

COMENTARI A LA RESOLUCIÓ DE LA DIRECCIÓ GENERAL DE DRET I D'ENTITATS JURÍDIQUES DE 22 DE MARÇ DE 2007 (DOGC DE 2 D'ABRIL DE 2007)

Antonio Chaves Rivas
Notari de Màlaga¹

1. FETS

1.1. ESCRIPTURA

L'any 2006, un notari de Barcelona autoritzà una escriptura mitjançant la qual dues germanes solteres procedien a dividir el pis que constituïa el seu domicili (d'uns 175 m² i una quota del 15,577) en dos pisos: el departament A, de 87,50 m² i amb una quota de 7,7885, i el departament B, d'identiques superfície i quota; a més, aquest últim departament tenia com a annex un traster de 4 m² al terrat de l'edifici.

S'incorporà a l'escriptura, prèviament legitimades les firmes que contenia, la certificació de l'acord de la junta de la comunitat de propietaris pel qual s'autoritzava la divisió esmentada i el qual va ser adoptat per unanimitat l'any 2004; a més, es féu constar que dos propietaris de la comunitat de veïns no van assistir a la reunió però se'ls va notificar l'acord i no van manifestar cap tipus de discrepància, per la qual cosa van signar el llibre d'actes. Igualment s'uní a l'escriptura la llicència municipal corresponent.

1.2. QUALIFICACIÓ

L'escriptura es va presentar al Registre de la Propietat número 1 de Barcelona i el registrador va realitzar la qualificació següent:

1. I notari de Lleida entre el juliol del 2003 i l'octubre del 2007.

Vistos els articles 18 de la Llei hipotecària, 553-16 i 553-17 de la Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals, i d'acord amb el principi de tracte successiu, s'ha d'eleva a públic l'acord adoptat a la junta que autoritza la divisió. D'acord amb l'article 91.1 del Reglament hipotecari, en concordança amb l'art. 1320 del Codi civil i 569-31 de la Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals; art. 9 de la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família; articles 11 i 28 de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella, s'ha de manifestar expressament si la finca número [...] que es divideix i adjudica té o no caràcter familiar o comú. Els defectes s'estimen solucionables.

1.3. RECURS DEL NOTARI AUTORITZANT

L'any 2006, el notari autoritzant de l'escriptura interposà un recurs governatiu contra la qualificació basant-se en els arguments que resumeixo a continuació.

Respecte del primer dels defectes, el recurrent entenia que cap dels preceptes legals invocats pel registrador exigia que hagués d'eleva-se a públic l'acord de la comunitat que autoritzava la divisió; a més, el principi de tracte successiu, en els seus aspectes formal i substantiu, no tenia res a veure amb la qüestió, ja que la finca apareixia inscrita a nom de les persones que verificaven la divisió. Al seu entendre, cap precepte del Codi civil de Catalunya (CCCat) exigeix l'elevació a públic dels acords de la comunitat de propietaris, ja que aquests acords no són directament inscripibles, com no ho és el nomenament de president i secretari. En fi, considerarà igualment que en aquest cas s'estava complint l'article 553-10 CCCat, que exigeix el consentiment de la junta de propietaris, atès que l'escriptura incorporava la certificació pertinent, expedida per la comunitat. El recurrent acabava fent un paral·lisme entre aquesta certificació i altres com les dels arquitectes que acompanyaven les escriptures públiques i que eren expedides per persones que no tenien la condició de funcionaris i que tampoc no requerien l'elevació a escriptura pública.

Quant al segon dels defectes, el notari portà a col·lació la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat —d'ara endavant, DGRN— de 18 de juny de 2004 i la Resolució de la mateixa Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques —d'ara endavant, DGDEJ— de 22 de maig de 2006, les quals declaraven que el registrador està vinculat pel principi de legalitat i no pot exigir una manifestació prevista per a les unions estables de parella si no li consta tal circumstància. El recurrent va fer seus els fonaments jurídics números 2.1, 2.2, 2.3 i 2.4 de la Resolució de la DGDEJ de 22 de maig, ja esmentada.

1.4. INFORME DEL REGISTRADOR

A la darrerria de l'any 2006, el registrador de la propietat va emetre l'informe preceptiu, d'una gran extensió (sis fulls) en comparació amb l'exigua nota de qualificació. En aquest informe, el registrador rebatia les al·legacions del notari amb els següents arguments:

— Amb relació al primer dels defectes, deia que la regla general del nostre dret és l'exigència de documentació pública per a l'accés al Registre (art. 3 LH) i que el document privat sols s'admet quan una norma ho preveu expressament, com passa amb l'article 46 del Reial decret 1093/1997, de 4 de juliol, en el supòsit del certificat de l'arquitecte al·legat pel recurrent. Entenia igualment que era una modificació del títol constitutiu que cau de ple dins de l'article 2 de la Llei hipotecària (LH), perquè es modificaven els drets inscrits i, per tant, es modificava la propietat horitzontal.

— Amb relació al segon defecte, el registrador considerava que el criteri de la Resolució de 22 de maig de 2006 havia deixat de tenir efectes des de l'1 de juliol de 2006, com a conseqüència de l'entrada en vigor del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, en concret per l'aplicació de l'article 569-31 CCCat. El registrador feia notar que, a diferència dels articles 11 i 28 de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella (LUEP), el Codi català està redactat en termes amplis (referint-se genèricament a la persona) i amb caràcter imperatiu, i igualment entenia que, si bé el precepte esmentat regula la hipoteca, s'ha d'aplicar també a qualsevol altre acte de disposició. Acabava assenyalant que, encara que el registrador està vinculat per les resolucions, en aquest cas el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya modifica el contingut de la Resolució de 22 de maig de 2006.

2. RESOLUCIÓ

2.1. Primer: formalització documental i inscripció registral de les entitats que resulten de la divisió del pis ubicat en un immoble en règim de propietat horitzontal.

2.1.1. La Resolució comença estirant les orelles al registrador tot recordant-li que el seu informe no pot consistir a defensar la nota de qualificació a la vista del recurs exposant nous arguments pel que fa als reflectits en la nota, puix això significa privar el recurrent del coneixement íntegre de les raons per les quals el registrador va decidir no practicar l'assentament sol·licitat, cosa que li causa indefensió. La defensa de la nota s'ha de cenyir a qüestions de tràmit, raó per la

qual la DGDEJ no pot prendre en consideració les al·legacions que es contenen en l'informe del registrador.

2.1.2. La DGDEJ ens recorda, en primer lloc, que el document públic és el principi bàsic del nostre sistema registral, a fi que els actes inscriptibles puguin accedir al Registre de la Propietat (art. 2 i 3 LH); tot això, unit a la qualificació registral, explica la força especial dels pronunciaments registrals, tal com va assenyalar la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat (RDGRN) de 3 de març de 2000. La DGDEJ considera obvi que la documentació pública s'ha d'estendre a tots els elements essencials del negoci i, en particular, a les declaracions de voluntat dels atorgants, cosa que, en aquest cas, s'ha complert.

2.1.3. En efecte, la lletra *b* de l'article 553-10 CCCat disposa que no fa falta el consentiment de la junta de propietaris per a la modificació del títol constitutiu, si aquesta és motivada per les agrupacions, agregacions, segregacions i divisions d'elements privatis o les desvinculacions d'annexos, quan els estatuts ho estableixin així; en aquest cas, com que no hi havia tal previsió estatutària, calia el consentiment de la junta, el qual es va concretar en l'acord adoptat el 6 de setembre de 2004 a l'empara de la Llei estatal 49/1960, de 21 de juliol. Per a la DGDEJ, el negoci bàsic aquí era la manifestació de voluntat de les dues atorgants (propietàries de l'habitatge) de dividir l'habitatge en dos, i això amb independència que calgui també el consentiment de la junta de propietaris; a partir d'aquí no es pot concloure que el consentiment esmentat hagi d'elevarse a públic. Al contrari, el mateix article 553-10 CCCat, en el seu apartat tercer, determina que els legítims per a realitzar totes aquestes operacions de modificació són els propietaris dels elements privatis implicats; i ho fa, continua la DGDEJ, presumiblement perquè tots els casos en els quals l'apartat segon de l'article 553-10 CCCat permet prescindir del consentiment de la junta són en realitat operacions que, en sentit estricte, no conformen títols de constitució; és a dir, la creació de noves entitats no modifica, en si mateix, el règim de propietat horitzontal.

2.1.4. Per tant, el consentiment de les propietàries del pis afectat ha de constar en una escriptura pública, mentre que l'acord de la junta de propietaris, a banda que consti en el llibre d'actes corresponent, s'ha d'acreditar notarialment i registralment mitjançant una certificació expedida pel secretari (art. 553-17 CCCat), la qual, legítims prèviament els signes que conté, s'ha de protocol·litzar. Aquesta manera d'acreditar l'acord és suficient, com ho seria el consenti-

ment prestat en la mateixa escriptura de divisió. En definitiva, la Resolució acaba dient literalment que «encara que res ho impedeix, de cap manera es pot considerar que el Codi civil de Catalunya exigeix l'atorgament d'una escriptura separada i independent de la de divisió amb l'únic objecte d'eleva a públic l'acord en el qual la comunitat de propietaris presta el consentiment per a la divisió i l'única virtualitat clara d'augmentar el cost de formalització de l'acte jurídic de la divisió».

2.2. Segon: el Codi civil de Catalunya ha estès l'exigència de manifestació que l'habitatge no té la condició de familiar o comú als actes d'alienació, gravamen o disposició que comprometen l'ús, realitzats per qualsevol persona.

2.2.1. En aquest punt, la DGDEJ, després de repassar els arguments del registrador i el notari, recorda que en la seva resolució de 22 de maig de 2006 ja va afirmar que «exigir aquesta manifestació per la mera susceptibilitat de constituir una unió estable portaria que, excepció feta que el venedor fóra una persona casada però separada judicialment (i encara en aquest cas les sospites del registrador portarien a fer-ho acreditar documentalment), qualsevol alienació o gravamen d'un habitatge hauria d'anar acompanyada d'aquesta manifestació, la qual cosa no és ajustada a la legislació vigent, que ho limita als matrimonis i a les unions estables de parella efectivament constituïdes». No obstant això, tal doctrina, segons la DGDEJ, ha canviat en el nou marc legal, un marc en el qual no compta l'article 1320 CC, que ni ha tingut ni té aplicació a Catalunya.

2.2.2. Des del dia 1 de juliol de 2006, continua la DGDEJ, l'article 569-31 CCCat ha modificat el règim aplicable a les hipoteques que un dels consorts o convivents d'una unió estable constitueix sobre l'habitatge familiar o comú, ja que obliga qualsevol persona que hipotequi un habitatge a manifestar que no té caràcter familiar o comú. Aquesta conclusió, per a la DGDEJ, és aplicable també a la resta d'actes de disposició que puguin comprometre l'ús de l'habitatge.

Els arguments que addueix el centre directiu català són:

— La literalitat de la paraula *persona* (introduïda com a correcció lingüística substituint el pronom *qui* durant el tràmit d'elaboració del dictamen per la Comissió).

— La interpretació sistemàtica del precepte, que situa en el primer apartat allò que fa referència estrictament al cònjuge o membre d'una unió estable de parella i en el segon se centra, exclusivament, en si l'habitatge objecte de la hipoteca és familiar o comú o no, sense tenir en compte la condició civil o personal de qui la constitueix.

La DGDEJ afegeix que el fet que la fórmula utilitzada per l'apartat segon de l'article 569-31 CCCat per a configurar la manifestació esmentada com a requisit del títol no coincideixi amb la que utilitza l'article 91 del Reglament hipotecari (RH) (que configura la manifestació com a requisit de la inscripció), no ha de tenir conseqüències diferents d'ordre pràctic.

2.2.3. La DGDEJ acaba assenyalant que qui vulgui alienar, gravar o, en general, disposar del seu dret a un habitatge no familiar de la seva propietat comprometenent-ne l'ús, ha de manifestar expressament, quan atorga l'escriptura, que aquell no té caràcter familiar o comú; a més, l'exigència que la manifestació sigui expressa sembla que exclou que sigui suficient que la destinació no familiar de l'habitatge es dedueixi de les mateixes circumstàncies que consten en el títol.

2.3. *Tercer: la divisió material de l'habitatge i l'adjudicació dels dos pisos resultants són actes que no comprometen l'ús familiar.*

2.3.1. La qüestió s'ha de centrar adequadament i, en aquest sentit, com a punt de partida, la DGDEJ al·ludeix a la Sentència del Tribunal Suprem de 14 de juliol de 1994, la qual s'ubica en un marc de protecció de l'habitatge familiar molt semblant al que dissenya l'ordenament català (la sentència esmentada es refereix a un supòsit en què l'habitatge pertanyia en proindivisió als dos cònjuges i l'ús del qual s'havia atribuït prèviament a la dona i als fills). El Tribunal Suprem conclou que allò realment determinant és si el resultat de l'acció de divisió perjudica o no aquell dret d'ús, tot entenent que es produeix tal perjudici si la divisió comporta un acte dispositiu sobre la cosa en copropietat, com passa, per exemple, quan cal acudir a la venda pública amb la intervenció de tercers postors, perquè la cosa no és divisible o, afegeix la DGDEJ, quan, per aquella raó —indivisibilitat— s'adjudica a un dels cotitulars (cas previst en l'art. 552-11.5 CCCat).

2.3.2. La DGDEJ conclou que l'exigència del consentiment del cònjuge o convivent solament regeix en relació amb els actes que puguin comprometre l'ús. La ràtio o fonament de la norma és, precisament, la protecció de l'interès familiar, és a dir, excloure la realització d'actes que puguin afectar —privant-ne— aquell ús per a la família, atès que l'habitatge constitueix un element bàsic per a satisfer les necessitats vitals de les persones. Res d'això compromet la divisió material d'un habitatge de 175 m² en dos pisos (habitatges també) de 87,5 m² cadascun, ja que la divisió no impedeix, si aquest fos el cas, que la convivència de l'antic copropietari (ara propietari exclusiu de la nova entitat) amb

l'hipotètic cònjuge o parella de fet continués en un dels pisos resultants de la divisió. Cal recordar el control d'habitabilitat dels habitatges que exerceixen les autoritats administratives a l'hora d'atorgar la llicència corresponent d'acord amb el que disposa el Reial decret (RD) 259/2003, de 21 d'octubre, sobre els requisits mínims d'habitabilitat dels edificis d'habitatges i de la cèdula d'habitabilitat. Per tant, l'existència de la llicència municipal incorporada a l'escriptura i l'extensió mateixa dels habitatges resultants de la divisió permeten afirmar que cadascun d'aquests és apte per a constituir un habitatge familiar; per a la DGDEJ, no es pot considerar que la reducció de l'extensió de l'habitatge a la meitat o la realització de les obres necessàries de condicionament constitueixin les restriccions d'ús a les quals al·ludeixen els articles 9.1 del Codi de família (CF) i 11 i 28 LUEP.

2.3.3. Tot això, diu la DGDEJ, amb independència que s'atribueixi a l'acte de divisió una naturalesa translativa o merament declarativa o que es mantingui, com fa un sector autoritzat de la doctrina i sembla que avala el Codi civil de Catalunya, que participa d'una doble eficàcia (extinció de la comunitat i atribució de propietats exclusives). La finalitat de la norma és protegir la família enfront de les arbitrietats d'un dels cònjuges o convivents i, des de la perspectiva registral i del tràfic jurídic, garantir la protecció de l'adquirent del dret enfront de possibles impugnacions derivades de la petició d'anul·labilitat de l'acte; en fi, la norma fa inseparable el deure dels cònjuges (i, per extensió, dels convivents) de viure junts i fixar el domicili comú, del dret patrimonial que ostenta el consort titular de l'habitatge familiar o comú. En el cas objecte del recurs, no es pot dir que la divisió material pugui comprometre l'ús de l'habitatge.

2.3.4. El registrador sembla que fonamenta la seva qualificació en el fet que la divisió és un acte de disposició que, per si sol, justifica l'aplicació de les exigències legals referides; per a la DGDEJ, aquest raonament no es pot compartir, i no perquè el cònjuge o membre de la unió estable no es pugui oposar, en determinats casos, a la facultat que té el seu consort cotitular de l'habitatge d'exigir en qualsevol moment la divisió sense expressar els seus motius (art. 552-10 CCCat), sinó perquè no n'hi ha prou amb catalogar aquest acte de *disposició* per a exigir, a partir d'aquí, que l'hagi de consentir el cònjuge o convivent o que hagi de manifestar-se que l'habitatge no té caràcter familiar, sinó que fa falta, a més, que l'acte en qüestió comprometi l'ús.

Per tot això que s'acaba d'exposar, la DGDEJ acorda estimar el recurs interposat, revocar la nota de qualificació del registrador i establir, per tant, que escau la inscripció.

3. COMENTARI

3.1. PRESENTACIÓ

La Resolució de la DGDEJ és important per la seva transcendència pràctica i, al meu entendre, encerta en el resultat, però erra greument en l'argumentació utilitzada. Si es tractés d'un problema matemàtic com el contingut en aquells exàmens que ens feien durant l'ensenyament bàsic, en els quals allò important no era encertar el resultat, sinó la lògica del raonament utilitzat per a arribar a tal resultat, probablement podríem dir, sense por d'equivocar-nos, que la Resolució no assoleix l'aprovat.

Una sola escriptura pública planteja tres problemes jurídics: en primer lloc, si cal o no elevar a escriptura pública l'autorització de la junta de propietaris perquè un propietari divideixi el seu pis en dos; en segon lloc, si el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya ha estès l'exigència de manifestació que l'habitatge no té la condició de familiar o comú als actes d'alienació, gravamen o disposició realitzats per qualsevol persona que pugui comprometre'n l'ús, i, finalment, si la divisió de l'habitatge amb l'adjudicació de cada pis resultant a cadascun dels comuners és un acte que compromet o no l'ús familiar.

3.2. PRIMER PROBLEMA: SOBRE LA NECESSITAT D'ELEVAR A ESCRIPTURA PÚBLICA L'ACORD DE LA COMUNITAT DE PROPIETARIS QUE AUTORITZA EL PROPIETARI D'UN PIS A DIVIDIR-LO

La legislació catalana vigent en el moment d'atorgar l'escriptura —art. 553-10.2b CCCat—² es decanta expressament per acollir la tesi preconitzada per la DGRN, que, enfront del criteri mantingut pel Tribunal Suprem en algunes sentències, ha reconegut l'admissibilitat i, per tant, la validesa i l'eficàcia de les clàusules estatutàries que permeten als diversos propietaris dividir, segregar, agregar o agrupar els elements privatis de la divisió horitzontal sense que calgui l'autorització de la junta general; fins i tot, la nova legislació estén aquesta possibilitat al cas de la desafectació de determinats elements descrits com a annexos dels departaments privatis.

Quan els estatuts o les normes de la comunitat no contenen aquesta norma permissiva, cal l'autorització corresponent de la junta de propietaris; això és

2. No s'ha d'oblidar que, en el cas resolt per la DGDEJ, la legislació aplicable, en el moment en què es va adoptar l'acord, era l'estatal.

el que passa en el cas considerat per la Resolució, en el qual el notari incorpora a l'escriptura l'autorització continguda en un document privat, amb la qual cosa legitima més les firmes del president i el secretari; no obstant això, al registrador això no li sembla suficient i considera necessari exigir l'elevació a públic de l'acord de la junta de propietaris, per a la qual cosa al·lega els articles 553-16 i 553-17 CCCat, així com el principi de tracte successiu.

La DGDEJ, com hem vist, dona la raó al notari i considera suficient que l'autorització de la comunitat de propietaris es manifesti mitjançant la certificació expedida pel secretari amb el vistiplau del president, legitimades prèviament les firmes d'ambdós.³ Crec que la decisió és correcta, si bé l'argumentació utilitzada podria ser una mica més precisa. Analitzarem la qüestió cronològicament, començant per la qualificació.

El registrador utilitza dos arguments, un de tipus legal (art. 553-16 i 553-17 CCCat) i un altre basat en un principi extret de la legislació hipotecària, concretament el principi de tracte successiu.

L'al·lusió als articles esmentats (553-16 i 553-17 CCCat) no s'acaba d'entendre, ja que els preceptes en qüestió solament imposen la necessitat d'elevat a públics els acords de la junta de propietaris «si escau» i atribueix al secretari la tasca d'expedir els certificats corresponents. Per tant, l'elevació de l'acord a públic només ha de fer-se «quan escaigui», la qual cosa pot tenir lloc bé perquè així ho hagi decidit voluntàriament la comunitat, bé perquè calgui legalment com a requisit per a l'existència o l'eficàcia de l'acord esmentat (per exemple, per a la seva inscripció registral).

Si prescindim del primer dels supòsits, que pressuposa una decisió voluntària de la comunitat que aquí no es produeix, la situació es reconduïx a la segona de les possibilitats considerades abans; és a dir, l'elevació de l'acord a públic cal per disposició legal bé per a la mateixa existència de l'acord, bé per a aconseguir algun efecte, per exemple la inscripció en el Registre de la Propietat. D'aquestes dues possibilitats descarto la primera, és a dir, que l'escriptura pública calgui com a «forma de ser» —*ad solemnitatem*— de l'acte, de manera que, sense aquesta, l'acord no existeix, atès que cap precepte legal consagra la necessitat d'escriptura pública com a requisit d'existència d'un acord de la comunitat de propietaris d'aquest tenor, per la qual cosa ha de regir el principi general de llibertat de forma.

3. Dels fets exposats en la Resolució no resulta si l'existència i la vigència dels càrrecs de president i secretari s'havien acreditat al notari; per tant, aquests aspectes són els únics extrems respecte dels quals no podem comprovar, atenent les dades que figuren en la Resolució, si realment es van justificar plenament.

No obstant això, ens queda una possibilitat: que la llei exigeixi l'escriptura pública com a «forma de valer» —*ad utilitatem*— de l'acte; és a dir, perquè l'acte pugui produir determinats efectes, en aquest cas l'efecte consistent en la inscripció de l'acord en el Registre de la Propietat, per aplicació de l'article 3 LH en relació amb l'article 1280 del Codi civil espanyol (CC).

Respecte de l'article 3 LH, crec que en aquest cas no es vulnera, perquè el que realment s'inscriu en el Registre de la Propietat no és l'acord de la junta de propietaris que autoritza la divisió; en realitat, tal autorització per si sola no és apta per a produir cap inscripció, no hi ha mutació jurídicoreal ni tampoc modificació del títol constitutiu. Efectivament, si els propietaris del departament corresponent no procedeixen a realitzar la divisió, l'acord de la junta de propietaris pel qual s'autoritza la divisió no passa de ser un «brindis al sol», que podrà tenir alguna rellevància potencial en el futur, com a acte propi de la comunitat, si un altre propietari pretén una autorització similar, però no produirà *per se* i actualment cap altre efecte.

A més, l'acte esmentat —l'autorització de la comunitat per a dividir— tampoc no pot subsumir-se en cap dels apartats enumerats en l'article 1280 CC; a primera vista, podem apreciar fàcilment que no són aplicables ni l'apartat primer (actes sobre drets reals), ni el segon (arrendaments), ni el tercer (capitulacions), ni el quart (drets hereditaris o de la societat conjugal); podria ser-ho, però és dubtós, l'apartat cinquè, relatiu als poders, especialment quan es refereix a aquells poders «que tinguin per objecte un acte redactat o que hagi de redactar-se en escriptura pública o que hagi de perjudicar tercers», ja que el poder implica una autorització a l'apoderat perquè actuï enfront de tercers en nom del poderdant; no obstant això, aquí tampoc no hi ha un vertader poder, perquè no existeix cap autorització per a actuar en nom de la comunitat de propietaris de l'edifici, sinó que aquesta autoritza un dels seus membres perquè *en el seu propi nom* —no en el de la comunitat— pugui realitzar un acte determinat (segregació, divisió, desafectació, etc.); l'acte esmentat incidirà directament i principalment en l'esfera jurídica del propietari, mentre que la comunitat sols es veurà afectada indirectament, en la mesura que s'altera la descripció dels elements privatis que formen part del contingut del títol constitutiu.

En segon lloc, el registrador invoca el principi de tracte successiu. I tampoc no comprenc la relació del principi esmentat amb el supòsit plantejat: hi ha un pis inscrit a nom de dues germanes que procedeixen a dividir-lo; per tant, no només no constitueix cap excepció al tracte, sinó que es compleix plenament. Fins i tot si l'escriptura s'atorgués sense el consentiment de la junta de propietaris —cosa que no succeeix—, tampoc no hi hauria problemes de tracte successiu, perquè l'acte de divisió, com a acte de propietat, ha estat atorgat pels titulars re-

gistrals; el problema per a la inscripció derivaria, en aquest cas, de la impossibilitat de modificar el títol pel que fa als departaments privatius sense el consentiment de la junta de propietaris.

Per tant, la DGDEJ encerta en donar la raó al notari, el qual, però, no està tan encertat quan invoca, de manera analògica, els certificats dels tècnics que completen determinades escriptures, com, per exemple, les de declaració d'obra nova, i això, per diverses raons. En primer lloc, perquè, en aquest cas, com assenyala el registrador en el seu informe, la mateixa legislació admet expressament aquest tipus de certificats en un document privat amb firmes legitimades; i, en segon lloc, perquè es tracta de declaracions diferents: en un cas, una vertadera declaració de voluntat —l'autorització de la comunitat per a dividir—, i, en l'altre cas, una declaració de ciència —el certificat del tècnic que declara que l'obra s'ajusta al projecte per al qual es va obtenir la llicència—; per tant, el tècnic no «vol» res, no «consenteix» res, sinó que es limita a constatar una qüestió de marcat caràcter tècnic.

Des d'un punt de vista formal, de dret estrictament documental, aquest tipus de certificacions han d'incloure's dins de l'ampli grup dels documents complementaris. Com tots sabem, enfront dels documents principals, aquells que contenen un acte inscripcible dels de l'article 2 LH, que, normalment i per exigències de l'article 3 LH, consten en un document públic,⁴ hi ha els documents complementaris,⁵ destinats a completar determinats aspectes del document principal i que no necessàriament han de constar en un document públic (és el cas del certificat al qual ens referim, el dels tècnics, etc.).

Finalment, cal que m'ocupi de la Resolució, considerada en si mateixa. En aquest punt, cal dir que la DGDEJ està especialment encertada quan diu que és el consentiment de les propietàries del pis afectat per la divisió el que ha de constar en l'escriptura pública. No obstant això, crec que no està tan encertada quan afirma que la divisió (i, en general, les operacions de l'art. 553-10.2b CCCat) és una operació que, en el seu sentit estricte, no conforma el títol de constitució, o, en altres paraules, que la creació de noves entitats no modifica,

4. Normalment, escriptura pública, perquè és el document apte per a recollir les declaracions de voluntat privades que produeixen mutacions jurídiques.

5. Reconeguts en l'art. 33 RH.

6. Aquest precepte assenyala: «El títol de constitució del règim de propietat horitzontal ha de constar en una escriptura pública, que ha de contenir, almenys, les circumstàncies següents:

»[...]

»b) La relació descriptiva de tots els elements privatius, amb llur número d'ordre intern a l'edifici, la quota general de participació i, si escau, les especials que els corresponen, i també la superfície útil, els límits, la planta o les plantes en què estan situats, la destinació i, si escau, els espais físics o els drets que en constitueixen annexos o vinculacions [...]».

en si mateixa, el règim de la propietat horitzontal; efectivament, no és encertat afirmar que la divisió en dos d'un habitatge no és una operació que afecti el títol constitutiu. Basta una lectura de l'apartat segon de l'article 553-9 CCCat⁶ per a adonar-se que la descripció dels diversos elements privatius és una de les circumstàncies que necessàriament formen part del títol de constitució.⁷ Per la mateixa raó, tampoc no és exacte dir que l'esmentada operació de divisió no afecta el règim de propietat horitzontal; en tot cas, pot dir-se que és una modificació que afecta únicament i exclusivament un departament privatiu concret i no els altres, o bé que es tracta d'una autorització *ad hoc*, per a un departament determinat, que no afecta els elements comuns ni les normes de la comunitat.

El que vull significar és que, en realitat, la modificació del títol constitutiu realitzada per la divisió d'un element en dos, sense afectar cap altre extrem (quotes dels pisos o locals restants, la seva descripció, les normes de la comunitat, etc.), es conté en la mateixa escriptura pública de divisió, que és el títol inscripible, amb la qual cosa es respecten plenament els articles 2 i 3 LH.

Si, en canvi, l'acord de la comunitat consistís a afegir una norma estatutària per mitjà de la qual s'autoritzessin, per al futur, les divisions dels habitatges sense el consentiment de la comunitat, caldria reflectir l'acord de la comunitat en una escriptura pública atorgada pel president, perquè hi ha una modificació del títol que afecta tots els propietaris, ja que afectaria els estatuts o les normes per les quals es regeix la comunitat. Això no succeeix en el cas de la Resolució que comento, perquè l'autorització és per a un pis en concret i no prejutja futures autoritzacions; tot això, sens perjudici que algun propietari pugui al·legar la doctrina dels actes propis per a exigir, en el futur, una altra autorització de divisió del mateix tenor i, igualment, sens perjudici de les raons que pugui al·legar la comunitat per a concedir l'autorització de la divisió pretesa en uns casos i no en altres.

No vull acabar aquest apartat sense fer una breu crítica a la referència que la DGDEJ fa que l'única virtualitat de considerar que el Codi civil de Catalunya exigeixi una escriptura separada per a l'elevació a públic de l'acord de la comunitat de propietaris és augmentar el cost de la formalització de l'acte jurídic de divisió.

En primer lloc, aquesta afirmació, a més de gratuïta i totalment innecessària per a resoldre el cas sotmès a debat, és falsa, perquè l'elevació a públic de l'acord de la junta de propietaris no necessàriament ha de motivar una nova es-

7. Arribarem a la mateixa conclusió si llegim l'art. 553-10.2b: «No cal el consentiment de la junta de propietaris per a la modificació del títol de constitució si la motiven els fets següents:

»[...]

»b) Les agrupacions, les agregacions, les segregacions i les divisions dels elements privatius o les desvinculacions d'annexos, si els estatuts ho estableixen així.»

criptura, sinó que pot perfectament plasmar-se en la mateixa escriptura de divisió si hi compareix el president al mateix temps que els propietaris o bé en un moment posterior mitjançant una diligència; a més, encara que hi hagi una escriptura nova, el cost no es veu incrementat especialment, perquè, segons l'aranzel notarial, es tracta d'un acte dels coneguts com a «sense quantia» i d'honoraris mínims.

En segon lloc, en cap cas el propòsit del registrador de la propietat quan exerceix la seva funció qualificadora és perjudicar a qui pretén els seus serveis, sinó el contrari; probablement, el registrador va entendre que el nostre sistema jurídic, per aplicació del principi de legalitat (art. 3 LH), exigeix que, en algun moment, algú ha de comparèixer davant del notari per a assumir l'autoria i les conseqüències d'una determinada declaració, en aquest cas, l'autorització de la junta, amb la qual cosa s'aconsegueix una major seguretat jurídica; això pot ser una qüestió discutible en la qual les opinions dels uns i dels altres poden ser encertades o no, però no té res a veure amb el cost de l'acte. En definitiva, si legalment l'actuació notarial és imprescindible, s'ha d'acudir davant del funcionari esmentat; altrament, seran els interessats els encarregats de valorar si acudeixen o no davant del funcionari esmentat.

Finalment, és totalment inapropiat al·legar el tema del cost a l'hora de fer una interpretació jurídica d'una norma; els costos de transacció poden ser una matèria de discussió com a opció de política legislativa, és a dir, *de lege ferenda*, però en cap cas ho poden ser com a interpretació de la norma existent, o *de lege data*. En definitiva, tal al·legació és tan inadequada com si jo, en comentar aquesta resolució, fes alguna al·lusió al sou del director general de Dret i d'Entitats Jurídiques; no hem d'oblidar mai la màxima segons la qual has de tractar els altres com vulguis que et tractin a tu mateix.

3.3. SEGON PROBLEMA: EL CODI CIVIL DE CATALUNYA HA ESTÈS L'EXIGÈNCIA DE MANIFESTACIÓ SOBRE EL CARÀCTER FAMILIAR O COMÚ DE L'HABITATGE ALS ACTES D'ALIENACIÓ, GRAVAMEN O DISPOSICIÓ QUE COMPROMETIN L'ÚS, REALITZATS PER QUALSEVOL PERSONA

3.3.1. Introducció

En aquest cas, el registrador, en la seva nota, invoca els articles 1320 CC i 569-31 CCCat, així com l'article 9 CF i els articles 11 i 28 LUEP, a més de l'article 91.1 RH. D'aquests preceptes, el registrador dedueix la necessitat de manifestació sobre el caràcter habitual o comú de l'habitatge.

Les al·legacions del notari es decanten per invocar la RDGRN de 18 de juny de 2004,⁸ així com la Resolució de la DGDEJ de 22 de maig de 2006.

La DGDEJ, per a apartar-se de la seva doctrina establerta en la segona de les resolucions esmentades, ens explica que, després de l'entrada en vigor de la Llei 5/2006, de 10 de maig, ha de canviar-se el criteri sostingut per la mateixa direcció i s'ha de considerar que l'article 569-31 CCCat exigeix, a partir d'ara, que la persona que hipotequi i, amb més raó, la que alieni o gravi —encara que la llei no ho digui expressament— s'ha de manifestar sobre el caràcter de l'habitatge. S'al·lega per a això un argument de tipus literal: que el paràgraf segon del precepte esmentat utilitza el terme *persona* (en les redaccions dels projectes s'utilitzava el pronom *qui*). I també s'al·lega un altre argument de tipus sistemàtic: que el primer apartat del precepte esmentat es refereix estrictament al cònjuge o convivent, mentre que el segon se centra en si l'habitatge objecte de la hipoteca és o no familiar o comú, sense tenir en compte (*sic*) «la condició civil o personal» de qui constitueix la hipoteca.

Si prevalgués aquesta interpretació, s'hauria passat d'una situació en la qual solament calia la manifestació sobre el caràcter familiar o comú de l'habitatge si es tractava d'una persona casada quan la llei aplicable al seu matrimoni així ho exigia —art. 91 RH—⁹ i, com en el cas de solters, vidus i divorciats, quan el disponent

8. Aquesta resolució resol un supòsit en el qual una vídua resident fora de Catalunya, però que en l'escriptura no declarava que tingués veïnatge català i, per tant, amb suposat veïnatge civil comú, venia un habitatge situat a Catalunya. La Resolució no va considerar necessària la manifestació corresponent o el consentiment del convivent, entre altres coses perquè entenia que el registrador no pot presumir que la finca transmesa té el caràcter d'habitatge comú, de manera que s'ha de limitar, en la seva qualificació, a allò que resulta del títol i dels assentaments del Registre. No obstant això, no hem d'oblidar que aquesta resolució ha estat anul·lada pels tribunals en primera instància; en concret, per la Sentència 811/2004, del Jutjat de Primera Instància número 35 de Barcelona, dictada en un judici verbal i en la qual s'assenyala que «en el dubte de l'aplicabilitat o no al supòsit de fet de la normativa catalana de les unions estables de parella, s'imposa una actuació cautelar del registrador a fi de prevenir l'eventual frau als drets del convivent que no tenen reflex tabular, ja que no hi ha dubte que l'immoble que es pretén alienar és susceptible de servir de seu a una unió convivencial de parella».

9. Fins i tot alguns autors feien una interpretació encara més restrictiva. En aquest sentit, vegeu Emilio GONZÁLEZ BOU, «La protección de la vivienda familiar en los ordenamientos jurídicos españoles», a Lorenzo PRATS ALBENTOSA i José María NAVARRO VINALES (dir.), *El nuevo derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales: seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en agosto de 2005*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2006. Efectivament, aquest notari parteix de la consideració que l'esmentat art. 91 RH podria ser considerat contrari a la llei «perquè exigeix un requisit no previst per cap dels preceptes legals [...] i dóna carta de naturalesa a una càrrega oculta que resulta eficaç encara que no estigui inscrita en el Registre de la Propietat», així com de les últimes resolucions de la DGRN (per exemple, la de 6 de març de 2004), i arriba a afirmar el següent: «[Q]uan el caràcter d'habitatge familiar o comú no cons-

manifestava que vivia en parella o quan en el Registre constava el caràcter d'habitatge familiar o comú —Resolució de la DGDEJ de 22 de maig de 2006—, a una altra de ben diferent en la qual tota persona, sigui quina sigui la seva condició civil o personal, ha de manifestar-se sobre el caràcter de l'habitatge, i això, és clar, sempre que realitzi un acte de disposició o gravamen que comprometi l'ús de l'habitatge.

Encara avui no me'n sé avenir. Les restriccions a la llibertat dispositiva s'apliquen de manera presumptiva i, a més, a qualsevol persona, independentment de la seva condició civil i personal. Intentarem col·locar les coses al seu lloc; per a això, primer farem una crítica a la interpretació del precepte¹⁰ feta per la DGDEJ i formularem una altra possible exegesi de la norma però més ajustada al dret, i, per acabar, ens ocuparem de la crítica al mateix precepte en si.

3.3.2. *Crítica de la interpretació del precepte feta per la DGDEJ i proposta d'una interpretació alternativa*

L'aplicació dels requisits establerts per a la hipoteca a altres actes dispositius sense que la llei ho estableixi expressament, com sembla que dona a entendre la DGDEJ, és una qüestió discutible. Efectivament, l'aplicació d'una limitació dispositiva de manera presumptiva traslladant-la, de manera analògica i inductiva,

ti en el Registre de la Propietat, el control de legalitat sobre aquest aspecte de l'acte de disposició, igual com passa amb la capacitat o la llibertat del consentiment prestat dels atorgadors, correspon únicament i exclusiva al notari» (Emilio GONZÁLEZ BOU, «La protección de la vivienda familiar», p. 181 i 188). Per la meua banda, considero que l'art. 91 RH no és contrari a la llei; aquest precepte reglamentari fa una interpretació legal tan respectable com la que es conté en el paràgraf cinquè de l'article 144 LH: no hi ha contradicció legal en cap dels dos casos, sinó complement de la llei. En realitat, allò veritablement censurable és que se segueixi un sistema diferent segons si es tracta d'actuacions notariales o d'actuacions judicials.

10. Recordem el precepte:

Article 569-31. Hipoteca sobre l'habitatge familiar o comú

1. En les hipoteques que un cònjuge o una cònjuge constitueix sobre drets o participacions de l'habitatge familiar del matrimoni o que un convivent o una convivent constitueix sobre drets o participacions de l'habitatge comú de la unió estable de parella, l'altre o altra cònjuge o l'altre o altra convivent no titular hi ha de donar el consentiment. Si no l'hi dona, es requereix una autorització judicial.

2. La persona que hipoteca un habitatge, si aquest no té el caràcter de familiar o comú, ho ha de manifestar expressament en l'escriptura de constitució de la hipoteca. La impugnació per l'altre o altra cònjuge o convivent, en cas de declaració falsa o errònia de la persona que hipoteca, no pot perjudicar els creditors hipotecaris de bona fe.

des de la hipoteca fins als actes dispositius restants, és si més no dubtosa, perquè si, d'una banda, sembla lògic pensar que allò que el legislador vol per a la hipoteca, ho desitja amb més raó per a actes dispositius més transcendents, d'altra banda no és menys cert que el domini i les seves facultats es presumeixen lliures i que les limitacions a l'un i a les altres, fins i tot les legals, han d'establir-se expressament i no són admissibles respecte d'aquestes ni l'analogia ni la interpretació extensiva, i han de ser objecte d'una interpretació estricta, si no restrictiva. La jurisprudència que recull aquesta doctrina és reiteradíssima i no escau repetir-la. A més, la llibertat és un dels valors superiors del nostre ordenament jurídic —art. 1.1 de la Constitució espanyola (CE)—, especialment en l'àmbit privat, on tot el que no està prohibit, està permès. Per tot això, considero que, mentre no es modifiquin altres preceptes, l'article 569-31 del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya s'ha d'aplicar únicament a la constitució d'hipoteques.

D'altra banda, la interpretació que fa la DGDEJ, sobre la base d'un argument literal i un altre de sistemàtic, per la qual la persona que hipoteca, independentment de la seva condició civil o personal, ha de manifestar-se sobre el caràcter de l'habitatge, no té prou fonament. Vegem-ho.

La interpretació literal (la paraula *persona*) que propugna la DGDEJ no pot prosperar per les raons següents:

— Primera raó: a l'efecte dispositiu, són persones tant les «físiques» com les «jurídiques», i no crec que ningú amb seny pretengui, per exemple, que les societats limitades catalanes, quan hipotequen un habitatge, hagin de manifestar que aquest no constitueix un habitatge comú amb tercers, i és que «el que no pot ser, no pot ser i, a més, és impossible», com va dir el torero.

— Segona raó: succeeix això mateix amb els capellans i altres persones que, pel seu estat, són cèlibes, llevat, és clar, que aquests «éssers humans» no siguin persones en un estat laic i aconfessional com el nostre, que tot pot ser, en els nostres dies.

— Tercera raó: també són persones els menors d'edat, i en aquest sentit no crec que a un nen de sis anys, degudament representat pels seus pares i amb autorització judicial o de dos parents, que hipotequi un habitatge, se li exigeixi cap manifestació d'aquest tipus, perquè, llevat de precocitat dels nens catalans, no poden integrar ni un matrimoni ni una unió de fet.

— I quarta raó: la mateixa lletra de la Llei admet una altra interpretació raonable; efectivament, en l'incís final de l'apartat segon de l'article, la Llei diu: «*La impugnació per l'altre o altra cònjuge o convivent, en cas de declaració falsa o errònia de la persona que hipoteca* —la cursiva, per descomptat, és meva—, *no pot perjudicar els creditors hipotecaris de bona fe*». És a dir, si la persona que hipoteca fa una manifestació falsa, la impugnació procedeix de l'«altre o altra còn-

juge o convivent» —expressió utilitzada també en l'apartat primer del precepte, tan diferent de l'apartat segon, segons la DGDEJ. Si no estic equivocat, la qualitat d'«altre o altra» es predica respecte d'algú, i aquest algú és, de manera clara i meridiana, el cònjuge o convivent que hipoteca, al qual genèricament s'al·ludeix amb el terme *persona* com a mer recurs gramatical per tal d'evitar la repetició pesada de la seqüència «un cònjuge, una cònjuge, un convivent i una convivent», que recorda, per absurda, el càntic infantil d'«una vegada un ciclista de pega». Les mateixes consideracions valen per al pronom *qui* utilitzat en la redacció inicial del precepte en els projectes previs.

En segon lloc, deia que la DGDEJ utilitza un argument sistemàtic per a defensar la seva interpretació del precepte; segons aquest argument, en el primer apartat s'ubica allò que fa referència estrictament al cònjuge o membre de la unió estable de parella, mentre que el segon se centra, exclusivament, en si l'habitatge objecte d'hipoteca és familiar o comú o no ho és, sense tenir en compte «la condició civil o personal» (*sic*) de qui constitueix la hipoteca esmentada.

Tampoc no comparteixo aquesta interpretació, perquè, com hem vist abans, l'apartat segon, immediatament després de l'incís inicial, torna a referir-se al cònjuge o convivent a l'efecte de la impugnació.

A més, tot el precepte regula, com ho demostra la seva rúbrica, la hipoteca de l'habitatge familiar o comú, i ho fa seguint la tècnica legislativa habitual en aquesta matèria. Així, l'article 9 CF al·ludeix en apartats diferents (primer i tercer)¹¹ a qüestions similars, però l'apartat segon es destina a regular les conseqüències de la falta de consentiment. Exactament el mateix ocorre en el cas dels articles 11¹² i 28¹³ LUEP. Entre aquests últims preceptes i el que comento (art. 569-31 CCCat) només observo dues diferències:

11. Aquests apartats assenyalen: «2. L'acte efectuat sense el consentiment o l'autorització que estableix l'apartat 1 és anul·lable, a instància de l'altre cònjuge o dels seus fills menors, si conviuen en l'habitatge, dins el termini de quatre anys des que en tinguin coneixement o des de la seva inscripció en el Registre de la Propietat. 3. No és procedent l'anul·lació quan l'adquirent actua de bona fe i a títol oneros, si, a més, el titular ha manifestat que l'immoble no tenia la condició d'habitatge familiar, encara que sigui manifestació inexacta. Tanmateix, el cònjuge que n'ha disposat respon dels perjudicis que hagi pogut causar, d'acord amb la legislació aplicable.»

12. Aquest precepte assenyalava:

Article 11. Disposició de l'habitatge comú

1. El convivent titular de l'habitatge comú o dels mobles d'ús ordinari no en pot portar a terme cap acte d'alienació, de gravamen o, en general, de disposició del seu dret que en comprometi l'ús sense el consentiment de l'altre o, si hi manca, de l'autorització judicial.

— D'una banda, que els preceptes ara invocats utilitzen el terme *titular*, que no implica cap diferència de matís respecte al terme *persona*, llevat que la DGDEJ cregui que els que no siguin titulars d'un dret sobre un habitatge hagin de manifestar-se sobre aquest aspecte, la qual cosa és del tot absurda. De la mateixa manera, l'article 91 RH utilitza el terme *disponente*, és a dir, aquell que disposa, que se suposa que és una persona, perquè els «éssers vius no humans», de moment, no disposen. Per tant, no es pot treure cap conseqüència jurídica digna de menció pel fet de referir-se a la «persona que hipoteca».

— D'altra banda, allò que l'article 569-31 CCCat exigeix al convivent que hipoteca és la manifestació expressa en l'escriptura que l'habitatge no té el caràcter de familiar o comú, cosa que fins ara sols s'exigia expressament a les persones casades en l'article 91 RH.

Per si de cas això anterior no fos suficient, diversos preceptes de la mateixa secció de la Llei (la secció tercera, titulada «Dret d'hipoteca») utilitzen el terme *persona* diverses vegades sense que això comporti cap connotació interpretativa especial; així succeeix, per exemple, en els articles 569-29.3 CCCat («La persona representada [...]»), 569-36.4 CCCat («La persona que remata els béns [...]»), 569-36.7 CCCat («[...] la persona obligada a pagar la pensió [...]») i, especialment, 569-37 CCCat («[...] exigir a la persona obligada a la constitució d'una hipoteca»). Tots aquests preceptes utilitzen el terme *persona*, el qual, en si

2. L'acte efectuat sense consentiment o sense l'autorització prescrita per l'apartat 1 és anul·lable a instància de l'altre convivent en el termini de quatre anys des que en tingui coneixement o des que s'inscriu en el Registre de la Propietat.

3. No és procedent l'anul·lació permesa per l'apartat 2 quan l'adquirent actua de bona fe i a títol oneros si, a més, el titular ha manifestat que l'immoble no tenia la condició d'habitatge comú, encara que sigui manifestació inexacta. Tanmateix, el qui n'ha disposat respon dels perjudicis que causi, d'acord amb la legislació aplicable.

13. Per la seva banda, aquest article estableix:

Article 28. Disposició de l'habitatge comú

1. El convivent titular de l'habitatge comú o dels mobles d'ús ordinari no pot portar a terme cap acte d'alienació, de gravamen o, en general, de disposició del seu dret que en comprometi l'ús sense el consentiment de l'altre o, si hi manca, de l'autorització judicial.

2. L'acte efectuat sense consentiment o sense l'autorització prescrita per l'apartat 1 és anul·lable a instància de l'altre convivent, en el termini de quatre anys, des que en tingui coneixement o des que s'inscriu en el Registre de la Propietat.

3. No és procedent l'anul·lació permesa per l'apartat 2 quan l'adquirent actua de bona fe i a títol oneros si, a més, el titular ha manifestat que l'immoble no tenia la condició d'habitatge comú, encara que sigui manifestació inexacta. Tanmateix, el qui n'ha disposat respon dels perjudicis que causi, d'acord amb la legislació aplicable.

mateix, ni afegeix ni treu res, i serà la interpretació del precepte en cada cas allò que determinarà l'abast que hagi de donar-se a tal expressió.

No obstant això, curiosament, la DGDEJ oblida conscientment (?) utilitzar, com a criteri interpretatiu, allò que diu el preàmbul de la Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals, que, en aquesta matèria, insisteix que allò que la Llei pretén és introduir «la regulació de la hipoteca per a supòsits específics del dret català als quals la legislació hipotecària no donava fins ara la solució adequada». Per tant, el que el legislador vol, perquè així ho manifesta expressament, és completar la regulació en aquesta matèria per a adaptar-la a supòsits especials del dret català. Si traslladem aquesta finalitat a la hipoteca de l'habitatge familiar o comú, arribarem fàcilment a la conclusió que allò que el legislador pretén, amb millor intenció que encert, és complementar la regulació de l'article 91 RH,¹⁴ tot imposant la manifestació sobre el caràcter de l'habitatge en l'escriptura com a requisit per a la inscripció de la hipoteca en el cas de les unions estables de parella, supòsit no considerat, ni de bon tros, per l'article 91 RH, alhora que aprofita l'ocasió per a recordar la seva exigència en el cas de les persones casades, amb la qual cosa talla de soca-rel qualsevol possible referència a la il·legalitat del precepte reglamentari esmentat.

Per tant, segons la meua manera de veure-ho, la interpretació del precepte ha d'acomodar-se als desitjos del legislador expressament plasmats en el preàmbul. Així doncs, amb aquest precepte queda clar:

— Que la hipoteca és un dels actes de gravamen que poden comprometre «potencialment» (no «en acte») l'ús de l'habitatge familiar o comú, per la qual cosa serà necessari el consentiment del cònjuge o convivent no titular per a poder hipotecar-lo, i caldrà acudir al jutge si aquell no el dóna.¹⁵ Aquesta afirmació és redundant, perquè amb les disposicions generals esmentades (Co-

14. L'apartat 1 d'aquest precepte, l'únic que aquí interessa, diu: «Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter.»

15. En aquest punt, m'agradaria fer una crida a la comprensió i la generositat dels jutges i magistrats en el cas que se'ls sol·liciti una autorització judicial supletòria per negativa d'un dels cònjuges a prestar aquest consentiment. En concret, vull destacar la diferència de tractament entre el cas de l'embargament judicial i la hipoteca; per a obtenir el primer, és suficient la notificació al cònjuge per a poder embargar els drets del deutor sobre l'habitatge habitual de la família, mentre que en el segon cas s'exigeix el consentiment del cònjuge o convivent. Així doncs, pensem en un cas que es pot donar en la realitat: per exemple, un empresari en una situació delicada amb un dels seus proveïdors per deutes contrets amb ell, arriba a un acord amb aquest pel qual, a canvi de garantir hipotecària-

di de família i Llei d'unions estables de parella) s'arribava a la mateixa conclusió.¹⁶

— Que quan s'hipotequi un habitatge que pugui ser familiar del matrimoni o comú de la unió estable de parella, però que no ho és, la persona que hipoteca ha de manifestar aquest fet expressament. Quan pot tenir l'habitatge tal caràcter? Segons la meua opinió, únicament quan el seu titular sigui part d'un matrimoni o d'una unió estable de parella.

Això no succeeix i, per tant, no cal cap manifestació quan la hipoteca es constitueix per alguna de les següents «persones»:

— Les persones jurídiques, perquè entre els drets de què poden gaudir no s'inclouen aquells que pressuposen facultats volitives pròpies de les persones físiques, com són la decisió de contreure matrimoni o la d'establir una unió de fet amb altres persones.

— Les persones menors de catorze anys, perquè no poden ni contreure matrimoni ni, encara menys, formar una unió estable de parella, atès que la legislació vigent a Catalunya¹⁷ exigeix la majoria d'edat tant per a les unions homosexuals com per a les heterosexuals.

— Les persones solteres menors de divuit anys, per la raó apuntada abans; és a dir, perquè legalment no poden ser membres d'una unió estable de parella; el mateix es pot aplicar a les persones vídues i les divorciades de la mateixa edat, si bé, a la pràctica, aquestes situacions són menys probables.

ment els crèdits del proveïdor, aquest li concedeix un nou i més llarg termini per a la devolució d'aquests crèdits; en aquest cas —real, no de laboratori—, si la hipoteca afecta l'habitatge habitual i el cònjuge del deutor es nega a prestar el consentiment, només es pot acudir a l'autorització judicial supletòria, que, al meu parer, s'hauria de concedir, perquè, d'altra manera, s'està condemnant el creditor a obtenir judicialment l'embargament immediat del mateix habitatge habitual, que podrà fer-se sense gaires problemes, amb el consegüent perjudici per a tota la família, perquè d'aquesta manera l'habitatge es podrà treure a subhasta. És a dir, si es denega aquesta autorització, es produeixen diversos efectes contraproductius: d'una banda, es col·loca l'empresa en greus dificultats; de l'altra, la família es pot quedar immediatament sense habitatge, i, finalment, si no s'adopten mesures cautelars (tipus anotació preventiva), també podria perjudicar-se el creditor si algun altre creditor menys comprensiu o amb més sort accedeix abans al Registre de la Propietat.

16. Vegeu, per exemple, Emilio GONZÁLEZ BOU, «La protección de la vivienda familiar», p. 171, que ja incloïa entre els actes dispositius que desencadenen la protecció dels art. 1320 i similars dels drets forals, els següents: permuta, cessió gratuïta o onerosa, transacció que impliqui transmissió, donació, constitució del dret d'opció de compra, aportació a una societat, renda vitalícia, adjudicació en pagament o per al pagament d'un deute, renúncia de drets o situacions possessòries derivades d'un títol contractual i hipoteca, tant si el prestatari és el cònjuge o convivent com si ho és un tercer.

17. Articles 1 i 20 de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella (LUEP), per a les unions heterosexuals i les unions homosexuals, respectivament.

— Els capellans i altres persones que pel seu estat o la seva condició no poden contreure matrimoni ni formar una unió de fet, perquè no poden viure *more uxorio* amb ningú.

— Tampoc quan els mateixos atorgadors manifestin que són cònjuges o que constitueixen una unió estable de parella, perquè en aquest cas ja tenim el consentiment d'ambdós. El dubte que es podria plantejar pel que fa als integrants d'una unió estable de parella s'esvaeix si recordem que la mateixa DGDEJ, en la Resolució de 23 de novembre de 2005, va reconèixer que «cal entendre que la manifestació feta pels compradors, en la mateixa escriptura de compravenda, de viure en unió estable de parella, és una afirmació solemne que serveix per a acreditar aquella condició als efectes d'atorgament de l'escriptura i de la seva inscripció en el Registre de la Propietat».

Al meu parer, si volem ser jurídicament precisos, la manifestació esmentada tampoc no caldrà en altres supòsits, en concret en el cas de les persones solteres, les vídues i les divorciades que voluntàriament i per pròpia iniciativa manifestin en l'escriptura que no conviuen maritalment amb cap persona i que no han atorgat cap escriptura pública de constitució d'una unió estable de parella.¹⁸ La manifestació de la persona no ha de referir-se, al meu parer, a l'existència o no de la unió de fet, qüestió de valoració jurídica de la qual, a vegades, la mateixa persona afectada no és conscient quant als requisits fàctics necessaris per a ostentar tal condició.

Enfront d'aquest criteri podria contraargumentar-se que la seguretat jurídica que necessàriament hem de buscar notaris i registradors imposa una interpretació pròxima a la que proposa la DGDEJ en la resolució que comento; això implicaria que la manifestació que l'habitatge no té caràcter comú amb tercers caldria encara en aquests casos, o bé, almenys, que tal manifestació és preferible a l'anterior.

No obstant això, l'estranyesa, si no la incomprendibilitat, que per a una persona soltera (vídua o divorciada) sense parella pot arribar a ser haver de manifestar que l'habitatge respecte al qual actua no és un habitatge comú amb tercers i, sobretot, que una manifestació com la que apunto ha de produir efectes

18. Els requisits de les unions estables de parella es regulen en els articles 1 i 19 LUEP.

19. En aquest sentit, la RDGRN de 6 de març de 2004 (BOE de 15 d'abril de 2004) va afirmar, en relació amb l'art. 1320 CC, que «si el transmetent declara ser d'estat solter —de la mateixa manera que si la manifestació és de viduitat, divorci o separació legal— difícilment pot l'adquirent recollir del mateix cap manifestació als efectes de l'art. 1320 del Codi civil, i aquesta declaració, sigui falsa o errònia, ha de produir els mateixos efectes que la que si fos casat fes sobre que l'habitatge que transmet no té la condició de domicili habitual de la seva família». Aquesta doctrina és traslladable al dret català, perquè la ràtio de la norma en l'un i en l'altre casos és la mateixa, en concret la protecció de l'interès familiar.

idèntics¹⁹ als de la relativa que l'habitatge no és comú, em porta a pensar que allò correcte des del punt de vista tecnicojurídic és entendre preferible la manifestació que encapçala aquest apartat.

— Les persones separades judicialment, perquè no poden formar una unió mentre subsisteix el vincle matrimonial, encara que pugui aprofitar el temps de convivència,²⁰ mentre que la protecció de la seva família «anterior» és determinada pel dret d'ús, la plena eficàcia *erga omnes* de la qual exigeix la seva inscripció registral.²¹

Els dubtes que s'han plantejat en aquest punt des d'algun sector —apuntats també per la DGDEJ— deriven de la necessitat d'acreditar la separació judicial; no obstant això, al meu parer, aquesta qüestió s'ha de sobrevalorar.

Si l'adquisició de l'habitatge s'ha realitzat en estat de separat judicialment,²² tal circumstància vincula tothom en les disposicions posteriors, ja que els assentaments registrals estan sota la salvaguarda dels tribunals i produeixen tots els seus efectes legals, tal com ha declarat la RDGRN d'1 d'octubre de 1998 (BOE de 3 de novembre de 1998); contra això, no val al·legar que pugui haver-hi un canvi d'estat civil posterior no manifestat per la persona afectada per les raons següents:

— Segons l'article 336 del Reglament del Registre Civil (RRC), els estats de solter, vidu o divorciat s'acrediten mitjançant la declaració jurada o l'afirmació solemne del mateix subjecte, i cap òrgan oficial no pot exigir altres mitjans de prova. A aquest efecte, no crec que ningú pugui dubtar que la manifestació feta en una escriptura pública notarial és una vertadera afirmació solemne,²³ ni que hagi de donar-se un tractament diferent a la separació judicial.²⁴

20. L'apartat 3r de l'article 1 de la Llei 10/1998 diu respecte de les unions heterosexuals: «En el cas que un membre de la parella o ambdós estiguin lligats per un vincle matrimonial, el temps de convivència transcorregut fins al moment en què l'últim d'ells obtingui la dissolució o, si s'escau, la nul·litat s'ha de tenir en compte en el còmput de l'indicat període de dos anys.» Per la seva banda, l'article 20 de la mateixa llei diu respecte de les unions homosexuals: «No poden constituir la unió estable objecte d'aquesta normativa: [...] b) les persones que estan unides per un vincle matrimonial.»

21. Vegeu en aquest sentit, per exemple, la RDGRN de 21 de març de 2000.

22. Segons la DGRN (resolucions de 16 de novembre de 1994, 5 de juliol de 1995 i 12 de juny de 2002), les persones separades no cal que acreditin la separació en l'adquisició de béns.

23. Així ho va entendre la Resolució de la DGDEJ de 23 de novembre de 2005.

24. De fet, l'art. 159 RN (en la seva redacció donada pel RD 45/2007, de 19 de gener) diu en els seus dos primers paràgrafs que «[l]es circumstàncies relatives a l'estat de cada compareixent s'expressaran dient si és solter, casat, separat judicialment, vidu o divorciat.

»També podrà fer-se constar a instàncies dels interessats la seva situació d'unio o separació de fet.»

— En aquesta línia, també el reglament notarial vigent (art. 157 RN) obliga els notaris a fer constar les circumstàncies identificatives dels compareixents o atorgadors segons el que resulti dels seus documents d'identitat i, si escau, de les seves manifestacions, per la qual cosa la condició de solter, vidu, divorciat, casat o separat judicialment ha de resultar, normalment, de les manifestacions dels atorgadors.

— Com hem vist, aquesta manifestació, en cas d'error o de falsedat, ha de produir un efecte similar a la relativa al caràcter (familiar o comú) de l'habitatge, tal com va assenyalar la DGRN en la seva resolució de 6 de març de 2004.

Si, en canvi, la condició de separat judicialment és posterior a l'adquisició, en el moment en què es produeixi el canvi de titularitat normalment ja s'haurà acreditat la separació, perquè afecta una titularitat inscrita (vegeu, per al cas de les persones divorciades, la RDGRN de 20 de febrer de 1985). Posteriorment, una vegada inscrit el bé a nom d'una persona com a separada judicialment, estarem una altra vegada en la mateixa situació que hem analitzat abans.²⁵

No desvirtua això anterior el fet que l'article 222.3 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC) estableixi que l'eficàcia *erga omnes* de la cosa jutjada derivada de les sentències sobre l'estat civil es produeix a partir de la seva inscripció o anotació al Registre Civil, ja que això significa que, des d'aquest moment i amb caràcter general, ningú no pot desconèixer l'estat civil, però això no impedeix que pugui ser conegut abans per altres mitjans.²⁶

Tot això que he exposat fins ara pressuposa que el dret català s'aplica sense excepció, però, abans d'acabar, hem d'analitzar possibles supòsits del dret internacional privat o interregional, atès que l'aparició de persones de diferent nacionalitat o veïnatge es produeix amb certa freqüència en el tràfic jurídic.

Evidentment, hi ha casos bastant clars. Així, les persones jurídiques, els capellans i, probablement, els menors de catorze anys, sembla que no han de manifestar res sobre la seva nacionalitat i, si escau, el seu veïnatge civil. El mateix ha de succeir, al meu entendre, amb les persones separades judicialment, almenys en l'àmbit del dret interregional, és a dir, quan es tracta de nacionals espanyols.

25. Si no fos així, tampoc no hi hauria gaire més problemes, ja que, o bé és certa la declaració d'estar «separat» i aleshores la protecció de l'ús de l'habitatge per al no-titular és determinada per la inscripció del «dret d'ús» que se li pugui reconèixer judicialment, o bé no ho és, cas en el qual la declaració sobre l'estat civil haurà de produir efectes similars als de la manifestació de no constituir habitatge habitual (Resolució de 6 de març de 2004 i redacció actual de l'art. 159 RN).

26. A més, encara que el notari pogués consultar el Registre Civil per a comprovar l'estat de les persones, sempre hi pot haver un lapse temporal entre el fet modificatiu de l'estat civil (per exemple, sentència ferma de divorci, matrimoni, etc.) i el seu reflex tabular, en el qual la qüestió queda a les mans de les manifestacions de les parts.

Pel que fa a les persones casades, no ofereix cap dubte que és la llei que regula els efectes del matrimoni la que determina els requisits dispositius derivats de l'anomenat *règim matrimonial primari*.²⁷ Per tant, independentment de la nacionalitat o el veïnatge civil dels compareixents, la llei catalana solament és aplicable als cònjuges els efectes del matrimoni dels quals es regeixen pel dret català, segons les normes del dret internacional privat i interregional. Això es desprèn dels articles 91 i 144.5 RH i ho va consagrar la DGRN, per als estrangers, en la seva resolució de 13 de gener de 1999.

En aquest àmbit, hem de recordar que, per exemple, en el dret de l'illa de Mallorca s'entén que no regeix la necessitat de consentiment conjugal per a disposar dels drets sobre l'habitatge habitual de la família i que preval el principi d'absoluta llibertat dispositiva dels cònjuges (vegeu, en aquest sentit, la important sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears [TSJIB] de 3 de setembre de 1998).²⁸ Per tant, quan els efectes del matrimoni estiguin subjectes al dret mallorquí, no s'ha de demanar cap manifestació a la persona casada que hipoteca un bé immoble, encara que aquest mateix es trobi a Catalunya.

Aquesta interpretació no concorda amb l'opinió dels que, com González Bou, consideren que «les normes sobre protecció de l'habitatge familiar no són solament normes del règim econòmic matrimonial primari, sinó també i fonamentalment normes de protecció de la família, pot afirmar-se que formen part de l'ordre públic de l'ordenament jurídic, comú o foral, que és aplicable per raó del lloc de situació de l'habitatge i que, en conseqüència, no podrà ser aplicable cap llei estrangera que vulneri aquestes normes de protecció de l'habitatge familiar habitual perquè així ho disposa l'art. 12.3 CC». Precisament, la DGDEJ sembla que se situa en tal sintonia en aquesta resolució que comento, encara que no s'atreveix a afirmar-ho directament i utilitza, per a arribar a la mateixa conclusió, la feble interpretació literal i sistemàtica de l'article 569-31 CCCat, a la qual m'he referit anteriorment.

27. Cal no oblidar que, encara que l'art. 9.3 CC amplia l'àmbit de les lleis a les quals els cònjuges poden ajustar les seves capitulacions, això no abasta en cap cas el règim matrimonial primari, que ha de regir-se per la llei que regula els efectes del matrimoni, fixada de manera immutable d'acord amb els punts de connexió de l'article 9.2 CC. En aquest sentit sembla que també se situa Adolfo CALATAYUD SIERRA, «La eficacia temporal y espacial de las normas. El derecho internacional privado y el derecho interregional: los efectos del matrimonio», a Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL (coord.), *Instituciones de derecho privado*, tom 1, vol. 1, *Personas*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p. 499.

28. Malgrat aquesta sentència, que no esmenta, González Bou (Emilio GONZÁLEZ BOU, «La protección de la vivienda familiar», p. 160) defensa l'aplicació de l'art. 1320 CC com a supletori per a les Illes Balears i el País Basc.

Contra aquesta manera de pensar he de mostrar la meva disconformitat per les raons següents:

— No es poden confondre les normes imperatives del fur amb les normes d'ordre públic del fur. Aquests conceptes no són equiparables, i encara menys quan la interpretació internacionalista predominant és la que redueix al màxim el concepte d'*ordre públic*.²⁹ Al meu parer, només les normes estrangeres contràries als valors i principis superiors de l'ordenament espanyol consagrats per la Constitució (per exemple, la llibertat, la igualtat, etc.), poden considerar-se contràries a l'ordre públic espanyol.³⁰

— Tampoc no es pot entendre que qualsevol norma de la constitució del fur es configura com a integrant del seu «ordre públic». Si fos així, no solament les normes protectores de la família, sinó també les de la propietat o l'empresa, passarien a formar part d'aquest concepte tan ampli d'*ordre públic*, la qual cosa no pot admetre's, i és que, com ha afirmat algun autor (M. Virgós i F. J. Garcimartín), la Constitució de 1978 és l'espanyola, no la Constitució «del món».

— El mateix reglament hipotecari (art. 91 i 144-5 RH) reconeix que el consentiment dels dos cònjuges per a la disposició dels drets de l'habitatge habitual de la família només ha de tenir lloc quan la llei aplicable així ho exigeixi. Els preceptes esmentats constitueixen una clara presa de posició de l'executiu espanyol respecte d'això.

— El fet que el TSJIB hagi sentenciat que, a l'illa de Mallorca, no regeix l'article 1320 CC, ha de fer-nos reflexionar sobre aquesta matèria, perquè, a l'hora de conformar *ad extra* el concepte d'*ordre públic*, hem de tenir en compte la diversitat de legislacions juridicoprivades existents en el territori espanyol, sense caure en la temptació d'equiparar «ordre públic espanyol» i «ordre públic del Codi civil».

— La mateixa DGRN (Resolució de 13 de gener de 1999) va entendre que aquest tipus de normes no s'apliquen als estrangers.

D'altra banda, tampoc no crec que estiguem en presència de «normes materials imperatives de dret intern» aplicables a qualsevol situació internacional, amb exclusió de les normes de conflicte i les normes estrangeres, i això perquè, com destaca la doctrina internacionalista (Calvo Caravaca i Carrascosa González), la tesi de les anomenades *normes materials imperatives* no té suport legal i la jurisprudència tampoc no l'acull de manera clara. A més, continuen els autors esmentats,³¹

29. Precisament en aquest àmbit, quant al règim econòmic matrimonial primari i en la línia que defenso, es troba Adolfo CALATAYUD, *Instituciones de derecho privado*, p. 483.

30. Així, per exemple, no pot admetre's l'aplicació de lleis que impliquin una desigualtat entre cònjuges.

31. Alfonso Luis CALVO CARAVACA i Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, Comares, 2006, p. 196.

aquesta tesi presenta diversos aspectes negatius, entre els quals destaca, en primer lloc, el fet que el legislador redacta aquestes normes amb l'objectiu de regular situacions «internes», no situacions «internacionals». Si fos aquesta la voluntat del legislador, ho hauria expressat així, però no ho ha fet. I, en segon lloc, un altre aspecte negatiu és que fer de tota norma prevista per a «casos interns» una norma potencial aplicable a «supòsits internacionals», atempta contra la seguretat jurídica més elemental, la qual sí que constitueix un valor garantit constitucionalment (art. 9.3 CE).

Per tant, considero, d'acord amb Calvo Caravaca i Carrascosa González, que les normes esmentades solament es poden aplicar a supòsits internacionals quan existeix una «norma d'extensió»³² que ho estableixi.³³ D'altra banda, les normes esmentades només es poden aplicar a casos interns; no ha d'«inventar-se» l'àmbit d'aplicació espacial d'aquestes normes, diuen els autors esmentats, que citen E. Vitta.³⁴

Les mateixes consideracions fetes per a les persones casades haurien de servir per a les integrants de parelles estables no casades, a les quals s'haurien d'aplicar els requisits dispositius que per a l'habitatge habitual de la família exigeixi la llei per la qual es reguli cada concreta unió estable de parella.³⁵

El problema es planteja en aquesta matèria, d'una banda, perquè la legislació estatal sobre dret internacional privat i interregional no considera el fenomen de les unions de fet i, de l'altra, perquè algunes legislacions autonòmiques han dictat normes sobre aquesta matèria —parelles de fet—; així, la legislació catalana sobre unions estables de parella sotmet al seu àmbit les parelles quan, almenys, un dels seus membres tingui veïnatge civil català (art. 1.1 i 20.2 LUEP).

Al meu parer, aquestes normes plantegen un problema de constitucionalitat molt greu, perquè són verdaderes normes de conflicte de dret intern, és a dir, de

32. Aquests autors (Alfonso Luis CALVO CARAVACA i Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, p. 197) posen com a exemple d'aquest tipus de normes l'art. 3 de la Llei de condicions generals de la contractació (LCGC), que indica que la normativa espanyola que regula les condicions generals de contractació és aplicable als casos internacionals «quan l'adherent hagi emès la seva declaració negocial en territori espanyol i tingui en aquest la seva residència habitual».

33. Una altra qüestió que s'hauria d'abordar és si el legislador català té competència, des del punt de vista constitucional, per a dictar «normes materials de dret imperatiu» aplicables a qualsevol situació internacional o interregional, atès que la reserva competencial sobre «normes de conflicte» abraça, al meu parer, el sector de l'ordenament caracteritzat com a dret internacional privat i interregional.

34. Alfonso Luis CALVO CARAVACA i Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, p. 197.

35. En aquest àmbit de les parelles de fet no casades, encara s'observa amb més virulència, si és possible, el diferent grau de protecció que cada ordenament concedeix a l'habitatge familiar habitual, atès que, per exemple, la legislació aragonesa no preveu cap norma de protecció per a la disposició de l'habitatge habitual en el cas de parelles no casades.

dret interregional, la qual cosa és competència exclusiva de l'Estat (art. 149.1.8 CE). Per raons similars, el Tribunal Constitucional va declarar inconstitucional l'incís contingut en l'article 2 de la Compilació balear de 1990, pel qual el dret de les illes Balears s'entenia aplicable als qui residissin en el seu territori, sense que calgués provar el seu veïnatge civil.

Tal argument hauria de ser suficient per a no aplicar el precepte, sense que pogués oposar-se a això la inexistència d'una declaració expressa per part del Tribunal Constitucional, perquè es tracta d'una inconstitucionalitat manifesta. A més, la proliferació de normes d'aquest tipus (així succeeix en la llei navarresa, per exemple) ens condueix a autèntiques situacions d'esquizofrènia jurídica quan dues persones de diferent veïnatge civil formen una unió estable i les seves respectives lleis personals reclamen la seva competència per a regular la unió formada quan no hi ha cap norma o principi previst per a realitzar aquesta coordinació, perquè la Constitució parteix de la competència exclusiva de l'Estat quant a les normes de conflicte.

No obstant això, no han faltat autors, com Celestino Pardo,³⁶ que han defensat la constitucionalitat d'aquest tipus de preceptes, atès que, segons la seva opinió, el fet que la Constitució atribueixi a l'Estat la competència exclusiva per a regular els conflictes de lleis no ha implicat mai la substitució de la competència en els drets en contacte per a regular els punts de connexió i, encara menys, la condició personal dels civils que entren en contacte i generen l'existència del conflicte mateix, sense que existeixi cap raó per a entendre diferent el contingut d'aquesta competència de regulació segons si el conflicte de lleis és internacional o interregional.

Segons la meua opinió, no obstant això, la posició de la doctrina majoritària és encertada. Així, María Paz García Rubio³⁷ diu: «De lo que no me cabe

36. Celestino PARDO, «El derecho interregional y la foralidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), núm. 633 (2001), p. 9-44.

37. Aquesta professora, en un interessantíssim treball titulat «Parejas de hecho y lealtad constitucional» (preparat per l'autora esmentada per al llibre d'homenatge al professor Javier Serrano García i que jo he consultat a la pàgina web <http://www.mujeresjuristasthemis.org/novedades/CONSTITUCIONAL.PDF>), inclou entre els autors que defensen la inconstitucionalitat S. Álvarez González, A. Quiñones Escámez, A. Font i Segura, C. de Amunátegui Rodríguez i M. E. Rodríguez Martínez. També posa de manifest, d'una banda, que altres autors (Calvo Caravaca i Carrascosa González) han intentat salvar la constitucionalitat d'aquestes normes entenent que es tracta de normes materials de dret civil autonòmic que actuarien després d'haver aplicat la norma estatal de conflicte pertinent, la qual cosa, aparentment, preserva la competència exclusiva de l'Estat, i, d'altra banda, que aquesta tesi ha estat rebatuda, amb encert, per S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «¿Derecho interregional civil en dos escalones?», a *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2001, p. 1787-1808, per la innecessària complexitat que produeix pel fet que condueix a situacions discriminatòries i a llacunes de regulació, per exemple, en el cas que els dos membres de la parella siguin estrangers.

duda alguna es de la inconstitucionalidad de estas normas unilaterales contenidas en las leyes autonómicas y de la enorme cantidad de problemas de superposiciones y lagunas que pueden llegar a ocasionar; piénsese en el caso de una pareja catalano-navarra; ambas leyes se declararían autoaplicables; piénsese en una pareja navarro-madrileña: si fallece el madrileño, la ley aplicable a su sucesión no le atribuye al otro conviviente sus derechos sucesorios, aunque los tiene según la ley navarra. Este tipo de conflictos son perfectamente admisibles en el ámbito internacional cuando concurren varios sistemas jurídicos, pero no dentro de un único sistema jurídico, salvo que nos encontrásemos en un modelo como el de Estados Unidos, con múltiples jurisdicciones, múltiples legislaciones de conflictos y principios o leyes de coordinación entre ellas. Pero este no es nuestro modelo constitucional; muy al contrario, del art. 149.1.8º y de la jurisprudencia constitucional sobre el mismo se desprende un sistema de solución de conflictos internos de naturaleza estatal y configuración uniforme.»³⁸

Davant d'aquest panorama, caracteritzat per la inconstitucionalitat de la norma autonòmica i per l'absoluta deixadesa i desídia del legislador estatal,³⁹ probablement l'única solució sigui acudir analògicament als criteris previstos en el dret internacional privat per a determinar la llei aplicable a l'efecte del matrimoni, encara que l'aplicació analògica de les normes sigui forçada en aquest punt.⁴⁰

No obstant això, com que cap de les opinions personals ha de ser necessàriament més vàlida que una altra, ni tampoc no s'ha produït, que jo sàpiga, una declaració expressa d'inconstitucionalitat per part del Tribunal Constitucional, guiat per la intenció de la seguretat jurídica i sempre que l'immoble objecte del negoci radiqui a Catalunya, la cosa més prudent serà que les persones que puguin formar part d'una unió estable de parella es manifestin sobre si l'habitatge que s'ha d'hipotecar és o no comú amb la parella.

38. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «¿Derecho interregional civil en dos escalones?», p. 21.

39. Aquesta actitud del legislador estatal és qualificada per García Rubio, al meu parer amb total encert, de *deslleial*. Vegeu l'article esmentat en la nota 37.

40. Aquest criteri va ser sostingut per Enric BRANCÓS NÚÑEZ, «Conflictos de dret internacional i interregional en la successió de cònjuges i convivents», *La Notaria* (abril 2002), p. 71 i seg. En aquesta línia, però de manera matisada, se situa Adolfo CALATAYUD SIERRA, *Instituciones de derecho privado*, p. 506, el qual afirma que les normes sobre matrimoni no poden aplicar-se sense més, però sí que alguna es pot aplicar per analogia; en concret, en primer lloc propugna que la llei elegida per les parts s'admeti sempre que tingui relació estreta amb algun dels convivents i es plasmí en un document fefaent (per analogia amb l'art. 9.2 CC), però sense que l'elecció hagi de ser necessàriament anterior a la unió i no regeixi el principi d'immutabilitat; a falta de pacte, segons els principis generals del dret internacional privat, caldria acudir a la llei nacional comuna o a la llei de la residència habitual comuna de la parella en cada moment; i, finalment, si no hi hagués residència comuna, podria acudir-se, si s'entén que encara que no hi hagi convivència hi ha parella, a la llei del lloc on es va constituir, és a dir, on es va atorgar el document formal constitutiu.

De tot això que he exposat sembla que es dedueix que, en principi, segons la legislació vigent a Catalunya, solament es pot exigir la manifestació del caràcter (familiar o comú) de l'habitatge quan constitueixi una hipoteca alguna de les següents persones físiques:

— Les persones casades, quan la llei que regeixi els efectes del seu matrimoni (d'acord amb l'art. 9.2 CC) així ho imposi i solament intervingui una d'elles. En aquest cas es troben, òbviament, les persones casades els efectes del matrimoni de les quals se subjecten al dret català.

— Les persones solteres, vídues i divorciades que reconguin que formen part d'una unió estable de parella i quan no compareix l'altre integrant de la unió.

— Les persones solteres, vídues i divorciades majors de catorze anys que no manifestin res sobre la seva situació personal. En la majoria dels casos, l'edat esmentada podria elevar-se als divuit anys, ja que gairebé totes les legislacions nacionals exigeixen la majoria d'edat per a poder formar part d'una unió estable de parella (per exemple, Catalunya, les illes Balears i Galícia).

Precisament, en relació amb aquesta última possibilitat, no hem de perdre de vista que les situacions de fet solament són reflectides pel notari a instàncies dels compareixents. Així, el Reglament notarial, després de la recent reforma feta pel Reial decret 45/2007, de 19 de gener, diu en el seu article 159 (paràgrafs 1r i 2n) que les circumstàncies relatives a l'estat de cada compareixent han d'expressar si és solter, casat, separat judicialment, vidu o divorciat, si bé pot fer-se constar a instàncies dels interessats la seva situació d'unió o de separació de fet.

Encara que el notari, com hem vist, no té facultats per a demanar a l'interessat que es pronunciï sobre si forma part o no d'una unió estable de parella, cal entendre que, no obstant això, el Codi civil de Catalunya el faculta per a exigir tal manifestació, almenys en cas d'hipoteca, atès que l'article 569-31 CCCat imposa a l'hipotecant tal manifestació, si més no en la forma i en els casos que hem defensat.

A manera de resum i abans de passar a la crítica del precepte en si, cal dir que aquest no afegeix res de nou quan es tracta de persones casades, de convivents que manifesten tal condició en l'escriptura ni tampoc, probablement, quan es tracta de persones solteres, vídues o divorciades que manifesten que no conviuen amb cap persona ni han atorgat cap escriptura pública de formalització d'una unió de fet. L'única veritable virtualitat del precepte és, com apuntava abans, la d'exigir la manifestació expressa del caràcter de l'habitatge a les persones solteres, vídues o divorciades que no es pronunciïn sobre la seva situació de fet i vulguin constituir una hipoteca.

3.3.3. *Crítica del precepte*

Com havia anunciat, a banda que la interpretació del precepte que sembla patrocinar la DGDEJ és inadequada, existeix un segon component que està determinat per allò que té d'inadequat el precepte en si mateix.

Sense entrar a valorar-ne la constitucionalitat,⁴¹ aquest precepte solament serveix per a introduir confusió en la regulació de la hipoteca. Si es vol deixar clar que en tot acte d'alineació o de gravamen que pugui comprometre l'ús de l'habitatge habitual de la família (sigui o no matrimonial) cal el consentiment del cònjuge o convivent o bé la manifestació corresponent que l'habitatge no té tal caràcter, el lloc adequat per a això és la regulació del règim matrimonial primari en el Codi de família i la normativa sobre les unions estables de parella, en cap cas la regulació de cada institució en concret.

Precisament en relació amb això, el dubte que em plantejo és quina explicació té la introducció d'un precepte sobre la hipoteca de l'habitatge familiar o comú i el fet que no s'hagi fet el mateix en la regulació de la constitució de l'usdefruit o en altres institucions del mateix llibre cinquè. Igualment em pregunto si en el futur el legislador català pretindrà regular la compravenda de l'habitatge familiar o comú, la seva aportació a societats, la seva permuta, etcètera. Si és així, em pregunto per quina raó ho fa, amb quina finalitat i, especialment, quin profit obté.

Si se'm respon dient que el que es pretén és regular l'accés registral dels actes d'alienació i de gravamen de l'habitatge habitual situat a Catalunya, he de contraargumentar que dubto molt que la comunitat autònoma catalana tingui competència en aquest àmbit. Si, amb tot, se'm convenç que hi ha tal competència, el que no puc admetre és que, en virtut de tal regulació, es pugui imposar la normativa catalana a tota persona, sigui quina sigui la llei que regeixi els efectes del matrimoni o la unió de fet de què es tracti. Ni l'article 91 RH, emmarcat en la legislació imperialista espanyola, tan poc respectuosa amb les especialitats pròpies d'altres drets, segons s'ha afirmat tradicionalment, cau en tal temptació, i permet altres possibilitats quan estableix que tal precepte solament s'aplica «quan la llei aplicable exigeixi el consentiment dels dos cònjuges per a disposar de drets sobre l'habitatge habitual de la família».

En definitiva, el legislador català hauria de regular de manera clara aquesta matèria en la ubicació adequada i amb un precepte o dos hauria de deixar la qüestió clarificada, sense oblidar la màxima que més valen poques lleis en mans de bons juristes que a l'inrevés.

41. Atès que l'ordenació dels registres i els instruments públics és competència exclusiva de l'Estat i que la matèria hipotecària ha estat tradicionalment inclosa dins d'aquest àmbit.

3.4. TERCER PROBLEMA: LA DIVISIÓ MATERIAL D'UN HABITATGE EN DOS I L'ADJUDICACIÓ D'UNA MEITAT A CADASCUN DELS DOS COPROPIETARIS SÓN ACTES QUE NO COMPROMETEN L'ÚS DE L'HABITATGE FAMILIAR

La DGDEJ considera, en aquest cas, que la divisió d'un habitatge en dos de més petits no compromet l'ús, ja que cadascun dels antics copropietaris disposa d'un habitatge per a ell, i cada habitatge compleix els requisits mínims d'habitabilitat exigits per la legislació aplicable. D'aquí es dedueixen dues conseqüències:

— En primer lloc i com no podia ser d'altra manera, que el centre directiu acaba interpretant l'article 569-31 CCCat en relació amb els articles corresponents (9 CF i 11 i 28 LUEP). Allò fonamental, doncs, és determinar si l'acte dispositiu compromet o no l'ús de l'habitatge.

— En segon lloc, deixa ben clar que els actes materials de reducció de l'extensió de l'habitatge o la realització d'obres de condicionament no constitueixen restriccions a l'ús de l'habitatge familiar en el sentit exigit per la legislació, en concret, pels articles citats abans del Codi de família i de la LUEP. És a dir, l'únic que es protegeix és la privació de l'ús, no pas la pèrdua de qualitat en l'ús.

Per la meua banda, no he d'objectar res a la solució adoptada per la DGDEJ. No obstant això, si el judici que s'ha de fer es trasllada als raonaments utilitzats per a justificar tal solució, la valoració canvia radicalment. A continuació m'ocuparé d'aquesta tasca i aprofitaré la conjuntura per a endinsar-me en l'anàlisi d'altres aspectes relacionats amb la protecció de l'habitatge familiar o comú i dels mobles d'ús ordinari. En concret, no es pot perdre mai de vista quina és la finalitat que es pretén amb aquesta legislació: es tracta de protegir l'ús de l'habitatge familiar o comú i evitar que, per mitjà d'un acte unilateral d'un dels cònjuges o integrants de la parella, tota la família pugui quedar privada del seu ús. Així doncs, perquè actuï la limitació i, per tant, perquè sigui necessària l'autorització (sia de l'altre cònjuge o convivent, sia judicial) o la manifestació corresponent, es requereixen diverses premisses:

a) Que l'acte d'alienació o de gravamen tingui per objecte un habitatge. Efectivament, sembla obvi que si els actes esmentats versen sobre un objecte que no és un habitatge, mai no pot tenir lloc l'aplicació dels preceptes que estem comentant; així succeeix, per exemple, en el cas dels terrenys rústics, els locals comercials, els aparcaments i els solars, així com en el cas dels habitatges que es troben en estat de ruïna o en construcció;

A més, l'habitatge ha de ser l'habitual de la família, cosa que exclou la segona residència, «de caps de setmana» o «d'estiueig». En aquest punt, alguns au-

tors (González Bou,⁴² Díez-Picazo, Lacruz i Ferrer)⁴³ admeten la possible existència de diversos habitatges habituals, perquè pot succeir que els pares n'ocupin un i els fills n'ocupin un altre per raons d'estudi; en contra d'aquesta possibilitat es mostren Álvarez Olalla i Albaladejo.⁴⁴ Segons la meua opinió, tal possibilitat ha d'admetre's, però de manera excepcional, quan això respon a necessitats familiars justificades (per exemple, estudi o treball), i no a una mera comoditat, i probablement només de manera temporal, perquè, en principi, els conceptes de *família* i *separació de cossos permanent* no són compatibles.

Són interessants també les reflexions de González Bou⁴⁵ per al cas dels habitatges «mixtos», és a dir, aquells que s'utilitzen en part com a habitatge familiar habitual i en part com a despatx professional (d'un advocat, un arquitecte, un metge, etc.) d'un o d'ambdós dels membres de la parella. En aquests casos, relativament freqüents en la pràctica, considero prudent la solució propugnada per l'autor esmentat en el sentit que s'ha d'aplicar la legislació protectora, llevat que hi hagi una segregació i es disposi únicament de la part destinada a despatx professional.

b) Que l'acte que es tracti afecti actualment o potencialment l'ús de l'habitatge. Per tant, no hi haurà problemes en els següents supòsits:

b1) Transmissió de la nua propietat i reserva de l'usdefruit vitalici per al transmissent. En aquest cas, el dret d'ús es manté durant la vida de la persona de què es tracti. I no es pot oposar el caràcter temporal de l'usdefruit, perquè si el dret esmentat té caràcter vitalici, la situació «d'ús» és idèntica a la que té lloc amb el dret de propietat; l'única diferència entre l'un i l'altre casos és la destinació *post mortem* de l'habitatge (nus propietaris o hereus, segons el cas), però això no afecta l'altre cònjuge o convivent.

Cal dir el mateix dels supòsits en què es ven la plena propietat i es reserva un dret d'habitació o d'ús, llevat que es pacti que els drets esmentats solament permetran que utilitzi l'habitatge el seu titular, i no la seva família, cosa que per defecte admet la legislació catalana.⁴⁶

42. Emilio GONZÁLEZ BOU, «La protección de la vivienda familiar», p. 176.

43. L'opinió dels tres últims autors ha estat presa de Rodrigo BERCOVITZ (coord.), *Comentarios al Código civil*, 2a ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006, p. 1586.

44. Les opinions esmentades han estat preses de l'obra citada en la nota anterior i de la mateixa pàgina.

45. Emilio GONZÁLEZ BOU, «La protección de la vivienda familiar», p. 174.

46. Així, l'art. 562-6 del llibre cinquè CCCat afirma respecte al dret d'ús: «Els usuaris poden posseir i utilitzar un bé aliè de la manera que estableix el títol de constitució o, si no n'hi ha, de manera suficient per a atendre llurs necessitats i les dels qui hi convisquin.» I l'art. 562-7 CCCat afegeix: «L'ús d'un habitatge s'estén a la totalitat d'aquest i comprèn el de les dependències i els drets

Igualment és possible la venda de la plena propietat d'un habitatge arrendat en la seva totalitat a un tercer, perquè si aquell està ocupat per una altra persona no integrada en la família, mai no pot ser habitatge habitual de la família. En aquest sentit es pronuncia González Bou.⁴⁷

b2) Transmissió o renúncia de l'usdefruit, si el disponent o renunciant es reserva el dret d'ús o d'habitació,⁴⁸ per les mateixes raons i en els mateixos termes que s'han apuntat en la lletra b1 anterior.

A aquest efecte, no crec que basti la reserva d'un dret d'arrendament, sobretot perquè el dret esmentat no pot configurar-se com a vitalici.⁴⁹

c) Que la parella disposi actualment de l'ús de l'habitatge en virtut d'un títol jurídic suficient per a això, atès que, si no, difícilment aquestes normes poden actuar. Efectivament, aquests preceptes no donen als cònjuges o convivents més d'allò que tenen, sinó que es limiten a protegir allò que ja existeix. Així doncs, mai no s'aplicaran quan únicament s'és titular de la nua propietat, perquè el dret d'usar la cosa correspon a l'usufructuari (vegeu, en aquest últim sentit, la RDGRN de 23 d'octubre de 1987).⁵⁰

annexos.» L'article 562-9 CCCat, en relació amb el dret d'habitació, assenyalava: «El dret d'habitació comporta el dret d'ocupar les dependències i els annexos d'un habitatge que s'assenyalen en el títol de constitució o, si no hi ha aquesta indicació, els que calen per a atendre les necessitats d'habitatge dels titulars i de les persones que hi conviuen, encara que el nombre d'aquestes augmenti després de la constitució.»

47. Emilio GONZÁLEZ BOU, «La protección de la vivienda familiar», p. 187.

48. La possibilitat de constituir el dret d'ús o el dret d'habitació mitjançant la reducció del dret d'usdefruit era admesa expressament per l'art. 33.2 de la Llei 13/2000, de 20 de novembre, de regulació dels drets d'usdefruit, ús i habitació. I encara que la regulació actual guarda silenci sobre aquest punt, igual que sobre les altres formes de constitució, no veig cap inconvenient que aquests drets es puguin constituir per aquesta via.

49. Emilio GONZÁLEZ BOU, «La protección de la vivienda familiar», p. 173, sosté aquesta mateixa opinió, si bé entre les raons per les quals no és possible equiparar la «reserva d'arrendament» inclou que el dret esmentat no té caràcter real. Al meu parer, aquest argument és feble, perquè l'arrendament, sia un dret personal, sia un dret real, és inscriptible, fet que permet obtenir una oposabilitat *erga omnes* equiparable amb la d'un dret real. A més, la protecció d'aquests preceptes no va lligada al fet que el gaudi de l'habitatge tingui lloc en virtut d'un dret real, sinó que regeix també en el cas dels drets personals. Allò realment important és que no es pot passar d'un gaudi vitalici a un gaudi temporal sense el consentiment del cònjuge o convivent, si es tracta de l'habitatge habitual.

50. Pel que fa al precari, Emilio GONZÁLEZ BOU, «La protección de la vivienda familiar», p. 172, n. 11, assenyalava que «ens referim sempre a drets, raó per la qual la mera situació possessòria tolerada, és a dir, el precari, no estaria dins de l'àmbit de les normes analitzades. No obstant això, la finalitat de la norma crec que ha de conduir-nos a entendre-hi inclosa també la situació de precari, ja que sigui quina sigui la seva verdadera naturalesa jurídica, habilita una família per a viure en una llar.»

Aquesta premissa ens permet excloure l'aplicació dels preceptes sobre l'habitatge habitual a altres situacions, com per exemple:

a) L'adquisició de béns ja hipotecats o en els quals la hipoteca es configura com a requisit *sine qua non* per a l'adquisició, és a dir, en el cas cada dia més freqüent d'adquisició complexa mitjançant un préstec hipotecari⁵¹ que la finança, perquè l'ús que es protegeix és un ús «actual», no un ús «potencial». No cal consentiment ni cap manifestació perquè la situació de fet és la mateixa que si la família (matrimonial o no) es trasllada a residir en un habitatge d'un dels cònjuges o convivents hipotecat prèviament, i, a més, perquè, com ha palesat la RDGRN de 22 de maig de 2006 (BOE, núm. 151, de 26 de juny de 2006), la interpretació contrària «implicaria una restricció de les facultats adquisitives dels cònjuges no permesa en el nostre dret, on els cònjuges poden adquirir tota classe de béns tot i que estiguin gravats i encara que hagin de constituir el domicili conjugal».

No crec que, en aquest punt, el dret català ofereixi cap particularitat. El contrari seria tan absurd com negar a un català casat en règim de separació de béns la possibilitat d'adquirir un habitatge amb una hipoteca mentre que un català casat originàriament en règim comú de *gananciales* ho podria fer per a la societat de guanys —tal com ha admès la DGRN en diverses resolucions. La situació seria discriminatòria i, sobretot, absurda, perquè en el primer cas el consentiment del cònjuge o convivent no adquirent és un consentiment secundari «de control» sobre una iniciativa de disposició que li és aliena, perquè el bé és propietat únicament del seu cònjuge o convivent, mentre que en el segon cas el bé seria *ganancial* i no s'aplicaria la regla de codisposició per ser preferent l'aspecte de l'adquisició. En aquest sentit, González Bou⁵² recorda que les interlocutòries del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) de 4 de maig de 1998 (núm. 8 i 9) han mantingut el mateix criteri per al dret català.

b) La renúncia o qualsevol altra forma de disposició de drets d'adquisició preferent, situacions de pendència (per exemple, condicions resolutòries, etc.) o expectatives que puguin afectar habitatges, perquè cap d'aquestes situacions jurídiques no atribueix el dret a l'ús de l'habitatge i la norma no permet a un dels cònjuges o convivents interferir en les facultats d'administració i disposició de l'altre, llevat que aquest disposi d'un habitatge que estigui essent usat per la família i solament en el moment mateix de realitzar la disposició (ni abans ni després).

51. D'acord amb Emilio GONZÁLEZ BOU, «La protección de la vivienda familiar», p. 171, assimilo a aquests supòsits el d'adquisició de l'habitatge amb preu ajornat garantit amb una hipoteca a favor del venedor.

52. Emilio GONZÁLEZ BOU, «La protección de la vivienda familiar», p. 172.

c) Finalment, els supòsits de disposició de quotes indivises de l'habitatge i de dissolució de la comunitat. Aquestes situacions exigeixen, al meu parer, una anàlisi separada i més detinguda.

3.4.1. *Alienació o gravamen de la quota indivisa*

Una primera lectura dels preceptes que regulen la protecció de l'habitatge familiar o comú (esp. l'art. 9 CF, quan diu «encara que es refereixi a quotes indivises», i l'art. 569-31 CCCat, quan al·ludeix a «drets o participacions de l'habitatge familiar del matrimoni» i «drets o participacions de l'habitatge comú») sembla que dona a entendre que qualsevol acte de disposició o gravamen sobre una quota indivisa d'un habitatge dona lloc a l'aplicació de la normativa esmentada. No obstant això, crec que no ens hem de deixar enganyar per les aparences.

Si mirem enrere, podem comprovar que, fins a la publicació del Codi de família (Llei 9/1998, de 15 de juliol), la doctrina pràcticament unànime en aquesta matèria estava representada per allò que havia assenyalat la DGRN en sengles resolucions (la primera, de 10 de novembre de 1987 —BOE de 26 de novembre—, i la segona, de 27 de juny de 1994 —BOE de 22 de juliol de 1994) que consagren la no-aplicació de la legislació protectora (art. 1320 CC) a la transmissió de quotes indivises. I, això, partint que la finalitat que persegueix el precepte esmentat «no és una altra que la d'evitar que per un acte dispositiu realitzat per un cònjuge sense consentiment de l'altre o sense l'autorització judicial supletòria el no disponent o els components de la família hagin d'abandonar un habitatge per a l'ocupació del qual existia títol jurídic suficient». Les mateixes resolucions partien del reconeixement que en les situacions de comunitat queda exclosa la possibilitat que la quota d'un partícip atribueixi el dret a l'ús total i exclusiu de l'habitatge, perquè això impediria als altres partícips fer-la servir conforme a la seva destinació.

Contra això podria dir-se, com apunta la Resolució que comentem, que l'article 1320 CC «[...] mai ha tingut aplicació a Catalunya [...]». Tanmateix, això no ha d'alterar la doctrina apuntada, per les següents raons:

— En primer lloc, perquè la ràtio que respon a la legislació en aquesta matèria és la mateixa tant en el Codi civil com en el dret català, això és, la protecció de l'ús de l'habitatge de la família per a evitar que per la sola voluntat d'un dels seus membres aquella es pugui veure privada de l'ús esmentat. La mateixa resolució que comento reconeix aquest fet quan afirma que «la finalitat de la norma, insistim, és la protecció de la família enfront d'arbitrarietats d'un dels cònjuges o convivents i, des de la perspectiva registral i de tràfic jurídic, garantir la protecció de l'adquirent del dret [...]».

— En segon lloc, perquè la literalitat de l'article 9 CDCC, segons la redacció donada per la Llei 8/1993, de 30 de setembre, és molt semblant a la de l'article 1320 CC.⁵³

— En tercer lloc, perquè per a cert sector doctrinal⁵⁴ és dubtós que l'article 1320 CC no tingui aplicació a Catalunya, ja que fins a l'entrada en vigor de la reforma del 1993 esmentada hi havia base per a entendre vigent a Catalunya el precepte esmentat, encara que fos perquè, en virtut del que es disposava en els articles 1 CDCC i 149. 3 *in fine* CE, el dret estatal era supletori del dret català.

— En darrer lloc i sobretot, perquè tampoc no hi ha diferències significatives entre l'un i l'altre ordenaments (Codi civil i dret català) en matèria de comunitat i condomini.⁵⁵

El dubte que sorgeix, a partir de l'entrada en vigor del Codi de família a Catalunya, és si el canvi de redacció que va substituir l'expressió «drets pertanyents a un cònjuge» per l'expressió «disposició del seu dret [...] encara que es refereixi a quotes indivises» implica també un canvi en la interpretació que fins ara ha proposat la doctrina.

53. L'esmentat art. 9 CDCC establia: «Sigui quin sigui el règim matrimonial aplicable, per a disposar dels drets sobre l'habitatge habitual necessari per a la vida familiar i dels seus mobles d'ús ordinari, si pertanyen a un sol cònjuge, aquest haurà d'obtenir el consentiment de l'altre o, si hi manca, l'autorització judicial.

»La manca d'aquests requisits, si el cònjuge transmetent hagués ocultat la destinació familiar dels béns indicats per mitjà d'una manifestació expressa i falsa, no afectarà la validesa de la transmissió onerosa, sens perjudici de les responsabilitats civils i penals en què haurà incorregut aquest cònjuge, d'acord amb la legislació aplicable.»

Per la seva banda, l'art. 1320 CC diu encara avui: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

»La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.»

54. Hem de recordar que, per exemple, González Bou defensa encara avui l'aplicació de l'art. 1320 CC al País Basc i a les Illes Balears. Al meu parer, no obstant això, aquesta tesi és difícil de sostenir si tenim en compte el que va dictaminar la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears de 3 de setembre de 1998, a la qual ja he al·ludit al llarg d'aquest treball.

55. L'art. 394 CC diu: «Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho». I l'art. 552-6.1 CCCat assenyala: «Cada cotitular pot fer ús de l'objecte de la comunitat d'acord amb la seva finalitat social i econòmica i de manera que no perjudiqui els interessos de la comunitat ni el dels altres cotitulars, als quals no pot impedir que en facin ús.»

Crec, segons la meua modesta opinió, que Ávila Navarro⁵⁶ té raó quan diu que l'expressió esmentada, «encara que es refereixi a quotes indivises», ha d'interpretar-se tenint en compte tota la redacció del precepte. Efectivament, l'article esmentat exigeix que els actes de disposició esmentats «comprometin l'ús de l'habitatge». Tal interpretació és perfectament predicable també respecte de l'article 569-31 CCCat, al qual ens estem referint.

En aquesta línia, és especialment significatiu el fet que la nova regulació del llibre cinquè, sobre els drets reals, quan s'ocupa de la comunitat en proindivisió, consagri el dret del comú a disposar de la seva quota⁵⁷ sense fer cap referència al consentiment del seu cònjuge o convivent, a diferència del que fa en el cas de la hipoteca, i no hi ha cap raó que obligui a donar prioritat o preferència a la regulació d'aquesta última, encara més si, com defensem, aquesta normativa s'interpreta a la claror del que estableixen les normes generals (art. 9 CF i 11 i 28 LUEP).

La qüestió es trasllada, per tant, a determinar quan la disposició o el gravamen d'una quota indivisa poden afectar l'ús de l'habitatge i, consegüentment, quan pot actuar la protecció prevista en els articles 9 CF i concordants de la legislació sobre unions estables de parella, cosa que es concreta, respecte de la hipoteca, en l'article 569-31 CCCat, esmentat abans. Al meu parer, això passa només en dos casos:

— Quan el cònjuge o convivent únic titular del dret sobre l'habitatge (sia el de propietat o el d'usdefruit, sia qualsevol altre dret real o personal que habiliti per a l'ús de l'habitatge) disposa d'una quota indivisa a favor d'un tercer.

— Quan, com destaca el mateix Ávila Navarro,⁵⁸ la disposició es refereix a la quota indivisa complementària de la de l'altre cònjuge, atès que els cònjuges estan obligats a viure junts (art. 68 CC), cosa que es presumeix (art. 69 CC). La mateixa doctrina ha d'aplicar-se respecte de les famílies no matrimonials derivades d'unions de fet, en la mesura que la seva essència és la convivència *more uxorio*. En aquest sentit també es pronuncia González Bou,⁵⁹ que afirma que «el consentiment de l'altre cònjuge només caldrà quan la disposició de la quota indivisa comprometi l'ús familiar, cosa que es produirà sempre que l'altre comú sigui precisament l'altre cònjuge».

56. Pedro ÁVILA NAVARRO, *Comentarios de jurisprudencia registral*, tom I, Barcelona, 2003, p. 354.

57. En concret, l'art. 552-3.1 CCCat afirma: «Cada cotitular pot disposar lliurement del seu dret en la comunitat, alienar-lo i gravar-lo.»

58. Pedro ÁVILA NAVARRO, *Comentarios de jurisprudencia registral*, p. 354.

59. Emilio GONZÁLEZ BOU, «La protección de la vivienda familiar», p. 174.

3.4.2. *Dissolució de la comunitat*

En segon lloc, hauríem d'ocupar-nos de la dissolució de la comunitat, en relació amb la qual caldria fer les mateixes consideracions que hem fet abans respecte a les quotes indivises. El cas resolt per la Resolució és especialment sagrant, perquè, si d'un habitatge pertanyent a dues germanes en surten dos que s'adjudiquen un a cada comunera, és claríssim que no hi ha cap vulneració de l'ús de l'habitatge familiar, atès que després de la divisió cada cotitular queda convertit en titular exclusiu d'un habitatge.

Ara bé, si aprofundim una mica més en la doctrina que insinua la Resolució, no puc compartir l'al·lusió que allò important és comprovar si la dissolució de la cosa comuna pot comprometre o no l'ús, perquè, per essència, cap comuner pot tenir l'ús exclusiu de la cosa comuna, per raó de la mateixa comunitat. Per tant, en cap cas no és aplicable el que disposen els articles 9 CF i corresponents de la legislació d'unions estables de parella en els casos de dissolució de la comunitat. No es dona aquí l'excepció que els únics comuners siguin els cònjuges o convivents, perquè si de mutu acord venen l'habitatge a un tercer i es reparteixen el preu obtingut, no es pot objectar res, en la mesura que concorre el consentiment dels dos, mentre que si l'habitatge és indivisible i s'adjudica a un dels dos amb el consentiment de l'altre, tornarem a estar en la mateixa situació.

En aquesta qüestió, m'agradaria abordar algunes de les afirmacions de la Resolució, que no comparteixo en absolut. En primer lloc, la referència que fa la DGDEJ a una possible aplicació analògica de la doctrina establerta pel Tribunal Suprem (Sentència de 14 de juliol de 1994) al supòsit de fet de la resolució que comento, i això perquè la tesi mantinguda per l'alt tribunal no és en absolut traslladable a la situació de mera comunitat, en la mesura que en el cas resolt se superposava un dret d'ús de l'habitatge, que constitueix per si mateix un títol jurídic suficient per a usar l'habitatge.

A més, la Resolució tampoc no insisteix prou en el fet que la dissolució no és un acte de disposició, d'alienació o de gravamen. Segui quina sigui la naturalesa que s'atribueixi a la dissolució de la comunitat (declarativa, de mera especificació de drets o mixta, d'extinció de la comunitat i atribució de titularitats), no pot configurar-se com a alienació. No obsta a això el fet que, en alguns casos, per a poder procedir a la divisió de la comunitat, calgui vendre el bé a un tercer amb la finalitat de repartir els diners obtinguts, perquè, en aquest cas, hi ha un acte de disposició en el marc d'un procés de dissolució.

Finalment, hi ha l'afirmació, que sembla que patrocina la DGDEJ, que el cònjuge o membre de la unió es pot oposar, en determinats casos, a la facultat que té el seu consort cotitular de l'habitatge d'exigir en qualsevol moment la di-

visió sense expressar els motius per a fer-la. Tal asseveració, al meu parer, no és correcta, especialment perquè l'article 552-10 CCCat no conté cap limitació en aquest sentit, llevat del pacte d'indivisibilitat pel transcurs del termini màxim de deu anys o d'una decisió judicial per cinc anys. L'únic fet que es podria admetre, com a hipòtesi de treball, és que l'existència d'un matrimoni o d'una relació de parella estable pot modalitzar el règim de l'extinció de la comunitat de manera que la divisió de la cosa comuna pertanyent als dos cònjuges o convivents hagi d'anar lligada necessàriament a les mesures tendents a la dissolució o la ruptura de la mateixa situació de matrimoni o d'unió estable. En aquest sentit, sembla obvi que, si un cònjuge o convivent demana la dissolució de la comunitat respecte de l'habitatge comú de manera arbitrària i sense motius, és perquè la convivència està trencada del tot i no hi ha base o fonament per a la subsistència del matrimoni o la relació de parella.

Si, en canvi, el que la DGDEJ ens vol dir és que, quan entre els integrants de la comunitat existeix un cònjuge o convivent, la facultat de demanar la divisió de la cosa comuna que correspon a tot comuner (per tant, no només al membre de la parella o matrimoni, sinó també a l'altre) se supedita al consentiment de l'altre convivent o cònjuge no comuner, he de mostrar la meua oposició absoluta a aquesta manera de pensar, per les següents raons:

— En primer lloc, perquè en cap cas la situació de comunitat legitima un ús exclouent per part d'un dels comuners i la seva parella.

— En segon lloc, perquè de cap manera no es pot limitar el dret de l'altre comuner (el tercer no integrant del matrimoni o la parella) a demanar la divisió, perquè ja des del dret romà la situació d'indivisió és una situació que el dret avorreix, atès que és un principi superior de l'ordenament jurídic el que tendeix a afavorir la desaparició de les situacions de comunitat, i la regulació catalana no constitueix una excepció a aquesta manera de pensar.

4. CONCLUSIONS I PROPOSTES DE FUTUR

De tot això que he exposat es dedueix que, en el supòsit de fet resolt per aquesta resolució, la DGDEJ encerta en els resultats però erra greument en l'argumentació utilitzada, la qual cosa no deixa de ser un mal menor, però comporta el risc de la utilització dels raonaments esmentats en possibles resolucions futures. Precisament, la motivació que m'ha mogut a escriure aquest comentari és evitar que aquest risc es concreti en el futur.

Efectivament, la DGDEJ s'equivoca quan assenyala que la divisió d'un pis en dos no és una modificació del títol constitutiu, però encerta quan no dema-

na que l'autorització de la comunitat es formalitzi en una escriptura pública, perquè el consentiment principal és el del propietari que divideix, i el de la comunitat només és un consentiment complementari i n'hi ha prou que estigui acreditat fefaentment.

La DGDEJ tampoc no encerta en la interpretació que proposa de l'article 569-31 CCCat, perquè la utilització de la paraula *persona* no afegeix res al precepte i perquè no es pot afirmar que un precepte en matèria d'hipoteques s'aplica a tota persona sigui quina sigui la seva condició civil o personal, i més quan això incideix en una matèria com la del règim matrimonial, que té les seves pròpies normes reguladores tant en el dret internacional privat com en el dret interregional, vedades en principi a la competència del legislador català, almenys en el moment actual.

Les mateixes consideracions es poden fer respecte de les unions estables de parella, encara que en aquest punt el legislador estatal incorre en una clara irresponsabilitat en no pronunciar-se sobre la llei aplicable a aquesta mena d'unions quan existeixen elements personals de diferent veïnatge civil o nacionalitat.

La DGDEJ s'equivoca igualment quan diu que la divisió d'una cosa comuna pot produir una privació de l'ús de l'habitatge comú (sia de matrimoni, sia d'unió estable), però encerta quan afirma que, en aquest cas concret, no hi ha cap possibilitat de privació de l'ús, atès que cadascuna de les dues comuneres es queda amb un habitatge en plena propietat.

Segons la meua opinió, les conclusions més probables en aquesta matèria haurien de ser les següents:

Primera: la modificació del títol constitutiu consistent a dividir⁶⁰ un departament de la propietat horitzontal quan els estatuts no autoritzen els propietaris per a fer-ho unilateralment, exigeix el consentiment de la comunitat de propietaris, el qual pot acreditar-se mitjançant la certificació corresponent, expedida pel secretari i amb el vistiplau del president, sempre que s'acrediti la vigència dels càrrecs esmentats al notari que autoritza l'escriptura i que es legitimin els seus signes. Tanmateix, això no impedeix que el president de la comunitat pugui comparèixer davant del notari per a executar l'acord esmentat, però, en tot cas, es tracta d'una possibilitat, no d'una necessitat.

En aquests casos, la modificació es produeix amb l'atorgament de l'escriptura de divisió pel propietari del departament privatiu, la plena eficàcia de la qual exigeix, com hem vist, l'autorització de la comunitat de propietaris, llevat que els estatuts considerin la possibilitat esmentada.

60. Les mateixes consideracions són aplicables als supòsits de segregació, agrupació, agregació i afectació o desvinculació d'annexos.

Segona: la persona que hipoteca un habitatge situat a Catalunya ha de manifestar-se sobre si aquest té o no caràcter de familiar en els següents casos:

— Les persones casades, quan la llei que regeix els efectes del seu matrimoni (d'acord amb l'art. 9.2 CC) així ho imposa i només compareix un dels cònjuges.

— Les persones solteres, vídues i divorciades que reconeixen que formen part d'una unió estable de parella, quan no compareix l'altre integrant de la unió.

— Les persones solteres, vídues i divorciades majors de catorze anys que no manifesten res sobre la seva situació personal. En la majoria dels casos, l'edat esmentada podria elevar-se als divuit anys, ja que gairebé totes les legislacions nacionals exigeixen la majoria d'edat per a poder formar part d'una unió estable de parella (per exemple, Catalunya, les illes Balears i Galícia).

Tercera: les limitacions establertes per l'article 569-31 CCCat solament són aplicables a la hipoteca, de manera que no és possible l'aplicació extensiva d'aquest a altres actes dispositius mentre el legislador no es pronunciï expressament. No es poden imposar limitacions dispositives merament conjecturals o presumptes.

Quarta: les limitacions establertes per l'article 569-31 CCCat no s'apliquen als supòsits en els quals el gravamen hipotecari es constitueix en el mateix moment de l'adquisició, perquè aquest aspecte predomina sobre el dispositiu i perquè encara no hi ha ús que calgui protegir.

Cinquena: les limitacions dispositives de l'article 569-31 CCCat són una concreció per a la hipoteca d'allò que s'estableix en els articles 9 CF i 11 i 28 LUEP, per la qual cosa només s'han d'aplicar quan l'acte d'alienació o de gravamen compromet realment l'ús de l'habitatge familiar.

Sisena: en els casos d'alienació o de gravamen de la quota indivisa, la normativa esmentada no s'aplica, llevat de dos casos:

— Quan el cònjuge o convivent únic titular del dret sobre l'habitatge (sia el de propietat o el d'usdefruit, sia qualsevol altre dret real o personal que habiliti per a l'ús de l'habitatge) disposi d'una quota indivisa a favor d'un tercer.

— Quan la disposició es refereixi a la quota indivisa complementària de la de l'altre cònjuge o convivent, sempre que es presumeixi que viuen junts.

Setena: la normativa protectora de l'ús de l'habitatge familiar (matrimonial o no) no s'aplica en cas de dissolució de la comunitat ni en casos similars, com pot ser el de partició de l'herència.

En qualsevol cas, les línies exposades haurien de servir com a punt d'inflexió perquè el legislador faci una reflexió sobre si el camí pel qual s'ha optat, en aquesta matèria, és el correcte. No hem d'oblidar que, a més dels problemes de dret interregional i internacional que conflueixen en aquesta matèria, la situació dels notaris (funcionaris encarregats de preparar la documentació extrajudicial que ha d'accedir als registres de la propietat) és una mica esquizoide, ja que, d'una

banda, el Reglament notarial ens diu que únicament s'han de reflectir les situacions de fet quan així ho sol·licitin els interessats, mentre que, de l'altra, la legislació catalana ens obliga, en determinats casos, a preguntar si l'habitatge objecte de la hipoteca és o no comú d'una parella.

Per tot això, crec que ha arribat el moment de preguntar-se si el camí emprès en el seu moment per l'article 91 RH i seguit per les legislacions autonòmiques —com la catalana—, és l'únic que condueix a una solució satisfactòria o si, al contrari, existeixen altres vies més adequades per a aconseguir la mateixa finalitat, que no és altra que la protecció de l'ús de l'habitatge familiar sense cap minva de la seguretat jurídica.

En aquest sentit, crec que el camí que s'ha de seguir ha d'anar adreçat a eliminar la necessitat que el titular faci aquest tipus de manifestacions unilaterals en el moment de la disposició i a substituir aquesta necessitat per un sistema de reflex registral previ del caràcter d'habitatge conjugal o comú de la parella, de manera que, si en el Registre de la Propietat no consta cap menció respecte d'això, no s'ha d'imposar cap limitació. És a dir, es tracta de continuar aprofundint en la línia iniciada per l'article 144-5 RH per al cas dels embargaments.

El reflex registral de tal circumstància podria fer-se en el mateix moment de l'adquisició mitjançant una manifestació de l'adquirent que s'ha de fer quan no hi ha cap conflicte a la vista —*in tempore non suspecto*— i que s'ha de fer constar en la mateixa acta d'inscripció. És a dir, es tracta d'establir com a circumstància de la inscripció la referència a si l'immoble adquirit constituirà o no l'habitatge familiar; igualment, caldria preveure un sistema de reflex registral posterior (per exemple, mitjançant una nota marginal) que facilités el reflex de la realitat i, per tant, de les situacions canviants en les quals es troben les persones al llarg de la seva vida.

Aquesta manera d'actuar facilitaria molt l'actuació dels tercers, que es podrien fiar d'una institució com el Registre, destinada a donar publicitat als drets inscrits i al seu contingut, amb la qual cosa se superaria una situació com l'actual, en la qual, en cas de bona fe del tercer, es fa descansar tota la protecció en una manifestació d'un sol dels membres de la família (matrimonial o no), de manera que el futur dels altres membres d'aquesta família es fa descansar exclusivament en la seva integritat moral, perquè, en cas de manifestació falsa o errònia, només quedaria la via del rescabament del dany produït, i això sempre que el declarant disponent sigui solvent. Dins d'aquests tercers incloc els mateixos òrgans judicials i de l'Administració,⁶¹ que a l'hora de travar embargaments so-

61. En realitat, atesa la redacció actual de l'art. 144.5 RH, per a aquestes entitats la situació actual és similar a la que jo recomano.

bre els béns gaudirien d'una certa objectivitat i podrien notificar o no les actuacions al cònjuge o convivent del deutor segons que el Registre reflectís o no la destinació de l'habitatge a ús familiar. Fins i tot, aquest sistema oferiria avantatges probatoris per als administrats enfront de la hisenda pública, i a l'inrevés, a l'hora de controlar les deduccions fiscals en aquesta matèria.

Finalment, aquesta manera de procedir dotaria el sistema d'una gran objectivitat, atès que facilitaria l'aplicació de totes aquelles normes que exigeixen, com a pressupòsit d'aplicació, l'existència d'un habitatge familiar (per exemple, el dret del deutor a l'alliberament de l'habitatge hipotecat, sense que calgui el consentiment del creditor, mitjançant la consignació del deute (art. 693.3.2 LEC)).

