

La hipoteca de la vivienda familiar en el Derecho catalán (*)

por

SUSANA NAVAS NAVARRO
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. LA VIVIENDA «FAMILIAR» EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN:

1. LA TERMINOLOGÍA UTILIZADA POR EL LIBRO II CCC.
2. EL CONCEPTO DE VIVIENDA «FAMILIAR».
3. EL DOMICILIO FAMILIAR.

III. CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA DE LOS DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIÓN DE MATRIMONIO O CONVIVENCIA ESTABLE:

1. DERECHOS HIPOTECABLES.
2. EL HIPOTECANTE. CAPACIDAD PARA CONSTITUIR LA HIPOTECA.
3. EL «CONSENTIMIENTO» DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE COMO *CONDITIO IURIS*:
 - 3.1. *Concepto de «negocio de disposición» del artículo 231-9 CCC y su relación con el artículo 569-31 CCC.*
 - 3.2. *El «consentimiento» del cónyuge o conviviente o, en su caso, su sustitución por la autorización judicial.*

(*) Este estudio se inserta en el programa de trabajo del «Grup de Dret Civil català 2009SGR221» y en el Proyecto de investigación DER2010-17949. Agradezco a la señora Esther SAIS RE, Registradora de la Propiedad de Roses-2 y profesora asociada de Derecho Civil en la UAB, la lectura detenida del presente trabajo. Los errores que haya solo son imputables a su autora.

- 3.2.1. La *conditio iuris* como requisito de eficacia del negocio.
- 3.2.2. El «consentimiento» o, en su caso, «la autorización judicial» como requisito de eficacia de la constitución de la hipoteca.
4. LA «MANIFESTACIÓN» DEL CARÁCTER «NO FAMILIAR» DE LA VIVIENDA:
 - 4.1. *Configuración jurídica de la «manifestación».*
 - 4.2. *Manifestación falsa o errónea.*
5. EL ACREEDOR HIPOTECARIO DE BUENA FE:
 - 5.1. *Concepto de «buena fe».*
 - 5.2. *La «impugnación» por el cónyuge o conviviente no titular. El «no perjuicio» del acreedor hipotecario.*
- IV. CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA DE LOS DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL O EXTINCIÓN DE LA CONVIVENCIA ESTABLE:
 1. PACTOS DE LOS CÓNYUGES O CONVIVIENTES EN PREVISIÓN DE UNA CRISIS FUTURA.
 2. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 233-25 CCC.
 3. EL «NO PERJUICIO» DEL DERECHO DE USO DEL NO TITULAR.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 231-9 CCC establece el régimen jurídico específico de la vivienda que ostenta el carácter de «familiar» en caso de matrimonio o de convivencia estable si se trata de una pareja de hecho (1). Este régimen regula esencialmente los requisitos para que, en general, un negocio de disposición que concierna a la vivienda familiar (2) y que lleva a cabo el titular exclusivo o el titular de una cuota del derecho real que recae sobre la misma sea eficaz. El negocio de disposición, al cual se aplica este régimen, tiene que comprometer el uso que se hace de la vivienda. En caso contrario, se aplica el régimen jurídico general en cuanto la vivienda es un bien («cosa») sometido al derecho patrimonial (3).

Dentro de los negocios de disposición se encuentran los dirigidos a constituir un gravamen sobre la vivienda, como es en el caso que nos ocupa, la cons-

(1) La Interlocutoria del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de 2 de junio de 2004, afirmó que: *«tots aquests preceptes orienten una projecció comuna: la protecció de l'habitatge que és seu d'una família o de la parella a ella assimilada. No hi ha, per tant, cap mena de raó o base per a una regulació discriminatòria i, en l'àmbit estrictament registral en el que ara ens movem, és predicable la ininscripibilitat dels actes anul·lables, com són, segons s'ha vist, els dispositius de l'habitatge sense consentiment del convivent...».*

(2) No desconocemos que el artículo 231-9 CCC también se ocupa de los actos de disposición sobre los muebles de uso ordinario. Nosotros, sin embargo, nos centraremos solo en la vivienda familiar.

(3) Como se recordará, el artículo 511-1.1 CCC considera como «bienes» las «cosas» y los «derechos patrimoniales».

titución de una hipoteca que no necesariamente afecta ni compromete el uso que se extrae de aquella, al menos de forma directa e inmediata. El legislador catalán ha entendido, sin embargo, necesario extender ese régimen jurídico específico de la vivienda, que se encarna principalmente en el artículo 231-9 CCC, aunque no solo en él, por ser «familiar» también a la constitución de una hipoteca sobre la misma, si bien, en nuestra opinión, la extensión no ha sido total, ya que la configuración jurídica de la necesidad de «consentimiento» (*rectius*, asentimiento) del otro cónyuge o conviviente y los efectos jurídicos que se derivan en caso de ausencia no parecen ser los mismos.

Es el artículo 569-31 CCC el que reguló, por primera vez, aunque no en toda su extensión, en el Derecho catalán, la hipoteca de la vivienda familiar. Este precepto ha sido modificado por el Libro II CCC (Disposición Final tercera) que ha introducido dos novedades: la primera, se suprime la referencia a «*el cónyuge o la cónyuge y al conviviente y a la conviviente*» y se sustituye por «*el cónyuge y el conviviente*», como consecuencia de la Disposición Final primera del Libro IV CCC, en virtud de la cual se añade un nuevo artículo 7 al Libro I CCC, referido al trato del género en las denominaciones referidas a personas, entendiéndose que las denominaciones en género masculino incluyen tanto mujeres como hombres, salvo que del contexto se deduzca lo contrario. La segunda novedad se centra en el apartado 2 del artículo 569-31 CCC, en el que se ha sustituido la expresión «*la persona que hipoteca...*» por «*el cònjuge o convivent en parella estable que hipoteca*».

Por otro lado, se ha mantenido indebidamente el título del precepto aludiendo a *habitatge comú* que era la terminología propia de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de parejas (arts. 11 y 28), ahora derogada por el Libro II CCC. En este, la vivienda «común» ha pasado a denominarse también «vivienda familiar» (arts. 234-3.2, 234-8 CCC). Cabe esperar que en una futura corrección de errores o en una eventual futura modificación del Libro II CCC este olvido sea corregido.

Como el objeto sobre el que recaen los derechos hipotecables es la vivienda familiar, conviene detenerse en cómo aparece esta contemplada por el Derecho Civil catalán. A ello dedicamos el siguiente epígrafe.

II. LA VIVIENDA «FAMILIAR» EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN

1. LA TERMINOLOGÍA UTILIZADA POR EL LIBRO II CCC

El CCC utiliza preferentemente la expresión *vivienda familiar* (arts. 231-9: disposición de la vivienda familiar; 231-17: embargo y concurso de acreedores en caso de que la vivienda familiar se haya adquirido con pacto de supervivencia; 232-22.2: pago del crédito en régimen de participación en las ganancias; 233-1.1

letra f): medidas provisionales; 232-2.3 letra b): medidas acordadas en convenio regulador; 233-4.2: medidas definitivas acordadas por la autoridad judicial; 233-20: atribución o distribución del uso de la vivienda familiar; 234-3.2: uniones estables de parejas; 234-8: atribución o distribución del uso de la vivienda familiar en caso de extinción de la pareja estable; 442-5: conmutación del usufructo universal; 569-5: derecho de retención de la vivienda familiar; 569-31: hipoteca de la vivienda familiar), si bien, a veces, también utiliza la expresión, aunque es menos frecuente de *vivienda conyugal* (arts. 231-30: derecho al ajuar doméstico de la vivienda conyugal; 231-31: año de viudedad; 232-38.2: división de los bienes comunes en caso de que el régimen económico matrimonial sea el de comunidad de bienes; 442-5: conmutación del usufructo universal).

Cuando el legislador emplea la primera expresión —vivienda familiar— está pensando en el grupo familiar, por tanto, no solo cónyuges o convivientes, sino también otros miembros y, concretamente, hijos comunes y no comunes menores de edad independientemente de su filiación, que tienen la sede, su domicilio, en esta vivienda. La expresión «familiar» tiene en el Libro II CCC un sentido más amplio que en la legislación derogada. En efecto, en el CF, la expresión «vivienda familiar» se reservaba a la familia de base matrimonial. En cambio, cuando la familia no tenía esa base matrimonial se usaba la expresión, como se ha indicado en la introducción, de «vivienda común». De acuerdo con la «heterogeneidad del hecho familiar» (art. 231-1 CCC), se amplía el sentido de la expresión «vivienda familiar» en el Libro II CCC. Ahora bien, no es lo mismo «vivienda familiar» que *vivienda de uso de la familia*, como lo evidencian el artículo 231-5.1 letra b) CCC. Viviendas de uso de la familia pueden serlo tanto la vivienda «familiar» como lo pueden ser otras; así, supuesto socialmente más típico, segundas residencias o viviendas de veraneo, etc...

La vivienda también aparece descrita por el legislador catalán como *llar* (hogar) (art. 233-12.1 CCC: plan de parentalidad) o como *casa seva* (art. 237-10.2 CCC: alimentos).

La expresión «vivienda conyugal» suele reservarla el legislador para hacer referencia a los derechos del cónyuge y su protección: es el caso de los beneficios viduales (arts. 231-30 y 231-31 CCC, para los convivientes) y la división de bienes comunes en caso de comunidad de bienes como régimen económico específico del matrimonio (art. 232-38.2 CCC) o la conmutación del usufructo universal (art. 442-5 CCC) donde el legislador utiliza la doble expresión «vivienda familiar o conyugal», precepto también aplicable a los convivientes. En cambio, en el régimen de participación en las ganancias, en caso de pago del derecho de crédito a un cónyuge, el legislador utiliza indebidamente la expresión «familiar» cuando debería de haber empleado la expresión «conyugal» (art. 232-22.2 CCC).

Vivienda «habitual» es una locución empleada por el legislador para designar la vivienda donde conviven acogedor y acogido (art. 2.1 LAPG) y en situaciones

convivenciales de ayuda mutua (arts. 240-1 CCC). Esto demuestra que el legislador catalán no ha contemplado estas situaciones de convivencia como situaciones de convivencia de un grupo familiar, es decir, que no considera estas situaciones como «familiares», como heterogeneidad del hecho familiar predicada en el art. 231-1 CCC. Sin embargo, existe un régimen jurídico específico que regula la situación de esta vivienda en caso de extinción del acogimiento (art. 7 LAPG) o de la convivencia de ayuda mutua (art. 240-6 CCC).

2. EL CONCEPTO DE VIVIENDA «FAMILIAR»

La vivienda es la sede específica donde se localiza el domicilio familiar (4), de ahí su denominación como vivienda «familiar» y la identificación entre los dos conceptos, aunque, desde un punto de vista jurídico, no signifiquen lo mismo.

La vivienda familiar pertenece a la categoría de los bienes inmuebles (art. 511-2 CCC) y, por tanto, es un objeto patrimonial. El dato de que sea la sede del domicilio familiar supone que se encuentre sometido, como se ha cuidado de destacar la doctrina (5), a un doble régimen jurídico: en primer término, como lugar de ejercicio y desarrollo de la relación conyugal o convivencial y de las diferentes relaciones jurídico-familiares y, en segundo lugar, como objeto patrimonial. Desde la primera perspectiva, el hecho de que la vivienda se califique de «familiar» supone «residencia» y «convivencia» de los miembros de la familia. Precisamente, para fijar el lugar que constituye la sede del domicilio familiar se requiere la «residencia habitual» (vid. art. 463-2.2 CCC). Una vez fijado el domicilio, este se independiza de la residencia habitual permitiendo que subsista el domicilio «familiar» en situaciones de crisis matrimonial donde no hay convivencia ni tampoco residencia entre los cónyuges o convivientes, aunque sí respecto de los otros miembros de la familia, concretamente, respecto de los hijos comunes menores de edad. Desde la segunda perspectiva, por el hecho de que es «familiar», la vivienda se encuentra sometida a una regulación especial diferente de la regulación ordinaria, esto es, si no se tratara de una vivienda «familiar» (v. gr., segundas residencias, que son viviendas de «uso familiar», no vivienda «familiar»), lo que se pone de manifiesto en el artículo 231-9 CCC.

Para que una vivienda pueda considerarse «familiar», se requiere un «acto de destinación» por parte de su o de sus titulares. Este «acto de destinación» supone una declaración de voluntad en virtud de la cual un determinado bien, en este caso, la vivienda, pasa a desarrollar una nueva función económica diferente de la que venía desarrollando y, como consecuencia de ello, se modifica

(4) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, PPU, Barcelona, 1992, págs. 36-37.

(5) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, pág. 37.

su régimen jurídico (hasta ese momento, ordinario) siendo sustituido por un régimen jurídico especial (6). El bien ha de ser idóneo para adaptarse al nuevo destino económico. Este régimen jurídico especial no afecta a la titularidad sobre la vivienda que se mantiene tal y como se configuró en su momento —ya fuera de carácter personal o real—, sino que afecta al ejercicio de esa titularidad en el sentido de que la modificación del régimen jurídico comportará una serie de limitaciones o restricciones que no existen en el régimen jurídico ordinario de este bien (7). Concretamente, como veremos, se verá afectado el poder de disposición sobre la vivienda familiar.

Este régimen jurídico es, además, independiente del régimen económico específico que rija el matrimonio (art. 231-9.1 CCC: *Amb independència del règim econòmic matrimonial aplicable...*) y de los pactos establecidos por los convivientes reguladores de su convivencia (art. 234-3.1 CCC).

3. EL DOMICILIO FAMILIAR

El Derecho catalán no regula el domicilio de modo específico aunque, como ha notado la doctrina (8), se refiere a él en diferentes normas o varias veces en una misma norma. El legislador catalán considera como domicilio el *lugar o lugares donde se vive habitualmente* (art. 233-9.2 CCC: plan de parentalidad; art. 236-17.2: contenido de la potestad parental). Por tanto, es el lugar donde se localiza habitualmente a la persona física o jurídica (art. 311-8 CCC: domicilio de las personas jurídicas) también a efectos de notificaciones o procesos judiciales [arts. 569-5.2 y 569-5.4 letra c) CCC: derecho de retención].

El domicilio puede ser tanto de «derecho» como de «hecho». Así, lo precisa, si bien indirectamente, el artículo 236-11.5 CCC, cuando se refiere a las obligaciones de guarda que corresponden a los progenitores en caso de vida separada de los mismos, atribuye esas obligaciones al progenitor con el que los menores *de hecho o derecho* residan habitualmente. Este último es acordado por los cónyuges o los convivientes (art. 231-3.1 CCC) en cuanto a ellos corresponde la dirección de la familia (art. 231-4 CCC). Elegir el domicilio supone tener plena capacidad de obrar (art. 211-3 CCC) o capacidad de obrar limitada pero que se pueda complementar, como en el caso del menor emancipado (art. 211-7 CCC).

(6) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, págs. 53-54.

(7) BADOSA COLL, Ferran, «El poder de disposició en el Dret Civil català. La constitució i la transmissió negocials dels drets reals», en BADOSA COLL, Ferran/GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen, *La adquisición y la transmisión de derechos reales*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2009, pág. 61; ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, págs. 60-62.

(8) BADOSA COLL, Ferran (dir.), *Manual de Dret Civil català*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2003, pág. 145.

En caso de menor de edad no emancipado o tutelado, el domicilio lo fija la ley: artículo 222-39 CCC, para el segundo, y artículo 233-11.1 letra *a*) (art. 38 LDOIA) (9) para el primero. También se considera «legal» cuando lo fija la autoridad judicial (art. 231-3.2 CCC: domicilio familiar; art. 233-4.2 CCC: como medida judicial definitiva en caso de crisis matrimonial).

El legislador catalán también da al domicilio un sentido «local», «territorial» («municipal» o «comarcal») (10) que depende de la norma de que se trate (art. 428-3 CCC: disposiciones para sufragios y obras pías; art. 442-3 CCC: en caso de la sucesión intestada de la Generalitat y destino de los bienes relictos).

Con la expresión «domicilio familiar», el legislador catalán designa un único lugar de localización de una pluralidad, de un grupo de personas que conforman el grupo familiar. Por tanto, es una designación unitaria de domicilios individuales. La familia, como tal, no tiene personalidad jurídica, por ello no puede tener un domicilio (arg. *ex* art. 311-8 CCC: personas jurídicas). El domicilio tiene que referirse a cada uno de los miembros que forman ese grupo familiar. El domicilio tiene una doble dimensión en el ordenamiento jurídico catalán: conyugal y familiar. Esta doble dimensión permite salvar el obstáculo de la falta de personalidad de la familia. La existencia de un domicilio familiar no excluye la existencia de domicilios individuales de cada uno de los miembros de la familia dado que, en nuestro ordenamiento jurídico, se admite la pluralidad de domicilios (11).

El domicilio familiar cumple otra función: ser el lugar donde se localizan legalmente unas concretas relaciones jurídicas que vinculan a las personas que tienen su sede en este domicilio independientemente de que la residencia efectiva de estas personas se dé en esta sede o en otra (12). Este hecho se patentiza en sede de tutela (art. 222-39 CCC), que diferencia entre lugar de residencia y domicilio del tutelado o en sede potestad parental [art. 233-9.2 letra *a*), art. 236-11,5 y art. 236-17.2, 17.6 CCC) donde se alude al lugar o lugares de residencia habitual de los menores independientemente de la sede su domicilio.

Estas relaciones jurídicas son de dos tipos: la relación conyugal o convivencial y la relación paterno-filial. En ambos casos existe un deber que es el *deber de convivencia* (art. 231-2 CCC: matrimonio; art. 234-1 CCC: es el elemento fáctico mismo en el que se asienta la pareja estable; art. 236-17.1 CCC: deber de convivencia de los progenitores con sus hijos sometidos a la potestad parental), lo que no quiere decir que dicho deber se deba cumplir en el domicilio designado como «familiar»; puede tener lugar también en otros lugares

(9) Llei 14/2010, de 27 de mayo, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (DOGC, núm. 5641, de 2 de junio de 2010. En adelante, esta ley será abreviada como LDOIA).

(10) BADOSA COLL, Ferran (dir.), *Manual*, pág. 146.

(11) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, págs. 26-28.

(12) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, págs. 28-29.

de residencia que no tengan la consideración de domicilio, lo que se observa claramente en sede de potestad parental [art. 233-9.2 letra a) CCC]. Ahora bien, el lugar donde legalmente se puede exigir el cumplimiento de este deber es el que tiene la consideración de domicilio familiar (13). El deber de convivencia supone la residencia habitual de los miembros de la familia, que no quiere decir necesariamente conjunta. La convivencia es un criterio legal mientras que la residencia es un concepto fáctico. Por eso, pueden convivir legalmente diferentes miembros de la familia sin que materialmente vivan juntos (14).

Debe advertirse, no obstante, que así como en materia de potestad parental (art. 236-17.1 CCC), el legislador especifica que los progenitores deben convivir con los hijos menores de edad o en materia de tutela, el tutor debe convivir con el tutelado (art. 222-39 CCC), si bien en este caso, tutor y tutelado no constituyen familia; no sucede lo mismo en relación con los cónyuges. En efecto, el artículo 231-2 CCC alude a los deberes de respetarse mutuamente, actuar en interés de la familia, guardarse lealtad, ayudarse y prestarse socorro mutuo. Nada advierte respecto de un deber de convivencia (15). Ahora bien, en la medida que el matrimonio, como advierte el precepto, establece un vínculo jurídico que origina una comunidad de vida (art. 231-2.1 CCC) y este vínculo jurídico está constituido por un conjunto de deberes y derechos, se debe deducir la existencia de este deber de convivencia para poder hacer efectivos, para poder cumplir estos deberes y para que se puedan exigir (16).

Si el grupo que convive no forma un grupo familiar, como en el caso del acogimiento de personas mayores o de las situaciones convivenciales de ayuda mutua, el domicilio donde residen no es el domicilio familiar sino el domicilio individual de cada uno de los miembros de este grupo. No existe, consiguientemente, la designación unitaria de los domicilios de diferentes personas entre las cuales sí tiene lugar la convivencia.

El artículo 231-3.1 CCC establece los criterios para determinar el domicilio familiar. Primero, los cónyuges (o convivientes dentro de los pactos que han de regir la convivencia, arg. ex art. 234-3.1 CCC) de común acuerdo, si bien, frente a terceros se considera domicilio aquel donde los cónyuges (o convivientes) conviven habitualmente o uno de ellos con la mayor parte de la

(13) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, págs. 30 y sigs.

(14) NAVAS NAVARRO, Susana, «Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los artículos 236-14 y 236-15 del Libro II CCC, relativo a la persona y la familia», en NASARRE AZNAR, Sergio/BARRADA ORELLANA, Reyes/GARRIDO MELERO, Martín (dirs.), *El nuevo Derecho de la Persona y de la Familia en el Libro 2.º del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2010, págs. 656-658.

(15) SALVADOR CODERCH, Pablo/RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, «Comentari a l'art. 1 CF», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER I RIBA, Josep, *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 62.

(16) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, pág. 35.

familia, de suerte que el legislador hace coincidir, pero solo frente a terceros, el elemento fáctico (la residencia) con el jurídico (la convivencia). Se unifican así, para proteger a los terceros, los posibles domicilios individuales de cada uno de los miembros del grupo familiar (17). Entendemos aplicable la presunción *iuris tantum* también a los convivientes en unión estable, dada la voluntad del legislador catalán de equiparación entre cónyuges y convivientes, lo que ha llevado a cambiar la terminología, como hemos advertido, respecto de la vivienda común, ahora, familiar.

Esta presunción *iuris tantum* hará difícil, según el supuesto, la alegación por parte de los terceros de su buena fe, en el sentido de ignorancia del hecho de que la vivienda de la cual se dispone no era familiar (18).

Si los cónyuges o convivientes no se ponen de acuerdo, será la autoridad judicial quien fijará el domicilio familiar teniendo presente el interés de la familia. Esta determinación se hace «a los efectos legales» (art. 231-2.2 CCC), lo cual no elimina que la residencia efectiva se desarrolle en otro lugar. De nuevo, se hace patente la distinción entre convivencia legal y residencia efectiva.

III. CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA DE LOS DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIÓN DE MATRIMONIO O CONVIVENCIA ESTABLE

1. DERECHOS HIPOTECABLES

El objeto sobre el cual recae la hipoteca es, según prescribe el artículo 569-31.1 CCC, *drets o participacions de l'habitatge familiar*. El objeto de la hipoteca son los derechos de carácter real que se ostenten sobre la vivienda familiar, ya se trate de la titularidad exclusiva de uno de los cónyuges o convivientes o de una titularidad por cuotas, en la que cada cónyuge o conviviente ostenta la titularidad de una o de varias, pero no todas, de esas cuotas. La redacción del artículo 231-9.1 CCC parece más acertada cuando alude a «...*disposició del seu dret...*». Las «*participacions*» a las que se refiere el precepto son las «*quotes indivises*» a las que alude el artículo 231-9.1 CCC.

Los derechos hipotecables son, como acabamos de afirmar, los derechos de carácter real (arts. 569-27 CCC, 106-107 LH) que, además, sean derechos reales

(17) SANTDIUMENGE FARRÉ, Josep, «Comentari a l'art. 2 CF», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER I RIBA, Josep, *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions conviviales d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 75.

(18) ESPIAU ESPIAU, Santiago, «La disposición de la vivienda familiar en el Libro II del Código Civil de Cataluña», en NASARRE AZNAR, Sergio/BARRADA ORELLANA, Reyes/GARRIDO MELERO, Martín (dirs.), *El nuevo Derecho de la Persona y de la Familia en el Libro 2.º del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 421, nota a pie página núm. 542.

con contenido posesorio (19). Por tanto, no solo el derecho de propiedad, sino también otros derechos reales que tuvieran ese contenido, así, el derecho de usufructo (art. 561-9.1 CCC), el derecho de uso y habitación (art. 562-4 CCC) (20) o el derecho real de aprovechamiento parcial (art. 563-1 CCC) (21). Es decir, derechos reales que impliquen o puedan implicar la posesión de la vivienda familiar (22) ya se ostenten en titularidad exclusiva o solo una cuota de dicha titularidad por el cónyuge o conviviente (art. 552-3.1 CCC). Esa titularidad legítima, a su vez, la posesión del cónyuge o conviviente no titular.

En caso de cotitularidad en el usufructo conjunta y simultáneamente a favor de cónyuges, convivientes estables o hijos o hermano del constituyente, salvo que el título de constitución del usufructo estableciera otra cosa, cuando uno de ellos fallezca, la cuota de este acrece en proporción a los cusufructuarios sobrevivientes (art. 561-14.1 CCC) (23). Esto plantea inmediatamente la cuestión de si a ese acrecimiento se extiende la hipoteca que se ha constituido sobre una cuota del derecho real de usufructo. En nuestra opinión, ello solo sería posible si se ha pactado expresamente en el momento de constitución de la hipoteca. El supuesto no es de los que los artículos 109-111 LH considera como extensión objetiva de la hipoteca. Lo mismo debe afirmarse en caso de renuncia a una cuota del derecho real de usufructo. Como se sabe, en este caso, también opera el acrecimiento a favor de los otros cotitulares (art. 552-5.2 CCC). Pero esta circunstancia no supone sin más la extensión de la hipoteca. De la misma manera que la división de la cotitularidad no debe perjudicar al titular del derecho real de hipoteca (art. 552-12.2 CCC), el cual conserva su derecho, tampoco puede beneficiarse de los acrecimientos que sobrevengan si no se ha pactado expresamente.

(19) GINEBRA MOLINS, M.^a Esperança, «Comentari a l'art. 569-31 CCC», en Colegio de Registradores (ed.), *Comentarios al Libro V de derechos reales*, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 1943; MARSAL GUILLAMET, Joan, «Recursos governatius. Doctrina de la direcció general de dret i d'entitats jurídiques (desembre 2009-febrer 2010)», *Indret* 2/2010, pág. 8.

(20) Hay que tener presente que respecto de este derecho real solo se podrá constituir la hipoteca si el propietario del bien inmueble consiente la constitución de la misma (art. 562-4.1 CCC).

(21) En este caso, hay que entender que, por remisión del artículo 563-1 CCC, es aplicable la norma del artículo 569-1.1 CCC, relativa a la disposición del usufructo y, consiguientemente, el derecho de aprovechamiento parcial será hipotecable.

(22) En la *RDGDEJ de 20 de diciembre de 2009* (DOGC, núm. 5559, de 3 de febrero de 2010) se constituyó una hipoteca sobre la plena propiedad que recaía sobre una vivienda cuya titularidad se hallaba dividida en nuda propiedad y usufructo. Al hipotecarse la plena propiedad era necesario el consentimiento del usufructuario.

(23) Lo advertido en el texto también se aplica en caso de que el derecho real del cual se es cotitular y se hipoteca sea un derecho real de aprovechamiento parcial, dado que el artículo 563-1 CCC hace una remisión a las normas del usufructo en aquello que sean compatibles (al respecto, vid. NAVAS NAVARRO, Susana, «El derecho real de aprovechamiento parcial», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2007, págs. 200 y sigs.).

2. EL HIPOTECANTE. CAPACIDAD PARA CONSTITUIR LA HIPOTECA

El hipotecante o sujeto pasivo de la hipoteca puede constituirla en garantía de una deuda propia o de una deuda ajena del tipo que sea (art. 569-28 CCC y art. 105 LH). Ahora bien, para que esta hipoteca sea válida se requiere la capacidad de obrar necesaria y para que sea eficaz, el «consentimiento» del cónyuge o conviviente no titular o, en su defecto, la autorización judicial. Se trata, por tanto, de diferenciar entre requisitos de validez y requisitos de eficacia del derecho real de hipoteca constituido sobre la vivienda familiar.

A la capacidad para constituir una hipoteca se refiere el artículo 569-29 CCC (24). En concreto, interesa el segundo apartado (25) del mencionado precepto en el que se hace una remisión a los requisitos previstos en el propio CCC u otras leyes en relación con la enajenación y el gravamen de los bienes de los menores de edad e incapacitados.

Respecto de los menores de edad, necesariamente, debe diferenciarse, como viene siendo habitual en esta materia, entre menores emancipados y no emancipados. Los primeros necesitan el complemento de capacidad para realizar los actos a los que se refiere el artículo 236-27.1 CCC [art. 211-12.1 letra a) CCC]. Este precepto recoge aquellos actos para los cuales los progenitores titulares de la potestad parental necesitan la autorización judicial como hace respecto del tutor el artículo 222-43.1 CCC. Concretamente, en la *letra a)* se alude a gravar bienes inmuebles. Luego, para que un menor de edad emancipado pueda constituir un derecho real de hipoteca sobre un bien inmueble necesitará el complemento de capacidad correspondiente de su progenitor o, en caso de menor casado, del cónyuge mayor de edad (art. 211-7.2 CCC). No obstante, cabría la posibilidad para el menor emancipado, a tenor del artículo 211-13 CCC, de solicitar la autorización judicial y así poder llevar a cabo el acto de constitución sin necesidad de ese complemento de capacidad en caso de imposibilidad o desacuerdo entre las personas que han de prestar el complemento de capacidad o si estas no lo otorgan sin que exista causa que lo justifique. Esta autorización judicial será necesaria para aquellos actos que requieran el complemento de capacidad; no lo será, en cambio, para aquellos actos que no requieran el referido complemento permitiendo que el menor emancipado actúe por sí mismo. Una cuestión interesante se plantea en relación con la remisión que el artículo 211-12.1 letra a) CCC hace a los «actos» a los que alude el artículo 236-27.1 CCC. En efecto, el artículo 211-12.1 CCC considera que es necesario el complemento de capacidad en relación

(24) Este precepto ha sido modificado por el Libro II CCC (Disposición Final tercera).

(25) El primer apartado del artículo 569-29 CCC confunde legitimación para disponer de los bienes con capacidad de obrar (DEL POZO CARRASCOSA, Pere/VAQUER I ALOY, Antoni/ BOSCH I CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil vigente en Cataluña. Derechos Reales*, 3.^a ed., Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2010, pág. 565).

con los actos que se refieren en el segundo precepto. Estos actos son actos para los cuales los progenitores precisan la autorización judicial. Cabría plantearse, pues, si cuando el legislador considera, en el propio artículo 236-27.1 CCC, que no es necesaria la autorización judicial para que los progenitores puedan actuar en nombre del menor, tampoco es necesario el complemento de capacidad del progenitor o tutor o, en su caso, del cónyuge mayor de edad o del curador (art. 223-5 CCC). Así, por ejemplo, para gravar un bien inmueble o subrogarse en un gravamen preexistente se necesita el complemento de capacidad de la misma manera que, si el acto de disposición se refiere a bienes de titularidad del menor de edad no emancipado, los progenitores precisan de la autorización judicial. En cambio, como se pone de relieve después, si la constitución del gravamen o la subrogación en el mismo se hizo para financiar la adquisición del bien (en nuestro caso, la vivienda) no es necesaria la autorización judicial, ¿quiere ello decir que no será necesario, en caso de menor emancipado, el complemento de capacidad? Interpretado literalmente el artículo 211-12.1 letra a) CCC, alude a «actos» prescindiendo de si esos actos requieren autorización judicial o no. La remisión es a los diferentes «actos» que en el listado del artículo 236-27.1 CCC se contienen. Ahora bien, esta interpretación abocaría a la práctica equiparación entre menor emancipado y no emancipado, puesto que pocos serían los actos que el primero podría hacer por sí mismo, aunque se lo equipare al mayor de edad (art. 211-7.1 CCC). Por eso, se podría entender que cuando el precepto excluye la autorización judicial por no considerarla necesaria, debería no ser necesario el complemento de capacidad para el menor emancipado. Con todo, al final, resulta que para donar, por ejemplo 10.000 euros, se necesita el complemento de capacidad; mientras que para tomar dinero a préstamo con la intención de financiar la adquisición de un bien (en nuestro caso, una vivienda), por ejemplo, 200.000 euros, no se necesitaría, como tampoco los progenitores necesitan la autorización judicial en este caso. Tampoco se necesitaría la autorización judicial y, por tanto, tampoco el complemento de capacidad, para la constitución de un gravamen o subrogación en uno ya existente como garantía de la devolución de ese préstamo.

En caso de menores no emancipados, la constitución de la hipoteca requerirá, como hemos advertido, la autorización judicial de los progenitores o tutor, representantes legales del menor, salvo cuando el gravamen (la constitución de la hipoteca) se constituye en garantía de un préstamo para la adquisición de un bien (v. gr., la vivienda familiar), en cuyo caso, solo sigue siendo necesaria la intervención de los progenitores o tutor del administrador patrimonial en cuanto ostenten la representación del menor (art. 236-27 CCC) (26). La autorización

(26) Este apartado es trasunto del artículo 151.1 CF que establecía que: *«El pare i la mare o, si és el cas, l'administrador especial, en relació amb els béns o els drets dels fills, necessiten autorització judicial per a: a) alienar béns immobles, gravar-los o subrogar-se*

judicial no es necesaria si el menor tiene al menos dieciséis años y consiente la constitución de la hipoteca en escritura pública o cuando quienes consienten el negocio de disposición son los dos parientes más próximos al hijo (art. 236-30 CCC).

En relación con los incapacitados, el artículo 223-6 CCC se refiere a ellos cuando regula la curatela. En este caso, al curador se le pueden haber conferido funciones de administración ordinaria en determinados aspectos relativos al patrimonio del incapacitado, lo que implica, en principio, el no poder llevar a cabo negocios de disposición como la constitución de una hipoteca. Si según la sentencia de incapacitación, la persona incapacitada está autorizada para poder celebrarlos, a ella corresponderá llevarlos a cabo. Si el incapacitado está sometido a tutela, el tutor o, en su caso, el administrador patrimonial (arts. 222-12, 222-27 CCC) precisará también la autorización judicial (art. 222-43.1 CCC) para gravar bienes inmuebles pero con la excepción antes referida, de manera que para donar 10.000 euros, el tutor o el administrador patrimonial precisarán de la autorización judicial; mientras que en caso de tomar dinero a préstamo y constituir o subrogarse en un préstamo con la intención de financiar y garantizar la adquisición de una vivienda no será necesaria la referida autorización judicial. No deja de resultar paradójico.

en un gravamen preexistent si no comporten l'adquisició simultània de l'immoble gravat per un preu en la fixació del qual es tingui en compte l'existència del gravamen...». El precepto puede justificarse en la idea de que la adquisición del bien inmueble no precisa de autorización judicial (BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *La administración de los bienes de los hijos en el Codi de Família*, Bosch, Barcelona, 1999, págs. 162 y sigs.). Luego la subrogación en el gravamen ya existente o la constitución de uno para adquirir dicho bien inmueble tampoco, este sería meramente instrumental o accesorio para poder celebrar el acto principal que es la adquisición del bien inmueble. Sin embargo, la doctrina, en relación con el artículo 151.1 CF, ha mantenido que no era así, que la adquisición de un bien inmueble en cuanto bien de extraordinario valor también necesita de la autorización y, consiguientemente, también necesitaría dicha autorización el gravamen (subrogación o sustitución de uno nuevo). Estas críticas pueden hacerse extensivas al texto vigente del CCC, en el que además se ha añadido un inciso que no presenta el artículo 151.1 CF, el tomar dinero a préstamo, salvo cuando se hace para financiar la adquisición de un bien (en este caso, un bien inmueble). Así, el resultado al que se llega es absurdo porque para donar, por ejemplo, 10.000 euros, se necesita autorización judicial, pero para tomar dinero a préstamo, por ejemplo, 100.000 euros, para la adquisición de una vivienda no se precisa la referida autorización judicial. Sin embargo, puede ser un «acto perjudicial» para el menor, sobre todo, en la actualidad, en la que los bienes inmuebles (también determinados bienes muebles) han dejado de ser un valor de inversión seguro.

3. EL «CONSENTIMIENTO» DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE COMO *CONDITIO IURIS*

3.1. *Concepto de «negocio de disposición» del artículo 231-9 CCC y su relación con el artículo 569-31 CCC*

Llama la atención que el legislador catalán haya dedicado un precepto en sede del derecho real de hipoteca a la hipoteca de la vivienda familiar (27), pues se podría pensar que el artículo 231-9 CCC ya recogía el supuesto cuando alude a «*acte... de gravamen o, en general, de disposició del seu dret...*». En efecto, la constitución de un derecho real de hipoteca representa un gravamen que sujeta directa e inmediatamente la vivienda familiar en garantía de una deuda propia o ajena y, por tanto, no hubiera sido necesaria una norma específica en relación con este gravamen. El hecho de que el legislador, sin embargo, haya considerado que debía dedicarle un precepto específico a la constitución de hipoteca de los derechos sobre la vivienda familiar permite indicar que el propio legislador muy probablemente no entendiera que el artículo 231-9 CCC (con anterioridad el artículo 9 CF) (28) cubriera la hipótesis que analizamos. Ello lleva, pues, a detenerse en la cuestión de a qué negocios de disposición en general (incluyendo en ellos la constitución de un gravamen) (29) de la vivienda familiar se refiere el artículo 231-9.1 CCC. El propio precepto delimita el ámbito de aplicación de estos negocios de disposición: son aquellos que «*comprometan el uso del bien*» (30). Para estos será necesaria la intervención del cónyuge o conviviente del titular de los derechos sobre la vivienda familiar (31) o, en su defecto, la

(27) En los materiales publicados sobre la elaboración del Libro V CCC no se hace ninguna referencia explícita a este precepto ni se dan razones que expliquen su introducción (*Treballs preparatoris del Llibre Cinquè del Codi Civil de Catalunya. «Els drets reals»*. Observatori de Dret Privat de Catalunya. Secció de Dret Patrimonial, Departament de Justícia i Interior, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2003).

(28) Hay que tener presente que cuando entra en vigor el primer artículo 569-31 CCC todavía estaba vigente el CF y el que ahora es artículo 231-9 CCC era antes el artículo 9 CF.

(29) La inclusión de la constitución de gravámenes en los negocios jurídicos de disposición viene siendo aceptada por la doctrina (vid., por todos, LARENZ, Karl/WOLF, Manfred, *Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8.^a ed., C. H. Beck, Munich, 1997, pág. 450).

(30) Esta acotación no aparecía en el primigenio artículo 9 CDCC introducido por la *Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges* (DOGC, núm. 1807, de 11 de octubre de 1993), con lo cual, en la interpretación de este precepto se hubiera podido pensar que se incluían todos: tanto los que provocaban una pérdida inmediata del bien como los que no. A pesar de ello, la doctrina siempre excluyó estos últimos [ESPÍAU ESPÍAU, Santiago, «Comentari al artículo 9 CDCC», en CASANOVAS I MUSSONS, Ana/EGEA I FERNÁNDEZ, Joan/GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen/MIRAMBELL I ABANCO, Antoni (coords.), *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Barcelona, 1995, págs. 53 y sigs.].

(31) La RGDEJ de 22 de marzo de 2007 (DOGC, núm. 4854, de 2 de abril de 2007) consideró que la división material de una finca de 175 metros cuadrados en dos pisos de

autorización judicial. Se trata, por consiguiente, de negocios de disposición que impliquen una pérdida inmediata y directa de la titularidad que se ostenta sobre la vivienda, incluyéndose también aquellos negocios obligatorios que determinan que el titular lleve a cabo los actos necesarios para disponer del bien (v. gr., la celebración de un contrato de compraventa de la vivienda familiar) (32). La pérdida inmediata y directa de la titularidad compromete el uso del bien porque afecta a la legitimación posesoria que ostenta el cónyuge o conviviente no titular y, en la medida que le afecta, se requiere su intervención para que el acto que se pretenda realizar sea eficaz (33).

La constitución de un derecho real de hipoteca sobre la vivienda familiar no compromete la legitimación posesoria del cónyuge o conviviente del titular, puesto que no implica traspaso de la posesión de la vivienda familiar al acreedor hipotecario. Por tanto, este acto de gravamen no es de los recogidos en el artículo 231-9.1 CCC ni era de los recogidos en el artículo 9.1 CF. De ahí, la necesidad del legislador de establecer de modo expreso, en un precepto independiente, la intervención del cónyuge o conviviente no titular cuando de constitución de una hipoteca se trata. Dicho con otras palabras, hasta la existencia del artículo 569-31 CCC, se hubieran podido constituir hipotecas sin necesidad de la intervención del cónyuge o conviviente no titular, pues bastaba el consentimiento del titular de la vivienda familiar. La doctrina, sin embargo, sostuvo que la restricción al poder de disposición que establecía el artículo 9.1 CF comprendía también la constitución de hipoteca con el argumento de que, aunque no empezía al disfrute y uso actual, podía afectarle en el futuro si se dejara de pagar la obligación garantizada con el derecho real de garantía (34). De hecho, el riesgo de extinción de la legitimación posesoria debido al posible eventual y futuro incumplimiento

87,5 metros cuadrados destinados a vivienda, no afectaba al uso que el anterior copropietario, ahora propietario exclusivo de una de las viviendas, podía extraer del bien, lo que excluía la necesidad del asentimiento del hipotético cónyuge o pareja estable.

(32) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, págs. 142-143. Del mismo autor, vid., «La disposición de la vivienda familiar y los bienes de uso ordinario en el Derecho Civil catalán (notas en torno al art. 9 CF)», en *La Notaría*, núm. 4, 2001, págs. 17 y sigs. Más recientemente, también del mismo autor, vid. «La disposición de la vivienda familiar en el Libro II del Código Civil de Cataluña», en NASARRE AZNAR, Sergio/BARRADA ORELLANA, Reyes/GARRIDO MELERO, Martín (dirs.), *El nuevo derecho*, pág. 420.

(33) Idéntica cuestión ha sido planteada por la doctrina en torno al artículo 1320 CCE (vid., por todos, ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, págs. 142 y sigs.). La constitución de un derecho real de usufructo no compromete el uso del bien ni afecta a la legitimación posesoria que ostenta el cónyuge o el conviviente no titular.

(34) LARRONDO LIZÁRRAGA, José Manuel, «Comentari al artículo 9 CF», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER I RIBA, Josep, *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 128; del mismo autor, vid. «El ejercicio de actos dispositivos sobre la vivienda familiar en el nuevo Codi de Família», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, 1999, núm. 85, pág. 281. Respecto del artículo 1320 CCE, admite que la constitución de un derecho real de hipoteca afecte al uso de la vivienda familiar, CERVILLA GARZÓN, M.^a

de la obligación garantizada es un argumento que puede trasladarse a cualquier supuesto en que el cónyuge o conviviente titular no cumpla con las relaciones obligatorias que haya contraído, ya se haga con motivo de los gastos familiares o no (art. 231-8 CCC), puesto que, como consecuencia de ello, se le podrán embargar bienes, entre ellos, la vivienda familiar (35). No hay que olvidar que el deudor responde con sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CCE), de manera que la contracción de una obligación va a comprometer su patrimonio, esté esa obligación asegurada o no con una garantía. En nuestra opinión, no nos parece un argumento definitivo para haber incluido la constitución de una hipoteca en el ámbito de aplicación del artículo 9.1 CF, ni tampoco en el del artículo 1320 CCE. Por eso, el legislador catalán ha contemplado este supuesto en un precepto propio, independiente del artículo 231-9 CCC. Pero, con ello, se sacrifica, a nuestro entender, la libertad del cónyuge o conviviente titular de la vivienda familiar o de una cuota sobre la misma restringiendo su poder de disposición sobre la misma más de lo estrictamente necesario.

El único argumento plausible, que es precisamente el que no se esgrime, aunque a nuestro juicio no es definitivo, por eventual, hubiera sido el de entender que, en caso de incumplimiento de una deuda, por parte del cónyuge o conviviente titular de la vivienda familiar, que no estuviera garantizada con una hipoteca, el artículo 144.5 RH (vid. art. 132 LH) obliga a notificar el embargo al cónyuge o conviviente no titular, pero solo si consta en el Registro de la Propiedad el carácter «familiar» de la vivienda. Si no resulta dicho carácter por manifestación inexacta (errónea o falsa), no se notificará al no titular el embargo que se hubiera trabado como consecuencia de un proceso de ejecución contra el deudor. Debe ser el cónyuge o conviviente no titular el que tenga la carga,

Dolores, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005, pág. 34.

Por su parte, la *RDGDEJ* de 20 de diciembre de 2009, con anterioridad citada, considera que el artículo 569-31 CCC es una aplicación concreta del entonces artículo 9 CF (Fundamento de Derecho primero). En nuestra opinión, el artículo 569-31 CCC constituye una excepción. En cambio, la *STSJC* de 28 de febrero de 2008 (*RJ* 2009/3133, sentencia comentada por ESPIAU ESPIAU, Santiago, en *RCDPrivat*, vol. 9-2008, págs. 175-178) consideró que los negocios de disposición, a los que se refiere el artículo 9 CF, no son todos aquellos que pueden desembocar en la pérdida del bien. La sentencia excluye a la «ejecución forzosa» que conduce a la venta del bien. En cambio, a nuestro modo de ver, de forma contradictoria, sí admite la necesidad de asentimiento para la constitución de una hipoteca por la hipotética y eventual futura pérdida del bien en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, aunque no compromete el uso y garantiza una obligación que probablemente se cumpla. Sin embargo, para la contracción de obligaciones cuyo incumplimiento conlleve la ejecución forzosa sobre la vivienda familiar no se necesita el asentimiento.

(35) Téngase presente que a tenor del artículo 693 LEC se permite al deudor hipotecario, aún en contra de la voluntad del acreedor hipotecario, liberar de la ejecución a la vivienda familiar cuando es esta el objeto hipotecado, con lo cual, el riesgo de pérdida de la legitimación posesoria del cónyuge o conviviente no titular también disminuiría.

por un lado, de impugnar la manifestación inexacta realizada por su cónyuge o conviviente titular o, si no hubo ningún tipo de manifestación y no resulta de los datos que constan en el registro que la vivienda tiene carácter familiar (36), deberá hacer constar dicho carácter por nota marginal pero solicitando la intervención del cónyuge o conviviente titular registral (37). Por el contrario, en caso de una ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar gravada, el proceso establecido ahora en los artículos 681 y siguientes LEC no prevé la notificación al cónyuge o conviviente del titular. La única posibilidad que tendría este de evitar la ejecución sería pagando él la deuda incumplida (arg. *ex art.* 1158 CCE), supuesto que conozca de la ejecución, que si la razón de la misma son deudas relacionadas con los gastos familiares, por el deber de información que pesa sobre el cónyuge ejecutado, debería conocer (art. 231-7 CCC). En cambio, la notificación del embargo que arbitra el artículo 144.5 RH, permitiría al notificado manifestar lo que tuviera por conveniente y oponerse a la ejecución, lo que no sucede en la ejecución hipotecaria.

La existencia del artículo 569-31 CCC confirma, pues, que la interpretación realizada respecto del artículo 9 CF, según la cual, como se ha indicado en líneas superiores, los negocios de disposición a los que se refiere el precepto son aquellos que no implican una pérdida futura y eventual del bien no era (ni sigue siendo en relación con el nuevo art. 231-9) una interpretación desacertada. Consiguientemente, el supuesto previsto en el artículo 569-31 CCC supone una excepción a la regla general, cual es, como se ha indicado, que se necesita el asentimiento del cónyuge o conviviente no titular para celebrar negocios de disposición de la vivienda familiar con eficacia jurídica siempre que aquellos comprometan el uso del bien. La excepción es la necesidad del asentimiento del cónyuge o conviviente no titular en caso de constitución de una hipoteca sobre la vivienda familiar por parte de su titular que no compromete el uso que del bien pueda hacer el cónyuge o conviviente no titular.

Otra cuestión es si se puede aplicar por analogía la norma del artículo 569-31 CCC a otros supuestos en los que no se constituya una hipoteca sobre la vivienda familiar pero, sin embargo, se garantice una deuda con el patrimonio del titular de la vivienda familiar dentro del cual, por tanto, se encuentra

(36) La RDGRN de 13 de julio de 1998 estableció, en relación con esta cuestión, que: «...habrá de considerarse que es el órgano jurisdiccional el que debe decidir, en función de las circunstancias puestas de manifiesto en el procedimiento, si procede acceder al embargo de la vivienda y si ha de hacerse con o sin notificación al cónyuge del deudor titular, de modo que ordenado en el mandamiento subsiguiente la práctica de la anotación del embargo ya trabado no debe el registrador revisar la bondad intrínseca de aquella decisión judicial, sino que debe estar y pasar por ella, salvo que de los libros a su cargo resulte que el bien embargado es la vivienda habitual del deudor, en cuyo caso podrá suspender el asiento...».

(37) DURÁN DE LA COLINA, Pablo, «La vivienda habitual y su régimen jurídico», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 83, pág. 376.

esta (v. gr., una fianza, un aval bancario) y que no compromete el uso de la misma por el cónyuge o conviviente no titular. En nuestra opinión, no cabe la aplicación analógica del artículo 569-31 CCC, ya que este constituye una excepción en relación con el artículo 231-9 CCC (art. 4.2 CCE). En cambio, el artículo 569-31 CCC sí sería aplicable a las posibles modificaciones —como las ampliaciones de hipoteca— o subrogaciones hipotecarias siempre que re-cayeran sobre la vivienda familiar.

3.2. *El «consentimiento» del cónyuge o conviviente o, en su caso, su sustitución por la autorización judicial*

3.2.1. *La conditio iuris como requisito de eficacia del negocio*

La *conditio iuris* no aparece regulada en el CCE ni en el CCC. Sin embargo, la generalidad de la doctrina distingue entre la *conditio facti* y la *conditio iuris* (38). Respecto de la segunda, para algunos autores se trata de un requisito que concierne a la «validez» del negocio (39), si bien para la mayor parte de la doctrina se trata de un requisito que va directamente vinculado a la eficacia del negocio (40). Para algunos autores que comparten este planteamiento, la *conditio iuris* también consiste en un suceso futuro e incierto (41). En cambio, para otros, la *conditio iuris* comprende los presupuestos del negocio jurídico además de los requisitos legales de eficacia (42). Veamos seguidamente su aplicación en el caso que nos ocupa.

(38) ALBALADEJO, GARCÍA, Manuel, *El negocio jurídico*, Bosch, Madrid, 1958, págs. 252-253; BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. por MARTÍN PÉREZ, Antonio, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1959, págs. 389-391; GALGANO, Francesco, *Il negozio giuridico*, Milán, 1988, págs. 142-143; LARENZ, Karl/WOLF, Manfred, *Allgemeiner Teil*, pág. 948; MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, 7.ª ed., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1997, págs. 316-317.

(39) BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, pág. 390.

(40) ALBALADEJO, GARCÍA, Manuel, *El negocio jurídico*, pág. 252; OERTMANN, Paul, *Die Rechtsbedingung*, Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1968, págs. 28-29. La diferencia entre requisitos de eficacia y requisitos de validez aparece de forma nítida en CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, trad. por ALBALADEJO, GARCÍA, Manuel, Aguilar, Madrid, 1956, págs. 536 y sigs. En la doctrina española moderna, esta distinción es la base de la monografía elaborada por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús/PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles, *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 15.

(41) FLUME, Werner, *Das Rechtsgeschäft*, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg/New York, 1975, pág. 677; LARENZ, Karl/WOLF, Manfred, *Allgemeiner Teil*, pág. 948; MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, págs. 316-317.

(42) CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, pág. 537.

3.2.2. El «consentimiento» o, en su caso, «la autorización judicial» como requisito de eficacia de la constitución de la hipoteca

A partir de la entrada en vigor del artículo 569-31 CCC, en situación matrimonial o de convivencia estable, el titular de los derechos sobre una vivienda familiar que quiera hipotecarlos precisará del «consentimiento» del otro cónyuge o conviviente no titular de tales derechos o, al menos, de una cuota de ellos.

Pese al empleo de la expresión «consentimiento», en realidad, no se trata de tal, sino de un «asentimiento», cuya función es diferente a la de aquel al no formar parte del negocio jurídico de disposición, antes bien se coloca en un plano diferente, cual es el de la aprobación o autorización del negocio de disposición celebrado por el cónyuge o conviviente titular. Este negocio de disposición es válido cuando concurren los requisitos legalmente establecidos en el ordenamiento jurídico según el tipo de negocio jurídico de que se trate. Por tanto, este asentimiento no constituye un requisito de validez del negocio jurídico, sino un requisito de eficacia del mismo (43).

La necesidad del asentimiento del otro cónyuge o conviviente no titular implica una restricción o limitación legal que establece la ley al poder de disposición del titular, de suerte que si no cuenta con aquel, el acto o negocio de disposición realizado no es eficaz (44). Luego, la constitución de un derecho real de hipoteca es válida, pero no produce efectos hasta que conste el asentimiento que prescribe la norma. La ineficacia supone que el negocio de disposición realizado no afectará al cónyuge o conviviente de cuyo asentimiento se prescindió, para el cual el mismo no existe, lo puede desconocer.

Esta necesidad de asentimiento, que establece la ley, constituye un requisito de eficacia del negocio de disposición, esto es, representa lo que en la doctrina del negocio jurídico se ha denominado *conditio iuris*. Esta caracterización es importante, ya que permite diferenciar este supuesto del caso en que se haya constituido un usufructo con facultad de disposición, si bien con la autorización de terceras personas (art. 561-22 CCC) o la diferencia entre la limitación de dis-

(43) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, págs. 161-163. Del mismo autor, vid. «La disposición de la vivienda familiar y los bienes de uso ordinario en el Derecho Civil catalán (notas en torno al art. 9 CF)», en *La Notaría*, núm. 4, 2001, págs. 17 y sigs. Más recientemente, también del mismo autor, vid. «La disposición de la vivienda familiar en el Libro II del Código Civil de Cataluña», en NASARRE AZNAR, Sergio/BARRADA ORELLANA, Reyes/GARRIDO MELERO, Martín (dirs.), *El nuevo derecho*, pág. 420. La distinción entre consentimiento y asentimiento es especialmente destacada en la doctrina alemana sobre la base del § 182 BGB, vid. FLUME, Werner, *Das Rechtsgeschäft*, págs. 885 y sigs.

(44) BADOSA COLL, Ferran, «El poder de disposició en el Dret Civil català. La constitució i la transmissió negocials dels drets reals», en BADOSA COLL, Ferrán/GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen, *La adquisición y la transmisión de derechos reales*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2009, págs. 56-57; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco, «La facultad de disposición», en *ADC*, 1950, págs. 1054 y sigs.

poner y la prohibición de disponer recogida en el artículo 428-6 CCC o, incluso, la autorización de los fideicomisarios para que el acto de disposición de bienes del fideicomiso otorgado por el fiduciario produzca efectos (art. 426-36.1 CCC). A ello deberían añadirse las limitaciones voluntarias al derecho de propiedad que no representan solo derechos reales limitados (art. 545-4 CCC) (45). En estos casos, la necesidad de autorización de terceros al negocio de disposición tiene como fuente la autonomía privada, la voluntad del que es o era titular de esos derechos y, además, se establecen en títulos lucrativos. De ahí la importancia de que el tercer adquirente sea de buena o de mala fe (art. 34 LH y art. 528-1 CCC). En cambio, en el supuesto que nosotros estudiamos, el asentimiento del cónyuge o conviviente o, en su defecto, la autorización judicial es exigido por la ley como requisito de eficacia del negocio. Como consecuencia, se deriva que la muerte o incapacidad del cónyuge o conviviente que debe emitir el asentimiento no hacen la restricción del poder de disposición establecida por el legislador ineficaz, sino que deba sustituirse por la autoridad judicial. Por el contrario, cuando de una limitación de disponer voluntaria se trata, tales acontecimientos sí provocan la ineficacia de dicha limitación (art. 428-6.4 CCC), salvo que otra sea la voluntad del titular del derecho de que se trate.

Respecto de la renuncia a prestar el asentimiento, hay que tener en cuenta que el artículo 231-9.1 CCC establece que el consentimiento no se puede excluir por pacto ni prestarse con carácter general. La doctrina ha distinguido el «consentimiento» (*rectius*, asentimiento) de la «facultad de consentir» (46). Evidentemente, al ser el primero un requisito de eficacia que impone la ley, no se puede excluir, pero a la facultad de consentir sí se puede renunciar, lo que sería tanto como prestar un asentimiento tácito.

El artículo 231-9, que también exige ese asentimiento para realizar en general negocios de disposición que comprometan el uso de los bienes, entre ellos, la vivienda familiar, trata la ausencia del mismo no como ausencia de un requisito de eficacia, sino como ausencia de un requisito de validez del negocio (47), permitiendo que el cónyuge o conviviente demande, si así lo considera, la anulabilidad del negocio de disposición celebrado sin su asentimiento (48). En cambio, el artículo 569-31 CCC no trata de este modo la ausencia del asenti-

(45) MARCO MOLINA, Juana, «Comentari a l'art. 428-6 CCC», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep, *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, V. I, Atelier, Barcelona, 2010, pág. 917.

(46) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, págs. 156-157. También hace esta distinción, BADOSA COLL, Ferràn, «Comentari a l'art. 26 CDCC», en AA.VV., *Comentaris a les reformes del Dret Civil de Catalunya*, V. I, Bosch, Barcelona, 1987, págs. 359-360.

(47) ESPIAU ESPIAU, Santiago, «La disposición de la vivienda familiar en el Libro II del Código Civil de Cataluña», en NASARRE AZNAR, Sergio/BARRADA ORELLANA, Reyes/GARRIDO MELERO, Martín (dirs.), *El nuevo derecho*, pág. 421.

(48) El artículo 231-9.2 CCC prescribe que: «*L'acte fet sense el consentiment o l'autorització que estableix l'apartat 1 és anul·lable, a instància de l'altre cònjuge, si viu*

miento en caso de constitución de una hipoteca sobre la vivienda familiar. En efecto, la única remisión que hace el precepto, en su apartado primero, es a los efectos de la autorización judicial. Así, si falta el asentimiento por imposibilidad de prestarlo o por denegarlo, el cónyuge o conviviente que quiere celebrar el negocio de disposición puede solicitar la autorización judicial y esta debe ser *d'acord amb el que estableix l'article 231-8* (49). Es decir, que la autorización judicial sustitutiva del asentimiento debe tener en cuenta el interés de la familia y es posible autorizar el acto si se da otra causa justa. La remisión, en definitiva, no se extiende a los otros párrafos del artículo 231-9, sino solo al primero, al 231-9.1 inciso final (50).

Este régimen de ineficacia protege verdaderamente al cónyuge o conviviente no titular, ya que sin su asentimiento el negocio de disposición —la constitución de la hipoteca— no producirá efectos para él y, por tanto, para él la situación jurídica será la misma que existía antes de constituir la hipoteca que ha prescindido de su asentimiento (51). La hipoteca surte plenos efectos entre las partes que la han constituido, esto es, el titular del derecho sobre la vivienda y el acreedor hipotecario, si bien no podrá perjudicar al cónyuge o conviviente de cuyo asentimiento se prescindió. Consiguientemente, este podrá oponer al acreedor hipotecario su legitimación posesoria en relación con la vivienda familiar gravada con la hipoteca. De todos modos, en este punto, debe tenerse en cuenta si el acreedor hipotecario es de buena o de mala fe (52).

El cónyuge o conviviente no titular podrá solicitar que se declare la ineficacia del acto realizado sin su asentimiento. La resolución se limitará a declarar que el mismo no produce efectos respecto de él, no respecto de las partes contratantes. La acción no prescribe, puesto que se trata de una acción declarativa (art. 121-2 CCC), salvo los efectos derivados de la buena fe del acreedor hipotecario.

De otra parte, la norma no establece si el asentimiento a prestar, negocio jurídico accesorio del principal (53), debe hacerse de forma expresa, en el

en el mateix habitatge, en el termini de quatre anys des que en pren coneixement o des que s'inscriu l'acte en el Registre de la Propietat».

(49) En este punto existe una errata, ya que la remisión al artículo 231-8 es, en realidad, al artículo 231-9 CCC.

(50) Se trata de una remisión parcial donde la norma de remisión —el art. 569-31.1 CCC— explicita qué regla de la norma a la que se remite —el art. 231-9 CCC— es aplicable. No existe una remisión genérica a todo el artículo 231-9 CCC, antes bien establece una clara especificación de la parte de la norma aplicable por efecto de la remisión llevada a cabo (GRETEL, *La forma de les lleis*, Bosch, Barcelona, 1986, pág. 237).

(51) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, pág. 171. En la doctrina alemana se ha tratado ampliamente las consecuencias de la ineficacia subjetivo-relativa del negocio jurídico diferenciándola de la nulidad relativa en el sentido que nosotros acogemos en el texto. OERTMANN, Paul, «Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos», en *RDP*, 1929, págs. 76-77; del mismo autor, vid. *Die Rechtsbedingung*, págs. 56 y sigs.

(52) Vid. epígrafe 5.2.

(53) OERTMANN, Paul, *Die Rechtsbedingung*, pág. 33.

sentido de explícita, o bien puede ser tácita. Al tratarse el asentimiento de una declaración de voluntad unilateral accesoria a la principal en virtud de la cual se aprueba o se autoriza el negocio de disposición (en nuestro caso, la hipoteca), puede emitirse a través de los diversos modos de exteriorización que las mismas admiten en nuestro ordenamiento jurídico y, consiguientemente, podrá ser tanto expresa como tácita (54).

Otro aspecto es quién ha de ser el destinatario de esa declaración de voluntad: el cónyuge o conviviente o el tercero acreedor hipotecario. La solución a este interrogante pasa por diferenciar el momento temporal en el que esa declaración de voluntad aprobando la constitución de la hipoteca es emitida: si es antes o simultáneamente a la misma el destinatario sería el cónyuge o conviviente hipotecante, sin perjuicio de que si es simultánea también lo sea el acreedor hipotecario; si es posterior a la constitución, el destinatario debería ser el acreedor hipotecario. Se trata, en definitiva, de una declaración de voluntad unilateral recepticia.

4. LA «MANIFESTACIÓN» DEL CARÁCTER «NO FAMILIAR» DE LA VIVIENDA

4.1. Configuración jurídica de la «manifestación»

El requisito de eficacia de la constitución de la hipoteca que exige el artículo 569-31.1 CCC solo debe existir cuando el bien gravado con la hipoteca es una vivienda que tiene el carácter de «familiar». Si no ostenta dicho carácter, la ley no exige la *conditio iuris*. Por ello se impone al cónyuge o conviviente hipotecante (55) la carga de manifestar de forma expresa en la escritura de constitución de la hipoteca que la vivienda no posee el aludido carácter familiar.

(54) FLUME, Werner, *Das Rechtsgeschäft*, págs. 892-893.

(55) Como hemos recordado al inicio de esas líneas, el derogado artículo 569-31.2 CCC aludía a «la persona que hipoteque», que daba un ámbito de aplicación más amplio al precepto que el actual, «el cónyuge o conviviente que hipoteque», ya que permitía exigir a las personas solteras, viudas o divorciadas que hipotecaran su vivienda que manifestaran el carácter no familiar de la misma. En relación con este extremo, pero referido a una compraventa celebrada entre dos hermanos, una viuda y un divorciado como vendedores y un tercero como comprador, la RDGDEJ, de 22 de mayo de 2006, consideró que el registrador no podía suspender la inscripción de la transmisión de la propiedad realizada por falta de asentimiento de los posibles hipotéticos convivientes, en el caso de que cualquiera de los hermanos o ambos hubiera constituido una unión estable y la vivienda que se transmitía constituyera su vivienda familiar. La DGD advierte que: «...el registrador està vinculat pel principi de legalitat i no pot exigir aquella manifestació que la llei preveu per a les unions estables de parella; i no n'hi ha prou amb una representació merament hipotètica de què el venedor pot constituir una unió estable perquè és una persona soltera, vídua o divorciada». En la nueva redacción del artículo 569-31.2 CCC, quien siendo soltero, viudo o divorciado, hipoteque una vivienda, no tiene la carga de hacer la referida manifestación.

El artículo 569-31.2 CCC se expresa en términos imperativos: *...no ha de manifestar*. En cambio, el artículo 231-9.3 CCC no establece dicha imperatividad. Consideramos que lo establecido por el legislador no es una obligación sino una carga, lo que aparece corroborado por el propio artículo 91.1 RH (56) y se comprueba claramente desde la perspectiva de los efectos que se derivan de su infracción. Si se tratara de una obligación, su incumplimiento supondría que naciera *in testa* del acreedor hipotecario una acción de cumplimiento para exigir forzosamente la referida manifestación; sin embargo, no existe ninguna acción para ello. Es más, el momento temporal en el que debe llevarse a cabo la manifestación «expresa» es el momento de constitución de la hipoteca («en la escritura de constitución de la hipoteca», reza el art. 569-31.2 CCC). En este momento, estamos en la fase precontractual o de tratos preliminares, en la cual existen cargas o deberes accesorios que se corresponden con la buena fe y la lealtad en los tratos (art. 111-7 CCC). Consecuencia de ello será la manifestación del carácter no familiar de la vivienda.

La manifestación a la que nos referimos es una declaración de ciencia o de conocimiento (arg. art. 569-31.2 CCC alude indistintamente a «manifestar» o a «declaración»), no se trata de una verdadera declaración de voluntad, pues no se emite una voluntad interna sino que se declara que se tiene conocimiento de un hecho, el carácter «no familiar» de la vivienda de la que uno es titular. La doctrina ha considerado este tipo de declaraciones como «actos semejantes a los negocios jurídicos» y a ellos les ha aplicado la regulación propia de las declaraciones de voluntad (57), entre ellas, la posibilidad de impugnarlas por vicios del consentimiento cuando se tiene, por ejemplo, una falsa representación mental del hecho que se manifiesta conocer. Por ello, si es una declaración falsa o errónea se puede impugnar por quien haya sufrido el vicio.

4.2. *Manifestación falsa o errónea*

El artículo 569-31.2 CCC califica a la posible manifestación del carácter «no familiar» de la vivienda como «falsa» o «errónea»; mientras que el artículo 231-9.3 CCC se refiere a una «manifestación inexacta». La primera expresión

(56) Este precepto preceptúa que: «1. 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 solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter».

(57) En la doctrina española, vid. ALBALADEJO, GARCÍA, Manuel, *El negocio jurídico*, págs. 30-31. Esta categoría (*Geschäftsähnliche Handlungen*) no es extraña a la doctrina alemana, así LARENZ, Karl/WOLF, Manfred, *Allgemeiner*, págs. 436-437; MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil*, págs. 74-85.

recuerda a la del artículo 1320.2 CCC, pero en orden inverso, ya que en este precepto se habla de manifestación errónea o falsa (58).

Es difícil que sea errónea, por cuanto el declarante titular de los derechos de hipoteca conoce si la vivienda es familiar o no (59). Pero pudiera pensarse en un error obstativo o incluso en una creencia errónea en caso de separación de hecho al entender que por ese motivo, la vivienda ya deja de ser «familiar» cuando no es así (60). En estos casos, el declarante podría impugnar su manifestación con la finalidad de que constara el carácter «familiar» de la vivienda.

Ahora bien, desde la perspectiva del acreedor hipotecario, una manifestación falsa, que no errónea, sobre el carácter de la vivienda, puede implicar que se le induzca a celebrar un negocio que de otra forma no habría celebrado o lo habría celebrado en condiciones diferentes, esto es, exigiendo el asentimiento del cónyuge o conviviente no titular. Por tanto, desde la perspectiva del acreedor, le permitiría impugnar el negocio de constitución de la hipoteca por haber prestado el consentimiento interviniendo dolo (art. 1265 CCE).

Desde la óptica del cónyuge o conviviente de cuyo asentimiento se prescindió por la vía de emitir una declaración falsa, con la intención de defraudar sus derechos, este puede solicitar que se declare que el negocio de constitución de hipoteca sobre la vivienda no produzca ningún efecto para él porque se ha prescindido de su asentimiento al tener, en realidad, carácter familiar o bien solicitar que se declare que la manifestación realizada por su consorte o conviviente es falsa, puesto que la vivienda hipotecada sí tiene el carácter familiar con la consiguiente en su caso, modificación del asiento registral. A partir de ello, puede hacer que dicho acto devenga eficaz prestando su asentimiento *a posteriori* o, como se ha dicho, que se declare ineficaz dicha declaración de no poseer la vivienda el carácter familiar para él, con el límite de la «buena fe» del acreedor hipotecario.

5. EL ACREEDOR HIPOTECARIO DE BUENA FE

El artículo 569-31.2 CCC prescribe que la impugnación por el otro cónyuge o conviviente no titular, en caso de declaración falsa o errónea, no puede perjudicar a los acreedores hipotecarios de buena fe.

(58) El artículo 9 CDCC se refería a manifestación «expresa y falsa».

(59) GORDILLO CAÑAS, Antonio, «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia», en *ADC* 1982, pág. 1136.

(60) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda*, pág. 177.

5.1. *Concepto de «buena fe»*

La primera cuestión a plantear es qué entiende el legislador, en el artículo 569-31.2 CCC, por «buena fe». Parece que la buena fe debe ir relacionada con la declaración falsa o errónea del carácter no familiar de la vivienda que se pretende gravar con la hipoteca. Por tanto, la «buena fe» se refiere al desconocimiento del carácter familiar de la vivienda, de suerte que si conoce o podía razonablemente conocer el carácter familiar de la vivienda (art. 231-9.3 CCC) será un acreedor hipotecario de mala fe, aunque la manifestación sea falsa o errónea. Así, no es suficiente con que la manifestación acerca del carácter no familiar de la vivienda sea falsa o errónea, sino que se requiere que el verdadero carácter de la vivienda no fuera conocido ni cognoscible para el acreedor hipotecario (61). La posibilidad de conocimiento del carácter familiar de la vivienda parte del dato de que en esa vivienda de la que se alega no tener carácter familiar sea, en cambio, sede del domicilio familiar, puesto que en ella residen los cónyuges o convivientes o uno de ellos con la mayor parte de la familia (art. 231-3.1 CCC) y frente a terceros se presume que ese es el domicilio familiar y como la sede este es la vivienda, le resulta posible conocer al acreedor hipotecario el carácter familiar de la vivienda que se pretende gravar con la hipoteca. De otra parte, debe recordarse que la buena fe se presume siempre (art. 521-7.2 CCC). La mala fe del acreedor determinará que la constitución de la hipoteca deje de producir efectos entre este y el cónyuge o conviviente hipotecante.

5.2. *La «impugnación» por el cónyuge o conviviente no titular. El «no perjuicio» del acreedor hipotecario*

La impugnación se refiere al ejercicio de una acción (62) que, entendemos, que el legislador piensa que se ejercita frente a la constitución de la hipoteca que no contó con el asentimiento del cónyuge o conviviente no titular solicitando la ineficacia, pero esta acción solo produce la ineficacia respecto de este; mientras que la constitución de la hipoteca produce plenos efectos, como ya hemos advertido, entre las partes (63). Si el acreedor hipotecario es de mala

(61) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda*, págs. 177-178; GORDILLO CAÑAS, Antonio, *La protección*, pág. 1137.

(62) Un ejemplo de este empleo del término «impugnación» lo encontramos en el artículo 451-16.5 CCC, cuando se alude a la acción para impugnar un testamento o los codicilos por causa de preterición errónea. Norma que debe relacionarse con el artículo 422-7 CCC, que advierte que el testamento puede devenir ineficaz por la referida causa. Es decir, que la acción que se ejercita es una acción de ineficacia o, en su caso, de nulidad, no de impugnación en sentido estricto.

(63) OERTMANN, Paul, *Die Rechtsbedingung*, págs. 130 y sigs.

fe, puesto que conoce que la vivienda tiene carácter familiar, a pesar de la manifestación del hipotecante, el cónyuge o conviviente de cuyo asentimiento se prescindió podrá oponer al acreedor hipotecario su legitimación posesoria (y en ese sentido le perjudicará), puesto que para aquel la constitución de la hipoteca no producirá efectos.

La cuestión será cómo podrá afectar a los terceros, en caso de ejecución hipotecaria, si la vivienda finalmente es adjudicada a un tercero. *¿Puede el cónyuge o conviviente no titular oponer su legitimación posesoria de la vivienda familiar al tercero adjudicatario?* A nuestro modo de ver, ello será posible si la sentencia declarando la ineficacia de la constitución de la hipoteca respecto del cónyuge o conviviente no titular consta de alguna forma en el Registro de la Propiedad mediante una nota marginal o se haga constar —también mediante nota marginal— el carácter familiar de la vivienda. La mera constancia será suficiente para que en caso de ejecución posterior, el derecho del cónyuge o conviviente no titular sea respetado por el rematante. *«Ni siquiera tendrá que hacerse ninguna mención de tal circunstancia en el documento formalizador de la adjudicación, pues esta no puede perjudicar derechos inscritos con anterioridad al que la motivó»* (64).

Si no consta, de alguna manera, el derecho del cónyuge o conviviente no titular, no podrá oponer al tercero adjudicatario su legitimación posesoria al ser este protegido como tercero hipotecario (art. 34 LH).

Si el acreedor hipotecario es de buena fe, el cónyuge o conviviente de cuyo asentimiento se prescindió, no podrá oponer su legitimación posesoria a aquel, produciendo, entonces, la constitución de la hipoteca plenos efectos no solo para las partes contratantes sino también para el cónyuge o conviviente no titular. En este caso, la norma da preferencia a la protección del acreedor hipotecario respecto de la protección del cónyuge o conviviente no titular. Y este solo podrá demandar al disponente por los daños y perjuicios que esa constitución de la hipoteca le hubiera ocasionado (art. 1902 CCE). La indemnización podrá consistir en proporcionar a la víctima otra vivienda en la que poder residir (65). De todos modos, hay que recordar que, a tenor del artículo 231-3.1 CCC se presume, frente a terceros, que el domicilio familiar es aquel en el que residan los cónyuges o uno de ellos con la mayor parte de la familia, de lo que se colige que la vivienda en la que residan se presumirá «familiar». Por tanto, esta presunción dificultará, aunque no imposibilitará, la alegación de buena fe por parte del acreedor hipotecario (66).

(64) DURÁN DE LA COLINA, Pablo, *La vivienda habitual*, pág. 376.

(65) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La disposición de la vivienda familiar*, págs. 17 y sigs.

(66) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La disposición de la vivienda familiar en el Libro II del CCC*, pág. 421, nota núm. 542.

Las diferencias con la anulabilidad prevista en el artículo 231-9.2 CCC son evidentes. En primer lugar, los negocios de disposición comprendidos en este precepto son eficaces pero su eficacia es claudicante mientras no se ejercite la acción correspondiente, para la cual se concede un plazo de caducidad de cuatro años. En cambio, la acción de ineficacia es imprescriptible al tratarse de una acción declarativa (art. 121-1 CCC), lo que protege más al cónyuge o conviviente no titular de cuyo asentimiento se prescindió. En segundo lugar, la constitución de la hipoteca produce plenos efectos entre las partes que la han constituido, pero dicha constitución no producirá efectos frente al cónyuge o conviviente no titular si el acreedor hipotecario no es de buena fe. La no impugnación en el plazo de cuatro años (art. 1300 CCE) supone que la validez del negocio deje de ser claudicante y se convierta en definitiva independientemente de la buena o mala fe del acreedor hipotecario, lo que no sucedería de acogerse el planteamiento que aquí se propugna. En efecto, si se trata de un supuesto de ineficacia, que es el planteamiento que aquí hacemos, solo producirá plenos efectos frente al cónyuge o conviviente que no prestó su asentimiento cuando el acreedor hipotecario sea de buena fe.

IV. CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA DE LOS DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL O EXTINCIÓN DE LA UNIÓN ESTABLE DE PAREJA

A los actos dispositivos sobre la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial o extinción de la unión estable de pareja se refiere el artículo 233-25 CCC y por remisión el artículo 234-8.4 CCC.

1. PACTOS DE LOS CÓNYUGES O CONVIVIENTES EN PREVISIÓN DE UNA CRISIS FUTURA

En relación con este aspecto, el Libro II CCC presenta dos novedades: la primera, la existencia de un régimen de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar no solo en caso de crisis matrimonial, sino también en caso de extinción de la unión estable de pareja, cosa que no hacía la LUEP, que no se ocupaba de este extremo en relación con las parejas de hecho (67); y la segunda, el cambio de criterio del legislador catalán respecto del régimen jurídico aplicable a los actos de disposición en estas hipótesis. En efecto, el legislador ha derogado el artículo 9.4 CF, según el cual el régimen jurídico para poder disponer

(67) Destaca este dato, ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La disposición de la vivienda familiar*, págs. 17 y sigs.

de los derechos sobre la vivienda familiar atribuida exigía el asentimiento del cónyuge no titular o, en defecto, la autorización judicial. Es decir, se mantenía el mismo régimen jurídico que antes de la crisis matrimonial, de suerte que se protegía al cónyuge beneficiario de la atribución del uso de la vivienda.

El Libro II CCC, en el artículo 233-25 CCC ha suprimido la necesidad del asentimiento o de la autorización judicial al entender que el cónyuge o conviviente titular de los derechos sobre la vivienda puede disponer libremente, lo que se correspondería con el dato de que ya no estamos ante una vivienda «familiar», sino ante una vivienda que «era» familiar y que, en este momento, es «atribuida» (68). Sin embargo, en nuestra opinión, esta vivienda puede seguir siendo considerada vivienda «familiar» si existen hijos comunes que conviven con el progenitor que tiene atribuido el uso. La vivienda ha dejado de ser la vivienda «conyugal» pero sigue siendo vivienda «familiar» (69).

Por otro lado, el artículo 233-25 CCC se refiere a los supuestos de separación judicial, nulidad y divorcio. No contempla el caso de la separación de hecho. Respecto de esta, la vivienda, puesto que formalmente existe relación conyugal seguirá siendo vivienda «conyugal» además de «familiar» y el régimen jurídico de disposición de los derechos sobre la misma será el propio del artículo 231-9 CCC y del artículo 569-31 CCC. Luego, la necesidad de asentimiento se mantiene.

La cuestión es si los cónyuges o excónyuges o los exconvivientes pueden pactar en el momento en que se atribuye el uso de la vivienda (art. 233-2 CCC), la necesidad del asentimiento del beneficiario del uso de la vivienda en caso de que el titular decida disponer de los derechos sobre ella. Ello sería posible —también si lo hacen antes en previsión de una futura ruptura (art. 231-20 CCC) o en un acuerdo amistoso de separación (art. 233-5 CCC)— pero su alcance jurídico será meramente obligatorio, se trata de una obligación de no hacer (70), puesto que los cónyuges o convivientes no pueden establecer, en virtud de la autonomía de su voluntad, que el asentimiento se constituya en requisito de eficacia (71), ya que extravesaría los límites impuestos por el ordenamiento jurídico a dicha autonomía. Tampoco pueden atribuirle alcance real.

(68) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda*, págs. 183 y sigs.

(69) Vid., lo advertido anteriormente en el epígrafe II.

(70) En virtud de lo preceptuado por el artículo 1115 CCE, no podría establecerse la necesidad de asentimiento como condición, y si se hiciera, esta sería nula por depender exclusivamente de la voluntad de la parte.

(71) FLUME, Werner, *Das Rechtsgeschäft*, pág. 888; OERTMANN, Paul, *Die Rechtsbedingung*, págs. 45-46.

2. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 233-25 CCC

El artículo 233-25 CCC advierte que: *el propietario o titular dels drets reals sobre l'habitatge familiar en pot disposar sense el consentiment...* Los actos dispositivos a los que se refiere el artículo 233-25 CCC, ¿cuáles son? Una primera interpretación llevaría a entender que se refiere a los actos aludidos en el artículo 231-9 CCC (72), es decir, actos de disposición, enajenación o gravamen que comprometan el uso de la vivienda familiar. Esta interpretación conduciría a excluir la constitución de una hipoteca sobre la vivienda familiar del artículo 233-25 CCC al representar, en nuestra opinión, una excepción al artículo 231-9 CCC. Sin embargo, el artículo 233-25 CCC no diferencia los actos de disposición que comprometan el uso del bien respecto de aquellos que no lo comprometan, lo que conduce a la segunda interpretación, en virtud de la cual, el precepto se refiere a cualquier acto de disposición para los cuales el legislador haya exigido el asentimiento del cónyuge o conviviente no titular que, en ese momento, resulta ser beneficiario del uso de la vivienda (73). En este sentido, el artículo 233-25 CCC es aplicable también en caso de constitución de una hipoteca sobre la vivienda familiar cuyo uso ha sido atribuido al no titular.

3. EL «NO PERJUICIO» DEL DERECHO DE USO DEL NO TITULAR

El acto de disposición, advierte el artículo 233-25 CCC, es «sin perjuicio del derecho de uso» que ostente el cónyuge, excónyuge o exconviviente no titular. Por tanto, dicho acto no puede afectar a este derecho, aunque respecto de los terceros se tendrá que tener en cuenta si este derecho de uso se inscribió en el Registro de la Propiedad o no (art. 233-22 CCC) (74), ya que si no se ha hecho, el derecho de uso no podrá oponerse al tercero de buena fe (art. 34 LH).

En nuestra opinión, una verdadera protección del cónyuge, excónyuge o exconviviente beneficiario del uso y, sobre todo de los hijos comunes que conviven en la vivienda, debería haber llevado al legislador catalán a mantener el mismo régimen jurídico respecto de los negocios de disposición que existía

(72) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La disposición de la vivienda familiar en el Libro II*, pág. 423, nota núm. 547.

(73) En sentido amplio, vid. DÍAZ FRAILE, Juan María, «El uso de la vivienda familiar en el Libro II sobre la persona y la familia del Código Civil de Cataluña y su tratamiento jurisprudencial», en NASARRE AZNAR, Sergio/BARRADA ORELLANA, Reyes/GARRIDO MELERO, Martín (dirs.), *El nuevo Derecho de la Persona y de la Familia en el Libro 2.º del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 439.

(74) Ello no prejuzga el carácter real o personal del derecho de uso que puede tener ambas configuraciones (ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La disposición de la vivienda familiar en el Libro II*, pág. 424, nota núm. 548).

antes de la crisis matrimonial o de extinción de la convivencia como establecía el CF. La norma del artículo 233-25 CCC puede ofrecer una protección jurídica suficiente cuando no haya hijos comunes o estos no vivan ya en la que había sido su vivienda familiar.

Consiguientemente, en estos casos, la constitución de la hipoteca no se aparta de las reglas generales de constitución de cualquier hipoteca y si el beneficiario del uso quiere proteger su derecho ante la posible y eventual constitución de una hipoteca por el titular de los derechos sobre la vivienda, deberá ser diligente y procurar la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad. Incluso, si se ha atribuido como medida provisional, podrá anotar este derecho de uso preventivamente en el Registro de la Propiedad (art. 233-22 CCC).

RESUMEN

HIPOTECA DE VIVIENDA FAMILIAR DERECHO CATALÁN

El artículo 231-9 del Código Civil de Cataluña (CCC) establece el régimen jurídico específico de la vivienda que ostenta el carácter de «familiar» en caso de matrimonio o de convivencia estable si se trata de una pareja de hecho. Este régimen regula esencialmente los requisitos para que, en general, un negocio de disposición que concierna a la vivienda familiar y que lleva a cabo el titular exclusivo o el titular de una cuota del derecho real que recae sobre la misma sea eficaz. El negocio de disposición, al cual se aplica este régimen, tiene que comprometer el uso que se hace de la vivienda. En caso contrario, se aplica el régimen jurídico general en cuanto la vivienda es un bien («cosa») sometido al Derecho Patrimonial.

Dentro de los negocios de disposición se encuentran los dirigidos a constituir un gravamen sobre la vivienda —la constitución de una hipoteca— que no necesariamente afecta ni compromete el uso que se extrae de aquella, al menos de forma directa e inmediata. El legislador catalán ha entendido, sin embargo, necesario extender ese régimen jurídico específico de la vivienda, que se encarna principalmen-

ABSTRACT

MORTGAGE OF THE FAMILY HOME CATALAN LAW

Article 231-9 of the Catalan Civil Code (CCC) addresses the specific legal procedure for housing that is regarded as «the family home» of a married couple or stable partnership. This procedure essentially regulates the requirements that must be met in order for an act of disposal concerning the family home, carried out by the exclusive owner of the home or an owner of a share of a real right in the family home, to be effective. The act of disposal to which the procedure is applied must compromise the use that can be made of the home. Otherwise the general procedure is applied, under which the home is an asset («thing») subject to the law for economic rights.

Acts of disposal include acts intended to bring the home under some lien or burden that does not necessarily affect or compromise the use to which the home is put, at least not directly or immediately (e.g., a mortgage). Catalan legislators, however, deemed it necessary to extend the specific procedure for homes (embodied mainly but not only in the CCC, article 231-9) to the creation of mortgages on the family home as well (CCC, art. 569-31). In our opinion,

te en el artículo 231-9 CCC, aunque no solo en él, por ser «familiar» también a la constitución de una hipoteca sobre la misma (art. 569-31 CCC), si bien, en nuestra opinión, la extensión no ha sido total ya que las consecuencias jurídicas de la ausencia del «consentimiento» requerido (rectius, asentimiento) del otro cónyuge o conviviente no parecen ser las mismas: en el primer caso, son los efectos derivados de la anulabilidad; en el segundo, de la ineficacia.

however, the rules are not totally extended, because the legal consequences of the absence of the required «consent» (rectius, assent) of the other spouse or partner do not appear to be the same: In the first case, they are the effects stemming from annulability; in the second, they are the effects stemming from invalidity.

(Trabajo recibido el 17-9-2011 y aceptado para su publicación el 26-9-2012)