

# **COMENTARIO A LA SENTENCIA DE 22 NOVIEMBRE DE 2012 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN: LIQUIDACIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL Y ADJUDICACIÓN PRO INDIVISO DE LA VIVIENDA**

Sofía DE SALAS MURILLO

## **1. INTRODUCCIÓN**

La sentencia núm. 37/2012 de 22 noviembre del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1<sup>a</sup>) aporta una interesante interpretación de algunas normas sobre liquidación y división de consorcio conyugal, y por relación, sobre división de la comunidad ordinaria y del caudal hereditario (especialmente los arts. 404 y 1062 Cc), aplicables al caso objeto del proceso por el juego de los arts. 1.2, 267.1 y 270 CDEA.

En concreto, la sentencia afirma que no se puede obligar a ningún partícipe a aceptar la adjudicación del bien por una cantidad que no asume voluntariamente abonar si no tiene bienes o no puede obtener crédito suficiente y no existe dinero metálico en el haber partible para satisfacer el derecho del copartícipe.

Es el supuesto –muy frecuente en la actualidad y que centra esta sentencia– de matrimonios que se disuelven teniendo solamente un bien de entidad: la vivienda familiar y su correspondiente ajuar. Si la vivienda se adjudica a uno de ellos, éste tiene que compensar en metálico la parte correspondiente al otro cónyuge. El problema surge cuando se carece de fondos (o posibilidad real de obtenerlos) para hacer dicho pago, problema que puede darse haya o no acuerdo en la valoración del bien en cuestión, en este caso, la vivienda. En la sentencia que comentaremos, la exmujer recurrente en casación parecía estar dispuesta a hacer la correspondiente compensación económica de acuerdo con la valoración inicial del inmueble. Esto cambia cuando, a instancias del exmarido recu-

rrido, el Juzgado revaloriza el valor inicialmente designado, de modo que la recurrente ya no puede abonarlo por completo.

En esos casos, la única solución pasa por la asignación pro indiviso del bien a ambos cónyuges, con transformación de la comunidad existente tras la disolución del consorcio conyugal en una comunidad por cuotas de tipo romano, cuya disolución, a su vez, puede pedirse en cualquier momento mediante su conversión en el dinero obtenido por la venta del bien en pública subasta.

Repasemos en primer lugar los hechos de la sentencia.

## 2. LOS HECHOS

De las actuaciones practicadas en las distintas instancias resultan los siguientes hechos relevantes:

1. Don Julián Óscar y Doña María José, casados en 1988, con dos hijos, se separan en el 2000 (sentencia de separación de 26 de abril de 2000) y se divorcian en 2002 (sentencia de divorcio de 28 de febrero de 2002).
2. Surgen discrepancias a lo largo del proceso de liquidación del disuelto consorcio conyugal:
  - a) en la propia formación de inventario; discrepancias que se llevan a juicio, resuelto en primera instancia por sentencia de 29 de junio de 2004, y en apelación por la SAP de Zaragoza, de 1 de septiembre de 2005, incluyéndose en el inventario definitivo una vivienda unifamiliar, una plaza de garaje y el mobiliario y ajuar doméstico,
  - b) en lo referente a la valoración y adjudicación de los bienes, que obligan a nombrar un contador partidario, que el 28 de enero de 2008 emite el cuaderno particional, otorgando un valor a la vivienda unifamiliar de 480.000 euros, y propone su adjudicación a la exmujer junto con otros bienes y derechos, y al exmarido la plaza de garaje, debiendo éste ser compensado en metálico por aquélla por una suma de 143.127,71 euros.
3. Los dos excónyuges impugnan el cuaderno, litigio que se resuelve en primera instancia por sentencia de 12 de mayo de 2008 (confirmada en lo sustancial por la SAP de Zaragoza de 2 de marzo de 2010) que valora la vivienda unifamiliar en 600.000 euros, lo que incrementaba considerablemente la cantidad en metálico que debería pagar entonces la exmujer al exmarido.

4. La exmujer recurre esta valoración en juicio ordinario, alegando que es desproporcionado a la realidad del mercado, y solicita en primer lugar, algo diferente de lo que se había venido barajando hasta ahora: que la mencionada vivienda se adjudicase a ambos excónyuges por mitades indivisas; subsidiariamente, y de considerar que debía ser íntegramente adjudicada a la actora, lo fuera por el valor de 480.000 euros, o por aquel otro resultante de prueba pericial. El exmarido se opone a la demanda, formulando a su vez otra relativa a las actualizaciones que a su criterio procedían. Acumulados los dos procesos, en primera instancia se dicta sentencia el 28 de diciembre de 2011, en la que se desestiman ambas demandas y se mantienen las adjudicaciones y valoraciones efectuadas en las sentencias anteriormente citadas. Interpuesto recurso de apelación por la exmujer, es desestimado por la SAP de Zaragoza de 11 de abril de 2012, que es ahora objeto del presente recurso de casación.

### 3. PREVIO: LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL EN ESTE PUNTO COMO DERECHO SUPLETORIO Y FUNDAMENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN FORAL

Es éste uno de los casos en que la casación foral se funda en infracción no sólo de norma jurídica civil aragonesa (en el este caso, el art. 267 CDFa) sino también de normas del Código civil en su función de Derecho supletorio<sup>1</sup>.

En efecto, el art. 267.1 CDFa, cuya infracción fundamenta el presente recurso de casación foral dispone que «*Liquidado el patrimonio y detraídas las ventajas, el caudal remanente se dividirá y adjudicará entre los cónyuges... por mitad o en la proporción y forma pactadas*».

Las circunstancias que concurren en este caso hacen que no se pueda atribuir el caudal por mitad (vivienda y garaje son indivisibles), de modo que en ausencia de pacto, y aplicándose a la liquidación y partición lo previsto en la Ley de enjui-

---

<sup>1</sup> Sobre este punto, cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Manual de Derecho civil aragonés*, El Justicia de Aragón-Ibercaja, 4ª ed., p. 102 y BAYOD LÓPEZ, Carmen, «La aplicación indebida del Código civil como fundamento del recurso de casación en Aragón: infracción normas del Derecho civil aragonés y aplicación del Derecho supletorio para la solución del conflicto (reflexiones sobre las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de marzo de 2007 y 27 de febrero de 2006)», *RDCA-2008-XIV*, pp. 172-191. En este caso, la correcta aplicación del sistema de fuentes aragonés permitió resolver el conflicto a través del Derecho supletorio estatal, de forma que de la misma pudo conocer el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que es competente para resolver los recursos de casación también cuando resulte aplicable el Derecho civil estatal con base en el art. 1.2 CDFa.

ciamiento civil (art. 259.4 CDFa y art. 810 Lec), deberá acudir a lo que las normas sobre liquidación y partición de la comunidad hereditaria dicen sobre este punto (art. 270 CDFa), remisión similar a la realizada por los arts. 406 Cc, relativo a comunidad de bienes ordinaria y 1410 Cc, en el caso de la sociedad de gananciales. Dado que en las normas que sobre partición de la herencia contiene el Código aragonés (arts. 365-372 CDFa) no se contempla el punto concreto de la indivisibilidad, ha de acudir, con base en el art. 1.2 CDFa, al Derecho civil general del Estado y en concreto, a las normas de la partición de herencia sobre formación de lotes (arts. 1061 y 1062 Cc), que se aplicarán con las adaptaciones precisas. En este sentido conviene recordar que precisamente en la Ley aragonesa de sucesiones se decía (y ello se recoge en el Preámbulo del actual Código de Derecho foral) que «El Código Civil seguirá siendo supletorio en materia de sucesiones por causa de muerte, pues la Ley no trata de excluir su aplicación entre nosotros. En realidad, los juristas aragoneses se sintieron en el siglo XIX coautores del Código Civil y ni entonces ni ahora mostraron rechazo al mismo o suscitó éste su repulsa. Por ello, es grande el espacio que esta Ley deja a las normas del Código Civil, en concepto de Derecho supletorio de acuerdo con el artículo 1 de la Compilación. Ahora bien, la Ley procura evitar, mediante la inclusión de normas específicas, la injerencia de aquellos preceptos del Código que no armonizan con los principios del Derecho aragonés o dificultan la aplicación o desarrollo de sus instituciones propias». Y estos artículos del Código civil a los que hace referencia la sentencia no parecen chocar con ninguna de las instituciones propias aragonesas.

#### 4. EL MOMENTO TEMPORAL DE LA VALORACIÓN Y SU CONSIDERACIÓN COMO CUESTIÓN DE HECHO QUE NO FUNDAMENTA LA CASACIÓN FORAL

La recurrente está en desacuerdo con la valoración dada a la vivienda atribuida en la sentencia que resuelve la impugnación del cuaderno particional y en ese sentido tiene razón la parte recurrida (el exmarido) cuando dice que la valoración de la prueba no sería motivo suficiente para fundamentar la casación, pues no es ciertamente la casación una tercera instancia a estos efectos.

Y en efecto, el TSJ reafirma que el motivo de la casación no es éste, sino los efectos que se producen en la adjudicación realizada sobre el valor fijado en la instancia, que no es discutible en esta fase procesal. Reconoce sin embargo el Tribunal que la valoración influye «como presupuesto de la acción que se ejercita condicionalmente» por la actora.

Hemos de preguntarnos previamente cuál es la referencia temporal con arreglo a la cual se hace la valoración del inmueble en cuestión.

La sentencia da por sentado que la valoración ha de hacerse «a la fecha de la liquidación», y el momento efectivo de ésta según el íter de los procesos –juicio verbal sobre formación de inventario *ex art. 809 Lec*; juicio de liquidación de la sociedad conyugal que termina con nombramiento de contador partidor *ex art. 810 Lec*; juicio verbal sobre la impugnación del cuaderno particional *ex art. 787.5.I* y juicio ordinario en relación a lo anterior (art. 787.5.II)– es el de la sentencia que resuelve la impugnación del cuaderno particional (de 12 de mayo de 2008, tercero de los cuatro procedimientos enumerados, la cual es confirmada en este punto por la SAP de Zaragoza de 2 de marzo de 2010). Es decir, se tiene en cuenta el valor de mercado que en ese momento (mayo de 2008) tenía el inmueble.

Por las características del caso, no se tiene en cuenta el momento del inventario (temporalmente anterior) sino de lo que propiamente es la práctica de la liquidación, y ello por cuanto en el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 a 811 Lec) se contemplan dos fases procesales diferentes: una, la formación de inventario de los bienes y deudas que integran el patrimonio consorcial (arts. 808 y 809), y otra, la fase de liquidación propiamente dicha, sobre la base del inventario previamente realizado y sobre el que ha recaído conformidad de los cónyuges o ha sido aprobado en virtud de sentencia (art. 810 Lec); fase segunda que comprende operaciones como la valoración de los bienes, el pago de deudas, indemnizaciones, reembolsos y la realización de las correspondientes adjudicaciones. Ahora bien, sin perjuicio de que en la primera fase puede tratarse el tema del importe de alguna partida, si se plantea sobre dicho importe alguna controversia (art. 809.2 Lec), siempre queda a salvo que la valoración de un bien, como ocurre en el presente caso, pueda otra vez plantearse y resolverse en la segunda fase o propia fase de valoración de los bienes del art. 810. Pues bien, con base en este artículo (art. 810 Lec) se nombra contador partidor que otorga un valor de 480.000 euros a la vivienda.

A las operaciones divisorias cabe oponerse, entre otros motivos de fondo, y en lo referente al avalúo de los bienes, por considerar, *v.gr.*, que ha habido un error o que se ha atribuido un valor arbitrario sin el consentimiento de todos los interesados<sup>2</sup>, oposición que se sustancia con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal, resuelto en este caso por la repetidamente citada sentencia de 1ª instancia de 12 de mayo de 2008, que en efecto, cambia el valor asignado por el contador partidor, atribuyéndole en su lugar el de 600.000 euros. Sentencia –confir-

---

<sup>2</sup> SANCHO GARGALLO, Ignacio, «Comentario al art. 787 de la Ley de enjuiciamiento civil», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, (coord. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFA SOLER, VALLS GOMBAU), 2000, Iurgium Editores-Atelier, pp. 3.683 y 3.684 y jurisprudencia allí citada.

mada por la Audiencia provincial– que con arreglo a lo dispuesto en el párrafo I del art. 787.5 no tiene eficacia de cosa juzgada, y eso es lo que permite que los interesados puedan hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que les corresponda.

En el punto concreto de la valoración, las dos sentencias que deciden el procedimiento ordinario, en lo referente a la petición de revisión de la valoración (solicitada por la recurrente, bien en el sentido de mantener la valoración de 480.000 euros, bien en el de realizar una nueva prueba pericial) entran a valorar si efectivamente fue correcta o no la valoración hecha al momento en que se realizó la liquidación (es decir, valor de precio de mercado a 2008).

La Audiencia Provincial se inclina, por más adecuada y fiable, por la valoración de la vivienda realizada en la sentencia de 12 de mayo de 2008, dado que ésta tuvo en cuenta el valor de referencia asignado por Hacienda (valor para devengo del IBI, en torno a 600.000 euros), y no por el de los informes emitidos por los peritos (el de la recurrente que lo fijaba en 480.000 euros y el del demandado que aporta informe de «Tinsa» que fija el valor en 816.00 euros). Ciertamente reconoce la Audiencia que el valor actual (cuando se dicta la sentencia de 11 de abril de 2012) es de 449.159,20 euros según informe pericial (*ex* art. 348 Lec) pero ello obedece a la devaluación del 23,9% del precio de las viviendas que ha tenido lugar del 2007 al 2012. La evolución del mercado inmobiliario y el correspondiente perjuicio económico posterior a la liquidación no puede justificar en su opinión (F.J. 3<sup>º</sup>), la rescisión de la adjudicación (ni de la valoración ínsita) realizada.

Y como ya ha quedado apuntado, la valoración así realizada es considerada como cuestión de hecho que no puede fundamentar el recurso de casación.

##### 5. ¿OBLIGATORIEDAD DE ASUMIR LA ADJUDICACIÓN DE UN BIEN CON LA CORRESPONDIENTE ASUNCIÓN DE DEUDA POR COMPENSACIÓN ECONÓMICA?

Aceptándose que ha de asumirse la valoración en los términos que acabamos de ver, lo que se plantea la recurrente es si puede imponerse la atribución por dicho valor –y sobre todo, su correspondiente compensación económica– como única vía de liquidación del consorcio, o si existen otras vías que hacen más efectiva la filosofía del art. 267 CDEFA como la atribución pro indiviso del bien a ambos cónyuges en comunidad de bienes ordinaria.

Como ya se ha apuntado, las normas a las que se acaba acudiendo para resolver esta cuestión son las de liquidación y partición de la comunidad hereditaria (pues así lo dispone el art. 270 CDEFA), y como sobre el punto concreto de la cosa

indivisible no hay norma específica, resultan aplicables los arts. 1051, 1061 y 1062 Cc.

El párrafo primero del art. 1062 Cc permite la atribución de un bien hereditario que resulte indivisible a uno de los coherederos, aunque su valor sea superior al que le corresponda por su cuota hereditaria, abonando a los otros su exceso en dinero, lo que constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo anterior, que contiene una regla de igualdad cualitativa en los lotes (art. 1061 Cc). Adjudicación que no obsta a la exigencia que puede hacer cualquiera de aquéllos de que el bien sea vendido en pública subasta, como se establece en el párrafo segundo de este art. 1062 Cc<sup>3</sup>.

La atribución del bien en su totalidad requiere en primer lugar que pueda apreciarse su indivisibilidad o en su caso, que su valor desmerezca por la división.

No conocemos las características de la vivienda unifamiliar en concreto, pero en la inmensa mayoría de los casos, los inmuebles constituyen una unidad no sólo jurídica (una única finca registral cuya división exigiría costosas y no siempre factibles operaciones) sino física, por no permitir entradas independientes, etc.<sup>4</sup>.

Lo que realmente plantea problemas y es lo que centra aquí la cuestión, es el abono en dinero del exceso.

Ello nos lleva a preguntarnos por lo menos por tres cuestiones: 1) si se puede imponer la valoración por un importe con el que hay desacuerdo, lo cual, considerado aisladamente, no ofrece duda, pues prevalece lo dispuesto por el juez; 2) si se puede imponer la adjudicación cuando no hay metálico en el caudal remanente, de manera que el pago tendría que hacerse con fondos propios del adjudicatario, y 3) en relación con lo anterior, si la imposición puede darse obligando a aquél, si carece en ese momento de los medios precisos, a la obtención de los mismos mediante el correspondiente préstamo *v.gr.*, o a *sensu contrario* si puede demostrarse (y cómo) la imposibilidad de obtener dichos medios.

---

<sup>3</sup> Y adjudicación que, según SANCHO GARGALLO en «Comentario al art. 786 Lec», en *op.cit.*, p. 3.679 se entiende sujeta en estos casos a la condición resolutoria de la falta de pago de la compensación dineraria y así se hace constar en el Registro de la propiedad como garantía de los herederos que sean acreedores de dicha compensación.

<sup>4</sup> Assumo aquí que lo decisivo es que la cosa no pueda ser dividida materialmente con arreglo a criterios económicos y sociales, antes, claro es, que físicos, porque físicamente todo es divisible, como decía la STS de 3 de marzo de 1976 (RJ 1976/1077). A lo que habría que añadir en el caso de los inmuebles, los límites derivados de la legislación urbanística y en su caso, registral: tratándose de vivienda construida con carácter «unifamiliar» se adivinan todas las dificultades para traspasar esos límites, sin que sea aplicable, casi con total seguridad, el art. 401.2º Cc. Y se considera también que hay indivisibilidad no física sino jurídica cuando la división a practicar origina necesariamente unos gastos considerables entre los partícipes: cfr., por todas, y en un caso precisamente de liquidación de la comunidad pro indiviso surgida del régimen de bienes que regía el matrimonio de las partes, STS de 22 de enero de 2013 (RJ 2013/1825), y jurisprudencia allí citada.

Respecto de la segunda de las cuestiones, un sector doctrinal no pequeño entiende que el dinero puede ser tanto hereditario como extrahereditario sin que ello nos sitúe necesariamente al margen de las operaciones propiamente divisorias ni permita hablar de una enajenación entre coherederos<sup>5</sup>. Esto es importante, *v.gr.* a efectos de entender que el coheredero al que se le adjudica el bien lo recibe a título de partición hereditaria, lo que determina su carácter privativo y no ganancial (RDGRN 14 de abril de 2005, RJ 2005/5018). Se alude al argumento *ex art.* 402.2 *in fine*.

Sin embargo, y con apoyo especialmente en la STS de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997/667) citada por la sentencia objeto de este comentario, también se considera, en sentido contrario, que el recurso al caudal extrahereditario implica una verdadera venta de la porción hereditaria, lo que no es objeto del art. 1062 Cc<sup>6</sup>. Y de hecho, la DGRN entiende desde antiguo que así como el contador puede adjudicar bienes a los coherederos para pago de deudas, considerándose un verdadero acto particional (R. de 29 de abril de 1913, JC 127/54), no puede sin embargo adjudicar determinados bienes a un partícipe a cambio de que asuma la responsabilidad de determinadas deudas, pues supondría un acto de disposición que excede las facultades del contador (R. de 10 de enero de 1919, JC 145/10).

Por eso, y aunque en ese artículo no se diga expresamente, el Tribunal Supremo, en la citada sentencia de 1997, considera que su párrafo primero es inaplicable «*en el caso de que en la herencia no exista otro bien que la cosa considerada indivisible habida cuenta que el dinero con el que ha de pagarse el exceso ha de ser el existente en la herencia; en otro caso, nos encontraríamos ante una venta de la porción hereditaria supuesto que no es el contemplado en el art. 1062 citado*».

---

<sup>5</sup> Se dice de hecho que ésta es la postura dominante en doctrina y jurisprudencia en Díez SOTO, Carlos Manuel, «Comentario al art. 1062 del Código civil», en VV.AA., *Código Civil Comentado* (coord. Pedro de Pablo Contreras), Thomson-Reuters-Aranzadi, 2011; p. 1763. En este sentido y respecto al concordante art. 404 Cc la STS de 28 de junio de 1999 (RJ 1999/6133), afirma que la adjudicación de la cosa común a uno de los comuneros y la consiguiente obligación de éste de pagar al resto, no tiene la naturaleza de compraventa de todas las cuotas ideales, sino que es una obligación derivada del respeto a la equivalencia que ha de guardarse en la división de la cosa común.

<sup>6</sup> Doctrina que se asume sin discusión, *v.gr.* en el comentario que al art. 786 Lec hacen Faustino CORDÓN MORENO y Carlos de MIRANDA VÁZQUEZ, en *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, Volumen II (CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* coords.), Thomson-Aranzadi, p. 950, o SANCHO GARGALLO, Ignacio en *op. et loc. cit.* Manuel de LA CÁMARA ÁLVAREZ, partiendo de que el art. 1062 Cc considera preferible que la cosa indivisible se adjudique a uno de los coherederos a calidad de abonar el exceso en dinero, no es una solución que pueda imponerse a los herederos, salvo en su opinión «que existieran en la herencia varios bienes indivisibles o que desmerecieran mucho con la división, pero que sean de distinta naturaleza, especie y calidad, aunque su valor no sea exactamente igual, compensando a los herederos que reciban los bienes de menor valor y siempre que su cuota no esté cubierta, con metálico existente en la herencia o con otros bienes de fácil realización», en «Comentario a los arts. 1061 a 1066», *Comentario del Código civil*, Tomo I (Dir. PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH), Ministerio de Justicia, 1991, p. 2505.



La sentencia aragonesa de 2012 que estamos comentando desarrolla este argumento diciendo que: «... no es ajustado a derecho obligar a ningún partícipe a aceptar la adjudicación del bien por una cantidad que no asume voluntariamente abonar, por no tener bienes o no poder obtener crédito suficiente. No existiendo dinero metálico en el haber partible para satisfacer el derecho del copartícipe, nos encontraríamos ante una venta de la porción consorcial, que no puede decidirse sin la aquiescencia de comprador y vendedor».

Es decir, que por tratarse de una venta es necesario el consentimiento de vendedor y comprador (en este caso compradora, que es el que falta), pero añada un argumento que a mi modo de ver no aparecía en la sentencia de 1997: el de que no se puede obligar a la venta *porque* el posible comprador no dispone de los medios suficientes o de posibilidad de obtenerlos.

Entiendo, dado que en el siguiente párrafo alude a la imposibilidad de mantener una «venta» sin la aquiescencia del «comprador» –en este caso compradora– que éste es el núcleo de la argumentación, pese a que tal y como está redactado el primero de los párrafos, parece que deja la puerta abierta a que si dispusiera de fondos o de posibilidad real de obtenerlos sí que podría imponerse la adjudicación, lo cual como digo, se aparta de lo que dice el Tribunal Supremo.

Plantea quizá más interrogantes la inclusión de una referencia que no aparece en la sentencia de 1997: «*por... no poder obtener crédito suficiente*». Lo cual es ir todavía más allá. ¿Si hubiera posibilidades reales de que la exmujer pudiera obtener un crédito se le podría obligar a aceptar dicha adjudicación? ¿Cómo se puede valorar la posibilidad de obtener fondos para el pago?

Es esto, sin duda, un concepto jurídico indeterminado del que los tribunales han tenido ocasión de ocuparse al hilo de la influencia de la falta de obtención de financiación en la eficacia de la compraventa ya perfeccionada.

En ese sentido, para valorar si el comprador está frente a una auténtica imposibilidad, habría que preguntarse: ¿ha de haber agotado todas las entidades bancarias? ¿de su localidad, de su Comunidad Autónoma, de España? ¿Ha de quietarse con cualesquiera condiciones que le impusiera la entidad?

En el caso de la compraventa de inmuebles, si se ha introducido alguna previsión sobre la imposibilidad de consecución de obtener financiación, es frecuente que en este tipo de cláusulas, y como modo de acotar dicha imposibilidad, se introduzca un plazo para dicha obtención. Pero, sin embargo, no hay criterios extendidos respecto al número de entidades a las que hay que haber acudido para que se considere que ha habido denegación de la financiación.

En algunas ocasiones –las menos–, del tenor del contrato se desprende claramente que la resolución del mismo depende de la denegación de la subrogación en la entidad concreta que se menciona en aquél (SAP Murcia de 24 de marzo de 2011, AC 462).

Es mucho más frecuente que no se establezca un parámetro concreto de número de entidades, y en estos casos, la jurisprudencia acude a valoraciones de conjunto. Así, la SAP de Sevilla de 8 de febrero de 2005 (Sección 6ª) (JUR 145623) no parece considerar suficiente diligencia que el comprador acredite que dos entidades bancarias le hayan denegado la financiación: «no puede aceptarse por no haber agotado los medios ni acudido a otras entidades que sí pudieran financiar dicha compra», y se considera que de no exigir este agotamiento de los medios, se dejaría al arbitrio de uno de los contratantes (el comprador no diligente en la búsqueda de financiación) el cumplimiento del contrato, lo cual se prohíbe en el art. 1256 Cc.

En el mismo sentido, la SAP La Rioja de 30 de abril de 2012 (JUR 177955) entiende que no «cabe concluir que la (financiación) intentada y documentada en autos, con «La Caixa» y «Caja Madrid» a fechas inmediatas a la suscripción del documento privado de compra-venta, pueda resultar mínimamente suficiente o relevante a tales efectos, cuando existen múltiples entidades financieras en el mercado a las que acudir y tiempo suficiente para ello, habiéndosele podido comunicar con premura en todo caso a la vendedora para evitar mayores perjuicios y facilitar la resolución contractual, manteniéndose pese a ello una actuación frente a la vendedora que apuntaba a su voluntad cumplidora... no se puede estimar probado que el comprador agotase todas las posibilidades a su alcance y no haya podido cumplir su obligación de pago por falta de financiación bancaria. Para acreditar extremo tan importante no basta la genérica afirmación acerca de que la llegada de la crisis financiera imposibilitó la financiación necesaria, que, falta de toda prueba, resulta mera expresión estereotipada, más cuando sólo consta que la parte compradora solicitó un crédito hipotecario en la entidad Caja Rioja en junio de 2010, después de que la vendedora requiriese judicialmente el pago del precio pendiente y el otorgamiento de la escritura de compraventa».

Con mayor motivo, la SAP Murcia de 21 de febrero de 2012 (JUR 112423) considera que el deudor no ha sido diligente en un caso en que ni siquiera había llegado a solicitar la subrogación hipotecaria, porque la situación de desempleo sobrevenido del comprador le hizo considerar que no podría obtener financiación. Sin embargo, en opinión de la Sala «tal afirmación no cabe considerarla como taxativa, ni cabe otorgarle la cualidad de hecho notorio exento de prueba, [...] razón por la que hemos de afirmar que no ha quedado acreditado que el hecho de que se hallara en situación de desempleo guardara relación causal directa e inmediata, en este concreto caso, con el evento (imposibilidad) que se afirma como causa del resultado, no estimándose en base a todo ello que sea de aplicar a este concreto caso la imposibilidad sobrevenida alegada [...]». La Audiencia no considera diligente la conducta del comprador que no puede acreditar que se le hubiera denegado la subrogación en la hipoteca del promotor, pues queda probado que no llegó a solicitar dicha subrogación. Y no lo había

hecho alegando que otra entidad financiera no le había otorgado crédito hipotecario, lo cual es considerado irrelevante por la Audiencia Provincial, a estos efectos. La Sala considera que el comprador hubiera tenido mayor facilidad para obtener dicho crédito mediante subrogación en el del promotor «... si bien la parte podría recurrir a una financiación ajena a la del Banco Popular, no es defendible que pueda ampararse en la no obtención de ésta para alegar la imposibilidad sobrevenida cuando no acredita que hubiera obtenido una respuesta negativa por parte del Banco Popular o con unas condiciones o exigencias que no hubiera podido prestar».

En contraste con estas sentencias, la SAP de las Palmas de Gran Canaria de 14 de abril de 2008 (Sección 5ª) (JUR 197591) toma el art. 1094 Cc como parámetro para estos casos y no aprecia falta de diligencia en un caso, en el que efectivamente, había un desinterés sobrevenido en la compra de una vivienda familiar a causa de una crisis de pareja y en el que los compradores rechazaron la financiación efectivamente ofrecida sin acudir a otra entidad bancaria. Apparentemente parecía que no habían puesto ningún medio más porque no les convenía. La realidad que queda reflejada en el Fundamento de Derecho primero es que en la oferta de financiación del Banco rechazada por los compradores, denominada en este caso «carta-autorización» (que no era una oferta vinculante) no figuraba el del tipo de interés diferencial que se habría de aplicar al Euríbor y exigía una nueva tasación cuyo importe mínimo debería reflejar unos 207.500 euros. Esta comunicación que además se recibe el último día de plazo que tenían los compradores para desistir, ha de tener en cuenta que éstos previamente habían visto rechazada una solicitud de un préstamo hipotecario ante una entidad diferente por un importe similar, entre otros motivos, por la falta de estabilidad laboral de la esposa. Para apreciar que no ha habido falta de diligencia por parte de los compradores, la Audiencia Provincial acude a criterios interpretativos del contrato, que, en la cláusula correspondiente a la posible devolución de las arras, habla en singular de la denegación por el banco del préstamo hipotecario e invoca el principio del *favor debitoris*. Al considerarse justificado el desistimiento pueden recuperar las arras penales.

El problema se ha planteado en ocasiones en la prueba de la denegación: así, no se considera probada –SAP Murcia 7 de abril de 2011 (JUR 186723)– en un caso en que «no consta ... que el documento emitido por la correspondiente entidad bancaria resulte definitivo en tal sentido, máxime porque ni ha sido ratificado, y tampoco es expresivo de las condiciones de financiación y de los motivos de su no aceptación». Sin embargo sí que se considera probada y se decreta la resolución en la SAP Madrid 30 de diciembre de 2011 (JUR 2012/65968).

También se han planteado problemas en la prueba de la comunicación de la denegación, sobre todo cuando el proceso de compraventa y de tramitación del crédito necesario se han hecho a través de un intermediario (SAP Valencia, Sec-

ción 7ª, de 26 de junio de 2009, JUR 376468, acepta que la comunicación se haga a la inmobiliaria que media en la compraventa).

Respecto a si cualquier oferta de concesión de crédito, en cualesquiera condiciones, basta para dar por incumplida la condición (es decir, para entender que el comprador tenía acceso a la financiación), la SAP Madrid de 16 de octubre de 2001 (JUR 10928), ya se planteó la posible disyuntiva, en la interpretación de una cláusula de este tipo, en el sentido de «concesión del préstamo hipotecario» o en el de «concesión del préstamo hipotecario en condiciones de ser asumido por la prestataria». En el caso concreto, el problema real es que en la oferta de la entidad faltaban las condiciones esenciales para su aceptación por el prestatario, por lo que la concesión no podía entenderse realizada al efecto de estimarse cumplida la condición de la que derivaba la pérdida de la señal. No obstante, la Audiencia afirma que la cláusula litigiosa «debía entenderse, en cualquier caso, en el sentido de que devolución de la señal tendría lugar en el supuesto de no obtener la futura compradora un préstamo hipotecario acorde con su situación económica».

Lo expuesto arroja luz acerca de la dificultad de calibrar un concepto tan difuso como el de imposibilidad de obtener financiación. Si esto es así en un contrato en el que hay una clara iniciativa por parte del comprador (que, cuando menos, celebra voluntariamente la compraventa) aún es de mayor dificultad en cuanto a su concreción, cuando se trata de un adjudicatario –la exmujer–, que si bien era quien había solicitado dicha adjudicación, lo había hecho sobre una base del negocio diferente: el valor de 480.000 y no el de 600.000.

Pero con independencia de la dificultad en la determinación de la imposibilidad, creo que el problema debe centrarse, como hace la sentencia de 1997, en si se puede imponer una «venta» sin la voluntad del «comprador», al margen de que pueda o no pagar el precio. Esto último, puede poner aún más en evidencia lo poco justificable de la imposición, pero no es la razón de fondo.

El problema es que con la solución que se ofrece a continuación (adjudicación pro indiviso a los excónyuges) tampoco se obtiene una solución ni mucho menos satisfactoria.

## 6. LA VÍA ALTERNATIVA DE ADJUDICACIÓN PRO INDIVISO A LOS EXCÓNÝUGES: ¿Y AHORA QUÉ?

Recapitulando, los excónyuges tienen dos alternativas.

1. Que el exmarido se quede sin la casa y con un crédito contra su exmujer que difícilmente va a cobrar, pues de la falta de medios a los que se alude

en la sentencia, deducimos que ella carece de bienes privativos que embargar. Y eso sí, siempre se puede esperar a que un golpe de fortuna mejore la situación económica de la exmujer.

2. Que se adjudiquen ambos cónyuges en pro indiviso ordinario la titularidad de la vivienda (y se debería entender entonces también que del garaje, para que los lotes sean equilibrados).

Esta segunda opción era rechazada de plano por la Audiencia provincial, siguiendo la línea tradicional que ve con disfavor la situación de indivisión; línea plasmada respecto a la partición realizada por el contador partidor, en el art. 786.1 *in fine* Lec que dispone que éste «Procurará, en todo caso, evitar la indivisión...».

Sin embargo el TSJ lo ve, no como la solución menos mala (que técnicamente lo es), sino como la única solución.

La sentencia nos deja entonces ante unos excónyuges copropietarios de una vivienda unifamiliar, en la que todo apunta a que tiene su domicilio la exmujer con alguno o algunos de sus hijos, fruto, también posiblemente, de la atribución del uso de dicha vivienda en las respectivas sentencias de separación y divorcio.

El problema es que si se convierte en una comunidad ordinaria habría que aplicar las normas que la rigen a efectos de utilización conjunta, o en su caso, de compensación económica al excónyuge cotitular del inmueble que no lo utiliza.

Y sobre todo, habría que ver la conveniencia de la aplicación de la posibilidad de pedir en cualquier momento la división (art. 400 Cc) que, tratándose de un bien indivisible, se acabaría traduciendo la venta y reparto del precio, posibilidad que permiten tanto el art. 404 Cc, como el art. 1062 Cc<sup>7</sup>.

#### A. UTILIZACIÓN COMPARTIDA VS HIPÓTESIS DE QUE SUBSISTA UNA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA A LA MUJER

En teoría, si el inmueble pasa a estar en comunidad ordinaria, se aplicaría el art. 398 Cc, y la organización y distribución del uso compartido al que ambos comuneros tienen derecho, debería basarse en el acuerdo de éstos, o en su defec-

---

<sup>7</sup> El art. 1062 Cc, en sede de Derecho de sucesiones, aporta interesantes matices al art. 404 Cc que forma parte de la regulación de la comunidad de bienes ordinaria, y de hecho aquél se entiende como complemento y desarrollo de éste (cfr. entre otras, STS de 17 de abril de 1986). La principal diferencia es que el art. 404 Cc exige que la cosa sea esencialmente indivisible mientras que el art. 1062 Cc permite la venta con tal de que la división desmerezca mucho la cosa. Además, el art. 1062 Cc hace referencia a que la venta sea en pública subasta con admisión de licitadores extraños, cosa que no pide el art. 404 Cc.

to, el Juez puede proveer «a instancia de parte, lo que corresponda e incluso nombrar un administrador». No es por tanto en este momento –la sentencia que analizamos– cuando el Juez ha de intervenir en la distribución del uso de los copartícipes, sino, a falta de acuerdo, cuando una de las partes solicite su intervención.

El problema aquí es si es realista pensar en un «uso compartido» en el caso presente. No sólo porque como hemos visto, ha habido reiterados desacuerdos y procesos judiciales cruzados en todas las instancias, sino porque deducimos –pero sin tener datos que lo avalen, pues no consta en la sentencia del TSJ– que el uso de la que fue vivienda familiar se atribuyó a la mujer; y nos aventuramos a suponer esto no tanto porque porcentualmente sea más común la atribución a la madre que al padre, sino del hecho de que aquélla inicialmente solicitara la adjudicación de la vivienda: imaginamos que es ella la que ha seguido viviendo allí con los hijos.

No tenemos datos de la atribución del uso ni de si los hijos han alcanzado o no la mayoría de edad, y en este segundo caso, si dependen económicamente de los padres. Todo ello nos impide plantear cuestiones concretas, pero en la hipótesis de que los hijos continuaran viviendo en el domicilio, acaso la falta de utilización de la vivienda en la cuota correspondiente al padre, quede compensada económicamente, al menos en parte, con su obligación de seguir contribuyendo al sostenimiento de los hijos en los términos del art. 69 CDFA, si es que, insisto, se da este último presupuesto.

Supongamos que los hijos ya no dependen económicamente de los padres, y atendiendo a todas las circunstancias, se entiende que no subsiste ya un derecho al uso de la vivienda. En ese caso, si la exmujer tuviera el uso exclusivo de la misma, debería compensar económicamente al exmarido con una cantidad equivalente, *v.gr.* al 50 % del alquiler que se exigiría en el mercado, haciendo las correspondientes deducciones por lo correspondiente a los gastos del inmueble que son también atribuidos al 50 % entre los copropietarios.

## B. VENTA DE LA VIVIENDA A UN TERCERO

La copropiedad ordinaria de los bienes lleva consigo la posibilidad de división con arreglo al art. 400 Cc, pero como ya ha quedado dicho, en el caso de que nos estamos ocupando, vivienda y garaje son bienes indivisibles, lo que hace que la división material se convierta en una división del precio obtenido en la venta del bien o bienes en cuestión, con arreglo al art. 404 Cc. Se ha dicho que de acuerdo con sus antecedentes históricos<sup>8</sup>, esta facultad de venta y reparto del

---

<sup>8</sup> En el Proyecto de García Goyena de 1851 la partición podía ser acordada por los coherederos por mayoría: la facultad de pedir la venta en pública subasta, servía para evitar posibles abusos por parte de un eventual coheredero con una participación mayoritaria (DÍAZ SOTO, *op. cit.* p. 1763). En la

precio sólo se da cuando la indivisibilidad afecte a bienes cuyo valor sea relevante en relación con la totalidad del patrimonio indiviso, lo que por principio se da en el caso que analizamos.

De la cuestión ya se había ocupado la Audiencia Provincial de Zaragoza en sentencia de 30 de octubre de 2001 [JUR 2001\333027] que recoge la doctrina del Tribunal Supremo que admite que cuando los únicos bienes comunes son el piso destinado a vivienda familiar y el garaje anejo se proceda a su liquidación mediante el procedimiento de división de la cosa común, a practicar con arreglo al art. 404 Cc por ser cosa indivisible: «Conforme a lo solicitado por ambas partes, procede en liquidación de la sociedad conyugal, constituyendo los únicos bienes del matrimonio su división, a practicar con arreglo al artículo 404 del Código Civil, al ser indivisibles, de modo que si los condueños no conviniesen en que se adjudique a uno de ellos, indemnizando al otro, se venderá a tercero, incluso en pública subasta, si alguno de ellos lo pide, y se repartirá su precio; con los reembolsos que se pasa a considerar»<sup>9</sup>.

Si efectivamente se llega a vender, cada uno de los excónyuges tiene derecho a la mitad del precio que se obtenga. La disminución del valor que ha tenido la finca a consecuencia del uso por la exmujer y el hijo mayor, ha de ser soportada por igual por parte de ambos copropietarios (STS de 27 de junio de 2007, RJ 2007/3865)<sup>10</sup>.

Por otra parte, y de seguir vivo el mencionado derecho de uso –siempre en hipótesis, con los datos de que disponemos–, hay varios pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo que apoyan que si la vivienda familiar es propiedad de ambos cónyuges el ejercicio de la *actio communi dividundo* no extinguiría el derecho de uso atribuido judicialmente a uno de los cónyuges.

En estos casos, la Sala 1ª ha venido sosteniendo que «el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido... en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTs de 27 de diciembre de 1999, 4 de diciembre de 2000, 28 de marzo de 2003 y 8 de mayo de 2006, entre otras)»,

---

versión del Código civil de 1889 se exige la unanimidad en la partición convencional, lo que priva de sentido a la citada facultad, que más bien al contrario, puede pervertir la finalidad de la norma que prevé la unanimidad en la partición, permitiendo imponer a cualquiera de los herederos una venta, que en la actual coyuntura económica, probablemente supondrá una pérdida de dinero.

<sup>9</sup> En el caso de sociedad de gananciales del Código civil la jurisprudencia admite que los partícipes se puedan adjudicar cuotas indivisas sobre bienes, incluso desiguales: SSTs de 18 de mayo de 2006 (RJ 2006/2366) y STS de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1946) «es perfectamente admisible que la partición se efectúe mediante la adjudicación en condominio de los bienes que hasta el momento de la liquidación habían sido gananciales» de modo que «la propiedad típica de los bienes gananciales se concreta en cuotas, desiguales en el caos que nos ocupa, cuando se disuelve la sociedad».

<sup>10</sup> Sentencia comentada por FERNÁNDEZ CAMPOS en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Familia y Sucesiones*, núm. 48, Civitas, 2009.



como afirma la STS de 27 de febrero de 2012 (RJ 2012/3383). El supuesto de hecho de esta sentencia no es exactamente el mismo que el que estamos imaginando, puesto que se trataba de la división de un piso cuya titularidad ya era común entre los dos ex cónyuges, y el uso fue atribuido al marido. La sentencia afirma que debe aceptarse la acción de división ejercitada por la ex mujer recurrente, ya que no está obligada a permanecer en la comunidad y puede imponer la división a su exmarido copropietario. Sin embargo, también sostiene que de ello no puede derivar la extinción del derecho de uso atribuido a aquél –cuyo interés se ha considerado el más digno de protección–, pudiéndose oponer a terceros; y ello, pese a recordar que el derecho de uso no es un derecho real, sino una limitación de la facultad de disposición del propietario<sup>11</sup>.

En otro supuesto de hecho distinto, resuelto por la STS de 18 de enero de 2010 (RJ 2010/1274) en el que los copropietarios eran el marido y su hermana, y el uso se atribuye a la mujer, el Tribunal Supremo insiste en esta idea –si bien *obiter dicta*– en el Fundamento de Derecho séptimo, diciendo expresamente «... Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTs de 27 de diciembre de 1999, 4 de diciembre de 2000, 28 de marzo de 2003 y 8 de mayo de 2006). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges».

En opinión de Martínez de Aguirre, mediante esta afirmación –y ello es aplicable también a la otra sentencia que he citado– la Sala 1ª acaba reconociendo al derecho de uso atribuido por la sentencia la peculiar eficacia de un derecho real: subsiste tras la enajenación, de manera que el adquirente de la vivienda se ve afectado por él. Sin embargo, en su opinión, no es ése el mecanismo del art. 96 Cc: la defensa del cónyuge usuario se articula no en torno a la naturaleza real de su derecho, sino a través de su consentimiento al acto de disposición: si consiente, el acto es válido y eficaz, y desaparece por tanto el derecho a usar la vivienda; si no consiente, el acto no es válido, de manera que el cónyuge usuario sigue teniendo derecho a usar la vivienda, precisamente porque el cónyuge titular sigue siéndolo, y el derecho del cónyuge usuario trae causa directamente del derecho del cónyuge titular<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Esta sentencia es objeto de comentario por Carmen PÉREZ CONESA en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2012.

<sup>12</sup> Y de hecho, afirma que una de las principales cuestiones por aclarar o por repensar, ligadas fundamentalmente a situaciones de copropiedad, es precisamente la relación entre el ejercicio de la acción de división (y la enajenación del bien en pública subasta) y la exigencia de consentimiento del cónyuge usuario; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «Notas sobre adjudicación del uso de la



Toda esta cuestión que acabo de dejar meramente apuntada, juega con el art. 96.4 Cc. En Aragón debemos partir de la norma existente en el marco de los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, y en concreto de las medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares. En concreto, el art. 81 C DFA regula la *atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar*, que, hecha a uno de los progenitores, debe tener una limitación temporal y que en concreto a lo que ahora nos afecta, dice que «4. Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares». Luego el criterio parece ser el de la necesidad para garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y de sus hijos, y tal criterio, pienso, debe prevalecer sobre el derecho del comunero a la división: si el juez estima que la división y venta en pública subasta va a ser el mejor vehículo para la consecución de este objetivo lo autorizará, se entiende que con la correspondiente extinción del uso. Si no, no lo autorizará por mor de ese criterio, a mi modo de ver, superior.

Aplicando este criterio encontramos un ejemplo de sentencia que no autoriza la venta en la STSJA de 11 de julio de 2013 (RJ 2013/5404). En este caso se trataba de una venta solicitada, no como fruto de la división de una comunidad, sino de forma subsidiaria a la petición de que se extinguiera la atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar y que fuera atribuida al marido demandante; en su defecto se pedía que se procediera a la venta del inmueble «a fin de que puedan los dos reiniciar una nueva vida». El Tribunal Superior de Justicia recuerda citando una sentencia también de 2013 (de 4 de enero) que la apreciación de la necesidad de venta para unas adecuadas relaciones familiares entra dentro de los pronunciamientos discrecionales o de equidad, ámbito que corresponde al tribunal de instancia; examinando los hechos acreditados en la instancia estima que no resulta ilógico o irracional, o contrario a las máximas de experiencia al atender para denegar la venta inmediata... «a la desigual situación económica de los progenitores y a la no constancia de que la demandada haya tenido alguna oferta nueva de trabajo que le permita disponer de dinero suficiente para pagar un alquiler».

A lo que habría que añadir como consideración general –no lo dice el TSJA– que la venta en pública subasta en esta coyuntura económica sería un mal negocio para todos.

Por el momento, y con base en este art. 81.4 no hay, hasta lo que yo sé, pronunciamientos específicos sobre venta en pública subasta tras la acción de división de la copropiedad fruto de una adjudicación en sede de liquidación del consorcio conyugal.

---

vivienda familiar y responsabilidad hipotecaria», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, pp.1-8.