

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (novembre 2016 – febrer 2017)

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 21 de novembre de 2016 i 6 de febrer de 2017.

Miriam Anderson

Professora Agregada de Dret Civil
Universitat de Barcelona

Abstract

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 21 de novembre de 2016 (JUS/2666/2016), ineficàcia de disposició testamentària a favor del cònjuge divorciat ex article 422-13 CCCat, i 6 de febrer de 2017 (JUS/167/2017), modificació d'estatuts de propietat horitzontal per prohibir els usos turístics.

Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law and Legal Entities dated 21 November 2016 (JUS/2666/2016), ineffectiveness of a testamentary gift to an ex-spouse as per article 422-13 of the Catalan Civil Code, and 6 February 2017 (JUS/167/2017), modification of condominium rules to ban tourist lets.

Title: Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law and Legal Entities (September-October 2016).

Keywords: Catalan private law, Land Registry, Land Registry complaints, wills, testamentary gifts, divorce, condominium, modification of condominium rules, tourist lets.

Paraules clau: Dret civil català, Registre de la Propietat, recursos governatius, testaments, disposició testamentària, divorci, propietat horitzontal, modificació d'estatuts, lloguers turístics.

Palabras clave: Derecho civil catalán, Registro de la Propiedad, recursos gubernativos, testamento, disposición testamentaria, divorcio, propiedad horizontal, modificación de estatutos, alquileres turísticos.

* Aquests comentaris s'inscriuen en els Projectes 2014 SGR 22, Grup d'Estudi del Dret Civil Català, i DER2014-54267-P.

Sumari

1. Resolució de 21 de novembre de 2016 (JUS/2666/2016; DOGC núm. 7258, de 30.11.2016).
Ineficàcia de disposició testamentària a favor del cònjuge divorciat ex art. 422-13 CCCat
 - 1.1. Introducció
 - 1.2. L'aplicabilitat de la regla general d'ineficàcia a institucions fetes amb anterioritat a la vigència de l'article 422-13 CCCat, però no així l'excepció que preveu el precepte
 - 1.3. La ineficàcia de l'article 422-13 CCCat afecta la disposició, no el negoci en la seva integritat
 - 1.4. Ineficàcia automàtica i apreciació d'ofici pel registrador
 2. Resolució de 6 de febrer de 2017 (JUS/167/2017; DOGC núm. 7308, de 14.2.2017).
Modificació d'estatuts de propietat horitzontal per prohibir els usos turístics
 - 2.1. Introducció
 - 2.2. Un recordatori sobre el caràcter fonamental del dret de propietat i les restriccions normals que imposa el règim de propietat horitzontal
 - 2.3. La nova redacció de l'article 553-25.4 del Codi Civil de Catalunya i una ponderació *equitativa* dels interessos en joc
 - 2.5. Propietari dissident salvaguardat - mentre ho sigui - perquè la prohibició no afecta el seu element privatiu... però sí que l'afecta si no exercia ja l'activitat d'ús turístic
 - 2.6. Reflexions finals
- Taula de jurisprudència citada
- Bibliografia citada

1. Resolució de 21 de novembre de 2016 (JUS/2666/2016; DOGC núm. 7258, de 30.11.2016). Ineficàcia de disposició testamentària a favor del cònjuge divorciat ex art. 422-13 CCCat

1.1. Introducció

El causant havia atorgat testament l'any 1979 instituint hereva universal i lliure la que llavors era la seva esposa; va preveure també una substitució preventiva de residu a favor dels descendents legítims que pogués tenir i, per al cas de no tenir-los, a favor del seu germà. Si fallaven tots, la substitució havia de beneficiar el seu nebot.

Oberta la successió, la instituïda hereva accepta l'herència com a vídua del causant i s'adjudica les meitats indivises de dues finques. El 50% d'una d'elles pertanyia al germà del causant, que, amb posterioritat a l'assentament de presentació, presenta instància privada amb signatura legitimada sol·licitant que es faci constar l'estat civil del causant; aporta certificat literal del Registre Civil acreditatiu del fet que els cònjuges s'havien separat judicialment l'any 1987 i s'havien divorciat l'any 1992. El divorci consta inscrit també en un altre registre de la mateixa localitat i a càrrec de la mateixa registradora accidental.

Convé tenir present que, d'acord amb reiterada doctrina de la DGRN, el registrador pot - i, de fet, ha de - tenir en compte a l'hora de qualificar dades que li constin o a les quals pugui accedir, per tal de protegir el principi de legalitat. Així, en la Resolució de 31 de maig de 2016 (BOE núm. 151, de 23.6.2016) es pot llegir que: "Es doctrina de este Centro Directivo señalada en numerosas Resoluciones, que el registrador en el ejercicio de su función calificador sobre la legalidad, puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente, no sólo para el mayor acierto en la calificación sino también para liberar a los interesados de presentar documentos que puede obtener directamente cuando ello le sea factible sin paralizar el procedimiento registral o cuando sea especialmente útil para el ejercicio adecuado de la calificación registral [...] (FD 4.3).

La registradora va qualificar negativament l'escriptura d'acceptació per entendre que regia la causa d'ineficàcia prevista a l'art. 422-13 CCCat i que no s'havia acreditat l'excepció prevista en el mateix a favor de l'ex cònjuge. Fonamentava també la seva qualificació en els arts. 14 i 18 de la Llei hipotecària i en doctrina de la Direcció General dels Registres i del Notariat.

L'ex cònjuge recorre la qualificació, basant-se principalment en considerar que el llarg període transcorregut entre el divorci i la defunció demostrarien una voluntat de mantenir la institució a favor seu. Fa esment també a doctrina i jurisprudència menor recaiguda a l'empara de la legislació estatal i a arguments emprats per la pròpia DGDEJ en la seva Resolució de 5 de desembre de 2013, a la qual ens referirem en breu.

A diferència del que succeeix en altres ocasions, en què ni tan sols els afectats potencials clars són advertits de la presentació del recurs, aquest cop la registradora notifica fins i tot al germà cotitular de la finca, "com a titular d'un dret que es pot veure afectat per la resolució del recurs", quan en realitat la resolució del recurs - semblaria - no afectaria el dret que té inscrit, sinó el que potencialment adquiriria si s'acaba confirmant la ineficàcia de la institució d'hereva i si, finalment, accepta l'herència com a substitut. En qualsevol cas,

el germà s'oposa al recurs, apel·lant al caràcter automàtic i no presumptiu de l'art. 422-13 CCCat i al fet que, si el causant hagués volgut mantenir la que fou la seva esposa com a hereva, hauria atorgat nou testament.

La registradora va mantenir la qualificació negativa, afirmant la possibilitat que en la qualificació s'apreciï d'ofici una sanció d'ineficàcia.

En tractar-se d'un país petit, de nou en aquest cas un dels membres de la comissió que assessora la DGDEJ es va abstenir d'intervenir en les deliberacions, atès que es tractava de la titular del registre on consta inscrita l'altra finca que pertanyia per meitats al causant i al seu germà, havent sol·licitat aquest la inscripció a favor seu.

1.2. L'aplicabilitat de la regla general d'ineficàcia a institucions fetes amb anterioritat a la vigència de l'article 422-13 CCCat, però no així l'excepció que preveu el precepte

D'acord amb l'art. 422-13 CCCat:

"1. La institució d'hereu, els llegats i les altres disposicions que s'hagin ordenat a favor del cònjuge del causant esdevenen ineficaces si, després d'haver estat atorgats, els cònjuges se separen de fet o judicialment, o es divorcien, o el matrimoni és declarat nul, i també si en el moment de la mort hi ha pendent una demanda de separació, divorci o nul·litat matrimonial, llevat de reconciliació.

2. Les disposicions a favor del convivent en parella estable esdevenen ineficaces si, després d'haver estat atorgades, els convivents se separen de fet, llevat que reprenguin la convivència, o s'extingeix la parella estable per una causa que no sigui la defunció d'un dels membres de la parella o el matrimoni entre ambdós.

3. Les disposicions a favor del cònjuge o del convivent en parella estable mantenen l'eficàcia si del context del testament, el codicil o la memòria testamentària resulta que el testador les hauria ordenades fins i tot en els casos que regulen els apartats 1 i 2.

4. Aquest article també s'aplica als parents que només ho siguin del cònjuge o convivent, en línia directa o en línia col·lateral dins del quart grau, tant per consanguinitat com per afinitat."

L'art. 12 de la Llei 6/2015, de 13 de maig, d'harmonització del Codi civil de Catalunya, va afegir aquest darrer apartat 4, per tal de mantenir la coherència amb el que preveu l'art. 431-17 CCCat en seu d'heretaments i malgrat les crítiques que mereix aquesta extensió (com, de fet, l'establiment de la norma; vegeu amb anterioritat ANDERSON, *InDret* 3/2014, esp pàg. 15-17).

En particular, quant a l'extensió als parents del cònjuge o convivent en aquells moments projectada, s'afirmava que: "La reforma projectada del Llibre quart del CCCat no soluciona el problema; ans al contrari, es preveu estendre la ineficàcia també als afins, en concordança amb l'article 431-17 del CCCat, en seu de pactes successoris.[...]. Per tant, l'atribució successòria a favor del cunyat (la persona casada amb el germà o germana de l'ex-cònjuge) esdevindrà ineficax també, quan segurament el que va generar el matrimoni - si és que l'origen de la disposició es troba en el matrimoni i no en el fet, gens infreqüent, d'haver contret matrimoni amb la germana o cunyada d'un bon amic- va ser la proximitat al cunyat en qüestió. El legislador sembla partir de la idea que la separació o el divorci impliquen un trencament absolut de relació amb tothom a qui s'hagi conegut o amb qui s'hagi tingut contacte arran d'un matrimoni, quan, per fortuna, no necessàriament ha de ser així. Notem, a més, que el Dret català no inclou la norma contrària; és a dir, la previsió conforme a la qual esdevindrien ineficaces les disposicions mortis causa dutes a

terme abans que el causant hagués contret matrimoni (cfr. *Wills Act 1837*, s. 18) i tampoc no converteix en ineficaces les disposicions fetes per parents del cònjuge a favor del causant. Es tracta, en definitiva, d'una norma que, al meu parer, s'hauria de revisar d'arrel, i no pas, precisament, en el sentit d'ampliar-ne l'abast i menys a persones que ben poc tenen a veure amb el matrimoni." (pàg. 16-17).

El supòsit que dona lloc al recurs, però, no afecta parents del cònjuge o convivent, sinó a aquest mateix. I el primer que es planteja la DGDEJ és si la norma recollida al precepte afecta retroactivament disposicions fetes amb anterioritat a la seva entrada en vigor. A l'empara de la disposició transitòria segona, apartat 2, de la Llei 10/2008, del llibre quart del Codi Civil, conclou que "és aplicable no només als testaments atorgats amb posterioritat a l'entrada en vigor del llibre IV del CCC - l'1 de gener de 2009 -, sinó també als anteriors, sempre que l'obertura de la successió es produeixi després d'aquesta data. En el present supòsit, en què s'ha atorgat el testament el 1979, s'ha produït la separació del testador i del seu cònjuge el 1987 i el deu divorci el 1992, i el testador ha mort el 2016, l'aplicació de l'article 422-13 CCC no ofereix cap dubte" (FD 1.1).

Recordem que, d'acord amb l'apartat 2 de la disposició transitòria segona de la Llei 10/2008: "En les successions obertes després de l'entrada en vigor d'aquesta llei, però regides per actes atorgats abans, s'apliquen les regles merament interpretatives de la voluntat del causant que establia la legislació derogada. Tanmateix, s'ha d'aplicar a aquests actes el que estableixen els articles 422-13, 427-21 i 427-27 del Codi civil de Catalunya".

Ara bé, un cop analitzada la ineficàcia prevista al precepte i l'abast de la qualificació registral - a la qual cosa dedica la resta del primer fonament de dret - a l'hora de valorar si podria concórrer o no l'excepció prevista a l'apartat 3 de l'article 422-13 CCCat, la DGDEJ es pregunta en primer lloc si aquesta també té eficàcia retroactiva i, de manera sorprenent per a qui subscriu, conclou que no en té. Així (FD 2.1):

"Ara bé, la primera qüestió que convé examinar respecte d'aquesta excepció és si opera també amb caràcter retroactiu, i la resposta ha de ser negativa, tot i que pel que estableix la disposició transitòria segona, apartat 2, de la Llei 10/2008, es podria pensar una altra cosa. En efecte, l'excepció està pensada només per als testaments atorgats a partir de l'entrada en vigor de la Llei 10/2008 -i el mateix es pot apuntar respecte de l'article 132 i la disposició transitòria tercera, apartat 1, de la Llei 40/1991, de 30 de desembre, del Codi de successions per causa de mort de Catalunya-, ja que només aquests testaments s'atorguen sota la vigència i l'aplicació directa i immediata d'una legislació que sanciona la ineficàcia sobrevinguda de les disposicions testamentàries a favor del cònjuge en els supòsits de crisi matrimonial, legislació que el testador coneixia o podia conèixer quan va atorgar el testament. En canvi, en els testaments anteriors a la vigència de la Llei 10/2008 -i, si escau, de la Llei 40/1991-, en què la ineficàcia sobrevinguda es produeix per l'aplicació retroactiva d'aquesta legislació, el testador va atorgar el testament d'acord amb una regulació testamentària que no establia la ineficàcia sobrevinguda de les disposicions testamentàries en cas de crisi matrimonial i, per tant, ni sabia ni podia saber que, si es produïa tal crisi, aquesta circumstància determinaria la ineficàcia de les disposicions a favor del seu cònjuge, raó per la qual no es preocuparia tampoc d'exterioritzar una voluntat, deduïble del context del testament, a favor del manteniment de la disposició malgrat la crisi. Per aquest motiu, la retroactivitat que proclama la disposició transitòria segona, apartat 2, de la Llei 10/2008 -igual que la regulada per la disposició transitòria tercera, apartat 1, de la Llei 40/1991- es refereix només, tot i l'aparent caràcter general de la seva remissió a l'article 422-13 CCC, a la ineficàcia de les disposicions testamentàries, però no a l'excepció recollida per l'apartat 3 del precepte."

El raonament de la DGDEJ sembla ser que, vist que el testament s'hauria atorgat abans que s'establís la ineficàcia de la disposició a favor del cònjuge o convivent per causa d'una separació o divorcis posteriors, el testador no hauria pogut manifestar una voluntat contrària a aquesta ineficàcia. Però la lògica de l'argumentació no sembla prou substancial com per contrarestar tant l'afirmació clara d'aplicabilitat retroactiva de la norma en la seva integritat pel dret transitori, com el fet que allò que requereix l'apartat 3 de l'article 422-13 CCCat és que es pugui deduir d'actes del testador que hauria volgut la disposició a favor d'aquestes persones malgrat la separació o el divorci – no pas *malgrat la ineficàcia que preveuen els apartats 1 i 2 de la norma*. És a dir: l'excepció a la ineficàcia s'ha de deduir d'actes que posin de manifest que la voluntat del testador era beneficiar determinades persones malgrat que hagi cessat una determinada relació de convivència. No han de ser actes contraris o de reacció contra una determinada previsió legal. Per això resulta sorprenent, com dèiem, el fet que s'imposi a testaments atorgats amb anterioritat a la promulgació de l'art. 422-13 CCCat una ineficàcia que resulta absoluta per impossibilitat d'acreditar la concurrència de circumstàncies que demostrin que la contemplació del matrimoni o de la convivència no van determinar la disposició testamentària. Però així ho entén, com es desprèn del fragment transcrit, la DGDEJ.

L'aplicació a testaments atorgats abans de l'entrada en vigor del Llibre IV CCCat (com abans de l'art. 132 del Codi de successions, arran de la disposició transitòria tercera de la Llei 40/1991) s'ha justificat – sense distingir entre els seus diferents apartats ni entre la regla general i l'excepció – en raons de política legislativa (BADOSA, 2009, pàg. 1703). La “retroactivitat” de l'art. 132 del Codi de Successions no va ser considerada contrària a la previsió de l'art. 9.3 de la Constitució per la STS de 5 de maig de 2008 (ECLI: ES:TS:2008:1525), però pel fet d'entendre que es tractava d'una mera presumpció *iuris tantum*. Així, al fonament de dret segon d'aquesta decisió es pot llegir que: “Es evidente el carácter meramente interpretativo de la voluntad del testador que posee el art. 132, que se limita sólo a establecer una presunción de voluntad revocatoria para los supuestos que prevé, permitiendo prueba en contrario. Dado este carácter, no exista ninguna conexión con el art. 9.3 CE.” Vegeu també el comentari a aquesta sentència de MARSAL (2008, esp. pàg. 1474-1476), on destacava que l'art. 132 del Codi de Successions no establia cap sanció i que, a més, no es podia parlar pròpiament d'aplicació retroactiva de la norma, atesa la seva naturalesa.

Val a dir, però, que en el supòsit en concret difícilment es podia interpretar que s'havien dut a terme actes que fonamentessin l'excepció o que aquesta es deduïa “del context del testament”. Tal i com s'explica (FD 2.2), sembla que el recurs simplement afirmava que la conducta del testador, en no revocar el testament entre la crisi matrimonial i la mort, va donar a entendre que volia mantenir la institució. Per molt que comparteixo l'opinió del recurrent en el sentit que la norma, com les previsions en matèria de preterició errònia, s'haurien de suprimir o, almenys, corregir per cobrir només casos extrems (vegeu, novament, els comentaris ja citats a *InDret 3/2014 i*, abans, 2009, pàg. 308-316), el que no es pot negar és que la norma existeix i sanciona amb la ineficàcia la disposició de característiques com la que s'analitza: el decurs del temps, per al legislador, no comporta consolidació de la voluntat declarada, sinó que la converteix en ineficaç, per tal de corregir “oblits” – per sostinguts que siguin.

En concret, la DGDEJ afirma que l'excepció s'ha d'extreure del context del propi testament i no d'actes posteriors i aliens al mateix: “amb independència que –com s'acaba d'apuntar– aquestes al·legacions no s'ajusten a l'excepció establerta per l'article 422-13.3 CCC, que exigeix que la

voluntat del testador resulti del context del mateix testament i no d'una conducta posterior i aliena a aquest, la veritat és que d'una actuació purament d'omissió no es poden extreure conclusions relatives a la voluntat determinant de l'abstenció. Les declaracions de voluntat que no s'exterioritzen de forma expressa poden deduir-se, certament, d'actes concloents; però aquests actes consisteixen en la realització de conductes positives, a través de les quals el seu autor executa o realitza una determinada activitat que posa inequívocament de manifest la voluntat que la guia. D'una abstenció o d'una ommissió no pot deduir-se cap voluntat, per tal com poden obeir als més diversos motius, i això impedeix que l'abstenció o l'ommissió siguin susceptibles de qualificar-se com a 'concloents' o 'inequívokes.'" (FD 2.2).

Segurament també aquestes afirmacions escapen del que era estrictament necessari per resoldre la qüestió plantejada i, com en altres ocasions, s'hauran de considerar com a *obiter dicta*.

1.3. La ineficàcia de l'article 422-13 CCCat afecta la disposició, no el negoci en la seva integritat

Tal i com s'havia fet ja en les Resolucions de de 17 de setembre de 2010 (JUS/3188; DOGC núm. 5732, d'11.10.2010, comentada per MARSAL, *InDret* 1/2011) i de 26 de novembre de 2010 (JUS/4177/2010; DOGC núm. 5789, de 4.1.2011, comentada per MARSAL, *InDret* 2/2011), en la que ara es comenta es confirma el criteri que la ineficàcia de la institució d'hereu a favor del cònjuge (o, si fos el cas, de les altres persones recollides a l'art. 422-13 CCCat) no comporta la nul·litat del testament quan aquest contingui una substitució i, per tant, una designació alternativa d'hereu. Per tant, en un cas com el que ens ocupa, l'art. 426-8.2 CCCat preval sobre l'article 426-59.3 CCCat i la manca de substituït, per resultar ineficaç la crida a favor seu, no priva el substituït de la seva.

Qüestió diferent és, però, la relativa a la manera com opera la ineficàcia prevista a l'article de referència.

1.4. Ineficàcia automàtica i apreciació d'ofici pel registrador

En la resolució que ara es comenta, la DGDEJ es manifesta de manera clara a favor de l'automatisme de la ineficàcia establerta a l'article 422-13 CCCat i, gairebé com a correlatiu, a la possibilitat d'apreciació d'ofici per part del registrador quan el pressupòsit d'aplicació de la norma sigui incontestable i resulti perfectament acreditat. Així, al fonament de dret 1.2, es pot llegir que:

"En segon lloc, que la ineficàcia de les disposicions testamentàries es produeix *ope legis* i opera de forma automàtica en produir-se la crisi matrimonial: a diferència de la 'presumpció de revocació' que establia l'article 132 CS, precedent immediat de l'article 422-13 CCC, aquest últim precepte imposa una 'afirmació d'ineficàcia'. Una qüestió diferent és que –tal com vam assenyalar en la nostra Resolució de 5 de desembre de 2013 (JUS/2694/2013, FD segon, 2.5), per més que es tractés d'un pronunciament *obiter dicta*, ja que l'article 422-13 CCC no era aplicable en aquell cas– si el cònjuge afectat, contravenint la bona fe, es nega a reconèixer aquesta ineficàcia, els qui en siguin beneficiaris l'hagin d'al·legar; però aquesta al·legació constitueix simplement un requisit d'oposabilitat d'una ineficàcia ja existent: l'al·legació de la ineficàcia de la disposició testamentària per part dels beneficiaris no és necessària perquè aquesta ineficàcia es produeixi, sinó perquè les conseqüències que se'n deriven siguin oposables davant de tercers i, especialment, davant de qui, de mala fe, pretén desconèixer-la. I en tercer lloc, i pel que fa a la improcedència de l'aplicació

d'ofici per part del registrador de la propietat de la ineficàcia establerta per l'article 422-13 CCC, tal com succeeix amb les causes de nul·litat del testament o de les disposicions testamentàries, cal precisar que l'equiparació –que vam establir també en la nostra Resolució de 5 de desembre de 2013, FD segon, 2.5, amb intenció merament didàctica i en qualsevol cas *obiter dicta*– no és absoluta, ja que no és el mateix valorar conductes, la qual cosa certament no és competència del registrador, que apreciar la producció de fets o circumstàncies fàctiques, que sí que ha de tenir en compte el registrador, i més si la seva existència es desprèn dels documents presentats i dels assentaments dels mateixos llibres del Registre que té al seu càrrec, ja que així ho exigeix l'exercici de la seva funció qualificadora d'acord amb l'article 18.1 de la Llei hipotecària.”

I és que, efectivament, tal i com s'havia apuntat en comentar la Resolució de 5 de desembre de 2013 (JUS/2694/2013, DOGC núm. 6529, de 27.12.2013; comentada a *InDret 3/2014*) el criteri que semblava mantenir – *obiter*, com també es va dir – la DGDEJ en aquella ocasió sembla haver canviat, ara a la vista d'un cas molt diferent. La Resolució de 2013 es referia a un supòsit en què la crisi de la convivència s'havia produït, en realitat, amb anterioritat a l'atorgament del testament, de manera que no s'hauria donat – cas de ser aplicable al cas – el supòsit de fet de l'article 422-13 CCCat, apartats 1 i 2. En aquest context, i tenint en compte també que el causant va morir sense fills i que no semblava haver-hi altres interessats en l'herència que la que havia estat anteriorment esposa del causant, la DGDEJ va comparar la ineficàcia que ens ocupa amb la pròpia de la indignitat i de la inhabilitat, d'una banda, i amb el nou règim de la nul·litat en matèria de disposicions testamentàries.

Així, en el comentari a aquesta resolució (*InDret 3/2014*) es pot llegir que: “En contrast amb la interpretació de la registradora, conforme a la qual la crisi matrimonial posterior a l'atorgament comportaria la ineficàcia automàtica de la disposició en favor de l'ex esposa, que, per tal de mantenir-ne l'eficàcia a l'empara del tercer apartat de l'article 422-13 del CCCat, hauria d'acudir a un judici declaratiu on quedessin acreditades les circumstàncies d'excepció que marca el precepte, el primer que es planteja la DGDEJ en el fonament de dret segon és que, d'acord amb l'article 111-7 del CCCat, el cònjuge en qui concorre la causa d'ineficàcia l'hauria de reconèixer i actuar en conseqüència; si no, seran els altres interessats els que l'hauran de fer valer. Rebla aquesta interpretació amb una comparació amb la manera com operen les causes d'indignitat i d'inhabilitat (FD 2.5):

‘2.5 L'anàlisi d'institucions connexes, com són la indignitat o la inhabilitat pot contribuir a determinar quina hauria de ser l'aplicació normal del article 422-13 del CCCat. L'article 412-6 del CCCat estableix que les atribucions successòries que corresponguin a una persona indigna o inhàbil són ineficaces, però la causa d'ineficàcia ha d'ésser invocada per la persona o persones afavorides per la successió en cas que es declari la indignitat o inhabilitat. Si la persona afectada no la reconeix, la ineficàcia ha d'ésser declarada judicialment. També en el cas de l'article 422-13 del CCCat són les persones beneficiades per la causa d'ineficàcia les legitimades a fer-la valer. Per molt que aquesta ineficàcia, es consideri com a revocació presumpta o de qualsevol altra manera, sigui automàtica, si les persones afectades, actuant sense la bona fe que exigeix la Llei, no en reconeixen la causa, aquesta haurà de ser declarada judicialment a instància de les persones que en resultaran beneficiades. Passa el mateix amb les causes de nul·litat del testament o de les disposicions testamentàries que han de ser declarades i l'acció només pot ser exercida per les persones a qui pot beneficiar en els termes que preveu l'article 422-3 del CCCat, sense que el notari ni el registrador la puguin aplicar d'ofici.’

La determinació de la concurrència o no de l'excepció seria una qüestió de fet, a valorar en cada cas, emprant, si escau, mitjans de prova extrínsecs (es fa esment de la STSJ de 5 de febrer de 2001), per tal d'establir quina era la veritable voluntat del testador, sense necessitat d'ajustar-se estrictament al sentit literal de les paraules ex article 421-6 del CCCat (FD 2.6). Aquest criteri de la

DGDEJ es troba, efectivament, en la línia mantinguda pel Llibre quart del CCCat a l'hora de procurar minvar la litigiositat en matèria testamentària, fent pesar sobre els interessats l'al·legació de causes de nul·litat en terminis relativament breus [ANDERSON (2009) p. 259]. Seria natural que el mateix succeís amb la causa d'ineficàcia de l'article 422-13 del CCCat, si no fos pel que es dirà [en breu].

La DGDEJ rebla la seva visió quan afirma (FD 3.2 final) que: '[N]o pot [el registrador] exigir de la persona instituïda que insti l'empara de l'autoritat judicial contra persones ignorades i inactives que serien beneficiades per l'aplicació de l'article 422-13.1 del CCCat, que en el cas present només podrien ser els hereus intestats col·laterals perquè no hi ha testament anterior, ni descendents, ni ascendents, tal com ha quedat comprovat a l'expedient.'

Avançant-se a possibles criteris oposats a aquesta conclusió, sobre la base d'un hipotètic perjudici de tercers 'desconeguts i inactius', la DGDEJ entén que '[é]s el mateix perjudici que sistemàticament es pot oposar a qualsevol adquisició per part del vidu o convivent que estigui separat de fet en el moment de la defunció i no ho declari, o per part de les persones indignes o inhàbils que no reconeixen o declaren la causa que els en fa, o per qualsevol hereu testamentari que sempre es pot veure amenaçat per un hereu designat en testament posterior i desconegut, potser hològraf, en el moment d'acceptar l'herència. I és que en darrer terme sempre hi hauran les accions que corresponen a l'hereu real contra l'hereu aparent a l'empara dels articles 465-1 i 465-2 del CCCat en el ben entès que, pel que fa a la fe pública registral respecte de tercers, serà d'aplicació la suspensió de l'article 28 de la Llei hipotecària' (FD 3.3). [...]

La DGDEJ discrepa del criteri emprat per la registradora i opta per aplicar a aquest supòsit un règim semblant al de la indignitat o inhabilitat per succeir. És cert que en la pràctica pot ser que es doni aquest resultat, però - tal i com apareix actualment l'article 422-13 del CCCat - és molt difícil trobar arguments sistemàtics que permetin el que, de fet, és negar l'automatisme i aplicar analògicament un règim jurídic (el que tradicionalment s'havia considerat el propi de l'anul·labilitat) i - potser - un termini de caducitat de l'acció per part dels perjudicats, que el legislador no ha contemplat, malgrat haver-ho fet abastament en supòsits similars i en la redacció dels preceptes immediatament anteriors a l'article 422-13 del CCCat. [...] Tot i que la conclusió pot ser, com dèiem, clarament indesitjable, a manca de recolzament normatiu, si es dona el supòsit de fet dels apartats 1 o 2 del precepte, sembla clar que el registrador no pot inscriure una adquisició per part del cònjuge que consti que està separat o divorciat del causant en el moment de la delació, sempre que la crisi matrimonial s'hagi produït amb posterioritat a l'atorgament del testament i així consti al registrador."

Tot fa pensar, doncs, que en la resolució objecte d'aquest comentari la DGDEJ s'aparta del criteri anterior: la ineficàcia que recull el precepte és automàtica i, com a tal, apreciable d'ofici pel registrador si consten les dades necessàries. Hi té un pes important també el fet que hi hagi un interessat en la ineficàcia (el germà del causant i substituït) que es diu que l'ha al·legada (no se sap si en promoure la constància del canvi d'estat civil o en oposar-se al recurs) i, malgrat que s'afirmi que no s'entra a valorar-la, la mala fe de la ex cònjuge que accepta l'herència com a vídua del causant, malgrat haver-se'n divorciat gairebé un quart de segle enrere. Però el més rellevant és que quedi clara la naturalesa objectiva del supòsit de fet que determina l'aplicació de la regla general prevista a l'article 422-13.1 i 2 CCCat. Per contrast, sembla igualment clar que el registrador difícilment podrà entrar a valorar si es donen els pressupòsits de l'excepció prevista a l'apartat 3 del precepte sense extralimitar-se; aquest tipus de valoracions haurien de correspondre a l'autoritat judicial. Fins i tot el que s'afirma al transcrit fonament de dret 2.2 quant a la irrellevància de les

conductes de pura omisió posteriors a l'atorgament del testament potser correspondria més en seu judicial que en seu registral.

Continuo pensant que la norma requereix ser repensada – com també els supòsits de preterició errònia – i potser restringida a casos en què el causant no hagi tingut l'oportunitat i/o el temps de revocar expressament la disposició feta a favor del cònjuge o convivent precisament pel fet de ser-ho. Tal i com es troba la norma en aquests moments, condueix a resultats absurds, en supòsits en què el causant hagi deixat passar anys des de la crisi matrimonial sense revocar el testament o pacte successori (article 431-17 del CCCat) i essent plenament conscient de la crisi i del testament. Mentre això no succeeixi (la reforma de 2015 condueix a pensar que no hi ha intenció de modificar el criteri legal i, si es deixa passar massa temps, la norma pot acabar essent interioritzada i, per tant, la seva derogació contraproductent) és preferible una interpretació com la mantinguda per la DGDEJ en aquesta resolució.

2. Resolució de 6 de febrer de 2017 (JUS/167/2017; DOGC núm. 7308, de 14.2.2017). Modificació d'estatuts de propietat horitzontal per prohibir els usos turístics

2.1. Introducció

Aquesta és la primera resolució de la DGDEJ dictada respecte a un acord de modificació d'estatuts per tal de prohibir l'ús turístic ja sota la vigència de la nova redacció de l'article 553-25.4 CCCat, d'acord amb la Llei 5/2015, del 13 de maig. En la seva redacció actual, el precepte estableix que:

“Els acords que modifiquin la quota de participació, els que privin qualsevol propietari de les facultats d'ús i gaudi d'elements comuns i els que determinin l'extinció del règim de la propietat horitzontal simple o complexa requereixen el consentiment exprés dels propietaris afectats.”

En la seva redacció original, disposava que:

“4. Els acords que disminueixin les facultats d'ús i gaudi de qualsevol propietari o propietària requereixen que aquest els consenti expressament.”

Per tant, la diferència es troba en què ara es concreta la necessitat del consentiment exprés dels propietaris afectats al cas que se'ls privi de facultats relatives als elements comuns i queda el dubte, que no aclareix el preàmbul de la reforma, de què succeeix quan se'ls priva de facultats relatives als elements privatis.

L'acord de què es tracta va ser adoptat amb el vot en contra de 7 propietaris que representaven el 10,084% de les quotes. A la junta hi van assistir propietaris que – s'entén – representaven el 35,007% de les quotes i hi van votar a favor propietaris que representaven el 24,923%. No consta que s'hi oposessin la resta de propietaris, que van ser notificats.

La registradora de la propietat denega la inscripció per entendre que cal el consentiment de tots els propietaris, atès que es tracta d'una limitació de facultats inherents al dret de propietat que només pot tenir lloc per renúncia o per disposició legal. Fonamenta la

qualificació en doctrina jurisprudencial i registral i, en particular, en la Resolució de la DGDEJ de 14 de juliol de 2015 (JUS/1726/2015; DOGC núm. 6925, de 31.7.2015).

La comunitat recorre al legant, en substància, que l'acord es va adoptar amb les majories requerides per a la modificació d'estatuts i que els estatuts poden contenir regles sobre la destinació, l'ús i el gaudi dels elements privatius i limitacions al seu ús (art. 553-11, 553-36 i 553-40, en relació amb l'article 553-26.2 CCCat); igualment, considera transcendent el canvi de redacció de l'art. 553-25.4 CCCat, en tant que entén que ja no hi ha dubte que no cal el consentiment de tots els titulars per adoptar aquest tipus de modificacions estatutàries. Per això, afirma que no és aplicable la doctrina anterior de la DGDEJ, recaiguda per a casos regits per la redacció original del precepte.

2.2. Un recordatori sobre el caràcter fonamental del dret de propietat i les restriccions normals que imposa el règim de propietat horitzontal

La DGDEJ comença el seu raonament recordant – de manera encertada – que l'anàlisi d'un determinat problema no es pot fer sense tenir presents els paràmetres generals de la institució afectada. En aquest sentit, recorda l'article 17 de la Resolució 217 (A) de l'Assemblea General de les Nacions Unides i l'article 33 de la Constitució espanyola, per revisar després les previsions sobre restriccions al dret de propietat que contemplen els articles 545-1 i següents CCCat. Conclou –i ho emfatitza amb un “subratllem-ho” – que “només la Llei o la voluntat del propietari poden restringir les facultats atribuïdes al titular del dret de propietat”, de manera que “el propietari d'un element privatiu té, sobre aquest element, les més àmplies facultats possibles sense altres limitacions que les pròpies de l'objecte sobre el qual recau i les que quedin determinades per la llei o el títol de constitució” (FD 1.3).

Ara bé, tal i com s'explica al fonament de dret 2.1, el règim de propietat horitzontal determina per ell mateix l'existència de certes restriccions i en permet d'altres:

“2.1 La mateixa configuració física de l'objecte de la propietat horitzontal, que només poden ser edificis i qualssevol altres immobles en els quals coexisteixin elements privatius amb independència funcional amb els elements comuns necessaris per a l'ús i gaudi adequat privatiu (article 553-2 CCC), comporta per si mateixa l'establiment de determinades restriccions al dret de propietat sobre elements privatius que resulten de la llei i del títol constitutiu. Entre aquestes restriccions, que insistim que constitueixen els límits normals del dret de propietat sobre elements privatius, hi ha, segons l'article 553-11 CCC, les normes que regulen la destinació, l'ús i l'aprofitament dels elements privatius o les limitacions d'ús i altres càrregues dels elements privatius (punt 1 lletres *a* i *b*), o les que limiten les activitats que es poden accomplir en els elements privatius (punt 2, lletra *e*). No hi ha cap dubte, doncs, que el títol de constitució de la propietat horitzontal pot establir prohibicions de determinats usos en els elements privatius. De fet, són freqüents les clàusules que prohibeixen, per exemple, l'existència de despatxos, clíniques o pensions en els elements privatius, i en determinats edificis destinats a despatxos s'hi prohibeixen els habitatges, o les que limiten l'existència dels uns i els altres segons les plantes de l'edifici, o les que restringeixen els usos dels locals comercials de la planta baixa a comerços, amb prohibició d'establiments de restauració o de tallers. No hi ha cap dubte ni discussió, doncs, sobre la possibilitat que els estatuts de la propietat horitzontal perquè la llei ho autoritza d'una manera clara estableixin restriccions a l'ús dels elements privatius. I no hi ha cap dubte, tampoc, sobre el fet que aquestes restriccions vinculen tots els propietaris, els tercers de bona fe i els futurs

adquirents, sempre que constin inscrites en el Registre de la Propietat, tal com estableix de manera clara l'article 553-11.3 CCC: 'Les normes dels estatuts que no siguin inscrites en el Registre de la Propietat no perjudiquen tercers de bona fe.' "

La qüestió que es planteja és, però, diferent, i se centra en determinar si una modificació del títol constitutiu pot establir restriccions que afectin el propietari que no les ha consentides i que va adquirir, per definició, en un moment anterior.

2.3. La nova redacció de l'article 553-25.4 del Codi Civil de Catalunya i una ponderació equitativa dels interessos en joc

La DGDEJ ha hagut de resoldre aquesta qüestió en diverses ocasions en els darrers temps (així, en les resolucions de 21 d'abril de 2010, 28 d'octubre de 2013, 9 d'octubre de 2014, 7 de gener, 14 de juliol i 15 d'octubre de 2015 i 25 d'octubre de 2016, totes elles comentades en edicions anteriors d'aquesta revista - trobareu una cita completa a la taula de resolucions i a la bibliografia final) i, malgrat algunes oscil·lacions, fins a aquesta resolució la doctrina del centre directriu es podia resumir en què l'acord de modificació dels estatuts es podia inscriure si s'havia assolit la majoria necessària, encara que fos de manera successiva i contra l'oposició d'un o més propietaris dissidents, però a aquests no els afectaria la modificació; els seus drets haurien de quedar salvaguardats.

Veurem que en la resolució final del cas que ens ocupa no és de cap manera segur que s'aconsegueixi aquesta finalitat, però abans de decidir la DGDEJ es planteja quin és el sentit de la reforma de l'article 553-25.4 CCCat.

Es desespera - com ho havíem fet els comentaristes abans (ANDERSON, *InDret* 3/2015, pàgs. 11-13; ESQUIROL, 2015, pàg. 159) en no trobar cap explicació al canvi de redacció en el Preàmbul de la Llei 5/2015 i en observar que una qüestió que tants problemes genera en la pràctica no es resol de manera concreta en el text legal (FD 2.4 i 2.5).

Conclou la DGDEJ que l'article 553-25.4 CCCat, quan es refereix a la privació de facultats d'ús sobre elements comuns està regulant el cas que es pretengués privar un element privatiu de l'ús exclusiu d'elements comuns, com ara la terrassa de l'àtic o el pati o jardí de la planta baixa. Encara que ho acordessin el 95% dels propietaris i quotes, caldria el consentiment del titular afectat.

Val a dir que no afirma la DGDEJ que l'acord no sigui vàlid, ni tampoc que senzillament no afecti a aquest titular ni amb quin règim. No s'ha desvetllat encara, a aquestes alçades de la resolució, si se li aplicaria el règim de protecció "transitòria" que en aquesta decisió s'estableix per als propietaris que s'hagin oposat a la limitació dels usos turístics. Si fos així - com es veurà de seguida - es podria efectivament expropiar el propietari de l'àtic o de la planta baixa del gaudi dels corresponents elements comuns en exclusiva, atès que en vendre l'element privatiu el comprador no estaria protegit per la manca de consentiment a l'acord i, per tant, es veuria privat de l'ús de l'element comú; l'element privatiu hauria perdut valor. La conclusió d'aplicar a aquest supòsit la doctrina que estableix la DGDEJ en aquesta resolució en demostra els punts febles. La DGDEJ, emparant-se en la nova redacció de l'art. 553-25.4 CCCat, estimarà que - a diferència del que succeeix quan es priva de la facultat de destinació a usos turístics - l'acord en cap cas pot perjudicar els propietaris dissidents en el supòsit de privació de facultats d'ús sobre elements comuns. No sabem què passarà amb potencials privacions de facultats sobre elements privatis

en les quals potser ara no es pensa, perquè el criteri no és segur i sembla que l'argumentació que el fonamenta pot canviar en atenció a les circumstàncies del cas concret.

De manera encoratjadora per als qui havíem sostingut aquesta postura (ANDERSON, *InDret* 3/2015, pàg. 12-13, *InDret* 1/2016, pàg. 6-7; *InDret* 1/2017, pàg. 15-17; ESQUIROL, 2015a, pàg. 167), la DGDEJ es planteja a continuació si no és possible aplicar, amb més raó encara, la mateixa argumentació quan el que resulti afectat sigui, no un element comú, sinó un element privatiu. Així, expressivament, en el fonament de dret 2.6 es pot llegir que:

“Però, podem acceptar que el que es predica de l'ús i gaudi d'elements comuns no es pugui predicar, amb més raó encara, de l'element privatiu considerat estrictament? Pot un element privatiu no ser privat del jardí però sí d'una habitació? Pot un element dissenyat, construït i moblat com a habitatge, ser privat d'una de les formes d'ús i explotació econòmica regulades per la Llei com és l'ús com a habitatge d'ús turístic i, en canvi, no ser privat del jardí? En principi hauríem d'entendre que no, perquè els articles 553-25 i el 553-26 CCC vigents no són clars i, en el dubte, cal fer prevaler el principi general que ningú no pot ser privat de les facultats que li atorga el dret de propietat si no és per disposició legal expressa o per voluntat pròpia. Així podríem entendre que el canvi normatiu operat per la Llei 5/2015, de 13 de maig, mancat de claredat, no comporta necessàriament un canvi en el règim anterior en relació amb la qüestió debatuda.”

Però de seguida adverteix la DGDEJ que, malgrat aquesta – per a qui subscriu- claredat en la conclusió, hi poden haver arguments en contra. I contempla els següents:

“2.7 Contra la conclusió a què arribem en el punt precedent es pot objectar a) que pràcticament imposa la unanimitat per a l'adopció dels acords que interessin en aquest recurs; b) que limitar l'ús com a habitatge d'ús turístic d'un habitatge no és pròpiament limitar-ne l'ús com a habitatge, ja que aquest es pot explotar encara com a tal per a ús propi o en règim d'arrendament o d'arrendament per temporada, de manera que més que una limitació d'ús podríem parlar d'una delimitació d'un dels usos possibles; c) que la propietat d'un habitatge en un edifici en règim de propietat horitzontal, estructuralment sotmesa a la comunitat, mai no pot ser del tot equiparada a una propietat ordinària sobre un habitatge individual i, encara, d) que una de les grans novetats de la regulació de la propietat horitzontal en el Codi civil de Catalunya és la laminació de la regla de la unanimitat. Per acabar encara hauríem d'admetre que la Llei 5/2015, de 13 de maig, amb més o menys fortuna, ha volgut alterar el règim de la Llei 5/2006 i, en una interpretació literal, no exigeix el consentiment per a la limitació de l'ús.”

I, vistos aquests arguments, es veu en la necessitat de resoldre de manera *equitativa* per tal de trobar l'equilibri entre els drets de la comunitat i els dels propietaris d'elements privatis. I així, conclou, en els fonaments de dret 2.8 i 2.9:

“2.8 Arribats aquí hem de tractar de manera equitativa a) els drets de la comunitat a regular de manera harmònica i adequada la convivència dins de l'edifici i establir els usos més adequats per afavorir-la i b) els drets dels propietaris d'elements privatis a exercir-hi totes les facultats del dret de la propietat. Com hem subratllat en les nostres resolucions precedents abans esmentades, la Llei procura solucionar el conflicte d'interessos entre la comunitat i els propietaris decantant-se pels de la comunitat. Però ni la comunitat pot limitar substancialment l'ús dels elements privatis per molt que ho faci amb la majoria més que qualificada del 80 %, ni un o diversos propietaris en minoria poden gaudir d'una mena de dret de veto que impedeixi a la majoria l'adopció dels acords. Així, si un propietari ha adquirit el seu element privatiu en un moment en què en el Registre no apareixien les normes de comunitat que li'n limitaven un ús determinat, no pot ser privat d'aquest ús contra la seva voluntat, però tampoc no pot impedir, amb el seu vot contrari, que la norma de comunitat aprovada per la majoria del 80 % o més accedeixi al Registre de la Propietat de manera que, un cop inscrita, els futurs adquirents no en podran al·legar

desconeixement i es veuran privats de l'ús que les normes limiten o prohibeixen. Dit d'una altra manera, els propietaris dissidents podran continuar usant l'element privatiu de manera ajustada a la que estableixen els estatuts quan van adquirir-lo mentre en siguin propietaris. Fins i tot podran modificar l'element privatiu per destinar-lo a l'ús que els estatuts ara prohibeixen però quan van adquirir l'immoble no. Ara bé, quan transmetin l'immoble, els adquirents, que tindran coneixement de la limitació, ja no podran iniciar l'ús prohibit o, si és el cas, hauran de cessar en aquest ús. [...]

2.9 En conclusió, la limitació d'ús aprovada amb el vot favorable de més del 80 % és inscriptible si bé, sobre la base del principi general d'irretroactivitat de les normes restrictives de drets, no afectarà el propietari actual que no hi ha prestat consentiment exprés, encara que sí els futurs adquirents del seu element privatiu, perquè quan l'adquireixin la norma ja constarà inscrita. I, coherentment, sembla bo de subratllar que tant l'escriptura de modificació dels estatuts com la inscripció hauran de ser curoses i clares en deixar determinades les entitats o elements privatis transitòriament exceptuats de la limitació d'ús acordada."

Deixant de banda que els registradors es plantegen què significa aquesta exactament aquesta cura i claredat (TENZA, 2017, pàg. 26), el resultat és bastant sorprenent: el propietari dissident es veu, efectivament, privat d'un dels possibles valors de l'element privatiu, representat per l'aprofitament turístic, valor aquest que es traduiria a ben segur en el preu en el moment de l'alienació. Hauria semblat lògic que, si l'element privatiu queda protegit davant la modificació estatutària, hi quedés també per a futurs adquirents. Aquests haurien de poder comprovar en el Registre de la Propietat una limitació d'usos que no afecta l'element privatiu que es proposen adquirir. Però no ho veu així la DGDEJ. Serà interessant esbrinar quin és el règim de protecció de tercers de bona fe, a l'empara de l'article 34 de la Llei hipotecària, si adquireixen amb aquesta convicció. Se'ls pot requerir que coneguin aquesta doctrina de la DGDEJ? De fet, si considerem - com ho fa la resolució ara comentada - que la prohibició s'estén a tots els elements privatis en el moment de l'alienació, no s'entén per què hauria de constar amb tanta claredat i precisió quins són els elements privatis que en queden exclosos, ja que, en definitiva, la prohibició - sempre segons la doctrina de la DGDEJ - perjudica tots els tercers.

Pensem, a més, com assenyala el propi centre directiu (fonament de dret 2.3) i s'havia comentat amb anterioritat (ANDERSON, *InDret* 1/2017, pàg. 16-17, entre altres), que els usos que es poden prohibir no són només els turístics - que, amb raó, tant ens preocupen en l'actualitat - sinó tota mena d'activitats, fins i tot les freqüents de despatx professional. En l'àmbit del lloguer turístic poden entrar en joc consideracions d'interès general i d'evitar comportaments no ja incívics, sinó també especuladors, però si hom ha adquirit un pis on es permetia exercir una determinada professió i, arribat el cas, el propietari s'oposa a l'acord que ho prohibeix, segons aquesta doctrina sembla que no el podrà vendre (ni transmetre per altre títol) a un comprador que vulgui dur-hi a terme la mateixa activitat. I potser fa dècades que al pis en qüestió s'hi desenvolupa una determinada professió o activitat, amb el valor que pot tenir la ubicació.

Un dels punts dèbils d'aquesta doctrina, a criteri de qui subscriu, és que - com es confirmarà en comentar el darrer fonament de dret - té un pes molt important el tipus d'activitat que es vol prohibir, quan potser no és el dret privat l'instrument més idoni per controlar-la. Aquesta vulnerabilitat de l'argumentació es veu reflectida també en el fet que, justament, es dona lloc a la conclusió que semblava que es volia evitar: una major protecció

de les facultats d'ús sobre elements comuns que sobre els propis elements privatis. Així, al final del fonament de dret 2.8, la DGDEJ afirma que: "S'exceptuen [de la conclusió a què arriba], és clar, els acords que privin qualsevol propietari de les facultats d'ús i gaudi d'elements comuns (jardins, terrasses, solàriums, aparcaments) que mai no afectaran ni de present ni de futur els elements privatis si llurs titulars no ho consenten expressament perquè així ho estableix d'una manera clara l'article 553-25.4 CCC." Per tant, la comunitat no podrà mai privar de l'ús d'un jardí o d'una terrassa comuns sense el consentiment de l'afectat, però sí que ho podrà fer respecte a facultats relatives als elements privatis, com l'aprofitament turístic o - creiem - l'activitat professional. Quant a això darrer, però, caldria veure quin seria el criteri de la DGDEJ; es consideraria també que es tracta només d'una de les possibles destinacions de l'element privatiu? Seria únicament "delimitació" de la destinació? O resoldríem de manera diferent, degut a la també distinta percepció social del problema? Es tracta, com es va repetint, d'un dels punts grisos d'aquesta doctrina.

2.5. Propietari dissident salvaguardat - mentre ho sigui - perquè la prohibició no afecta el seu element privatiu... però sí que l'afecta si no exercia ja l'activitat d'ús turístic

Ara bé, els problemes no acaben aquí per als propietaris dissidents. És a dir, no es tracta *només* de limitar la protecció de la seva voluntat contrària a la prohibició al període durant el qual continuïn essent titulars dels elements privatis en qüestió, sinó que la DGDEJ tracta, de facto, la prohibició com a general de l'edifici - incloent l'element privatiu del dissident - de cara a l'obtenció de la corresponent llicència administrativa.

En efecte, d'acord amb l'article 68.6 del Decret 159/2012, de 20 de novembre, d'establiments d'allotjament turístic i d'habitatges d'ús turístic. "La destinació d'un habitatge a l'ús turístic no és possible si està prohibida per l'ordenació d'usos del sector on es trobi o està prohibida pels estatuts de la comunitat degudament inscrits en el Registre de la propietat en edificis sotmesos al règim de propietat horitzontal." Sobre la base de la distinció entre drets adquirits i expectatives, la DGDEJ arriba a la conclusió que - perquè així ho disposa la regulació administrativa - el propietari dissident no podrà obtenir la llicència, atès que l'activitat estarà prohibida als estatuts. Així:

"3.2 L'acord controvertit en el recurs present, com en els que van motivar les nostres resolucions esmentades abans, té per finalitat evitar que en un edifici destinat a habitatge de veïns s'hi exerceixi l'activitat d'explotació de l'habitatge per a ús turístic, tot establint la prohibició als estatuts. En aquest punt, doncs, la distinció entre expectativa i dret adquirit resultarà encara més nítida: tot i que, com hem dit, la norma de limitació de l'ús aprovada amb el vot del 80 % o més dels propietaris no afecta, en principi, el propietari de l'element privatiu que no l'ha consentida, mentre en sigui propietari, hem d'admetre que, un cop inscrita la norma, el propietari que no ha acceptat la limitació, que potser en tenia l'expectativa, es veu impossibilitat d'iniciar l'activitat d'habitatge d'ús turístic perquè el Decret 159/2012 li ho impedeix. Subratllem que això és així perquè l'Administració posa com a requisit per a l'exercici de l'activitat reglada a què es pretén destinar l'habitatge que els estatuts no la prohibeixin. En canvi, el propietari que ja destinava l'habitatge a ús turístic que no ha acceptat la limitació, com que ja hi té el dret adquirit, pot continuar destinant-lo a aquesta activitat mentre continuï complint amb els requisits administratius que l'habiliten per a fer-ho i no transmeti l'habitatge."

A banda del fet que segurament no correspon a la DGDEJ establir com s'ha d'interpretar

un requisit establert per una norma administrativa aliena a la mecànica registral, el problema amb aquesta argumentació és el mateix que respecte a la transmissió de l'immoble: si es protegeix el propietari dissident contra la modificació estatutària, la prohibició no afecta el seu element privatiu i, per tant, hauria de ser possible l'obtenció de la llicència. En tot cas, hauria de ser l'administració competent la que establís si opta per no concedir llicències quan la majoria de la comunitat ha manifestat la voluntat contrària a l'exercici d'aquest tipus d'activitat, cosa que semblaria perfectament raonable, tot i que no creiem que sigui l'única interpretació possible de la norma administrativa de referència.

2.6. Reflexions finals

Per acabar, la DGDEJ reconeix que aquesta resolució modifica parcialment la seva doctrina anterior:

“3.3 La conclusió a què arribem, tot advertint que modifiquem parcialment la nostra doctrina anterior i justificant-ne els motius, es veu reforçada en el cas concret dels habitatges d'ús turístic, perquè la limitació d'ús no és, com dèiem abans, una limitació absoluta a usar l'habitatge com a tal, sinó que sigui explotat en una de les moltes formes d'explotació possibles en aquest concepte. Així doncs, ens hem de decantar per acceptar que el canvi normatiu permet admetre que la inscripció de l'acord comunitari debatut és possible en el benentès que els propietaris dissidents, si ja exerceixen l'activitat, no poden ser compeltats a cessar-la mentre no transmetin llurs elements privatius.”

I, tot això, sens perjudici de les accions que puguin correspondre per fer cessar activitats contràries a la convivència normal (art. 553-40 CCCat), la possibilitat d'elevat la contribució a les despeses comunes (art. 553-45 CCCat) o promoure l'inici del corresponent procediment administratiu sancionador (FD 3.4). Totes elles són eines que el legislador posa en mans de la comunitat per procurar un retorn a la convivència habitual, que tant difícil es presenta en molts edificis afectats per la destinació a usos turístics.

Aquesta darrera consideració fa palès que, si bé sempre es té al cap el valor que representa tenir la possibilitat de destinar un pis o apartament a allotjament o ús turístic (i que pot ser important tant per a l'inversor estranger com per garantir una qualitat de vida raonable al pensionista mitjà del país), poques vegades tenim present el valor que representa – també a l'hora de vendre – la garantia que en l'edifici no s'hi puguin dur a terme activitats d'aquest tipus. La tranquil·litat també té un preu i s'ha de valorar.

De fet, un alumne de la Facultat de Dret de la UB i col·laborador de la Clínica en Dret Immobiliari i Mediació Residencial (ClinHab, www.clinhab.com), David Mier, en discutir sobre una modificació d'estatuts que deixava en mans de la junta acordar, amb posterioritat a la prohibició estatutària, la realització d'activitats turístiques, es preguntava, encertadament, si no es podia entendre que en aquest eventual supòsit s'estarien limitant també els drets dels propietaris dissidents; és a dir, el dret a viure en un edifici en què no s'hi durien a terme activitats d'aquest tipus. I sorgia llavors novament, des de la perspectiva contrària, el problema de protegir els dissidents, cosa que segurament obligaria a sospesar, de nou, la conveniència de la unanimitat, perquè en aquest cas no seria suficient preservar els drets dels titulars que s'oposessin a l'acord. Aquesta consideració val també, és clar, per eventuais modificacions estatutàries dirigides a revocar una anterior prohibició.

Serveixin aquestes darreres consideracions per fer palès que qui subscriu comprèn la

voluntat i fins i tot la necessitat de corregir la proliferació d'aquest tipus d'usos, tant des del punt de vista de la concreta comunitat de propietaris afectada, com per raons de manteniment del teixit de les ciutats i dels pobles. Però el dret privat, partint de les seves categories generals (com recomana la DGDEJ), no sembla donar respostes òptimes que no passin per l'efectiva expropiació de facultats d'ús, que - segons aquesta resolució - només es preserven de manera molt restrictiva i pel damunt del que seria - crec- la manera d'argumentar pròpia d'aquesta branca del dret. La solució a un problema real i viscut requereix la intervenció del legislador o de l'administració i, possiblement, de tots dos. Es reiteren, doncs, les reflexions fetes en comentaris anteriors, malgrat que ara s'hagi esbrinat com s'interpreta el desafortunat canvi de redacció de l'art. 553-25.4 CCCat.

*Taula de jurisprudència citada**Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques (Art. 422-13 CCCat)- Comentaris InDret*

<i>Òrgan</i>	<i>Referència</i>	<i>InDret</i>
RDGDEJ 17.9.2010	JUS/3188 (DOGC núm. 5732, d'11.10.2010)	1/2011 (MARSAL)
RDGDEJ 26.11.2010	JUS/4177/2010; (DOGC núm. 5789, de 4.1.2011))	2/2011 (MARSAL)
RDGDEJ 5.12.2013	JUS/2694/2013, (DOGC núm. 6529, de 27.12.2013)	3/2014 (ANDERSON)

Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques (Art. 553-25.4 CCCat)- Comentaris InDret

<i>Òrgan</i>	<i>Referència</i>	<i>InDret</i>
RDGDEJ 21.4.2010	JUS/1631/2010 (DOGC núm. 5637, de 27.5.2010)	3/2010 (MARSAL)
RDGDEJ 28.10.2013	JUS/2299/2013 (DOGC núm. 6498, d'11.11.2013)	3/2014 (ANDERSON)
RDGDEJ 9.10.2014	JUS/2410/2014 (DOGC núm. 6742, de 4.11.2014)	2/2015 (ANDERSON)
RDGDEJ 7.1.2015	JUS/105/2015 (DOGC núm. 6804, de 5.2.2015)	3/2015 (ANDERSON)
RDGDEJ 14.7.2015	JUS/1726/2015 (DOGC núm. 6925, de 31.7.2015)	1/2016 (ANDERSON)
RDGDEJ 15.10.2015	JUS/2438/2015 (DOGC núm. 6993, de 9.11.2015)	1/2016 (ANDERSON)
RDGDEJ 25.10.2016	JUS/2448/2016 (DOGC núm. 7244, de 10.11.2016)	1/2017 (ANDERSON)

Tribunal Suprem

<i>Tribunal, Sala i data</i>	<i>Referència</i>
STS, Civil, 5.5.2008	ECLI: ES:TS:2008:1525

Direcció General dels Registres i del Notariat

<i>Tribunal, Sala i data</i>	<i>Referència</i>
RDGRN 31.5.2016	BOE núm. 151, de 23.6.2016

Bibliografia citada

ANDERSON, Miriam (2015-2017). "Recursos governatius. Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques",

InDret 3/2014 (http://www.indret.com/pdf/1066_cat.pdf),

InDret 2/2015 (http://www.indret.com/pdf/1136_cat.pdf),

InDret 3/2015 (http://www.indret.com/pdf/1161_cat.pdf);

InDret 1/2016 (http://www.indret.com/pdf/1205_ca.pdf);

InDret 1/2017 (<http://www.indret.com/pdf/1285.pdf>).

ANDERSON, Miriam (2009), "Comentari a l'article 422-13 del Codi civil de Catalunya", a Joan EGEA I FERNANDEZ; Josep FERRER I RIBA (Dirs.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, vol. I, pàg. 308-316.

BADOSA COLL, Ferran (2009), "Comentari a la disposició transitòria segona de la Llei 10/2008", a Joan EGEA I FERNANDEZ; Josep FERRER I RIBA (Dirs.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, vol. II, pàg. 1700-1703.

ESQUIROL JIMÉNEZ, Víctor (2015), "Reseña de las principales resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat Publicadas desde el tercer trimestre de 2013 hasta el cuarto trimestre de 2014", 3 *La Notaría* 2014, pàg. 147-159.

ESQUIROL JIMÉNEZ, Víctor (2015a), "Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat" 2 *La Notaría* 2015, pàg. 162-169.

MARSAL GUILLAMET, Joan (2010-2011), "Recursos governatius. Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques",

InDret 3/2010 (http://www.indret.com/pdf/755_cat.pdf);

InDret 1/2011 (http://www.indret.com/pdf/798_cat.pdf);

InDret 2/2011 (http://www.indret.com/pdf/810_cat.pdf).

MARSAL GUILLAMET, Joan (2008), "Sentencia de 5 de mayo de 2008: constitucionalidad de la disposición transitoria tercera del código de sucesiones de Cataluña", 78 *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* pàg. 1469-1477.

TENZA LLORENTE, María (2017). "Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas", 185 *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña* pàg. 23-26.