

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

355 *Resolución de 19 de diciembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Azpeitia a inscribir una escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca unilateral.*

En el recurso interpuesto por don F. J. M. E. contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Azpeitia, doña María Begoña Ruiz Alutiz, a inscribir una escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca unilateral.

Hechos

I

El día 26 de julio de 2017, ante el notario de San Sebastián, don Enrique Miguel García-Jalón de la Lama, y con el número 1.139 de protocolo, se otorgó escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca unilateral.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Azpeitia, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «La Registradora que suscribe, previa calificación del precedente documento y de los antecedentes del Registro, ha acordado suspender la inscripción solicitada, en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos 1).—Una copia electrónica de la precedente escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca unilateral autorizada ante el Notario de Donostia/San Sebastián Don Enrique García-Jalón de la Lama el 26 de julio de 2017, con el número de protocolo 1139, fue presentada telemáticamente el día 27 de julio de 2017, motivando el asiento 2032 del tomo 148 Diario, suspendida la calificación con arreglo al artículo 255 de la LH, habiéndose aportado por don J. Q. L., con fecha 1 de agosto de 2017, una copia en soporte papel de la misma en la que consta el sello justificativo de la presentación del documento en la Hacienda Foral de Gipuzkoa de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18, 254 y 255 de la Ley Hipotecaria, acompañándose la preceptiva carta de pago. 2).—En dicha escritura don F. J. M. E. constituye unilateralmente a favor de la Excelentísima Diputación Foral de Gipuzkoa hipoteca inmobiliaria sobre el edificio bifamiliar denominado “(...)” que consta de dos viviendas A) y B), construido sobre parte de la finca en parte urbana y en parte rústica, porción de terreno en jurisdicción de Azpeitia, (...) finca registral número 14312 de Azpeitia, sin que conste si es o no vivienda habitual del matrimonio, ya que en caso de ser vivienda habitual necesitaría para constituir la hipoteca el consentimiento de su cónyuge, aunque sea titular de la misma con carácter privativo. 3).—La descripción de la finca que consta en la escritura no es la misma que la que consta en el Registro. Fundamentos de Derecho Primero.—Conforme a los Artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, el Registrador califica bajo su responsabilidad los documentos presentados, extendiéndose la calificación —entre otros extremos— a “los obstáculos que surjan del Registro”, a “la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como a la capacidad de los otorgantes”, a “las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos” y a “la no expresión, o la expresión sin claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad”. Segundo.—El artículo 1320 del Código Civil dispone 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. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.”, y el apartado 1 del artículo 91 del Reglamento Hipotecario dispone que “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.”, y, en consecuencia al hipotecarse una vivienda a pesar de ser privativa del hipotecante, es necesario hacer constar si la vivienda que se hipoteca es o no vivienda habitual, ya que en el caso de serlo será necesario el consentimiento de su cónyuge o en su defecto autorización judicial. Teniendo en cuenta los citados hechos y fundamentos de derecho, se suspende la inscripción solicitada. La presente calificación negativa lleva consigo, la prórroga de la vigencia del asiento de presentación en los términos establecidos en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Las calificaciones negativas del Registrador podrán (...) Azpeitia, 22 de agosto de 2017.= La Registradora (firma ilegible) Fdo: María Begoña Ruiz Alutiz».

Con fecha 3 de octubre de 2017, se reportó la escritura calificada junto con diligencia de subsanación, de fecha 27 de septiembre de 2017, la cual fue objeto de inscripción con fecha 9 de octubre de 2017.

III

Contra la anterior nota de calificación, don F. J. M. E. interpuso recurso el día 3 de octubre de 2017 mediante escrito en el que constan, de forma resumida, las siguientes alegaciones: «Hechos Primero.–Escritura de Reconocimiento de deuda y Constitución de Hipoteca Unilateral. En fecha 26 de julio de 2017, Don F. J. M. E. otorgó Escritura de Reconocimiento de deuda y Constitución de Hipoteca Unilateral por la cual se reconocía la deuda que mantenía con la Excm. Diputación Foral de Gipuzkoa y, en garantía del cumplimiento de la obligación de pago de la deuda, se constituía a favor de la Excm. Diputación Foral de Gipuzkoa una hipoteca inmobiliaria voluntaria sobre la finca descrita en el expositivo I, que se corresponde con la vivienda habitual del Sr. M. E. (...) Tercero.–Calificación negativa del Registro de la Propiedad de Azpeitia. En fecha 5 de septiembre de 2017, nos fue notificada calificación negativa de la inscripción solicitada respecto de la escritura descrita en el hecho anterior. Dicha resolución se fundamenta en la necesidad de hacer constar si la vivienda hipotecada constituye vivienda habitual ya que, en tal caso, considera necesario recabar el consentimiento de su cónyuge o autorización judicial, con base en los artículos 1320 de Código Civil y el artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario (...) Cuarto.–De la consideración de vivienda habitual. La vivienda sita en (...) constituye actualmente la vivienda habitual de D. J. M. E., si bien la misma no se identifica con la vivienda familiar. En su lugar, cada miembro del matrimonio ostenta su propia vivienda habitual de forma independiente sin que sea posible señalar un domicilio que ostenten en común y que, en consecuencia, pueda determinarse como domicilio o vivienda familiar, circunstancias que actualmente no son extrañas atendiendo a los nuevos modelos de familia o circunstancias personales de cada miembro del matrimonio. De lo anterior se desprende que el consentimiento que se pretende que otorgue la esposa del Sr. M., doña M. C., carece de fundamentación alguna, especialmente considerando que el régimen matrimonial que rige entre ambos es el de separación de bienes. Por ello, ni tan siquiera puede considerarse que exista una sociedad conyugal que justifique la necesidad de contar con el consentimiento de la Sra. C. en atención a los motivos que analizaremos en los fundamentos de derecho. Quinto.–Diligencia complementando la Escritura de Reconocimiento de deuda y Constitución de Hipoteca Unilateral. No obstante lo anterior, en orden a proceder a la inscripción de la escritura de Reconocimiento de deuda y Constitución de Hipoteca Unilateral sin mayor incidencia, aportamos Diligencia de fecha 3 de octubre de 2017 que complementa la Escritura de Reconocimiento de deuda y Constitución de Hipoteca Unilateral, en la que consta la manifestación de que la vivienda

hipotecada es su vivienda habitual y el consentimiento de doña M. C. C. en orden a inscribir la hipoteca unilateral a favor de la Excm. Diputación Foral de Gipuzkoa (...) A los anteriores Hechos le son de aplicación los siguientes Fundamentos de Derecho I.–(...) IV.–De fondo. Primero.–Definición de vivienda familiar. Aunque la legislación no ha ofrecido una definición acerca de qué debe considerarse como vivienda familiar, la jurisprudencia se ha pronunciado en diversas ocasiones, entre ellas a través de Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994, definiendo la vivienda familiar como aquel “bien familiar, no patrimonial (lo que debemos entender en el sentido de subordinar su valor o utilidad económica a la satisfacción de las necesidades familiares), al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quienquiera que sea el propietario”. Posteriormente, el Alto Tribunal se refirió a ella, a través de Sentencia de 10 de marzo de 1998, como “el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos”. Ciertamente, tales definiciones son genéricas, sin ofrecer una serie de circunstancias o requisitos que definan a una vivienda como familiar. De otra parte, nos parece preciso señalar que actualmente las previsiones del Código Civil respecto al matrimonio y sus implicaciones son arcaicas ya que no podemos olvidar que se trata de una norma cuya aprobación se remonta a 1889 y que, aunque ha sido objeto de diversas modificaciones, la realidad social sigue sin encontrarse plasmada en ella. Como consecuencia, es improbable que el Código Civil pueda regular acertadamente las circunstancias que puedan rodear los matrimonios actuales. En este sentido, no puede ser ignorado que existen matrimonios que por circunstancias laborales, económicas o legales, entre otras, no ostentan una vivienda en común y, por tanto, no llevan a cabo una convivencia de acuerdo con los derechos y deberes del matrimonio, recogidos en los artículos 68 a 70 del Código Civil. No obstante, tales circunstancias no motivan la nulidad de aquellos matrimonios, ni mucho menos, y no por carecer de una vivienda en común deberán los miembros del mismo ver afectados sus derechos. Segundo.–Definición de vivienda habitual Respecto de los requisitos que debe cumplir una vivienda para considerarse habitual, la legislación, a efectos tributarios, ha fijado una serie de parámetros o requisitos que se deben cumplir para que tenga tal consideración. De este modo, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a través de su Disposición Adicional vigésimo tercera, ha fijado el concepto de vivienda habitual como sigue: “se considerará vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, concurren circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas.” Es preciso señalar que, la Norma Foral 3/2014, de 17 de enero, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del Territorio Histórico de Gipuzkoa, en cambio, no ofrece una definición de la vivienda habitual si no que, en cambio, solo se refiere a la residencia habitual, que será adquirida, entre otros supuestos, “cuando permaneciendo en el País Vasco un mayor número de días del período impositivo, el número de días que permanezca en Gipuzkoa sea superior al número de días que permanezca en cada uno de los otros dos Territorios Históricos del País Vasco”. Una vez más, queda evidenciado que la legislación no va a la par con la realidad social vivida en la actualidad y, por la cual, el matrimonio no implica automáticamente la existencia de una vivienda en común y, mucho menos, que pueda llegar a denominarse como una vivienda habitual familiar. Es por ello que, siendo el concepto de vivienda habitual puramente fáctico, la vivienda familiar, en cambio, se define por ser un concepto esencialmente social y sin fundamentación legal alguna. De este modo, insistimos en que la fijación de una vivienda como habitual no tiene porque implicar, automáticamente, la concurrencia en la misma de la vivienda familiar por los motivos expuestos en el fundamento anterior –laborales, económicos, legales, etc.–. En su lugar, insistimos en que encuadra

perfectamente en la realidad que cada cónyuge tenga fijada su residencia en viviendas distintas, cumpliéndose en cada una de ellas los requisitos legales exigidos por la legislación en materia fiscal. Todo ello implica que la obligatoriedad de que conste en escritura pública el consentimiento dado por el cónyuge para proceder al ofrecimiento de la vivienda en garantía de la hipoteca carece de fundamento. No solo porque la Sra. C. no es propietaria de la vivienda sita en “(...)” si no porque ni tan siquiera tiene su residencia o la de su hija fijada en dicha vivienda, lo que reafirma nuestra postura al defender la innecesariedad de que conste el consentimiento del cónyuge del Sr. M. al estar determinado por unos parámetros sociales arcaicos y totalmente desactualizados y desligados a la realidad social existente en la actualidad. Tercero.—Obligación de consentimiento del cónyuge no propietario. De acuerdo con los fundamentos de derecho anteriores, resulta razonable que el domicilio de un cónyuge este fijado en una vivienda y que la instalación de la vivienda habitual de la familia se encuentre en otro inmueble o ni siquiera exista como tal por los motivos antes expuestos. Por ello, la Dirección General de los Registros y del Notariado, a través de Resolución de 10 de noviembre de 1987, entiende que tales circunstancias son compatibles y, en definitiva, expresa lo siguiente: “El artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble que puede constituir la vivienda habitual de la familia bien el consentimiento o autorización necesarios si, en efecto, el derecho que se transmite sirve de soporte para la constitución en él de la vivienda habitual”. En el caso que nos ocupa, en el que el derecho que se pretende escribir es una hipoteca a favor de la Diputación Foral de Guipúzcoa, no se interpreta que éste sirva de soporte para la constitución en él de la vivienda habitual. En cambio, al no constituirse en ella el domicilio habitual de la Sra. M. C., o de la familia que pudieran formar con el Sr. M., el consentimiento del cónyuge sería totalmente innecesario ya que en nada afecta a sus circunstancias, ya sean legales o personales, ya que, como debemos recordar, su propia vivienda habitual, que coincide con la vivienda habitual de su hija, no se encuentra fijada en la vivienda que se pretende hipotecar. Además de lo anterior, es preciso señalar que, tal y como consta en la escritura cuya inscripción se pretende, el Sr. M. y la Sra. C. están casados en régimen de separación de bienes y, de acuerdo con el artículo 1437 CC: “En el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y, los que después adquiera por cualquier título. Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes.” De la literalidad de dicho precepto se desprende que el cónyuge que no ostente ningún derecho, incluida la propiedad, respecto de los bienes del otro no podrá, como regla general, administrarlo. Todo ello obedece a la inexistencia de una sociedad conyugal entre los cónyuges en contraposición de lo que ocurriría en un matrimonio cuyo régimen matrimonial fuese el de bienes gananciales, en el que el patrimonio de ambos cónyuges se confundiría y, a raíz del cual, podría plantearse la necesidad de tal consentimiento para proceder a la disposición de un bien aun siendo de carácter privativo. Aun considerando lo anteriormente explicado, esta parte aporta, a efectos de subsanar la falta del consentimiento requerido en la escritura de Reconocimiento de Deuda y Constitución de Hipoteca Unilateral de fecha 26 de julio de 2017, Diligencia complementaria de la Escritura antedicha. No obstante, queriendo hacer constar que tal consentimiento es carente de fundamento por lo motivos expuestos a lo largo del presente escrito y obediendo a unas presunciones sociales que, en absoluto, son definitorias de la realidad social actual en que los modelos de familia son muy dispares a los existentes hace veinte años, por no mencionar los que pudiesen existir en el momento de la aprobación del Código Civil, en el siglo XIX».

IV

La registradora de la Propiedad de Azpeitia, doña María Begoña Ruiz Alutiz, emitió informe, en el que mantuvo íntegramente su calificación, y formó el oportuno expediente que elevó a esta Dirección General.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 1320 del Código Civil; 21 de la Ley Hipotecaria; 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 y 6 de marzo de 2015, 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, 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 y 5 de enero de 2011.

1. El presente recurso tiene por objeto determinar si, para que un cónyuge, casado en separación de bienes, pueda constituir hipoteca sobre una vivienda de su exclusiva titularidad, es necesario que manifieste que la referida finca no constituye la vivienda habitual de la familia, o que, en su caso, conste el consentimiento del otro cónyuge, o, en su defecto, autorización judicial supletoria.

2. Dentro de las disposiciones generales relativas a todo régimen económico-matrimonial, 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. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

Esta norma se encuentra en el capítulo de las disposiciones generales del régimen económico-matrimonial, o régimen primario, aplicándose con independencia del régimen económico patrimonial que rija constante matrimonio. Este precepto, otorga una protección a la vivienda familiar durante el matrimonio, con independencia de quién sea el cónyuge titular de dicho bien, así lo consideró la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994.

A ello añade, en el ámbito de los préstamos hipotecarios, el apartado tercero del artículo 21 de la Ley Hipotecaria que «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».

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 con claridad 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.

3. Lo anterior se predica de cualquier régimen económico-matrimonial, toda vez que, como ya ha quedado indicado, el artículo 1320 del Código Civil es una norma contenida en las disposiciones generales de la regulación del régimen matrimonial, y, como tal, se ha de aplicar con independencia del régimen aplicable.

El citado artículo 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 la arbitrariedad o mala voluntad de quien detenta 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».

En consecuencia, no puede mantenerse, como afirma el recurrente, que, en los actos de disposición sobre viviendas, realizados por uno sólo de los cónyuges casados bajo el régimen de separación de bienes, no sea necesario expresar si dicha vivienda es o no la habitual de la familia.

4. 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.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

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, 19 de diciembre de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.