



Roj: **SAP CO 242/2007 - ECLI: ES:APCO:2007:242**

Id Cendoj: **14021370032007100035**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **3**

Fecha: **09/02/2007**

Nº de Recurso: **1/2007**

Nº de Resolución: **29/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO DE PAULA SANCHEZ ZAMORANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL CÓRDOBA

SECCIÓN Nº 3

SENTENCIA Nº 29/07

PRESIDENTE ILMO. SR.

D. FRANCISCO DE PAULA SANCHEZ ZAMORANO

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D. FELIPE LUIS MORENO GOMEZ

D. PEDRO JOSE VELA TORRES

REFERENCIA:

JUZGADO DE ORIGEN: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NUMERO 1 DE PEÑARROYA-PUEBLONUEVO

ROLLO DE APELACIÓN Nº **1/2007**

JUICIO ORDINARIO Nº 90/2006

En la Ciudad de CÓRDOBA a nueve de febrero de dos mil siete.

La SECCIÓN Nº 3 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA ,ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra autos de 90/2006 seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NUMERO 1 DE PEÑARROYA- PUEBLONUEVO entre el demandante Emilio representado por el Procurador Sr. Mª TERESA LOBO SANCHEZ y defendido por el Letrado Sr. RAMIRO GIRÓN DE ALVEAR, y el demandado Laura representado por el Procurador Sra. ESTHER SANCHEZ MORENO y defendido por el Letrado Sr. RAMIRO GIRÓN SAMPAYO, pendientes en esta Sala a virtud de recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte demandante contra sentencia 9/10/06 recaída en autos, siendo Ponente del recurso el Magistrado ILMTO. SR. D. FRANCISCO DE PAULA SANCHEZ ZAMORANO.

Aceptando los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que seguido el juicio por sus trámites se dictó sentencia por el Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NUMERO 1 DE PEÑARROYA-PUEBLONUEVO cuyo fallo es como sigue: "Que desestimando la demanda interpuesta en nombre y representación de D. Emilio , contra Dª Laura , debía absolver y absuelvo a ésta de todos lospedimentos realizados en su contra; todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandante".



SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de Emilio que fue admitido en ambos efectos, oponiéndose al mismo la parte contraria, remitiéndose los autos a este Tribunal y dándose traslado de los mismo al Magistrado Ponente para que dictara la resolución procedente.

TERCERO.- Que en la tramitación de las dos instancias de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida en lo que no se opongan a los de esta resolución.

PRIMERO.- En la presente litis que ahora examina la Sala en este grado jurisdiccional en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del actor don Emilio se ejercita, al amparo de lo dispuesto en los artículos 400, 404 y siguientes y concordantes del Código Civil, una acción de división de la cosa común, concretamente de una vivienda, casa unifamiliar y sus anejos (trastero y garaje) adosada número NUM000, sita en la calle DIRECCION000, NUM001 de gobierno de la localidad de Espiel, adquirida pro indiviso por ambos litigantes bajo el régimen de la normativa de Viviendas de Protección Oficial de Promoción Privada a través de un contrato privado de compraventa de 23 de mayo de 2001, elevado a escritura pública en 19 de octubre de 2001, en el que figura como vendedora la PROMOTORA PROVINCIAL DE VIVIENDAS DE CÓRDOBA, S.A, y ello por causa de haber deshecho su relación sentimental y su proyecto de vida en común en virtud del cual realizaron la mencionada adquisición.

La sentencia de instancia, sin entrar realmente en el análisis de la propia acción ejercitada, y sin pronunciarse sobre el valor de la vivienda, sobre la procedencia de la adjudicación al actor previo pago de la contribución porcentual en el precio por parte de la Sra. Laura o, en su caso, de la opción de la pública subasta y, finalmente, sobre el porcentaje mismo participativo de los litigantes, desestima la pretensión de la actora bajo el argumento, de un lado, de que tanto en el documento privado como en la elevación a público de éste se hace constar expresamente las limitaciones que se derivan del régimen de vivienda protegida, y cabalmente la prohibición de transmitir intervivos o ceder el uso por ningún título del referido inmueble, para cuya adquisición se ha obtenido un préstamo cualificado, durante el plazo de diez años desde la formalización de referido préstamo, y, bajo el argumento, de otro lado, de que, partiendo de la existencia de referido préstamo hipotecario concedido por la entidad Cajasur, nos encontramos en estos caso ante un acceso diferido de la propiedad, que no llega a materializarse sino hasta que el beneficiario de las importantes ventajas fiscales y de financiación no amortice la cantidad prestada.

En definitiva, lo que la sentencia de instancia hace es elevar a impedimento absoluto para el éxito de la acción la prohibición de disponer recogida en la compraventa, prohibición que, anunciado quede ya por esta Sala, supone ya una contradicción con el segundo argumento antes expuesto de que citada resolución se vale para entender que no ha habido una transmisión en toda regla de la propiedad, sino un acceso diferido a la misma. Y es que basta leer la escritura de compraventa, concretamente los términos en que se redacta su "Otorgando" primero, para salir de dudas de que lo que realmente hay es una verdadera transmisión, pues el préstamo hipotecario y los beneficios que rodeen a éste no es óbice para realizar ulteriores transmisiones, como así lo tiene permitido el artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

SEGUNDO.- En consecuencia, y rechazado de plano este argumento, lo que habrá de investigarse es si la legislación protectora de vivienda de protección oficial, que formalmente motiva la prohibición de vender, constituye un obstáculo insalvable, muy particularmente si el ejercicio de la actio communi dividendu mediante el que uno de los copropietarios pide la adjudicación de la cuota participativa del comunero supone una auténtica transmisión a los efectos de referida prohibición de disponer, especialmente sometiendo a consideración la concreta causa en virtud del cual se ejercita dicha acción de división de la cosa común adquirida en su día por mitades proindiviso por ambos litigantes, y partiendo de antemano de la realidad de que el inmueble, por su configuración, es física y jurídicamente indivisible.

Como bien dice la parte actora recurrente, la legislación que le es de aplicación a la vivienda de autos no puede ser otra que la Ley 13/2005, de 11 de noviembre de Medidas para la Vivienda Protegida y del Suelo de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como la Orden de 20 de enero de 2006 de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, en cuyos artículos 2, 3 y 4 no solamente se delimita el ámbito de aplicación de calendada ley, en cuyo seno se incluye la vivienda protegida de autos, sino que incluso se contempla el concreto supuesto de que se trate de "transmisión de una cuota indivisa de la vivienda a favor de otra persona que sea titular de ésta", llegando en este caso a exceptuar del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto las transmisiones que cumplan los requisitos a los que se refiere el artículo 2 de expresada



orden (precio máximo de venta y obligación de cumplimiento de las condiciones establecidas en los diferentes programas para poder tener la cualidad de adquirente o beneficiario de este tipo de vivienda), lo que, desde luego, es, en general reconocido por la "jurisprudencia", que afronta el estudio de la acción de autos en relación con viviendas protegidas por la legislación anterior, que en esto no es menos permisiva que la que en la Comunidad Autónoma Andaluza está actualmente en vigor (vid. sentencias Audiencia Provincial de Madrid de 2 de enero de 2006 y Barcelona de 14 de diciembre de 2005, entre otras).

Y es que evidentemente esa prohibición de disponer que se consigna en el contrato de autos celebrado por los ahora litigantes y la promotora ha de tener una interpretación restrictiva para conciliar el dogma jurídico que consagra nuestro Código Civil (artículo 400), cuando afirma que nadie está obligado a permanecer en la indivisión de la cosa, con los límites que la legislación proteccionista de viviendas impone, especialmente cuando, como en el caso de autos, no se trata sólo de dar solución a una situación a veces incómoda de propiedad proindivisa, sino de terminar con la misma ante las "malas" relaciones de los comuneros, cuando éstos han puesto término a la relación sentimental causante de la adquisición, que es, precisamente la idea que puede encontrar perfecto acomodo en el citado artículo 4 b) de la calendada Orden. Porque, en puridad, no es lo mismo transmitir a través de un contrato de compraventa en la que figura un tercer adquirente, sin ninguna vinculación previa con el inmueble, que adjudicarse la porción indivisa que un comunero tiene en él. Aquí el elemento especulativo no aparece como podría darse en otras situaciones, que es precisamente lo que la normativa de viviendas de protección oficial trata de evitar.

Por otra parte, no deja de ser relevante a estos efectos la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando aborda el estudio de la llamada actio communi dividundu, sobre la que viene a afirmar que "la misma representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier propietario, y es de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, valiendo como única causa de oposición el pacto de conservarla indivisa" (sentencias de 6 de junio de 1997 y 8 de marzo de 1999, entre otras). Y es que la ley no quiere focos de conflictos ni ejercicio de derechos, como el de propiedad, compartidos forzosamente, pues razones de orden económico y jurídicas se decantan por la división.

TERCERO.- Así las cosas, en discrepancia con lo sostenido por la sentencia de instancia, se ha de acceder a la viabilidad de la acción ejercitada, pues la vinculación que pretende la demandada hasta que se cumplan los diez años de prohibición de disponer establecidos en escritura pública, máxime cuando la Sra. Laura no está haciendo frente al pago de las cuotas del préstamo hipotecario desde hace tiempo, resulta a todas luces perturbadora para ambas partes y foco de un conflicto que se irá agravando con el paso del tiempo.

Por tanto, y descartada esa alegada inadmisión del recurso que esgrime la demandada por una interpretación rigorista que la misma hace del artículo 457.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la formula genérica empleada en el escrito anunciador del recurso de apelación "por no darse respuesta a las pretensiones de mi mandante en lo relativo a las cuestiones reclamadas", da cumplimiento a mencionado precepto, al advertirse de esta manera que se ataca en bloque todo el contenido de la sentencia, descartada o desechada, decimos, esa alegación, se está ya en disposición de entrar en la materialización de la pretendida división del inmueble, cuestión sobre la que esta Sala no puede ser excesivamente casuística en su pronunciamiento, pues la concreción de cantidades se hará en los términos previstos en los artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sólo los presupuestos para que pueda materializarse la división son los que esta Sala está en condiciones ahora de perfilar, dando por sentado -saliendo al paso de la obsesión de la demandada, materializada en la idea de que el actor no puede alterar el porcentaje del 50%, expresado en los términos "adquisición pro indiviso y por mitad"- que la participación porcentual sobre el valor del inmueble de uno y otro diferirá en función de la diferente cantidad con que ambos hayan participado en el pago del precio y en la asunción de las cuotas del préstamo hipotecario. Y es que a los fines exclusivamente prácticos, igual da que se parta del 50% de participación de cada comunero en la titularidad del bien, valorando después el activo y el pasivo, como que directamente se asigne un porcentaje a cada uno en función de sus respectiva aportaciones sobre el valor real del inmueble teniendo en cuenta el porcentaje de precio satisfecho sobre el total a la fecha de la división.

Y es a partir de aquí cuando la Sala ha de dar por bueno -a tenor de una admisión implícita de la demandada apelada realizada en la contestación a la demanda, deducida de lo que antes se consideró como argumento obsesivo- el porcentaje fijado por el actor, después de realizar los cálculos aritméticos correspondientes, computando el dinero por uno y otro entregado y el tiempo en que en solitario el actor ha venido haciendo frente al pago del préstamo hipotecario. Y es que sobre el real porcentaje participativo expuesto por el apelante, ninguna objeción ha formulado la Sra. Laura, que nada ha dicho acerca de si ella aportó más o menos dinero o contribuyó o pagó en solitario tal o cual cuota del préstamo, por lo que, no articulando la misma prueba alguna acerca de estos extremos, han de tenerse los mismos por acreditados.



Así pues, se determina que el porcentaje real de participación de los litigantes sobre la parte de precio satisfecha respecto del valor actualizado de los inmuebles, que es tanto como afirmar la parte que le corresponde en la propiedad del mismo, es de un 75,619% para el Sr. Emilio y de un 24,381% para la Sra. Laura, porcentajes aplicables sobre el 55,378% abonado hasta la fecha de la demanda del precio actual de la vivienda, trastero y cochera. Pero como el presente pleito tiene un componente dinámico y estos porcentajes están realizados sobre el precio o valoración de la vivienda en el momento de la demanda, se habrá que estar, para ajustar los porcentajes, al momento exacto de la división y liquidación, fecha en que se sabrá la aportación final de cada uno y el valor efectivo del inmueble, optando la Sala por adjudicar éste al actor en evitación de la pública subasta para así, a su vez, evitar que el inmueble sea transmitido a tercero, impidiéndose con ello ese componente especulativo que es, precisamente, la contingencia que pretende descartar la legislación proteccionista y la prohibición de disponer que se consigna tanto en el documento privado como en la escritura de compraventa.

CUARTO.- Por cuanto antecede, procede la revocación de la sentencia de instancia y estimación de la demanda sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada, a tenor de las serias dudas de hecho y de derecho que plantea la litis y de la complejidad de la misma (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Emilio contra la sentencia que en 9 de octubre de 2006 dictó el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Peñarroya-Pueblonuevo en Procedimiento Ordinario nº 90/06, y con estimación de la demanda planteada en los mismos por referido recurrente, debemos declarar como declaramos la división de la vivienda cochera y trastero adquirida por los litigantes en escritura pública de 19 de octubre de 2001 ante el notario de Córdoba don Pedro Enrique, adjudicándose al actor la cuota de propiedad que la demandada posee en referidos inmuebles, previo satisfacción por parte de aquél a doña Laura del porcentaje de participación o aportación en el precio satisfecho hasta el instante mismo en que se materialice la división en los términos expuestos en el fundamento jurídico tercero de la presente resolución, y todo ello sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada.

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

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA

SECCIÓN Nº 3

N.I.G. 1402137C20070000002

Nº Procedimiento:Recurso de Apelación Civil (N) **1/2007**

Asunto: 300001/2007

Autos de: Proced. Ordinario (N) 90/2006

Juzgado de origen: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NUMERO 1 DE PEÑARROYA-PUEBLONUEVO

Negociado:

Apelante: Emilio

Procurador: M^a TERESA LOBO SANCHEZ

Abogado: RAMIRO GIRÓN DE ALVEAR

Apelado: Laura

Procurador: ESTHER SANCHEZ MORENO

Abogado: JOSE MARIA GIRON SAMPAYO

AUTO

Il'tmos. Sres.:

PRESIDENTE:



D. FRANCISCO DE PAULA SANCHEZ ZAMORANO

MAGISTRADOS:

D. FELIPE LUIS MORENO GOMEZ

D. PEDRO JOSE VELA TORRES

En CÓRDOBA, a 19 de febrero de 2007

HECHOS

UNICO.- Por la Procuradora Sra. Lobo Sánchez, en nombre y representación de D Emilio , se presentó escrito en el cual se solicita se proceda a aclarar y completar la sentencia dictada con fecha 9 de febrero en el presente rollo de apelación.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

UNICO.- Procede aclar la sentencia dictada , en el sentido de que las costas de la primera instancia no se imponen por la complejidad de la cuestión tratada en la litis y las serias dudas de hecho y de derecho que la misma acarrea.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA:

Procede aclarar la sentencia dictada en el presente Rollo de apelación en fecha 9/02/07, en el sentido de que las costas de la primera instancia no se imponen por la complejidad de la cuestión tratada en la en la litis y las serias dudas de hecho y de derecho que la misma acarrea.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. que lo encabezan. Doy fe.