula la esposa».

La segunda cuestión que se plantea es si puede acudirse a la subasta pública con admisión de licitadores extraños tratándose de una vivienda de protección oficial.

La duda vendría planteada por la prohibición existente en la normativa relativa a viviendas de protección oficial de cobro de cualquier sobreprecio sobre dichas subastas. Así el artículo 112 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la ley sobre viviendas de protección oficial, dispone que» queda absolutamente prohibido sobreprecio o prima en el arrendamiento, venta o acceso diferido a la propiedad de viviendas de protección oficial».

Tal prohibición alcanza al percibo de cantidades superiores a la fijada en la cédula de calificación definitiva y a las que sean exigibles de acuerdo con lo establecido en ese Reglamento, aún cuando la percepción lo sea a título de préstamo, depósito, fianza o entrega a cuenta no autorizada.» [23]

El incumplimiento de tales prohibiciones es sancionado con administrativamente en la misma normativa.

Si aplicamos estrictamente esta prohibición, no podrá obtenerse en la subasta judicial un precio superior al fijado legalmente ya que alcanzado dicho precio la subasta no podrá seguir. Lógicamente, atendido el mecanismo de la subasta judicial, esta prohibición iría en contra de su propia naturaleza. Como sabemos, la finalidad de la subasta es obtener el mayor precio posible en la misma, para cubrir las deudas pendientes con el acreedor o acreedores posteriores o, en nuestro caso, para proceder al reparto del mismo entre los cónyuges.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto y así la STS de 21 de noviembre de 1996. En la citada sentencia afirma el TS que» las viviendas de protección oficial están sometidas a unos precios máximos de adquisición…». «Si bien el precio de adquisición se mantiene constante durante un año, a partir de la calificación se autoriza su actualización para sucesivas transmisiones», y continua diciendo» La legislación sobre viviendas de protección oficial no prohíbe sus transmisiones sucesivas y de producirse, aún rebasando los precios máximos, estas ventas ulteriores no serían radicalmente nulas».

En el mismo sentido se había pronunciado ya la STS de 10 de febrero de 1966 y 28 de abril de 1971, que afirmaban que si bien no puede decretarse la nulidad total del negocio si que puede decretarse la nulidad parcial, en cuanto, al precio pactado con exceso. Doctrina que fue recogida por las STS de 24 de junio de 1991, en la que se afirmaba que la venta celebrada con precios superiores a los oficiales no afecta a

[22] Véase también la STS de 14 de noviembre de 2002.
[23] Véase también los artículos 28 y 29 del Real Decreto de 12 de noviembre de 1976.

la validez de la compraventa, sino que sólo ocasiona infracción administrativa, con sanciones económicas y pérdidas de beneficios.

En la jurisprudencia menor es de destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de abril de 2006, en la que revoca por incongruente la sentencia de instancia que no permitió la celebración de la subasta judicial de una vivienda de protección oficial en base a la hipotética posibilidad de que los precios que pudieran obtenerse en la venta sobrepasasen los oficiales. La Audiencia, basándose en la doctrina anteriormente expuesta, concluye que procede la división de la vivienda familiar y que dicha división, en defecto de acuerdo entre los copropietarios, habrá de tener lugar mediante su venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, y posterior reparto del precio obtenido.

En base a lo expuesto entiendo que si la normativa específica no prohíbe las transmisiones sucesivas de la vivienda de protección oficial y tampoco sanciona con la nulidad a la compraventa realizada por encima de los precios oficiales habrá que mantener dichas transmisiones, sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan. Y este criterio debe ser de aplicación cuando la transmisión de la vivienda se efectúa por la adjudicación a uno de los esposos o mediante la venta de la misma en subasta pública.

Lógicamente al estar la vivienda calificada de protección oficial, será muy importante informar a los licitadores, previamente al acto de subasta, de las limitaciones a que están sujetas estas viviendas. Y así el edicto que anuncie la subasta deberá contener, entre sus condiciones particulares, que la vivienda se encuentra sujeta a la legislación especial en materia de viviendas de protección oficial.

Por último, destacar que tampoco cabría admitir en tales casos que previamente a su adjudicación o venta en pública subasta se procediese a la descalificación de la vivienda. En este sentido se pronunció la STS de 16 de diciembre de 1995, que casó por incongruente la sentencia de la audiencia que había ordenado la descalificación de la vivienda, mediante los anticipos correspondientes, con el objeto de posibilitar su venta en subasta pública.

Bibliografía

Beltran de Heredia y Castaño: «La comunidad de bienes en Derecho Español», *Revista de Derecho Privado,* Madrid, 1954.

Diez Picazo: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. Editorial Tecnos. Madrid, 1983.

Diez Picazo: *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II y III. Editorial Tecnos. Madrid, 1988.

Samanes Ara, Carmen: *La división de la cosa común*. Editorial Tecnos. Madrid, 1995.