

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

14863 *Resolución de 9 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de San Bartolomé de Tirajana n.º 2 a inscribir una escritura de hipoteca.*

En el recurso interpuesto por don Alberto Blanco Pulleiro, notario de Telde, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana número 2, don Diego Hermoso Mesa, a inscribir una escritura de hipoteca.

Hechos

I

Mediante escritura pública otorgada el día 25 de mayo de 2018 ante el notario de Telde, don José Ignacio González Álvarez, como sustituto por imposibilidad accidental de su compañero don Alberto Blanco Pulleiro, con el número 846 de protocolo, doña M. A. S. M. constituyó hipoteca a favor de «Cajasiete Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito», en garantía de un préstamo concedido a doña M. A. S. M. y a sus hijas, hipotecándose la finca registral número 25.494 del Registro de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana número 2. En el exponen I de la escritura consta expresamente que doña M. A. S. M. (parte hipotecante y prestataria) «es dueña en pleno dominio y con carácter privativo, de la siguiente finca, la cual es destinada a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del hipotecante y por tanto es Vivienda Habitual, si bien la misma no es vivienda conyugal»; indicándose también en la parte relativa a la comparecencia su esposo, «Don P. S. R., por razones médicas, tiene su domicilio habitual en (...) término municipal de Valsequillo».

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Diego Hermoso Mesa, Registrador de la Propiedad del distrito hipotecario de San Bartolomé de Tirajana dos.

Previo examen y calificación del documento presentado telemáticamente el día 25/05/2018, bajo el asiento número 1437, del diario 70, número de entrada 2711, habiéndose presentado copia en formato papel por Don J. C. A., el pasado día 14 de este mes, ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes

Hechos

1.º Se presenta copia electrónica de la escritura autorizada en Telde, el día 25 de mayo de 2018, por el notario don José Ignacio González Álvarez, como sustituto de su compañero don Alberto Blanco Pulleiro, protocolo 846, por la que doña M. A. S. M. constituye hipoteca a favor de Cajasiete Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito, en garantía de un préstamo concedido a dicha señora S. M. y a sus hijas doña A. S. S. y doña M. A. S. M. [sic] (en garantía de deuda ajena, en parte), sobre la siguiente finca: Urbana: número diez.–Vivienda unifamiliar tipo B, sita en la parcela A constituida por las parcelas 1 a la 7, del lote 1 del Plan Parcial Bellavista, registral 25.494.

2.º En el exponen I de la escritura consta expresamente que doña M. A. S. M. (parte hipotecante y prestataria) "es dueña del pleno dominio de dicha finca, con carácter privativo, la cual es destinada a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del hipotecante y por tanto es vivienda habitual, si bien la misma no es vivienda conyugal".

En el "Comparece" manifiesta doña M. A. que "don P. S. R., por razones médicas, tiene su domicilio habitual en la (...) término municipal de Valsequillo".

2.º- [sic] La manifestación hecha en la escritura que se califica es contrario a lo manifestado en la escritura pública que motivó la referida inscripción 4.ª de hipoteca, y a su vez contiene unas manifestaciones que impiden aplicar el principio de especialidad en orden a garantizar los derechos del cónyuge no interviniente.

Fundamentos de Derecho

1.º Artículo 1320 Código Civil y el Artículo 91 y 1344.5 del RH si efectivamente es la vivienda habitual, establecen un sistema de protección del régimen primario del matrimonio para garantizar un bien jurídicamente protegido que limita la libre disposición de cierto bien (la vivienda habitual) por su legítimo y único titular registral. Así, dispone el artículo 1320 del Código Civil 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.

Con la finalidad de evitar que ingresen en el Registro actos impugnables, correlativamente a lo expuesto, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble apto para vivienda y en que no concurra el consentimiento o la autorización prescrita 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. 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 la vivienda no constituye la vivienda habitual de la familia, pues, de lo contrario, es obligado que medie el consentimiento del su consorte, o la pertinente autorización judicial supletoria.

Al no concurrir al otorgamiento de la escritura el cónyuge no titular y figurar que la misma "es vivienda habitual", es preciso que se ratifique la misma. La manifestación de que "por razones médicas" el cónyuge no tiene allí su domicilio, no se compadece con arrebatarle su derecho a consentir o no que se grave la vivienda habitual de la familia, sino todo lo contrario, debería protegerse su derecho.

Por otra parte, es suficiente, con que la titular registral señale que "no es vivienda habitual de la familia" (como hizo en otra ocasión anterior) para que baste su consentimiento, o en su caso que se obtenga resolución judicial o cualquier otro modo de acreditar en derecho al afirmación no contemplada en la norma de que "no es vivienda conyugal", cuando reconoce estar casada con él (véanse artículos 69 y 70 Cc) y no es esa la expresión que exige el artículo 1320 del Cc (que no menciona la palabra "conyugal").

Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de diciembre de 2017, 7 de diciembre de 2007, confirman la necesidad de consentimiento del cónyuge no titular en caso de hipotecar la vivienda habitual de la familia, debiendo protegerse pues ese derecho reconocido legalmente del cónyuge no titular, mientras continúe siéndolo.

Corroborado por la jurisprudencia, en Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010, de 6 de marzo de 2015, entre otras.

2.º Conforme a los artículos 9, 18, 19 Bis y 21 y concordantes de la Ley Hipotecaria y su Reglamento, y dentro del ámbito de la seguridad jurídica extrajudicial (artículo 9 de la Constitución Española).

Modo de subsanación.

Consentimiento del cónyuge si se trata efectivamente de la vivienda habitual, o, manifestación expresa de que no se trata de la vivienda habitual de la familia.

La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1.º de la Ley Hipotecaria. No se toma anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable por no haberse solicitado por el presentante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria.

Contra la presente nota de calificación (...)

San Bartolomé de Tirajana.

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Diego Hermoso Mesa registrador del Registro de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana 2, a día cinco de Julio del año dos mil dieciocho.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Alberto Blanco Pulleiro, notario de Telde, interpuso recurso el día 12 de julio de 2018 en los términos siguientes:

«Hechos y Fundamentos de Derecho

1. De la intervención notarial en el caso concreto. En mi condición de notario titular del protocolo y, dándose la circunstancia que, en el caso concreto, fui yo mismo quien atendió a la interesada y redactó la escritura si bien, por razones accidentales (tal y como se hace constar en la citada escritura) en el instante de la autorización fue mi compañero de residencia Don José Ignacio quien intervino (efectuando un segundo control de legalidad) expongo lo siguiente:

a) A la hora de preparar la escritura se constató que en la "minuta bancaria" se hacía constar que lo hipotecado era la vivienda habitual de la prestataria. Una vez constatado este extremo se comunicó a la prestataria que en la medida en que se tratase de la vivienda habitual de la familia era necesaria la intervención de su esposo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1320 del C.C.

b) La interesada manifestó que, si bien ella vive en esa casa (es su vivienda habitual) su esposo vive en un lugar distinto desde hace muchos años con lo que la vivienda hipotecada no es su vivienda familiar o dicho de otro modo dejó de ser su vivienda conyugal hace muchos años.

c) Ante tal afirmación, el notario, redacta la escritura y recoge la manifestación de la interesada consignándolo en el instrumento público. Es cierto que no se recoge literalmente "manifiesta no ser la vivienda habitual de la familia, pero como se supondrá el notario no redacta el instrumento público acompañado del C.C. para recordar en cada caso concreto el tenor literal de una determinada expresión sino que, con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento Notarial, redacta el instrumento con claridad, sencillez y concreción ajustándose a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

d) En resumen, el notario a la vista de la manifestación de la interesada y aplicando la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 19 de diciembre de 2017) y del Tribunal Supremo que a continuación se recoge (que sin duda es conocida por el Registrador y por la Dirección General pero que se recuerda para facilitar la exposición) recoge (de manera diligente a mi juicio) la manifestación expresa de no ser "domicilio conyugal" en dos lugares distintos, esto es en el apartado reservado a la comparecencia y en el primer apartado del exponen.

¿Por qué sí no el notario, iba a recoger estas dos manifestaciones? La respuesta es bien sencilla como bien imaginará el Registrador y este Centró Directivo; y es que tampoco tiene interés alguno el notario en que se conculque la legalidad sino que, al

contrario, pretende cumplir fielmente con el control de legalidad que tiene encomendado y, conociendo como conoce la previsión del artículo 1320 del C.C. recoge de manera expresa la citada manifestación a fin de garantizar la protección de todos los sujetos implicados en el citado contrato (prestatario, acreedor hipotecario y cónyuge ausente).

2. De la congruencia de la manifestación contenida en la escritura con el contenido del Registro de la Propiedad.

Señala el Registrador en su nota de calificación que "la manifestación hecha en la escritura que se califica es contrario a lo manifestado en la escritura pública que motivó la referida inscripción 4.^a de hipoteca, y a su vez contiene unas manifestaciones que impiden aplicar el principio de especialidad en orden a garantizar los derechos del cónyuge no interviniente" para más adelante aclarar que "por otra parte, es suficiente, con que el titular registral señale que no es; vivienda habitual de la familia (como hizo en otra ocasión anterior) para que base su consentimiento...".

Sin embargo no puede compartirse lo señalado por el Registrador en su nota de calificación, al contrario, se entiende que la referencia a la inscripción 4.^a y al título que motivo la misma refuerza la validez de lo manifestado por la interesada.

Es decir, en el título que motivó la citada inscripción 4.^a la interesada manifestó (y así consta en el Registro de la Propiedad tal y como expone el Registrador en su nota de calificación) que la vivienda hipotecada no era la "vivienda habitual de la familia" y en la escritura objeto de calificación reitera la citada manifestación señalando que no es su "domicilio conyugal".

A mayores en nuestro ordenamiento jurídico los "actos anteriores" al "contrato" se tienen en cuenta en sede de interpretación contractual (es decir la manifestación efectuada en la escritura que dio lugar a la inscripción 4.^a y que el Registrador cita). Así el Tribunal Supremo al interpretar el artículo 1282 del C.C. entiende que deben entenderse incluidos los actos anteriores al negocio (por todas Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2017).

En el mismo sentido los Principios Europeos de Derecho Contractual cuando señalan que "para interpretar et contrato se atenderá en especial a lo siguiente: d) la interpretación que las partes hubieran otorgado ya a cláusulas similares y las prácticas establecidas entre ellas (artículo 5:102)".

Los citados principios si bien no son fuente del derecho tienen una indudable importancia como criterio informador de nuestro ordenamiento (por todas Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2014).

El hecho que no se recoja "literalmente" la misma expresión no puede significar que el sentido de la manifestación no sea el mismo, es decir, el previsto en el artículo 1320 del C.C.

¿Qué es cierto que en la presente escritura se desarrolla esta afirmación? Sí lo es.

El notario, en el caso concreto de esta escritura (la número 846 de orden de mi protocolo), no se limitó a recoger la manifestación de la interesada en el sentido de no ser su domicilio conyugal o vivienda habitual de la familia (como podía haber hecho) sino que incluyó la referencia al domicilio del marido y las razones por las que, según le manifestó la interesada y desde hace muchos años, la que es su vivienda habitual no es el domicilio familiar o conyugal.

Es esta una cuestión de técnica o de práctica notarial que responde al mandato jurisprudencial de evitar, en lo posible, las formulas sacramentales o estereotipadas y que, a juicio del notario que suscribe, mejor garantiza la protección de los terceros adquirentes (acreedor hipotecario), especialmente en casos como el señalado donde podría entenderse que existe una aparente contradicción (insisto aparente tal y como ha señalado la Dirección General) entre el hecho que un cónyuge tenga su vivienda habitual en un sitio pero que ésta no sea el domicilio conyugal.

Esta aparente contradicción lleva al notario a dejar constancia en la escritura (con especial celo) de las manifestaciones expresas que realiza la interesada a fin de que

pueda valorarse con todos los elementos de prueba (en el caso en que pudiese resultar necesario) la "buena fe" del adquirente (en este caso del acreedor hipotecario).

3. De la posibilidad de que la vivienda conyugal de un cónyuge y el domicilio conyugal (o vivienda habitual de la familia no coincidan).

A la hora de confeccionar y autorizar la escritura se tuvo en cuenta la Resolución de 19 de diciembre de 2017 y la propia manifestación de la interesada sin la cual no se hubiese autorizado la escritura sin contar con la intervención del marido de la misma. En este sentido la citada Resolución señala que:

"Finalmente, en cuanto a las alegaciones del recurrente acerca del concepto de vivienda familiar y su distinción con la noción de vivienda habitual, así como a la posibilidad de que un matrimonio carezca de una vivienda familiar, este Centro Directivo ya ha señalado en distintas ocasiones (vid. Resolución de 10 de noviembre de 1987) que el domicilio de un cónyuge puede ser compatible con la instalación de la vivienda habitual de la familia en otro inmueble. Tampoco se discute en la nota de calificación impugnada tal posibilidad.

Pero no se trata de dirimir cuál sea la vivienda habitual en abstracto, ni si dicha vivienda habitual del recurrente hipotecante coincide con la vivienda familiar, de lo que se trata es cumplir la exigencia legal antes analizada.

Por ello el artículo 91 del Reglamento Hipotecario teniendo en cuenta 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 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."

El notario que suscribe tuvo en cuenta la citada doctrina a los efectos de prever la posibilidad de autorizar el citado instrumento público y es por ello que se recogieron en la escritura las manifestaciones señaladas.

Podía también haberse limitado a recoger la manifestación de "no es mi vivienda habitual familiar" pero entendió que manifestando que no es "mi domicilio conyugal" y añadiendo (a mayores) que su marido vive en otro sitio reforzaba su manifestación y garantizaba la protección del adquirente tal y como antes señalábamos.

Señala el Registrador que "la manifestación de que por razones médicas" el cónyuge no tiene allí su domicilio, no se complace con arrebatarse su derecho a consentir o no que se gravé la vivienda habitual de la familia, sino todo lo contrario, debería protegerse su derecho."

A juicio de quien suscribe este recurso, dicha afirmación se complace mal con el régimen legal. Así el artículo 1320 del C.C. señala que basta la mera manifestación de no ser vivienda habitual de la familia sin aducir causa alguna, y si bien "de lege ferenda" podría proponerse un mayor sistema de protección del cónyuge del titular "de lege data" no existe tal previsión.

Además la otorgante no solo manifiesta lo anterior sino que insiste en manifestar que "no es su domicilio conyugal".

Es más, la calificación registral puesta en relación con el «modo de subsanación» que el mismo Registrador señala en su nota y que aclara que será necesario para inscribir "consentimiento del cónyuge si se trata efectivamente de la vivienda habitual, o,

manifestación expresa de que no se trata de la vivienda habitual de la familia" llevaría al absurdo (que nos recuerda a aquel Pierre Menard de Borges) de:

a) No admitir el Registrador:

"Manifiesta Doña M. A. S. M. que Don P. S. R., por razones médicas, tiene su domicilio habitual en la Calle (...) en el término municipal de Valsequillo de Gran Canaria... Que Doña M. A. S. M. es dueña, en pleno dominio y con carácter privativo, de la siguiente finca, la cual es destinada a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del hipotecante, y por tanto es Vivienda Habitual, si bien la misma no es la vivienda conyugal..."

b) Admitir el Registrador:

"Manifiesta Doña M. A. S. M. que Don P. S. R., por razones médicas, tiene su domicilio habitual en la Calle (...) en el término municipal de Valsequillo de Gran Canaria... Que Doña M. A. S. M. es dueña, en pleno dominio y con carácter privativo, de la siguiente finca, la cual es destinada a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del hipotecante, y por tanto es Vivienda Habitual, si bien la misma no es la vivienda habitual de la familia..."

Y no se entiende muy bien como en un caso (el primero que consta en la escritura) se "arrebata el derecho a consentir del cónyuge" y en el segundo caso (modo de subsanación propuesto por el Registrador donde sólo doña M. A. manifiesta no ser su vivienda habitual de la familia) no se "arrebata el derecho a consentir del cónyuge".

4. De lo correcto de la referencia al domicilio conyugal como vivienda habitual de la familia.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, es decir, que la expresión "domicilio conyugal" se utilizó en el caso concreto como sinónimo al de vivienda habitual de la familia, lo cierto es que esta última expresión no deja de ser un concepto jurídico indeterminado de tal manera que no es que "domicilio conyugal" y "vivienda habitual de la familia" sean sinónimos, es que la "vivienda habitual de la familia" es el "domicilio conyugal". Es decir, la "vivienda habitual de la familia" debe identificarse con una concreta vivienda o domicilio y, tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado como el Tribunal Supremo han venido identificado vivienda habitual con domicilio conyugal. En este sentido y a modo de ejemplo señalar:

Resolución de 22 de mayo de 2006:

"1. La presente Resolución tiene por objeto resolver el recurso interpuesto por don Héctor R. Pardo García, Notario de Santiago de Compostela, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Negreira, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario inmediatamente posterior a una Escritura de compraventa, por no manifestarse que no constituye vivienda habitual o no acreditarse el consentimiento del cónyuge (artículo 1.320 del Código Civil), manifestando la otorgante estar casada en régimen de separación de bienes.

Los defectos recogidos en la nota de calificación son tres: 1) No se acredita el consentimiento del cónyuge de la hipotecante para disponer de la vivienda ni se contiene en la escritura manifestación alguna acerca del carácter de la misma; 2) No se acreditan las facultades de representación invocadas por don E. M. M. C.; 3) La escritura de préstamo hipotecario contiene cláusulas no inscribibles. De los tres defectos, según se deduce del escrito de recurso, únicamente se recurre el primero. 2. El artículo 1.320 del Código civil, introducido por la Ley de reforma de 13 de mayo de 1981, responde a la necesidad de conservación del hogar familiar. Ahora bien, este artículo 1.320 del Código Civil está pensado para aquellos supuestos de disposición, debiendo entenderse incluida la constitución de hipoteca, de la vivienda habitual pertenecientes uno sólo de los cónyuges, pero no lo está para el supuesto de hipoteca en garantía de préstamo

hipotecario que financia la adquisición de la misma vivienda hipotecada aun y cuando el destino final de la vivienda adquirida sea constituir el hogar familiar, porque ello implicaría una restricción de las facultades adquisitivas de los cónyuges, no permitida en nuestro Derecho, donde los cónyuges pueden adquirir toda clase de bienes aun cuando éstos estén gravados y aun cuando vayan a constituir el domicilio conyugal, sin contar con el consentimiento del otro cónyuge ni hacer manifestación alguna acerca de su destino final, y ello tanto si su régimen económico matrimonial es el de separación de bienes (artículo 1.437 del Código Civil) como el de gananciales (cfr. artículo 1.370 del Código Civil y Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de Junio de 1993 y 4 de marzo de 1999). Por tanto, no siendo aplicable el artículo 1320 del Código Civil al supuesto en el que ingresa ya gravado el bien inmueble en el patrimonio del cónyuge, cualquiera que vaya a ser su destino final, una interpretación finalista del precepto legal nos debe llevar a la misma conclusión cuando el acto de gravamen se realiza en la escritura, inmediata posterior a la compra y tiene por finalidad la financiación de la propia vivienda hipotecada."

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016. Identifica la vivienda familiar con el "domicilio conyugal".

En el caso concreto en las medidas provisionales del divorcio se había atribuido el uso exclusivo de la que había sido vivienda familiar al cónyuge no custodio del hijo menor. Posteriormente en las medidas definitivas se pretende atribuir el derecho de uso al cónyuge custodio.

Se formula recurso de casación contra la sentencia que, en juicio de divorcio, atribuye a la esposa e hija menor del matrimonio el uso del domicilio familiar. El artículo 96, dice la sentencia, "no permite establecer ningún límite en la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo y siempre que ello responda al interés y beneficio del menor, porque el interés que se protege mediante ella no es la propiedad de los bienes sino los derechos que tiene el menor en caso de crisis de la pareja y salvo pacto de los progenitores que deberá ser controlado por el juez. Es decir, que se mantiene el uso de la vivienda en el sentido indicado a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios. Es decir priva el interés del menor... El hecho de que en medidas provisionales se atribuyese el uso al cónyuge no custodio no imposibilita que pueda cambiarse tal criterio en las medidas definitivas acordadas en sentencia y el hecho de que en separación de bienes (liquidación ganancial) se atribuyese a aquel la propiedad del inmueble no afecta a la concesión del uso temporal del mismo durante el tiempo legalmente procedente y como mínimo, durante la minoría de edad de la hija".

"El recurso se formula por interés casacional por infracción del artículo 96 del Código Civil y por oposición a la doctrina de esta Sala contenida en las sentencias de 5 de noviembre de 2012 y 10 de octubre de 2011. También por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. El recurso se justifica porque la vivienda ha perdido el carácter familiar que tenía desde el momento en que se le adjudicó al esposo en la liquidación del régimen económico matrimonial. Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los; cónyuges, uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo. 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias, sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la

atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés) (ST5 10 de octubre 2011)."

"En el presente caso se dan los dos supuestos pues la vivienda que fue familiar dejó de serlo por acuerdo entre los esposos y porque como consecuencia de la atribución al esposo del domicilio conyugal y la compra de otra por la esposa, a la que se trasladó a vivir con la hija, quedaron satisfechas las necesidades de habitación. La sentencia recupera el carácter familiar de la vivienda que dejó de serlo por voluntad de los interesados, y ello contradice la jurisprudencia de esta Sala. La atribución del uso a la menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario, como dicen las sentencia de 29 de marzo y 10 de octubre de 2011, y esta tutela de los intereses del menor, siempre prevalentes, se procuró en su momento y se mantiene en la actualidad; actualidad que es ajena a las vicisitudes posteriores desde el momento en que dejó de tener el carácter al que la norma asocia el uso."

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2014 utilizando como términos sinónimos uno y otro.

Esta Sentencia reitera otras anteriores con arreglo a las cuales "la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial".

Señala que: "Se debe seguir la doctrina jurisprudencial consolidada y entender que la sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial, ha infringido los artículos 1749 y 1750 del C.C., ya que no media en el presente caso un contrato de comodato, sino una situación de precario ya que las demandadas (madre e hija) ocupan actualmente la vivienda sin contraprestación y sin fijación de plazo, lo que coincide con la doctrina jurisprudencial que ha sido expuesta".

La doctrina es también unánime en este sentido. Así en la obra coordinada por G. D. G. (Derecho de Familia) editada por Thomson Reuters señala que "en cuanto a la habitualidad de la vivienda, ésta viene determinada, en primer lugar, por el hecho de que los cónyuges la hayan escogido como domicilio conyugal".

Por otro lado no debemos olvidar que la norma contenida en el artículo 1320 del C.C. se encuentra ubicada en sede de régimen económico matrimonial primario sin que resulte de aplicación a las uniones de hecho (tal y como señala unánimemente la doctrina) al menos en el ámbito del derecho común a diferencia de los derechos forales que expresamente recogen tal previsión en relación con las uniones de hecho.

La Dirección General ha descartado la aplicación de las disposiciones en sede de régimen económico matrimonial a las uniones de hecho (así Resolución de 7 de febrero de 2013).

Por otro lado a diferencia de lo que ocurre en relación a la posibilidad de atribución del uso de la vivienda familiar con base a lo dispuesto en el artículo 96 del C.C., cuyo fundamento es la protección de los menores, y teniendo reconocido el Tribunal Supremo su aplicación en el caso de uniones de hecho (por todas Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2012), no existe tal previsión de aplicación analógica a lo dispuesto en el artículo 1320 del C.C. en sede (insistimos) de régimen económico matrimonial).

En cualquier caso el propio Tribunal Supremo ha señalado que si bien el fundamento de la previsión del artículo 96 del C.C. es la protección de los menores tampoco se aplica si la vivienda de que se trate no es la vivienda conyugal. Así la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2012 siendo ponente de la misma la actual Presidenta del Tribunal Constitucional Doña Encarnación Roca Trías señala que:

"La aplicación del artículo 96 C.C a las rupturas de convivencias de hecho con hijos exige que se cumplan los mismos requisitos exigidos en la propia disposición, es decir,

qué constituyan la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formular el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar que es un concepto no definido en el C.C pero que debe integrarse con lo establecido en el artículo 70 C.G., en relación al domicilio de los cónyuges."

En definitiva la finalidad de la protección que ampara el artículo 1320 del C.C, se encuentra indisolublemente conectada a la protección del domicilio conyugal (residencia habitual y permanente de ambos cónyuges) por tanto cuando un cónyuge (como es el caso) manifiesta que una vivienda no es su "domicilio conyugal" lo que está es manifestando que no es su vivienda habitual familiar a los efectos del artículo 1320 del C.C.

5. De la no necesidad de utilización literal de una expresión del C.C.

Es reiterada la doctrina de la Dirección General y del Tribunal Supremo señalando que no se exigen fórmulas sacramentales en la confección de escrituras.

Citar resoluciones como la de 12 de abril de 2002 posteriormente reiterada en otras como la de 6 de noviembre de 2017 o 17 de noviembre del mismo año cuando señalan que el juicio notarial de suficiencia o el juicio notarial de equivalencia en su caso no tiene porque ajustarse a fórmulas sacramentales.

Otras como la Resolución de 22 de abril de 2002 o la de 3 de noviembre de 2001 cuando señala que "la aceptación no requiere términos sacramentales", y tal y como señalábamos en el Volumen IV de la obra "Preguntas y Respuestas" editada por Comares "no debe confundirse la no admisibilidad de los consentimientos tácitos o presuntos (que no parecen admitirse en el ámbito del Registro de la Propiedad) con la no exigencia de fórmulas sacramentales o de excesivos formalismos para entender prestado el consentimiento."

Lo dicho sin perjuicio que en el presente caso sí existe una fórmula sacramental "manifiesta no ser su domicilio conyugal" lo que no existe es la fórmula literal en este sentido y tal y como sin duda conoce el Registrador la literalidad es solo uno de los criterios de interpretación legales (artículo 3 C.C;) y contractuales (artículo 1281 del C.C.). Pero es que incluso del tenor literal de lo señalado se deduce claramente cuál es la intención del otorgante. Así el artículo 1281 del C.C. cuando señala:

"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".

Además los mencionados Principios Europeos de Derecho Contractual señalan que:

"Artículo 5:101: Reglas Generales de interpretación. 1) Los contratos se interpretaran conforme a la intención común de las partes, incluso cuando dicha interpretación no coincida con el tenor literal de las palabras utilizadas. 2) Si se demuestra que una parte buscó dar un sentido particular al contrato y que la otra, parte no podía ignorar dicha intención en el momento de celebrarlo, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera. 3) Si la intención de las partes no pudiera juzgarse conforme a los apartados' (1) y (2) el contrato se interpretará en el sentido que normalmente le daría toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas circunstancias."

Por otro lado, y repasando la calificación registral señala el Registrador que con la finalidad de evitar que ingresen en el Registro actos impugnables. Es lo cierto que una afirmación como la señalada no viene recogida "literalmente" en norma alguna de la que se tenga conocimiento y, sin embargo, no hay duda sobre que el señalado es uno de los fines a los que sirve la institución registral (así el artículo 18 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 33 de la Ley Hipotecaria).

Por todo lo expuesto se interpone recurso a la Dirección General de los Registros y del Notariado a los efectos que la misma proceda a revocar la nota de calificación indicada.»

IV

Mediante escrito, de fecha 26 de julio de 2018, el Registrador emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9, 10, 24, 40, 69, 70, 87.2, 90, 464, 663, 756, 822, 1320, 1321, 1346, 1406 y 1955 del Código Civil; 1, 3 y 4 del Código de Comercio; 9, 18, 19 bis, 21 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; 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, 27 de junio de 1994, 7 de julio de 1998, 4 de marzo de 1999, 25 de abril de 2005, 22 de mayo de 2006, 7 de diciembre de 2007, 22 de julio de 2009, 28 de septiembre de 2010, 5 de enero de 2011, 19 de diciembre de 2017 y 13 de junio de 2018.

1. Son hechos relevantes para la resolución de este recurso los siguientes:

En la escritura calificada, por la que se constituyó hipoteca sobre una finca en San Bartolomé de Tirajana para garantizar un préstamo, se expresa que la señora hipotecante y prestataria «es dueña en pleno dominio y con carácter privativo, de la siguiente finca, la cual es destinada a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del hipotecante y por tanto es Vivienda Habitual, si bien la misma no es vivienda conyugal». Y, además, se indica que su esposo «por razones médicas, tiene su domicilio habitual» en otro término municipal, con indicación de la calle y el número.

El Registrador suspende la inscripción porque, su juicio, «al no concurrir al otorgamiento de la escritura el cónyuge no titular y figurar que la misma «es vivienda habitual», es preciso que se ratifique la misma. La manifestación de que «por razones médicas» el cónyuge no tiene allí su domicilio, no se compadece con arrebatarle su derecho a consentir o no que se grave la vivienda habitual de la familia, sino todo lo contrario, debería protegerse su derecho». Añade que «es suficiente con que la titular registral señale que «no es vivienda habitual de la familia» (como hizo en otra ocasión anterior) para que baste su consentimiento, o en su caso que se obtenga resolución judicial o cualquier otro modo de acreditar en derecho al afirmación no contemplada en la norma de que «no es vivienda conyugal», cuando reconoce estar casada con él (véanse artículos 69 y 70 Cc) y no es esa la expresión que exige el artículo 1320 del Cc (que no menciona la palabra «conyugal»)». Y señalaba como posibles formas de subsanación, bien el consentimiento del cónyuge si se trata efectivamente de la vivienda habitual, o la manifestación expresa (por la hipotecante) de que no se trata de la vivienda habitual de la familia.

El recurrente, en un largo recurso, impugna el criterio de la calificación, siendo su idea rectora la siguiente: «En definitiva la finalidad de la protección que ampara el artículo 1320 del C.C, se encuentra indisolublemente conectada a la protección del domicilio conyugal (residencia habitual y permanente de ambos cónyuges) por tanto cuando un cónyuge (como es el caso) manifiesta que una vivienda no es su «domicilio conyugal» lo que está es manifestando que no es su vivienda habitual familiar a los efectos del artículo 1320 del C.C.».

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, trátase de vivienda simplemente conyugal, trátase 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 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 ya fallecido.

Es indiferente cuál de los dos cónyuges sea el propietario o el titular del derecho sobre la vivienda (así lo consideró la Sentencia del Tribunal Supremo 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 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, 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 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 lo siguiente: «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. 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, 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). 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 (en cuanto a la posibilidad de que un matrimonio carezca de una vivienda familiar, este Centro Directivo ya ha señalado en distintas ocasiones -vid. Resolución de 10 de noviembre de 1987- 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 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. Ésta 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 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.

Por lo demás, la referencia en la escritura objeto de la calificación impugnada a la situación personal del cónyuge del disponente en nada empece el anterior razonamiento, toda vez que no deja de ser una manifestación del disponente en aras a corroborar ese carácter no conyugal de la vivienda que se hipoteca; y sin que tampoco sea de relevancia al caso el dato de que en una inscripción anterior se hubiera empleado una

afirmación distinta, pues lo que ahora se dilucida es el alcance de la empleada en el documento calificado.

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, 9 de octubre de 2018.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.