Referencia: NCR010203

RESOLUCIÓN de 16 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Albacete n.º 1 a inscribir una escritura de constitución de hipoteca.

(BOE de 3 de agosto de 2020)

SUMARIO:

Registro de la Propiedad. Hipoteca constituida una persona casada en separación de bienes sobre una finca de la que se expresa que constituye su vivienda habitual, pero no su domicilio conyugal/familiar.

En los **actos de disposición que realice uno de los esposos por sí solo sobre una vivienda de su titularidad,** es necesario que el cónyuge disponente manifieste en la escritura que tal vivienda no constituye la vivienda habitual de la familia (salvo que se justifique fehacientemente de otro modo que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia), pues, de lo contrario, es obligado que medie el consentimiento de su consorte, o la pertinente autorización judicial supletoria.

Esto es, **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 habitual. El adjetivo «habitual» y el adverbio «habitualmente» aparecen en distintos preceptos del Código Civil y del Código de Comercio. «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. Pero la falta en nuestra legislación civil de un concepto de vivienda habitual de la familia tiene como consecuencia práctica que la cuestión se suscite más de una vez en contiendas judiciales que versan sobre la aplicación del artículo 1320. Por ello, para evaluar si se da cumplimiento a esta norma legal de régimen primario y a la del artículo 91 del Reglamento Hipotecario, debe analizarse cada caso concreto. Y es que, en la sociedad actual hay familias que tienen varias residencias y las ocupan alternativamente durante el año, en períodos más o menos largos; en otras ocasiones, uno de los miembros de la pareja, o ambos, pasan largas temporadas fuera del hogar familiar, frecuentemente por motivos de trabajo; pero también puede faltar la cohabitación en un solo hogar familiar por algún motivo de salud que implique el necesario ingreso de un cónyuge en algún centro médico o de cuidados especiales; e incluso no es descartable la existencia de relaciones conyugales a distancia, con domicilios que se mantienen separados. Sin olvidar, tampoco, que las normas fiscales atienden a un criterio temporal cuantitativo (días al año de ocupación) para la determinación de la condición habitual de la vivienda, si bien tales criterios cuantitativos no han de ser necesariamente válidos y adecuados en materia civil. En este sentido, se ha defendido que la solución más conveniente sería considerar como vivienda familiar el objeto del domicilio conyugal, entendiendo como tal el centro de las relaciones familiares y sociales del matrimonio, con especial atención al lugar donde residen habitualmente los hijos menores, si los hay.

Por ello el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, habida cuenta de la dificultad calificadora respecto de esa circunstancia de hecho –ser o no vivienda habitual familiar– en virtud de la limitación de los medios que en tal cometido puede utilizar el registrador, exige la **manifestación negativa para acceder a la inscripción,** sin perjuicio de que pueda justificarse fehacientemente de otro modo que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia. Con esta manifestación se obtiene garantía suficiente, a los solos efectos de practicar la inscripción, de la no concurrencia de aquella circunstancia y de la consiguiente validez del acto dispositivo unilateral.

PRECEPTOS:

Código de Comercio de 1885, arts. 1, 3 y 4.
Código Civil, arts. 9, 10, 24, 40, 66, 69, 70, 87.2, 90, 464, 663, 756, 822, 1.281 a 1.289, 1.320, 1.321, 1.346, 1.406 y 1.955.
Ley Hipotecaria de 1946, arts. 9, 18, 19 bis, 21, 129.2.b) y 322 y ss.
Decreto de 2 de junio de 1944 (Rgto. Notarial), art. 148.
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 doña María Adoración Fernández Maldonado, notaria de Albacete, contra la negativa de la registradora de la propiedad de Albacete número 1, doña María Dolores Payá Roca de Togores, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el cinco de febrero de dos mil veinte ante la notaria de Albacete, Doña María Adoración Fernández Maldonado, don J.D.J.S., casado en régimen de separación de bienes, constituyó hipoteca sobre una vivienda de su propiedad a favor de Bankinter, S.A., en garantía de un préstamo concedido por esta entidad a dicho señor. En la escritura se expresa que la finca hipoteca constituye la vivienda habitual del hipotecante, si bien se añade que «tiene el carácter de habitual de la parte deudora pero no su domicilio conyugal/familiar».

II

La escritura se presentó a inscripción el 16 de enero de 2020 en el Registro de la Propiedad número 1 de Albacete, y fue objeto de la calificación que a continuación se transcribe en lo pertinente:

«(…) Hechos:

1) (…)
2) En el exponendo III recoge lo siguiente: "Se hace constar expresamente que el inmueble cuya adquisición se financia, finca registral 41.037-del Registro de la Propiedad número uno, y es garantía del presente préstamo, constituye la vivienda habitual de la parte prestataria e hipotecante".
Por tanto, se hace constar de manera expresa que el préstamo se destina a la adquisición de la vivienda habitual.
3) Dado que para gravar la vivienda habitual es necesario el consentimiento de ambos cónyuges aunque sea privativo el bien, debería comparecer el otro cónyuge cosa que no ocurre.

Fundamentos de derecho:

Respecto a la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para gravar la vivienda habitual establece el:

Artículo 1.320 del Código Civil:

“Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso; autorización judicial.
La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe."

Exigencia de ambos consentimientos que reitera el:

Artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario:

"Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter."

En numerosas resoluciones la Dirección General como por ejemplo la de veinte de diciembre de 2013 [sic], hace mención a la vivienda habitual para establecer medidas de protección a los ciudadanos en situación económica adversas:

“La Ley 1/2013 tiene por objeto dar respuesta a una situación económica singular de la que se han derivado consecuencias patrimoniales adversas para los ciudadanos que han desembocado o pueden desembocar en la pérdida de su vivienda habitual. Esta desgraciada situación, que recoge la Exposición de Motivos desde sus primeras palabras, se combate en el articulado mediante dos tipos de medidas: por un lado, medidas de carácter

temporal absolutamente excepcionales y que vienen recogidas en el primer capítulo relativo a la suspensión de lanzamientos por un plazo de dos años de aquellos desahucios en curso y que afecten a familias en situación de especial riesgo de exclusión. La medida se aplica solamente a las personas o familias que acrediten su situación y exclusivamente cuando la ejecución de la que resulte el lanzamiento venga derivada del préstamo por el que se adquirió la vivienda habitual, pues como resulta de la Exposición de Motivos se trata de dar solución a los deudores que como consecuencia de la alteración de su situación económica no han podido atender a los pagos derivados del préstamo de adquisición. Así resulta de lo establecido en el artículo 1.3.d y en el artículo 2. c.2.º de la propia Ley 1/2013 que de este modo complementa la regulación establecida en el Real decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo que, como aquélla, tiene la finalidad concreta y determinada de ofrecer soluciones legales a quienes se encuentran en una situación igualmente concreta. 5. Junto a estas medidas paliativas de situaciones de presente, la Ley introduce una serie de modificaciones de futuro que se recogen en los capítulos II y III y que tienen por objeto la mejora del mercado hipotecario y de los procedimientos de ejecución hipotecaria (…) El capítulo segundo reforma la Ley Hipotecaria en tres de sus artículos, en concreto el artículo 21, el artículo 114 y el artículo 129. El artículo 21 de la Ley Hipotecaria dice ahora en su nuevo párrafo final lo siguiente: 'En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución'. El texto es reiterado en términos casi idénticos en la nueva redacción que al artículo 129 de la Ley Hipotecaria confiere el artículo 3. Tres de la Ley. El mandato legal se extiende por tanto a cualquier hipoteca en garantía de préstamo constituida sobre vivienda respecto de la que exige una declaración formal sobre su carácter o no de vivienda habitual. Es trascendente esta circunstancia porque la inscripción de tal carácter, que desde ese momento está protegida por la legitimación registral, determinará de futuro el conjunto normativo aplicable a la vivienda. Así ocurrirá en el supuesto de disposición de derechos sobre la vivienda (vid. artículo 91 del Reglamento Hipotecario en relación a las Resoluciones de 27 de junio de 1994, 25 de abril de 2005 y 28 de septiembre de 2010), en caso de liquidación del régimen económico matrimonial (artículo 90 del Código Civil en relación a la Resolución de este Centro Directivo de 7 de julio de 2012) o en caso de embargo y ejecución subsiguiente pues la Ley 1/2013 introduce importantes novedades al respecto (vid. el artículo 7.Cuatro por el que se añade el apartado 1 bis al artículo 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 7.Cinco de reforma del artículo 579, el artículo 7.Diez de reforma del artículo 671 y el artículo 7.Trece de reforma del 693 de la Ley de procedimiento). La introducción de un párrafo final en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria se enmarca en este conjunto de medidas introduciendo una importantísima limitación en la cuantía y devengo de los intereses de demora, limitación que el precepto acota con precisión a los préstamos y créditos de adquisición de la propia vivienda habitual con garantía hipotecaria. Como tal limitación, no puede ser extrapolada a supuestos no contemplados en la norma ni ser objeto de una interpretación que desborde los términos en que está formulada (vid. artículo 4 del Código Civil y Resolución de 10 de diciembre de 2007). La modificación añadida al artículo 114 de la Ley Hipotecaria extiende a todas las operaciones de financiación hipotecaria de adquisición de vivienda habitual la medida de limitación que el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, introdujo y que expresamente ciñó la limitación de devengo de los intereses moratorios exigibles a los contratos amparados en su ámbito; es decir a los préstamos o créditos hipotecarios de adquisición de vivienda siempre que el deudor se encuentre dentro del denominado umbral de exclusión (artículo 3.1 y 3.2.b del propio Real Decreto-Ley). Ciertamente el contenido de la limitación no es el mismo en uno u otro caso pero sí lo es el hecho de que se concreta en la financiación de adquisición de la vivienda habitual del deudor hipotecario. Es cierto que la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013 afirma que: 'Especialmente relevante es el hecho de que, para las hipotecas constituidas sobre vivienda habitual, se limitarán los intereses de demora que pueden exigir las entidades de crédito a tres veces el interés legal del dinero'. Es igualmente cierto que la disposición transitoria segunda de la propia Ley 1/2013 dice así: 'La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior' (…) El hecho de que la exposición de motivos y la disposición transitoria se refieran genéricamente a las hipotecas en garantía de operaciones sobre vivienda habitual, sin especificar que se refieren a operaciones de adquisición, no puede enmendar el claro y determinante mandato contenido en el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria que por su carácter concreto y específico debe prevalecer según las reglas de la recta interpretación. 5. En el expediente que da lugar a la presente comparece ante notario el día 26 de julio de 2013 una persona divorciada que manifiesta que la vivienda que hipoteca en garantía del préstamo que recibe en el mismo acto es su vivienda habitual. Resulta del mismo título que la vivienda fue adquirida el día 5 de diciembre de 2007 y del apartado de cargas que consta inscrita una hipoteca constituida el 15 de febrero de 2012 en garantía de un préstamo concedido

por una determinada entidad de crédito. En las estipulaciones, las partes se limitan a reconocer la entrega del préstamo que queda garantizado con la hipoteca. No hay pues indicio alguno en el título que permita sostener que la finalidad del préstamo recibido es la financiación de la vivienda habitual hipotecada. El mero hecho de que la adquisición de la vivienda sea anterior al préstamo actual o que exista un préstamo hipotecario anterior no excluyen per se la posibilidad de que el préstamo actual pudiera tener la finalidad que exige el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, …"

En cuanto a la interpretación de los contratos el:

Artículo 1.281 del Código Civil:

Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

Artículo 1.288 del Código Civil:

La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad.

Por tanto, si en el contrato de préstamo hipotecario otorgado ante notario se hace referencia expresa a "vivienda habitual", lo que implica unas medidas de protección para el prestatario, debe solicitarse el consentimiento del cónyuge del mismo tal como establecen las normas citadas.

Por ello el Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen del documento indicado ha resuelto con esta fecha suspender la inscripción conforme a lo anteriormente expuesto.

La precedente calificación podrá (…)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por María Dolores Paya y Roca de Togores registrador/a de Registro Propiedad Albacete 1, a día veintiuno de enero del año dos veinte.»

La calificación se notificó a la notaria autorizante de la escritura, doña María Adoración Fernández Maldonado, quien recibió la notificación el 4 de febrero de 2020.

III

Mediante escrito que entró en el referido Registro de la Propiedad el 4 de marzo de 2020 la mencionada notaria interpuso recurso contra la calificación en el que alega los siguientes fundamentos jurídicos:

En la escritura consta expresado lo siguiente:

«1. En la descripción de las cláusulas de garantía, apartado A) Reales, cláusula cuarta, apartado e): "En su caso, la vivienda hipotecada y que se describirá bajo el número 1, registral 41.037 tiene el carácter de habitual de la parte deudora pero no su domicilio conyugal/familiar".

2. En la descripción de las fincas hipotecadas, dentro del epígrafe arrendamientos, consta asimismo, las fincas descritas se encuentran libres de arrendamientos, según manifiesta la parte hipotecante, no constituyendo la finca descrita bajo el número 1 su domicilio familiar.

Se declara expresamente, a los efectos de lo previsto en el artículo 21, apartado 3, de la Ley Hipotecaria, que la finca descrita bajo el número 1 sí tiene el carácter de vivienda habitual de la parte deudora, aunque no es su domicilio familiar.

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 9 de octubre de 2018, resuelve el mismo supuesto determinando que no es preciso el consentimiento del esposo y la suficiencia de la manifestación de la otorgante contenida en el título acerca de que la vivienda objeto del acto dispositivo no es la conyugal que cumple las exigencias de los arts. 1.320 CC y 91 RH, de los que resulta que en los actos de disposición que realice uno de los esposos por sí solo sobre una vivienda de su titularidad, es necesario que el disponente manifieste en la escritura que tal vivienda no constituye la habitual de la familia.

En los términos siguientes:

... 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 1.320 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.

En atención a lo expuesto anteriormente y en línea con lo que se infiere también de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016 (que pone el énfasis en la idea de domicilio conyugal), la afirmación de que la vivienda objeto del acto dispositivo no es la conyugal cumple adecuadamente con las exigencias legales y reglamentarias referidas, pues, si se está en presencia de un matrimonio cuyos hijos son mayores de edad, el círculo familiar se reduce: básicamente a los que tienen obligación de vivir juntos, por lo que no se aprecia qué pueda aportar añadir -sacramentalmente- el vocablo "familiar" al vocablo "conyugal". Y si existen hijos sujetos a patria potestad (normal o prorrogada), de no mediar situaciones de crisis matrimonial que puedan haber originado en atribuciones de uso de la vivienda, como existiría ese deber por parte de los progenitores de tener los hijos a su cargo y custodia, aquel se cumplirá en el domicilio que se conceptúe como conyugal...»

IV

Mediante escrito de 12 de marzo de 2020, la registradora doña Florinda Lorenzo Bonillo emitió informe y elevó el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9, 10, 24, 40, 66, 69, 70, 87.2, 90, 464, 663, 756, 822, 1.281 a 1.289, 1.320, 1.321, 1.346, 1.406 y 1.955 del Código Civil; 1, 3 y 4 del Código de Comercio; 9, 18, 19 bis, 21, 129.2.b) y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 231-9 del Código civil de Cataluña; 190 del Código de Derecho Foral de Aragón; 91 del Reglamento Hipotecario; 148 del Reglamento Notarial; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994, 10 de marzo de 1998, 8 de octubre de 2010, 6 de marzo de 2015, 3 de mayo de 2016 y 27 de noviembre de 2017; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de noviembre de 1987, 16 de junio de 1993, 7 de julio de 1998, 4 de marzo de 1999, 27 de junio de 1994, 16 y 17 de septiembre y 15 y 19 de octubre de 2004, 20 de abril y 23 de mayo de 2005, 20 de enero y 22 de mayo de 2006, 31 de enero y 7 de diciembre de 2007, 11 de febrero de 2008, 22 de julio de 2009, 28 de septiembre y 13 de diciembre de 2010, 5 de enero y 7 de julio de 2011, 26 de noviembre de 2013, 12 y 19 de diciembre de 2017, 13 de junio y 9 de octubre de 2018 y la Resolución de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 6 de marzo de 2020.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto de impugnación, una persona casada en separación de bienes, constituye una hipoteca sobre una finca de la que se expresa que constituye su vivienda habitual, si bien se añade que «tiene el carácter de habitual de la parte deudora pero no su domicilio conyugal/familiar».

La registradora suspende la inscripción solicitada porque, su juicio, al hacerse constar de manera expresa que el préstamo garantizado con la hipoteca se destina a la adquisición de la vivienda habitual, es necesario el consentimiento de ambos cónyuges.

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. Es 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 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 1.320 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 otros 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 fallecido ya.

Es indiferente cuál de los dos cónyuges sea el propietario o el titular del derecho sobre la vivienda (así lo consideró el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de diciembre de 1994). 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 1.346-1.º del Código Civil), están aquellos otros en los que la vivienda se hubiera adquirido por el cónyuge constante matrimonio a título gratuito (artículo 1.346-2.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 1.346-3.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 1.320 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, en los actos de disposición que realice uno de los esposos por sí solo sobre una vivienda de su titularidad, es necesario que el cónyuge disponente manifieste en la escritura que tal vivienda no constituye la vivienda habitual de la familia (salvo que se justifique fehacientemente de otro modo que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia), pues, de lo contrario, es obligado que medie el consentimiento de su consorte, o la pertinente autorización judicial supletoria.

5. 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.

Como ya señaló la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 2007, 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 Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010, citada en muchas otras, entre ellas la de 6 de marzo de 2015, recogió esta tesis señalando lo siguiente: «la jurisprudencia ha interpretado el art. 1.320 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. Debe tenerse en cuenta que 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 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, 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 1.406-4.º). Pero la falta en nuestra legislación civil de un

concepto de vivienda habitual de la familia tiene como consecuencia práctica que la cuestión se suscite más de una vez en contiendas judiciales que versan sobre la aplicación del artículo 1320. Por ello, para evaluar si se da cumplimiento a esta norma legal de régimen primario y a la del artículo 91 del Reglamento Hipotecario, debe analizarse cada caso concreto. Y es que, en la sociedad actual hay familias que tienen varias residencias y las ocupan alternativamente durante el año, en períodos más o menos largos; en otras ocasiones, uno de los miembros de la pareja, o ambos, pasan largas temporadas fuera del hogar familiar, frecuentemente por motivos de trabajo; pero también puede faltar la cohabitación en un solo hogar familiar por algún motivo de salud que implique el necesario ingreso de un cónyuge en algún centro médico o de cuidados especiales; e incluso no es descartable la existencia de relaciones conyugales a distancia, con domicilios que se mantienen separados (la Dirección General de los Registros y del Notariado ha puesto de relieve en distintas ocasiones -vid. Resoluciones de 10 de noviembre de 1987 y 9 de octubre de 2018- que el domicilio de un cónyuge puede ser compatible con la instalación de la vivienda habitual de la familia en otro inmueble). Sin olvidar, tampoco, que las normas fiscales atienden a un criterio temporal cuantitativo (días al año de ocupación) para la determinación de la condición habitual de la vivienda, si bien tales criterios cuantitativos no han de ser necesariamente válidos y adecuados en materia civil. En este sentido, se ha defendido que la solución más conveniente sería considerar como vivienda familiar el objeto del domicilio conyugal, entendiendo como tal el centro de las relaciones familiares y sociales del matrimonio, con especial atención al lugar donde residen habitualmente los hijos menores, si los hay.

Por ello el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, habida cuenta de la dificultad calificadora respecto de esa circunstancia de hecho -ser o no vivienda habitual familiar- en virtud de la limitación de los medios que en tal cometido puede utilizar el registrador (artículo 18 de la Ley Hipotecaria), exige la manifestación negativa para acceder a la inscripción, sin perjuicio -como antes se ha expresado- de que pueda justificarse fehacientemente de otro modo que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia. Con esta manifestación se obtiene garantía suficiente, a los solos efectos de practicar la inscripción, de la no concurrencia de aquella circunstancia y de la consiguiente validez del acto dispositivo unilateral.

7. Para resolver la cuestión planteada en el presente caso debe tenerse en cuenta que, como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 9 de octubre de 2018, puede no coincidir domicilio habitual del disponente con el domicilio o vivienda habitual de la familia.

Debe partirse de la base de que el domicilio conyugal ha de ser fijado por ambos cónyuges de común acuerdo y es el de su residencia habitual. Esta será entonces la vivienda sujeta a un régimen especial de disposición; y la conclusión que se deriva de ello es que la vivienda familiar es la base física del domicilio conyugal fijado por los cónyuges.

En atención a lo expuesto anteriormente y en línea con lo que se infiere también de la sentencia citada por el recurrente del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016 (que pone el énfasis en la idea de domicilio conyugal), la afirmación de que la vivienda objeto del acto dispositivo no es la conyugal ni familiar cumple adecuadamente con las exigencias legales y reglamentarias referidas.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, 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, 16 de junio de 2020. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.