

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR009101

RESOLUCIÓN de 13 de junio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación emitida por el registrador de la propiedad de Tacoronte, por la que se suspende la inscripción de una servidumbre de paso.*(BOE de 25 de junio de 2018)***SUMARIO:**

Registro de la Propiedad. Constitución de servidumbre de paso sobre la azotea de un inmueble, vivienda habitual de un matrimonio, propiedad del marido. Consentimiento de la esposa. Es necesario que, en los actos de disposición que realice uno de los esposos por sí solo sobre una vivienda de su titularidad, el cónyuge disponente manifieste en la escritura que tal vivienda no constituye la vivienda habitual de la familia, pues, de lo contrario, es obligado que medie el consentimiento de su consorte, o la pertinente autorización judicial supletoria. Ahora bien, no todo acto de disposición sobre la vivienda familiar exige el consentimiento del otro cónyuge. Se requiere que el acto de disposición afecte a la vivienda familiar habitual. Con este adjetivo, la Ley realiza una fundamental exclusión en la que conviene reparar. El adjetivo «habitual» y el adverbio «habitualmente» aparecen en distintos preceptos del Código Civil (así, artículos 9, 10, 24, 40, 90, 464, 663, 756, 822, 1.320, 1.321, 1.406 y 1.955) y del Código de Comercio (artículos 1, 3 y 4). «Habitual» no equivale a «permanente» pero denota un alto grado de continuación temporal. En el Código Civil, la expresión «vivienda habitual» se utiliza para referirse a aquella vivienda en la que una persona tenga su residencia (artículo 1406.4.º). Vivienda habitual será, pues, aquella en la que se convive la mayor parte del año. Y, aunque tal requisito puede darse simultáneamente en dos o más viviendas, carecerá de este carácter la segunda residencia de la familia de recreo o que se utilice durante las vacaciones, aunque los cónyuges y sus hijos se trasladen a ella todos los años. Por esta razón, es importante, tal y como dispone el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, que el documento que contenga el acto de disposición determine si el bien privativo o el derecho sobre el bien privativo del que uno de los cónyuges dispone tiene o no la consideración de «vivienda habitual». El hecho de que el documento refleje que ese bien es vivienda permite presumir legítimamente que es la vivienda habitual del disponente y su cónyuge, aunque no se afirme expresamente. Si no tuviera ese carácter, lo procedente sería manifestarlo así en el documento. El citado artículo 1.320 del Código Civil implica un límite a la libertad de disposición del cónyuge que es titular exclusivo de la vivienda familiar, cualquiera que haya sido el título de adquisición y el régimen económico matrimonial que rija en el matrimonio, que se justifica por la protección de los intereses familiares que la legislación considera superiores a los individuales de cada cónyuge. De esta forma, se pretende evitar las consecuencias de la arbitrariedad o mala voluntad de quien ostenta la propiedad exclusiva, exigiendo el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial, para que sea válida su enajenación o la constitución de hipoteca sobre tales bienes. La conformidad prestada por el cónyuge no titular a la disposición de la vivienda por exigirlo el artículo 1.320 del Código Civil, sustancialmente no es sino un simple asentimiento que se presenta como una declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno, es decir concluido por otro, por la que un cónyuge concede su aprobación a un acto en el que no es parte. La constitución del derecho real de servidumbre que grave la vivienda familiar habitual es un acto dispositivo que, en principio, entra en el ámbito del artículo 1.320 del Código Civil. No obstante, atendiendo a la interpretación jurisprudencial de este precepto legal, debe entenderse que la prevención establecida en el mismo no es aplicable en el presente caso, por tratarse de una servidumbre externa a la vivienda habitual que sólo afecta a una parte de un elemento anejo a dicha vivienda (la azotea, que aun cuando forma parte del mismo edificio en régimen de propiedad horizontal tiene acceso directo e independiente desde la calle), sin que exista elemento objetivo alguno del que resulte posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma.

PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 70, 564 a 570, 1.320 y 1.346.

Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto. Hipotecario), art. 91.

Ley Cataluña 25/2010 (Libro segundo del Código civil, relativo a la persona y la familia), art. 231-9.

DLeg. Aragón 1/2011 (Código de derecho foral), art. 190.



En el recurso interpuesto por don Alfonso de la Fuente Sancho, notario de San Cristóbal de La Laguna, contra la calificación emitida por el registrador de la Propiedad de Tacoronte, don Carlos Alfonso Tocino Flores, por la que se suspende la inscripción de una servidumbre de paso.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 9 de enero de 2018 por el notario de San Cristóbal de La Laguna, don Alfonso de la Fuente Sancho, se constituyó una servidumbre de paso permanente sobre una determinada finca registral, concretamente sobre una parte de la azotea de la citada finca, que tiene la consideración de anejo del predio sirviente.

El predio dominante es una finca descrita como «Urbana.–Finca número dos.–Almacén en planta de sótano, destinado a aparcamiento de vehículos y almacén, de la edificación sita en Calle (...) Tiene una superficie construida de ochenta y ocho metros y setenta y un decímetros cuadrados (88,71 m²) y está distribuido en una dependencia destinada a aparcamiento de vehículos, varias dependencias destinadas a bodega y un aseo. A dicho almacén se accede a través de propiedad de don P. M. M. H., finca registral número 20.168 (...)».

El predio sirviente es la referida finca registral número 20.168 del Registro de la Propiedad de Tacoronte que se describe de la siguiente forma: «Vivienda unifamiliar de dos plantas de altura, comunicadas por escalera interior sita en la parta trasera del conjunto, según se mira al solar desde (...), el lugar conocido como (...), hoy (...) Tiene una superficie total construida por planta de setenta y cuatro (74) metros cuadrados, que hace una superficie total de ciento cuarenta y ocho metros (148) cuadrados, con patios al frente y a la derecha de esta edificación que tiene una superficie de cincuenta y cinco (55) metros cuadrados. Linda (...) frente o norte, en planta baja, con elementos uno, dos y tres de esta división horizontal; y en planta alta con azotea que le es aneja (...) Tiene su acceso a la vivienda directamente por su puerta propia a la que se accede desde la Calle (...) Tiene como anejo la azotea que remata los elementos dos y tres de la división horizontal, que tiene una superficie de doscientos siete con setenta y siete metros (207,77) cuadrados, a la que se accede, debido al declive del terreno, directamente desde la calle (...)».

La servidumbre que se constituye tiene el siguiente contenido: «Consiste en el derecho de paso permanente por la azotea que le es aneja a la finca descrita en el exponendo II) (Vivienda) a favor de la finca descrita en el exponendo I) (Almacén) de la parte, expositiva para personas y vehículos. Dicho derecho de paso lo es sin perjuicio del derecho de paso que se reserva y tiene el propietario del predio sirviente sobre la mencionada azotea, de forma que la zona afectada por la servidumbre podrá ser utilizada también como paso por el predio sirviente (...) Características: Se concreta la servidumbre en el derecho de paso por la azotea que le es aneja a la finca descrita (...) (Vivienda), por la que se accede desde la calle (...) por medio de una puerta de corredera, y que tiene una superficie total utilizable de unos doscientos siete con setenta y siete metros cuadrados (207,77 m²) aproximadamente, de los cuales la superficie de setenta y cinco metros cuadrados (75 m²) constituye la zona afectada por la servidumbre constituida sobre la finca descrita bajo el exponendo II). Dicha servidumbre parte desde la calle (...) a través de una franja o zona de paso de tres metros de ancho y veinticinco metros de largo, de forma irregular, recorriendo gran parte de la azotea que le es aneja a la finca descrita en el exponendo II), finalizando su recorrido por la perta de garaje que da acceso a la finca descrita en el exponendo I) de la presente (...)».

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Tacoronte, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Registro de la Propiedad de Tacoronte.

Se califica negativamente el documento presentado en virtud de las siguientes causas de tipo suspensivo cuya motivación jurídica se ordena a través de los siguientes:

Hechos:

Primero.

Que el pasado día diecinueve de enero del año dos mil dieciocho, don M. H., P. M., presentó físicamente en esta Oficina copia de escritura autorizada por el Notario don Alfonso de la Fuente Sancho, con fecha nueve de enero del año dos mil dieciocho con el número de protocolo 28/2.018, que causó el asiento 517 del Diario 29.

Segundo.

Que en el documento presentado doña F. H. A., titular de la Urbana número dos, formado por división horizontal de la finca 17.486, del término municipal de Tacoronte y P. M. M. H., titular de la finca 20.168, del término municipal de Tacoronte, constituyen servidumbre de paso, siendo el predio dominante la propiedad de doña F. y predio sirviente la propiedad de don P. M.

Tercero.

Que del estudio de los libros del Registro de la Propiedad de Tacoronte resulta que dicho Don P. M. M. H. se encuentra casado con Doña A. M. H., y que la finca sobre la que se constituye la servidumbre es una vivienda.

Fundamentos de Derecho:

Primero.

Que con arreglo al artículo 18 de la Ley Hipotecaria este Registrador ha calificado bajo su responsabilidad la legalidad de los formas extrínsecas del título presentado, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos en el contenido, por lo que resulta del mismo y de los asientos de este Registro. Esta calificación se ha llevado a cabo dentro del plazo máximo de quince días contados desde la fecha de presentación, tal y como prescribe el párrafo 3.º del referido artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Segundo.

Se suspende la inscripción solicitada pues no comparece ni ratifica el precedente documento Doña A. M. H., ni se manifiesta en la escritura que la vivienda sobre la que se constituye la servidumbre no es la vivienda habitual de la familia, en virtud del artículo 1320 del Código Civil, que exige el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, dentro de lo cual debe encuadrarse la constitución de un derecho real de servidumbre. Por lo expuesto, acuerdo:

- suspender la inscripción del documento presentado,
- prorrogar el asiento de presentación por el término legal, de conformidad con el artículo 323 de la Ley Hipotecaria,
- no practicar anotación preventiva de suspensión, por no haber sido solicitada expresamente,
- notificar la presenta calificación negativa tanto al presentante como al funcionario autorizante del documento, de conformidad con lo previsto en los artículo 58 y 59 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Contra la precedente calificación negativa total por causas suspensivas de la misma, los interesados podrán:
(...)

Firmado electrónicamente por Carlos Alfonso Tocino Flores, registrador/a de Registro de la Propiedad de Tacoronte a día doce de Febrero del año dos mil dieciocho.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Alfonso de la Fuente Sancho, notario de San Cristóbal de La Laguna, interpuso recurso el día 22 de marzo de 2018 con las alegaciones siguientes:

«(...) 1. Cita el registrador en apoyo del defecto recogido en su calificación el artículo 1320 del Código Civil que exige el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual de la familia y considera que la constitución de un derecho real de servidumbre debe encuadrarse dentro de esos derechos.

2. Es necesario, por tanto, analizar el contenido de dicho artículo y delimitar su alcance.

El artículo 1320 CC establece lo siguiente: "Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial".

Para mejor entender el significado hay que partir de su finalidad, de la "ratio legis" de dicho artículo, que no es otra, según opinión unánime en la doctrina, que proteger el hogar familiar de forma que la familia quede a salvo de cualquier acto de disposición del cónyuge propietario que conlleve la pérdida del derecho a utilizar dicha vivienda o sus muebles y por tanto se quede en la calle.

Este es el criterio también de la DGRN que en su resolución de 27 de junio de 1994, opinó que la finalidad "no es otra que la de evitar que por un acto dispositivo realizado por un cónyuge sin consentimiento del otro (...) tenga el no disponente o los componentes de la familia que abandonar una vivienda para cuya ocupación existía título jurídico suficiente".

Dentro de dichos actos de disposición se encuentran los actos de enajenación del pleno dominio o del usufructo de la vivienda, y los contratos de arrendamiento de la misma pues en todos estos casos la familia tendría

que abandonar de forma inmediata la vivienda; también se incluyen los actos de constitución de hipoteca sobre la misma, pues en tal caso, al afectar al llamado "ius distrahendi", puede conllevar que la familia tenga que abandonar la vivienda en el futuro, en caso de ejecución hipotecaria.

Sin embargo, en el caso de un derecho real de servidumbre de paso no se da el presupuesto de aplicación del artículo 1.320 CC, teniendo en cuenta la finalidad indicada, pues el derecho real de servidumbre no conlleva la pérdida del derecho a utilizar la vivienda familiar o sus muebles.

Por otro lado, un derecho real de servidumbre de este tipo, por su propia naturaleza, normalmente no va a afectar a la vivienda en sí pues no va a discurrir por el interior de la vivienda sino por el resto de la finca en que esté situada la vivienda, salvo excepciones. Incluso en los casos que afectara al interior de la vivienda el derecho de paso no va a ocasionar la pérdida del derecho a utilizar la vivienda o sus muebles, aunque pueda suponer alguna molestia para sus ocupantes.

3. En el caso concreto objeto del presente recurso el derecho de paso no afecta a la vivienda propiamente sino a una azotea, que es anejo independiente de dicha vivienda (ya que forma parte de una propiedad horizontal), a la que se accede directamente desde la calle por el desnivel del terreno. Es precisamente sobre dicha azotea sobre la que se establece el derecho de paso.

4. Por tanto, hay que concluir que no es de aplicación el art. 1320 CC a la servidumbre objeto del presente recurso, pues la servidumbre constituida no conlleva la pérdida del derecho a utilizar dicha vivienda e incluso ni siquiera impide que los propietarios del predio sirviente usen como normalmente han venido haciendo la zona de azotea afectada por la servidumbre, pues el uso no es exclusivo del predio dominante, tal y como se especifica en las normas de su constitución, y por ello no es exigible el consentimiento del cónyuge no propietario, tal y como exige el registrador.

Por lo expuesto, solicito: que se revoque la calificación del registrador de Tacoronte por no ser ajustada a Derecho. En La Laguna, a 18 de marzo de 2018. Firmado: Alfonso de la Fuente Sancho.»

IV

Mediante escrito, de fecha 2 de abril de 2018, el registrador remitió el expediente a la Dirección General, acompañado de informe en el que, entre otros extremos, hizo constar que el día 27 de febrero de 2018, el cónyuge del dueño del predio sirviente, doña A. M. H., había prestado consentimiento a la constitución de esa servidumbre de paso, por lo que, subsanado el defecto, el registrador había procedido a la inscripción de la constitución de ese derecho real.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 70, 564 a 570, 1320 y 1346 del Código Civil; 231-9 del Código civil de Cataluña; 190 del Código de Derecho Foral de Aragón; 91 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 8 de octubre de 2010 y 6 de marzo de 2015, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 1930, 27 de junio de 1994, 7 de diciembre de 2007 y 19 de diciembre de 2017.

1. El objeto del presente recurso es simplemente determinar si la constitución de una servidumbre de paso sobre la azotea de un inmueble, propiedad del marido, en el que radica la vivienda habitual de los cónyuges, exige el consentimiento de la esposa.

2. El matrimonio implica una comunidad de vida que, como regla general, se traduce en una «comunidad de vivienda». Sin embargo, a veces, por razones profesionales, laborales, médicas, de atención a familiares u otras de naturaleza análoga, esa comunidad de vida no comporta comunidad de vivienda. En tales casos la comunidad de vida se desarrolla sin comunidad material continuada en una misma casa. Cuando comunidad de vida se corresponde con comunidad de vivienda, la Ley establece la necesidad de acuerdo sobre dónde fijarla. El principio rector del matrimonio aquel según el cual los cónyuges deben fijar de común acuerdo el domicilio conyugal (artículo 70 del Código Civil).

Una vez fijada y establecida, la Ley protege especialmente a la vivienda familiar habitual, trátese de vivienda simplemente conyugal, trátese de vivienda en la que, además de los cónyuges vivan los hijos comunes o los que cada cónyuge hubiera habido antes del matrimonio. Entre las técnicas de tutela de la vivienda familiar figura la que establece el artículo 1320 del Código Civil. Este artículo, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, preceptúa que, «para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial», añadiendo que «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el

carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe». Con esta norma legal se introdujo en el Derecho español una singular protección de la vivienda familiar en situación de normalidad matrimonial. Pero no se trata de una norma específica del Derecho civil común, sino que la misma, con variantes que ahora no interesa considerar, existe también en Derechos civiles de España, como es el caso del Derecho civil catalán (artículo 231-9 del Código civil de Cataluña) y del Derecho civil aragonés (artículo 190 del Código del Derecho Foral de Aragón).

3. La técnica de tutela se articula a través de esa exigencia del consentimiento de ambos cónyuges: tanto de aquel que ostenta la titularidad sobre la vivienda o la titularidad del derecho sobre ella como del otro cónyuge. A través de esta técnica, el precepto prohíbe el ejercicio de todo derecho que suponga atentar, bajo cualquier forma, contra el goce pacífico del inmueble en que los cónyuges han fijado el alojamiento familiar. La función normativa se encuentra en la necesidad de asegurar al otro cónyuge y, a través de él, a la familia el espacio propio de convivencia frente a aquellos actos de disposición unilaterales que pudiera llevar a cabo el cónyuge propietario de la vivienda o titular de un derecho sobre ella, al que se impide cualquier actuación que pueda privar al consorte del uso compartido de este bien.

El consentimiento requerido para el acto de disposición es exclusivamente el del cónyuge del titular de esa vivienda o del derecho sobre ella y no el de los hijos. La oposición de los hijos que convivan con sus progenitores y con los demás hermanos en esa vivienda, incluso aunque sean mayores de edad, es irrelevante por completo. La Ley no requiere la participación de los hijos en la prestación del consentimiento, viva ya el otro cónyuge o haya ya fallecido.

Es indiferente cuál de los dos cónyuges sea el propietario o el titular del derecho sobre la vivienda. Es indiferente la fecha en que la hubiera adquirido la vivienda o el derecho sobre ella: al lado de supuestos en los que el carácter privativo del bien es consecuencia de haberlo adquirido el cónyuge antes del matrimonio (artículo 1346.1.º del Código Civil), están aquellos otros en los que la vivienda se hubiera adquirido por el cónyuge constante matrimonio a título gratuito (artículo 1346.2.º del Código Civil) o aquellos en los que la adquisición se hubiera efectuado por éste después de contraído matrimonio a costa o en sustitución de otro bien privativo (artículo 1346.3.º del Código Civil). Es indiferente cuál sea el régimen económico del matrimonio (como oportunamente señala el artículo 231-9 del Código civil de Cataluña): la referida técnica de tutela opera tanto en los casos de cónyuges casados en régimen de la sociedad de gananciales u otros similares como cuando el régimen fuera el de separación.

4. Con la finalidad de evitar que ingresen en el Registro actos impugnables y, a la vez, con la de contribuir a la realización de los fines pretendidos con la norma sustantiva, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble apto para vivienda y en el que no concurra el consentimiento o la autorización prescritos en el artículo 1320 del Código Civil, bien la justificación de que el inmueble no tiene el carácter de vivienda habitual de la familia, bien que el disponente lo manifieste así.

Del juego de todos los preceptos anteriormente relacionados resulta que es necesario que, en los actos de disposición que realice uno de los esposos por sí solo sobre una vivienda de su titularidad, el cónyuge disponente manifieste en la escritura que tal vivienda no constituye la vivienda habitual de la familia, pues, de lo contrario, es obligado que medie el consentimiento de su consorte, o la pertinente autorización judicial supletoria.

Ahora bien, no todo acto de disposición sobre la vivienda familiar exige el consentimiento del otro cónyuge. Se requiere que el acto de disposición afecte a la vivienda familiar habitual. Con este adjetivo, la Ley realiza una fundamental exclusión en la que conviene reparar. El adjetivo «habitual» y el adverbio «habitualmente» aparecen en distintos preceptos del Código Civil (así, artículos 9, 10, 24, 40, 90, 464, 663, 756, 822, 1320, 1321, 1406 y 1955) y del Código de Comercio (artículos 1, 3 y 4). «Habitual» no equivale a «permanente» pero denota un alto grado de continuación temporal. En el Código Civil, la expresión «vivienda habitual» se utiliza para referirse a aquella vivienda en la que una persona tenga su residencia (artículo 1406.4.º). Vivienda habitual será, pues, aquella en la que se convive la mayor parte del año. Y, aunque tal requisito puede darse simultáneamente en dos o más viviendas, carecerá de este carácter la segunda residencia de la familia de recreo o que se utilice durante las vacaciones, aunque los cónyuges y sus hijos se trasladen a ella todos los años.

Por esta razón, es importante, tal y como dispone el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, que el documento que contenga el acto de disposición determine si el bien privativo o el derecho sobre el bien privativo del que uno de los cónyuges dispone tiene o no la consideración de «vivienda habitual». El hecho de que el documento refleje que ese bien es vivienda (v.gr.: «vivienda unifamiliar», como se indica en la escritura pública presentada a inscripción) permite presumir legítimamente que es la vivienda habitual del disponente y su cónyuge, aunque no se afirme expresamente. Si no tuviera ese carácter, lo procedente sería manifestarlo así en el documento.

5. El citado artículo 1320 del Código Civil implica un límite a la libertad de disposición del cónyuge que es titular exclusivo de la vivienda familiar, cualquiera que haya sido el título de adquisición y el régimen económico matrimonial que rija en el matrimonio, que se justifica por la protección de los intereses familiares que la legislación

considera superiores a los individuales de cada cónyuge. De esta forma, se pretende evitar las consecuencias de la arbitrariedad o mala voluntad de quien ostenta la propiedad exclusiva, exigiendo el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial, para que sea válida su enajenación o la constitución de hipoteca sobre tales bienes.

Como ya señaló la Resolución de 7 de diciembre de 2007, la conformidad prestada por el cónyuge no titular a la disposición de la vivienda por exigirlo el artículo 1320 del Código Civil, sustancialmente no es sino un simple asentimiento que se presenta como una declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno, es decir concluido por otro, por la que un cónyuge concede su aprobación a un acto en el que no es parte.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010, citada en muchas otras, entre ellas recientemente la de 6 de marzo de 2015, recogió esta tesis señalando «la jurisprudencia ha interpretado el art. 1320 CC como una norma de protección de la vivienda familiar (SSTS de 3 enero 1990 y 31 diciembre 1994). La doctrina, a su vez, considera que con dicho artículo se pretende conseguir la protección de la vivienda, y por ello se protege a uno de los cónyuges contra las iniciativas unilaterales del otro; alguna parte de la doctrina señala que en el fondo de la norma se encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en un doble sentido: en el consenso para la elección de la vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación. El consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real. El consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como «declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno —es decir, concluido por otro— por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte», siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión».

6. La finalidad perseguida por esa proposición normativa, que exige el consentimiento de ambos cónyuges, constituye el criterio interpretativo para determinar qué actos concretos quedan sustraídos a la libre ejecución del titular.

Los artículos 1320 del Código Civil y 91 del Reglamento Hipotecario utilizan una fórmula general descriptiva, basada en un verbo («disponer»), que no completa con la enumeración ejemplificativa de actos incluidos en la exigencia del doble consentimiento. Por el contrario, el Código civil catalán es mucho más explícito: el titular, sin el consentimiento del otro cónyuge, no puede hacer «acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario que comprometa su uso» (artículo 231.1-9). El Código de Derecho Foral aragonés, por su parte, se refiere a «actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma», expresión que completa con la referencia a aquellos otros actos que tengan como consecuencia «sustraerlos al uso común» (artículo 190.1).

La expresión legal del Código Civil es deliberadamente amplia. Por eso es indiferente que el acto dispositivo tenga naturaleza real o personal. El Código no sólo exige el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, la autorización judicial para realizar un acto de disposición sobre la vivienda habitual, sino también para realizar un acto de disposición de los derechos sobre esa vivienda. De este modo, si la vivienda familiar es propiedad de uno de los cónyuges, él solo no podrá disponer de ella; y si es arrendatario, él solo no podrá extinguir el contrato por su sola voluntad o renunciar expresa o tácitamente al derecho de prórroga de la relación arrendaticia. En el primer caso, por constituir un acto de disposición sobre la vivienda misma y, en el segundo, por constituir un acto de disposición de un derecho sobre esa vivienda. Así sucede con la estipulación de un contrato de arrendamiento por parte del cónyuge propietario del inmueble, aunque se tratase de un arrendamiento parcial.

Atendiendo a la finalidad de la exigencia legal y a la terminología utilizada, es claro que se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la norma las enajenaciones voluntarias, a título oneroso (como la compraventa o la aportación del inmueble a una sociedad, aunque fuera unipersonal) o a título gratuito (como la donación) del inmueble, incluso, respecto de las realizadas a título oneroso, aquellas cuya finalidad fuera obtener el dinerario suficiente para adquirir a continuación otro inmueble más amplio, mejor situado o más conveniente para el mismo fin; y, en general, todos aquellos actos que impliquen sustraer al uso común los derechos sobre la vivienda familiar (que es la expresión que utiliza el artículo 190.1 del Código de Derecho Foral de Aragón). Atendiendo a esa finalidad y a esa terminología, es igualmente claro que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la norma la constitución de un usufructo o de un derecho de uso o habitación o la constitución de una hipoteca en garantía de una obligación ya que, en caso de incumplimiento, se puede producir la realización forzosa del inmueble. Mientras que, en los casos de constitución de un derecho real de uso y disfrute, la sustracción de la vivienda al uso de la familia es real y efectiva, en los casos de constitución de una hipoteca, esa sustracción es



meramente potencial (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 8 de octubre de 2010), pero ese carácter potencial que tiene la sustracción no exime del requisito del doble consentimiento.

7. En cuanto a la constitución de una servidumbre, ésta, como afirmó este Centro Directivo en Resolución de 11 de abril de 1930, «es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño y en cuya virtud el titular del predio dominante puede utilizar el predio sirviente para ciertas finalidades o poner al aprovechamiento del mismo limitaciones que redundan en beneficio de su particular dominio o privar al dueño del predio gravado de alguna especial facultad contenida en el derecho de propiedad normalmente constituido». Se trata de un derecho real limitativo del dominio, que, si bien no supone una total sustracción del goce sobre la cosa, sí limita éste, incluso de forma perpetua.

La constitución del derecho real de servidumbre que grave la vivienda familiar habitual es un acto dispositivo que, en principio, entra en el ámbito del artículo 1320 del Código Civil. No obstante, atendiendo a la interpretación jurisprudencial de este precepto legal, debe entenderse que la prevención establecida en el mismo no es aplicable en el presente caso, por tratarse de una servidumbre externa a la vivienda habitual que sólo afecta a una parte de un elemento anejo a dicha vivienda (la azotea, que aun cuando forma parte del mismo edificio en régimen de propiedad horizontal tiene acceso directo e independiente desde la calle), sin que exista elemento objetivo alguno (cfr. la descripción de la servidumbre en el apartado I de los «Hechos») del que resulte posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma. Además, como alega el recurrente, ni siquiera impide que los propietarios del predio sirviente usen la zona de azotea afectada por la servidumbre, pues el uso no es exclusivo del predio dominante, y así se especifica en las normas de su constitución.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 13 de junio de 2018. El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.