

## JURISPRUDENCIA COMENTADA

### LA DESAFECTACION DE LA VIVIENDA DEL PORTERO Y SU ENAJENACION COMO PISO PRIVATIVO: REQUISITOS Y EFECTOS CUANDO EXISTEN PISOS O LOCALES HIPOTECADOS

Comentario a la Resolución de 13 de junio de 1998 (B.O.E. núm. 171, de 18 de julio), de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

(Rf.<sup>a</sup> SEPIN: SP 15360)

**Carlos Gómez de la Escalera**

Profesor Titular de Derecho Civil. Letrado del Tribunal Constitucional

#### I. EL SUPUESTO DE LA RESOLUCION

En un edificio constituido bajo el régimen de la propiedad horizontal, tres de sus elementos privativos (dos pisos y un local comercial) se hallaban gravados con hipoteca.

La Junta de Propietarios del referido edificio, con la finalidad de obtener dinero para el arreglo de la fachada y la instalación de los servicios de ascensor y de gas natural en la finca, acordó, por unanimidad, la desafectación de la vivienda del portero, que era elemento común, y su venta como elemento privativo, facultando al Presidente para que pudiera realizar cuantos actos fueran necesarios para ello.

El Presidente de la Comunidad, en ejecución de dicho acuerdo, compareció ante Notario y otorgó la correspondiente escritura de venta y de desafectación de la portería y su conversión en un nuevo piso del inmueble, con su correspondiente cuota de participación, lo que supuso la modificación (reducción) proporcional de las cuotas de todos los pisos y locales originarios.

Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad para su inscripción, el Registrador suspendió la inscripción por el defecto subsanable de no acompañarse los escritos correspondientes a los tres Bancos que eran los acreedores hipotecarios de los tres elementos privativos antes señalados, consintiendo la desafectación de la vivienda de portería «ya que dicha privatización les perjudica, pues

disminuye su garantía, pues la portería es elemento común (artículos 396, 1.º y 2.º del Código Civil), y hay que entenderla hipotecada proporcionalmente y juntamente con las fincas citadas».

Contra esta calificación registral, el Notario<sup>1</sup> que autorizó la escritura interpuso recurso gubernativo que fue desestimado por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que confirmó la nota del Registrador fundándose en el art. 122 LH y en que es necesario el consentimiento de los acreedores hipotecarios para la desafectación y conversión en un elemento privativo y venta de la portería.

Interpuesto recurso de apelación por el Notario recurrente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, este Centro Directivo estimó el recurso en los términos que resultan de la fundamentación jurídica de la Resolución que comentamos.

## II. LA DOCTRINA DE LA RESOLUCION

«Vistos los artículos 396 y 1.876 del Código Civil; 104, 122 y 125 de la Ley Hipotecaria; 3, 5, 13, 14 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal».

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

2. «El régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la inseparabilidad entre el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre la parte privativa, y la participación en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio (cfr. artículos 3 de la Ley de Propiedad Horizontal y 396 del Código Ci-

<sup>1</sup> Este Notario fue el Notario de Madrid don Alfonso Ventoso Escribano, a quien tengo que agradecer la documentación y las interesantes reflexiones que sobre el asunto me ha proporcionado. Una reproducción parcial de los argumentos y razonamientos en que se fundó el recurso pueden verse en las «Observaciones a la Resolución de 13 de junio de 1998 sobre desafectación de portería» que publicó en La Notaría, septiembre 9/1998, págs. 127-137, Colegio de Notarios de Cataluña.

vil), no procediendo la enajenación de éstos últimos sino juntamente con la parte privativa de la que son anejo inseparable, de modo que los actos dispositivos sobre el piso o local se extienden necesariamente a los dos elementos que según se ha señalado integran el complejo derecho sobre el piso enajenado o gravado».

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

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

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

6. «Por todo ello ha de concluirse en la no necesidad del consentimiento del acreedor con garantía hipotecaria constituida sobre un piso o local para la enajenación del elemento común previamente desafectado y objetivado jurídicamen-

te, si bien aquella garantía subsistirá sobre éste en cuanto a una cuota equivalente a la que a dicho piso correspondía anteriormente sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble».

### III. COMENTARIO

Antes de entrar en el análisis de la cuestión que se decide en la Resolución que nos ocupa, resulta conveniente que nos refiramos brevemente a los requisitos que han de darse para que pueda acordarse la desafectación y posterior enajenación de un elemento común.

En este sentido, debemos recordar que lo primero que se precisa es que estemos en presencia de un elemento común de los denominados por destino o por voluntad de los propietarios que integran la propiedad horizontal. Y ello, porque los llamados elementos comunes por naturaleza, esenciales o necesarios no son susceptibles de desafectación ya que sí, por definición, todo elemento común constituye un bien indisolublemente unido a los pisos o locales privativos a los que sirve y de los que es anejo inseparable (arts. 396-II C.C. y 3-III LPH), cuando se trata de los elementos comunes por naturaleza, el elemento común (por ejemplo, los cimientos del edificio o las escaleras de acceso a las diferentes plantas), no puede separarse de los pisos o locales privativos a los que sirve sin que se produzca la propia desaparición de la base física o material que permite la existencia de la propiedad horizontal.

Sentado que nos hallamos ante un elemento común por destino se necesita, en segundo lugar, un acuerdo de la Junta de Propietarios que decida la desafectación de dicho elemento al servicio común o general al que estaba destinado. Esta desafectación, en cuanto acto de alteración de las cosas comunes, afecta al título constitutivo de la propiedad horizontal y exige para su adopción el régimen de la unanimidad de los propietarios (arts. 11 y 16.1.<sup>a</sup> LPH).

Con la desafectación el único efecto que se consigue es que el bien desafectado deja de estar sometido al régimen previsto para los elementos comunes de la propiedad horizontal. De ello se sigue que la cosa desafectada pasa a convertirse en una cosa de la que son titulares, en proporción a sus respectivas cuotas de participación, todos los propietarios que integraban la propiedad horizontal a la que pertenecía el antiguo elemento común por lo que, en buenos principios, esta nueva cotitularidad debe regirse por la regulación prevista en el Código Civil para la comunidad de bienes ordinaria o romana (arts. 392 a 406). Razón por la cual, la enajenación del antiguo elemento común, ahora cosa común sin más, debería regirse por las normas generales de la comunidad de bienes, y en su consecuencia,

para su enajenación debería ser necesario que todos los propietarios presten su consentimiento al acto dispositivo en la forma individualizada que se exige en el caso de la enajenación de la cosa común.

Frente a esta regla general, sin embargo, excepcionalmente y cuando la Junta de Propietarios en el mismo acuerdo por el que decide la desafectación del elemento común acuerda también su enajenación como piso o local privativo (lo que supone atribuirle una cuota de participación en el inmueble que exige forzosamente disminuir proporcionalmente las cuotas del resto de los pisos o locales, con la finalidad de que la suma de todas las cuotas resultantes sea igual a cien: art. 3-II LPH), la importante Resolución de la D.G.R.N. de 5 de mayo de 1970 (B.O.E. de 4 de junio), reiterada por la de 15 de junio de 1973 (Ar. 2758), sentó la doctrina de que en este supuesto nos hallamos ante la enajenación de un elemento común que se desafecta previamente con tal finalidad, sin pasar en ningún momento intermedio a la categoría de local privativo (común a todos los propietarios del inmueble), razón por la que este acto debe regirse por las normas que regulan la modificación del título constitutivo y el funcionamiento de la comunidad de propietarios en la propiedad horizontal y, especialmente por lo dispuesto en los arts. 12, 13 y 16 LPH, «con lo que hay que concluir que corresponde a la competencia de la Junta, si bien sometida al régimen de unanimidad, el acuerdo modificativo del título constitutivo, de desafectar el piso destinado a portería y enajenarlo en interés colectivo».

Conforme a esta doctrina de la D.G.R.N., por consiguiente, para la enajenación del antiguo elemento común no es necesario que todos los propietarios del inmueble comparezcan ante el Notario para otorgar la correspondiente escritura, bastando con que lo haga el Presidente de la Comunidad quien, en la representación de todos los propietarios que ostenta según el art. 12 LPH, otorgará la escritura cuando conste el consentimiento unánime de todos ellos para el acto trasmitivo, y que se podrá obtener, respecto de los propietarios que no hayan asistido a la Junta, en la forma que autoriza el art. 16.1.<sup>a</sup>-II LPH.

A nuestro juicio, el régimen señalado por la citada Resolución de 5 de mayo de 1970 será aplicable también en el supuesto en el que la Junta de Propietarios decide la desafectación del elemento común por destino y su enajenación no como otro elemento privativo del mismo inmueble, sino como una cosa que se desvincula totalmente de la propiedad horizontal en la que estaba inserta como elemento común (por ejemplo, se decide desafectar la piscina elemento común y su venta a un tercero pasando a integrar una cosa al margen de la propiedad horizontal), pues en este caso, la enajenación ni siquiera exige la previa alteración de las cuotas correspondientes a los pisos o locales que integraban la propiedad horizontal.

Vistos ya los requisitos generales que se precisan para la desafectación y posterior enajenación de un elemento común, debemos entrar ahora en el estudio del problema que es objeto de la Resolución que nos ocupa.

Boe 9.7.1973

En esta Resolución se decide un recurso en el que se discutía si para la desafectación del elemento común integrado por el piso del portero (y por extensión de cualquier otro elemento común), y su posterior enajenación como elemento privativo, es preciso que presten su consentimiento los titulares del derecho real de hipoteca que grava algunos de los pisos o locales privativos del inmueble.

Para el Registrador de la Propiedad, que había denegado la correspondiente inscripción por esta causa, estas operaciones (desafectación y enajenación) no son posibles sin el consentimiento de los acreedores hipotecarios pues como la portería era un elemento común del inmueble, como tal pertenece proporcionalmente al piso gravado con la hipoteca y, en consecuencia, la hipoteca se extiende, también proporcionalmente a la portería, por lo que al venderse se resta a los acreedores hipotecarios una porción de su garantía y se les perjudica ya que se produce una disminución del objeto hipotecado.

Por contra, para el Notario recurrente, la desafectación y enajenación podrán hacerse sin el consentimiento de los acreedores hipotecarios y, además, el nuevo piso privativo debería inscribirse libre de cargas, al no conllevar el arrastre de las hipotecas que anteriormente gravaban los pisos privativos.

La Resolución que comentamos resuelve la cuestión planteada entendiendo que no es necesario el consentimiento del acreedor hipotecario y ello porque pese a la desafectación y posterior enajenación del elemento común, la garantía hipotecaria subsistirá sobre el nuevo piso o local privativo creado «... en cuanto a una cuota equivalente a la que a dicho piso (el originariamente hipotecado) correspondía anteriormente sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble».

La valoración de la solución a la que llega el Centro Directivo exige, ante todo, iniciar nuestro comentario poniendo de manifiesto la dificultad del problema planteado, pues una solución satisfactoria del conflicto de intereses en presencia requiere compatibilizar armónicamente el principio de indivisibilidad de la hipoteca respecto de los bienes hipotecados (arts. 1.860 C.C. y 122 LH) con las necesidades prácticas que aconsejan cierto grado de flexibilidad o de tolerancia a la hora de permitir a la Comunidad de Propietarios la realización de determinados actos de disposición sobre el régimen de la propiedad horizontal, muchas veces necesarios para su propia subsistencia y normal funcionamiento.

Para situarnos en el problema es conveniente que recordemos como en el régimen de la propiedad horizontal los elementos comunes son bienes subordinados y dependientes de los pisos y locales objeto de la propiedad separada, de tal modo que se hallan vinculados a los pisos y locales privativos por una **relación de accesoria** en la que la cosa principal es el piso o local y la cosa accesoria son los elementos comunes. Además, en la medida en que el elemento común por destino

está afecto voluntariamente de un modo permanente e inseparable al servicio y utilidad de los pisos y locales privativos, puede afirmarse que los elementos comunes por destino se configuran como una mera **pertenencia** de cada piso o local<sup>2</sup>.

El carácter de cosa accesoria de los elementos comunes se infiere paladinamente de lo dispuesto en el art. 396-II C.C. cuando establece que: «Las partes en copropiedad (elementos comunes) no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa (piso o local) de la que son **anejo inseparable**». La misma idea se expresa en el art. 3.º-III LPH cuando señala que «Cada propietario puede libremente disponer de su derecho, sin poder separar los elementos que lo integran ...», es decir, sin que se pueda separar los elementos comunes de los pisos o locales de los que son anejo inseparable.

Ahora bien, como la propiedad horizontal presupone la existencia de dos o más pisos o locales privativos, la titularidad que cada propietario del inmueble tiene sobre los elementos comunes no puede ser idéntica a la que tiene sobre su piso o local privativo y por ello esta titularidad se estructura como un supuesto de copropiedad, en el que el titular (copropietario) de los elementos comunes lo es quien en cada momento sea el titular (propietario) de cada piso o local privativo configurándose así la titularidad sobre los elementos comunes como una titularidad **ob rem o propter rem**.

De esta forma, cada propietario ostenta sobre el inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal una titularidad única y compleja que se integra por una titularidad principal, que atribuye el derecho de propiedad sobre cada piso o local susceptible de «propiedad separada», y por una titularidad accesoria, que confiere el derecho de copropiedad sobre los demás elementos comunes del inmueble necesarios para su adecuado uso u disfrute (art. 396-I C.C. y art. 3.º-a y b LPH). La medida de participación de esta titularidad única y compleja en el conjunto del inmueble (y no sólo en los elementos comunes como a menudo se cree erróneamente) viene marcada por la cuota de participación que se haya fijado en el título para cada piso o local privativo (art. 5-II LPH).

<sup>2</sup> La distinción (con reflejo positivo en el Derecho alemán) entre parte integrante o constitutiva de la cosa, también llamada **parte integrante** esencial (Wesentliche Bestandteile) y **pertenencia** aplicada a los elementos comunes de la propiedad horizontal, podría servir para calificar a los elementos comunes *por naturaleza* como partes integrantes de la propiedad horizontal en la medida en que su separación no podría realizarse sin la destrucción o desaparición de la base material o física que permite la subsistencia del propio régimen de la propiedad horizontal, por el contrario, los elementos comunes *por destino*, al poder ser desafectados del servicio o utilidad común al que están voluntariamente destinados, tendrían la mera consideración de pertenencias de la propiedad horizontal.

La conclusión que se obtiene de este régimen legal es que en un edificio dividido en propiedad horizontal lo único que puede ser objeto de enajenación y gravamen son los pisos y locales privativos o, lo que es lo mismo, sólo la «propiedad separada» que recae sobre cada piso o local es la que es susceptible del tráfico jurídico, lo que ocurre es que al llevar inherente la propiedad (titularidad principal) de cada piso o local la copropiedad (titularidad accesoria) de los elementos comunes, la transmisión o gravamen de un elemento privativo comporta también la transmisión o el gravamen de la titularidad accesoria (copropiedad) que recae sobre los elementos comunes.

En este sentido, puede afirmarse que cuando se hipoteca un piso o local privativo, el objeto de la hipoteca lo constituye exclusivamente el piso o local gravado, lo que sucede es que la hipoteca se **extiende objetivamente** a los elementos comunes por destino en cuanto que son pertenencias del bien hipotecado.

La anterior afirmación se fundamenta, entre otros, en los siguientes argumentos:

a) En un edificio constituido en propiedad horizontal, objetos jurídicos sólo lo son o el edificio en su conjunto o los diferentes pisos o locales en que está dividido, pero nunca los elementos comunes separadamente de los pisos o locales a los que se hallan vinculados (art. 396-II C.C.). En consecuencia, hipotecables solo pueden ser o el edificio en su totalidad (arts. 106.1.º, en relación con el art. 8.4.º LH y 218 RH), o los pisos o locales individualmente considerados (art. 107.11.º LH).

b) Para que un bien pueda ser objeto de hipoteca, se necesita que sea susceptible de enajenación, pues sólo a través de la realización del valor del bien gravado es posible obtener la satisfacción del crédito garantizado que constituye el contenido esencial de la garantía real que define a la hipoteca (arts. 1.858, 1.874-2.º C.C. y 106-2.º LH). Si esto es así, los elementos comunes, mientras conserven su consideración de tales, al no poder ser objeto de enajenación, al menos de enajenación separada del piso o local al que se hallan vinculados como «anejo inseparable» (art. 396-II C.C.), no pueden ser hipotecados de forma autónoma e independiente por la sencilla razón de que sólo pueden enajenarse conjuntamente con los pisos o locales a los que se hallan vinculados «inseparablemente».

c) Que cuando se hipoteca un piso o local privativo, el objeto de la hipoteca recae exclusivamente sobre el piso o local gravado, lo demuestra el hecho elocuente de que en la escritura de constitución de la hipoteca no es necesario especificar la parte del crédito garantizado de la que responde el piso o local y la parte de la que responden los elementos comunes, lo que de hallarnos en presencia de dos objetos jurídicos independientes y con sustantividad propia (fincas), sería rigurosamente necesario en virtud del principio de determinación o de especialidad (arts. 119 y 246 LH).

La consecuencia de lo que llevamos dicho es que la desafectación de un elemento común, en virtud de la cual la cosa común por destino (en nuestro caso, la vivienda del portero) deja de estar destinada al servicio y utilidad común de todos los propietarios del inmueble, supone un acto de disposición de la propiedad horizontal que sólo requiere para su validez el acuerdo de la unanimidad de los propietarios del edificio (arts. 11 y 16.1.<sup>a</sup> LPH), sin que además necesite contar con el consentimiento del acreedor hipotecario de cada piso o local, pues la desafectación, en cuanto tal, es un acto jurídico que no recae sobre el objeto hipotecado y afecta únicamente a una cosa accesoria y que es una mera pertenencia de la finca hipotecada. No obstante, cuando la desafectación implique en el plano económico o material una objetiva disminución del valor del piso o local hipotecado, el acreedor hipotecario podrá hacer uso de la llamada acción de conservación o de devastación que le confiere el art. 117 LH cuando concurran los presupuestos para su aplicación<sup>3</sup>.

Cuando la desafectación del elemento común por destino vaya seguida de su configuración como un nuevo piso o local privativo, como este acto exige atribuir al nuevo departamento una cuota de participación en el inmueble que supondrá la reducción de las cuotas existentes (ya que la suma de todas las cuotas debe ser siempre igual a cien: art. 3.<sup>o</sup>-II LPH), este acto si afecta al objeto hipotecado pues exige una modificación (reducción) de la cuota fijada en el título constitutivo de la propiedad horizontal al piso o local hipotecado que entraña una reducción de su participación en el conjunto del edificio que, evidentemente, supone una disminución de la garantía prestada al constituirse la hipoteca, pues, por ejemplo, en el caso de que se destruyera el inmueble y se cobrase por ello una indemnización, se vendiese el suelo (cuando sea elemento común) o se expropiase el edificio, la cantidad obtenida como indemnización, precio o justiprecio debería repartirse entre todos los propietarios en proporción a la cuota de participación que tenía asignada su respectivo piso o local. Esta circunstancia, determina que, en virtud del principio de indivisibilidad de la hipoteca (art. 122 LH), el acreedor hipotecario tiene derecho a que la garantía hipotecaria representada por la participación del piso o local hipotecado en el conjunto del edificio al que pertenece, subsista íntegra en la misma proporción que le aseguraba la cuota asignada al piso o local

<sup>3</sup> Recuérdese que el art. 117 LH sólo concede al acreedor hipotecario la acción de devastación en los casos en que el deterioro o la disminución del valor de la finca hipotecada sea imputable al dolo, culpa o voluntad del propietario, lo que, en principio, excluiría esta acción cuando el propietario del piso o local gravado no haya prestado su voluntad expresa al acuerdo de desafectación, de forma que su consentimiento para este acuerdo comunitario se haya obtenido por su silencio o aceptación tácita (art. 16.1.<sup>a</sup> LPH). Asimismo, podría sostenerse que, la desafectación, en la medida en que exige el consentimiento de todos los propietarios del inmueble, constituye un acto colectivo que difícilmente podría imputarse a la voluntad individual del propietario de cada piso o local a los efectos del art. 117 LH.

gravado al tiempo de la constitución de la hipoteca. En consecuencia, la configuración del elemento común como un nuevo departamento del inmueble podrá hacerse sin el consentimiento del acreedor hipotecario, pero si éste no presta su consentimiento a este acto de disposición su garantía hipotecaria subsistirá en los términos vigentes al tiempo de constituirse la hipoteca.

Pero dicho esto, el problema está ahora en determinar cuáles son los efectos que debe producir la subsistencia de la garantía hipotecaria en los términos que resultan de la cuota de participación del piso vigente al tiempo de constitución de la hipoteca.

Lo primero que debe decirse, es que la finca que fue objeto de la hipoteca (el piso o local privativo gravado con ella), no ha sufrido ninguna alteración material como la que se origina cuando se separa una porción con la que se forma otra finca, como sucede en los supuestos de división o de segregación de fincas, en cuyo caso las nuevas fincas resultantes siguen conservando la carga hipotecaria que gravaba la finca matriz (arts. 123 y 125 LH), pues lo único que ha sufrido alteración en la finca hipotecada ha sido su cuota de participación en el conjunto del inmueble, sólo en este aspecto es donde la garantía del acreedor debe mantenerse íntegra. Esto quiere decir, que el nuevo departamento creado tras la desafectación del antiguo elemento común, debe inscribirse como una finca libre de cargas ya que no puede arrastrar las cargas que pesaban sobre los antiguos pisos o locales hipotecados, por la sencilla razón de que la nueva finca no procede de la división o segregación del objeto hipotecado, sino de los elementos comunes por destino que son una mera cosa accesoria y pertenencia del piso o local hipotecado. Mantener lo contrario, equivaldría a afirmar que cuando se ejecute la hipoteca del piso o local gravado, ello debería llevar consigo también la ejecución del nuevo departamento con el fin de que responda de la parte de su cuota de participación que procede de la reducción de la antigua cuota asignada al piso o local hipotecado.

Sentado, por tanto, que la subsistencia de la garantía hipotecaria debe quedar circunscrita al mantenimiento de la misma participación en el conjunto del edificio que el piso o local hipotecado tenía al tiempo de constitución de la hipoteca, en función de la cuota de participación que tenía asignada en aquel momento por el título constitutivo, conviene recordar que en el régimen de la propiedad horizontal la cuota de participación además de representar la parte o fracción que corresponde a cada propietario en el total valor del edificio (arts. 3.b LPH y 8.4.º LH), sirve para determinar el montante económico con el que cada propietario debe contribuir a sufragar los gastos generales de sostenimiento del inmueble y los servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización (art. 9.5.º LPH), y es esencial para determinar el régimen de validez y de impugnación de los acuerdos que se adopten por la Junta de Propietarios (art. 16.2.ª y 3.ª LPH). En este sentido, la reducción de la cuota de participación ge-

neralmente beneficiará al propietario afectado ya que deberá sufragar unas menores cargas y responsabilidades por el concepto de «gastos de comunidad». A ello debe añadirse el hecho de que la mayor parte de las veces la ganancia obtenida con la desafectación y posterior enajenación del antiguo elemento común redundará en beneficio del edificio (se invertirá en obras de mejora del mismo, se creará un fondo de reserva para obras futuras, o, simplemente, se pagarán las deudas existentes en la comunidad). Por otra parte, en la práctica la incidencia de la reducción de la cuota de participación en la garantía hipotecaria será nula o insignificante.

Todas estas circunstancias aconsejan circunscribir la subsistencia de la garantía hipotecaria a los supuestos en que, en virtud del principio de subrogación real, al propietario del piso o local privativo gravado con la hipoteca le corresponda percibir un derecho o una indemnización en sustitución de su participación en la totalidad del edificio dividido en propiedad horizontal lo que, normalmente, sólo sucederá en los supuestos en que por deterioro o destrucción del edificio o por alguna otra causa (por ejemplo, expropiación del edificio o extinción del régimen de la propiedad horizontal por su conversión en propiedad o copropiedad ordinaria), deba repartirse entre los propietarios el inmueble resultante o las indemnizaciones o cantidades que por razón de sus respectivos pisos o locales les corresponda, pues en estos casos habrá de estarse a la cuota de participación que el piso hipotecado tenía atribuido al tiempo de constitución de la hipoteca. De este modo, además, se daría cabal cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 109 y 110 LH.

Sólo con el alcance y contenido que dejamos expuesto es con el que puede aceptarse la afirmación contenida en la Resolución que comentamos cuando dice que «aquella garantía (la constituida por la hipoteca del piso o local privativo) subsistirá sobre éste (el nuevo departamento procedente de la desafectación del antiguo elemento común) en cuanto a una cuota equivalente a la que a dicho piso (el originariamente hipotecado) correspondía anteriormente sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble», no sin antes precisar lo incorrecto que resulta conectar la cuota de participación exclusivamente con los elementos comunes de inmueble, pues la cuota de participación —como ya hemos dicho— está siempre referida al edificio en su conjunto y expresa la medida en que cada propietario es titular de la totalidad del edificio constituido en propiedad horizontal.