



Roj: **SAP IB 866/1998 - ECLI:ES:APIB:1998:866**

Id Cendoj: **07040370051998100050**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **17/04/1998**

Nº de Recurso: **884/1997**

Nº de Resolución: **218/1998**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAVIER SOTO ABELEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA N° 218

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Miguel Cabrer Barbosa

MAGISTRADOS

D. Mariano Zaforteza Fortuny

D. Javier Soto Abeledo

Palma de Mallorca, a diecisiete de abril de mil novecientos noventa y ocho.

VISTOS por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos, juicio de cognición, seguidos ante el Juzgado de 1ª INSTANCIA 11 PALMA, bajo el número 0499/96 , Rollo de Sala número 0884/97, entre partes, de una como Demandante-Apelante D/Dª

DIRECCION000 , representado por el/la Procurador/a Sr./Sra.

NANCY RUYS VAN NOOLEN y defendido por el/la Letrado/a Sr./Sra. BARTOLOMÉ BORRÁS

SANSALONI; y de otra como Demandada-Apelada D/Dª CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE LAS BALEARES "SA NOSTRA", representado por el/la Procurador/a Sr./Sra. JUAN

CERDO FRIAS y defendido por el/la Letrado/a Sr./Sra. JUAN RAMON LLOREDA MAS, y otra como

Demandada-Apelada Dª Natalia , no comparecida en esta alzada, donde ha

estado representada en los estrados de este Tribunal.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier Soto Abeledo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Palma en fecha 31 de Julio de 1997, se dictó sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que resuelvo estimar parcialmente la demanda formulada por la DIRECCION000 " contra Dª Natalia y la entidad CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE LAS BALEARES "SA NOSTRA",debiendo declarar y declaro lo siguiente: I.- Condenar a la codemandada Natalia a pagar a la actora la suma de DOSCIENTAS SEIS MIL CIENTO SESENTA Y TRES PESETAS (206.163 PTAS) más los intereses correspondientes a esta cantidad desde la fecha de la interposición de la demanda hasta su completo pago así como a las costas del presente juicio en cuanto vayan referidas a la reclamación de la cantidad. II.- Absolver a la codemandada entidad CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE LAS BALEARES "SA NOSTRA " del pedimento que la actora instó, condenando a ésta en las costas causadas a aquella entidad".



SEGUNDO.- Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandante- apelante, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos y mejorado en tiempo y forma y seguido el recurso por sus trámites, no se consideró necesaria la celebración de vista, quedando el recurso concluso para sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La DIRECCION000 " impugna el pronunciamiento de la sentencia de instancia, que desestimaba su pretensión de que se declarase que el crédito que ostenta dicha Comunidad contra D^a Natalia - por importe de 206.163 pesetas- sobre la finca n^o NUM000 , inscrita en el Registro de la Propiedad de Calvià, Libro NUM001 , Tomo NUM002 , Folios NUM003 y ss, consistente en un apartamento tipo NUM004 , del piso NUM005 del bloque NUM006 , del mencionado edificio, en cuanto comprensivo de los gastos generales producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente -años 1995 y 1.996, respectivamente-, debidos por la Sra. Natalia , es preferente al crédito hipotecario inscrito en el mencionado Registro a favor de la " Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares" CC "Sa Nostra", sobre la referida finca (inscripción 6^a), por lo que deberla subsistir sin cancelar ante una eventual realización del crédito de esta Entidad, condenándola a estar y pasar por esta declaración.

SEGUNDO.- La resolución apelada acoge sustancialmente en su fundamento de Derecho tercero, las razones aducidas por la representación procesal de la "Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares" al oponerse a la demanda, a saber: que esta Entidad no es titular dominical de la finca sobre la que recae la afección al pago del crédito de la Comunidad de Propietarios, ni deudora frente a dicha Comunidad, ni ha intentado realizar el crédito hipotecario que tiene sobre la finca en cuestión, concluyendo que será en ese momento cuando la actora pueda alegar la preferencia que establece el artículo 9^o.5^o párrafo segundo de la Ley de Propiedad Horizontal - cuya declaración se pretende-, y no ahora en que no se ha planteado ningún conflicto al respecto, ni hay colisión de créditos.

TERCERO.- La parte apelante basa su recurso en la misma fundamentación recogida en la demanda, con cita de diversas sentencias de varias Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo, así como de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el carácter preferente de la afección real establecida en el citado artículo 9^o.5^o párrafo segundo de la Ley de Propiedad Horizontal . Sin embargo, de un detallado estudio de estas Resoluciones y sentencias - así como de otras muchas- y de la más autorizada Doctrina en esta materia, no se desprende, a juicio de esta Sala, la necesidad de la declaración instada por la recurrente ni, de momento, acción alguna de cuyo ejercicio pueda resultar condenada la Entidad recurrida en base al precepto objeto de esta "litis" lo primero, porque sería una reiteración ociosa, al venir consagrada de forma expresa en la Ley la preferencia del crédito de la Comunidad de Propietarios respecto de cualquier otro. En cuanto a lo segundo, porque como ya tuvo ocasión de manifestar esta Audiencia Provincial, en su sentencia de fecha 6 de febrero de 1979 , la obligación recogida en el mencionado artículo 9^o.5^o tiene la consideración de "propter rem", que se caracteriza por las notas siguientes: "1. Accesoriedad o precisión de absoluta conexión a una determinada titularidad jurídico-real. 2. Especial designación del sujeto pasivo, en cuanto éste viene determinado por una titularidad básica (la del piso o local susceptible de aprovechamiento independiente). 3. La posibilidad de renuncia o abandono liberatorios 4. Transmisibilidad de la obligación por transmisión del derecho real conexo y principal; connotaciones que aparecen claramente insertas en la esfera propia de este tipo de titularidades ob rem, si bien en una correcta limitación temporal, en el expresado artículo 9^o.5^o , cuando en su párrafo segundo expresa que oral pago de estos gastos... estará afecto el piso o local". En este sentido cabe citar, entre otras, las sentencias de 16 de junio de 1968 y 16 de junio de 1976, de la Audiencia Provincial de Madrid, y de 22 de junio de 1982, de la Audiencia Territorial de Valencia , que cita, a su vez, la de 14 de febrero de 1978, del Tribunal Supremo .

Obligación a cargo del copropietario moroso, pero no - como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 18 de junio de 1959 - del "titular registral "CC independientemente de que sea o no propietario" como pretende el recurrente con aditamento que ni contiene dicho artículo ni cabe deducir de su interpretación".

La Doctrina más autorizada (Coca Payeras, Martín-Granizo, De La Cámara Álvarez, Pons González y Del Arco Torres), coincide también en afirmar que la titularidad pasiva de la obligación a que hacemos referencia viene determinada por la titularidad dominical del piso o local. En cuanto a la naturaleza jurídica de la propia garantía que se establece en dicha obligación, si bien no es pacífica La Doctrina, la opinión mayoritaria rechaza su consideración como hipoteca legal. Para Coca esta afección -sinónimo de "carga" o "gravamen"- es una garantía real de origen legal. Martín- Granizo estima que se trata de una garantía real que asegura un crédito



singularmente privilegiado, que derogaría parcialmente la prelación establecida en el artículo 1.923 del Código Civil, debiendo incluirse en primer lugar a la Comunidad de Propietarios cuando concurra para el cobro de los gastos generales relativos a la última anualidad y a la parte vencida de la corriente. Para este autor, no obstante ser posible en estos casos el embargo preventivo de bienes del deudor, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.400 y 1.401 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es necesario, pues el cumplimiento de la obligación viene garantizado, precisamente, por la afección real establecida en el artículo 9°.5° párrafo segundo de la Ley de Propiedad Horizontal. Ahora bien, aunque se considere que la efectividad de dicha garantía requiere de una anotación de embargo (así Ventura- Traveset) y que éste no cabe en base a los mencionados artículos 1.400 y 1.401 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -lo que a nivel doctrina aún no está resuelto pese a la reforma del artículo 20 de la Ley de Propiedad Horizontal por Ley 2/1988, de 23 de febrero-, si procederá a tenor del artículo 921 de dicha Ley. Para evitar los problemas de falta de publicidad registral de la referida afección, en el periodo de tiempo que va desde la interposición de la demanda hasta la anotación del embargo en virtud de sentencia condenatoria, la Dirección General de los Registros y del Notariado acepta la anotación preventiva de la demanda de reclamación de los gastos generales a que se refiere el artículo 9°.5° párrafo segundo de reiterada cita, al amparo del artículo. 42.1° de la Ley Hipotecaria, como se recoge seguidamente.

CUARTO.- Esta Sala entiende que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado citadas por la representación procesal de la parte apelante vienen a corroborar cuanto hasta aquí se ha expuesto. En concreto, las Resoluciones de 9 de febrero y 18 de mayo de 1987 señalan claramente que Inscrito el régimen de propiedad horizontal consta ya suficientemente, aunque con cierta indeterminación, la carga de tal afección real preferente, que forma parte del contorno ordinario del ámbito de poder en que consiste el dominio de cada piso. Cualquier hipoteca o embargo sobre el piso o local ha de entenderse por tanto, que únicamente tendrá eficacia en cuanto no menoscabe la eficacia de la afección real que por Ley es preferente... Ahora bien, aun cuando tal afección no pueda hacerse valer inmediatamente porque las cantidades reclamadas no resultan de título con fuerza ejecutiva (artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el 24 de la Ley de Propiedad Horizontal), y sea preciso una fase declarativa previa que conduzca a una sentencia condenatoria al pago, no cabe duda que el momento determinante en el cómputo de las cantidades garantizadas por el artículo 9°.5° de la Ley de Propiedad Horizontal ha de ser el de presentación de la demanda en juicio declarativo... Ello plantea una importante dificultad: desde la demanda hasta el juicio de la ejecución y la anotación de embargo a que se refieren los artículos 921 y 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esa afección genérica daría lugar en su aplicación singular a un gravamen oculto, eficaz frente a todos, en contra del principio de publicidad, fundamento y esencia de nuestro sistema hipotecario. Por ello, la correcta armonía entre el legítimo derecho que por Ley corresponde a la comunidad de propietarios en su diligente actuación y las exigencias de seguridad del tráfico y certeza de las titularidades jurídico-reales inmobiliarias, impone la necesidad de la constancia registral inmediata de aquella demanda, en lo relativo a las cantidades objeto de cobertura real, lo que para los supuestos en que no quepa el embargo preventivo (artículos 1.400 y 1.401 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) podrá alcanzarse a través de una anotación de las prevenidas en el artículo 42, párrafo 1, de la Ley Hipotecaria, por cuanto en dicha demanda se insta también el reconocimiento judicial de una singular aplicación de la afección real del artículo 9°.5° de la Ley de Propiedad Horizontal para un periodo concreto. Así la comunidad de propietarios mantendría la cobertura real de las cantidades impagadas diligentemente reclamadas".

Por último, la Resolución de 15 de enero de 1997 - que también se remite a la de 9 de febrero de 1987- añade que "cuando la demanda cuya anotación se solicita, se concreta a exigir el pago de la última anualidad y la parte vencida de la corriente, y se dirige, además, contra el titular registral actual, ningún obstáculo puede alegarse a la consignación en el asiento respectivo, de la afección real que gozan esas cantidades reclamadas ni aun cuando sobre los bienes existen inscritas y anotadas, con, anterioridad, otras hipotecas o embargos"; circunstancia que se da en el caso que nos ocupa.

Así, es obvio de todo ello que no es cierto - como sostiene la apelante- que la ausencia de la llamada a las presentes actuaciones de la "Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares" hubiera privado de toda eficacia registral "cualquier eventual declaración de la preferencia crediticia que reconoce la Ley" a la Comunidad de Propietarios del edificio. "Alivia" primero, porque tal declaración ya la hace la Ley sin que se precise su reiteración, y segundo, porque si se consideran necesarias otras garantías para la efectividad de la afección real objeto de esta controversia - cuestión discutible y discutida en nuestra Doctrina, como se ha tratado de reflejar- el ordenamiento Jurídico dispone de medios adecuados a tal fin, como queda expuesto, sin necesidad- ni posibilidad- de accionar contra el acreedor hipotecario, que ni es deudor personal de la demandante-apelante, ni titular de la finca afectada al pago, y como ha manifestado la representación procesal de aquél, "posiblemente nunca llegase a serlo".

Finalmente, en cuanto a la sentencia de la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, de 7 de marzo de 1996, que invoca la recurrente, no contempla el mismo supuesto que nos ocupa, por cuanto la Comunidad de



Propietarios sólo demandó a los propietarios morosos, solicitando que se les condenara al pago de los gastos a que se refiere el tantas veces citado artículo 9°.5° párrafo segundo de la Ley de Propiedad Horizontal, y que se hiciera respecto del crédito de la actora- apelante la declaración de afección real en el mismo contenida solicitud esta última a la que la Sala accede -aun siendo innecesario- por tratarse los demandados de los titulares del inmueble que garantiza la deuda, y además ser deudores de dichos gastos. Pero en ese pleito no se demandó a ningún acreedor hipotecario como en el caso de autos.

QUINTO.- Por todo lo expuesto, procede desestimar el presente recurso de apelación, y en consecuencia, imponer las costas de esta alzada a la parte apelante, por disponerlo así el artículo 736 párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VISTO cuanto antecede, los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás de aplicación.

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la DIRECCION000 ", contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Palma de Mallorca, en fecha 31 de julio de 1997, en los autos del juicio de cognición nº 0499/96 de dicho Juzgado, debemos confirmar y confirmamos la mencionada resolución, con expresa imposición de costas a la parte apelante.

Dese cumplimiento, al notificar esta sentencia a lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, con testimonio de la misma, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier Soto Abeledo, Ponente que ha sido en este trámite, en el mismo día de su audiencia pública, de lo que certifico. Palma de Mallorca, a diecisiete de abril de mil novecientos noventa y ocho.