

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

15169 *Resolución de 5 de junio de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Álora a inscribir una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por don Antonio Jesús Láinez Casado de Amezúa, notario de Cártama, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Álora, don Antonio Gallardo Piqueras, a inscribir una escritura de compraventa.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 20 de octubre del año 2022 ante el notario de Cártama, don Antonio Jesús Láinez Casado de Amezúa, con el número 1.850 de protocolo, don M. S. R., divorciado, vendió una vivienda que le pertenecía en pleno dominio (por haber comprado el suelo en escritura de fecha 31 de mayo de 2021 y haberse declarado la edificación en otra escritura otorgada el día 6 de agosto de 2021 la por compraventa). En aquella escritura manifestaba que «sí es su vivienda familiar».

II

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

«Visto por el Registrador de la Propiedad de Álora y su distrito hipotecario, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 1.873/2023, iniciado como consecuencia de presentación telemática en el mismo Registro, por Don Antonio Jesús Láinez Casado de Amezúa, de los documentos que obran en dicho procedimiento, en virtud de solicitud de inscripción.

En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes

Hechos:

Primero. El documento objeto de la presente calificación, copia autorizada electrónica otorgada ante el notario de Cártama Don Antonio Jesús Láinez Casado de Amezúa el día veinte de octubre de dos mil veintidós, protocolo 1850, tuvo entrada telemáticamente a las 12:09 horas del día 21 de octubre de 2022, siendo presentante el propio notario autorizante, bajo el asiento 682 del Diario de Presentación número 165, habiéndose suspendido la calificación, con igual fecha, por falta de pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Con fecha 25 de octubre de 2022, se aportaron telemáticamente las cartas de pago del citado impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, habiendo obtenido el documento nota de calificación desfavorable con fecha 7 de noviembre de 2022, por el mismo defecto que motiva la presente.

Dicho título ha vuelto a ser presentado telemáticamente por el notario de Cártama, Don Antonio Jesús Láinez Casado de Amezúa, a las 11:40 horas del día 20 de febrero de 2023, asiento 1043 del Diario de Presentación número 166.

Segundo. En el título calificado se realiza la transmisión de una edificación destinada a vivienda, manifestando su titular, a la sazón divorciado, que la edificación objeto de dicha transmisión se halla efectivamente destinada a vivienda habitual de la

familia –“sí es su vivienda familiar”, dice literalmente el título–; sin que conste el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial supletoria.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes:

Fundamentos de Derecho:

I. Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el Registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución.

II. Conforme al artículo 96, apartado 3, del Código Civil –en la redacción dada al mismo por el artículo segundo, apartado once, de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica–, “para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados –esto es, ‘los objetos de uso ordinario de’ la misma– cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores –esto es, ‘a los hijos comunes menores de edad (o ‘mayores de edad ‘en una situación de discapacidad’) y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad’–, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial”; una “restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar”, añade el precepto, que “se hará constar en el Registro de la Propiedad”; añadiendo la misma norma, junto a ello, que “la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”.

Estamos ante una norma dirigida al doble objetivo de dotar de la estabilidad a la vivienda familiar, a pesar de la situación de crisis del matrimonio, y proteger no obstante la seguridad del tráfico, al conservar la validez de los actos dispositivos realizados por el cónyuge titular en beneficio del adquirente de buena fe. Y lo hace, a través de dos mecanismos de protección de carácter complementario: uno, basado en la eficacia de la inscripción registral, al imponer la constancia en el Registro de la atribución formal del uso de la vivienda, al tiempo de la separación o el divorcio, y otro basado en los principios generales de autorresponsabilidad y protección de la confianza legítima en la apariencia jurídica; extendiendo así la protección al adquirente que, de buena fe, celebra el contrato en la creencia acerca del carácter no familiar de la vivienda adquirida, fundada en las manifestaciones del propio disponente; de modo en todo análogo al régimen establecido por el artículo 1320 del Código Civil –conforme al cual, “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”; de manera que, añade el precepto, “la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”–. Por lo que, como ocurre durante la vida normal del matrimonio gracias a dicha regla de protección de la seguridad del tráfico, integrada en el régimen matrimonial primario, tras la separación o el divorcio el acceso al Registro de cualquier acto de disposición sobre edificación que pueda hallarse destinada a vivienda, propiedad de uno de los excónyuges, requiere la manifestación sobre la ausencia en dicha finca del carácter de vivienda habitual de la familia.

En el ámbito de las crisis matrimoniales, la ley establece sin embargo una importante especialidad, consecuencia de la existencia de una formal atribución, en el momento inicial de la separación o el divorcio, del derecho de uso sobre la vivienda familiar a los hijos menores o en situación de discapacidad y al cónyuge en cuya compañía queden; una asignación que permite hacer constar expresamente en el Registro, en ese momento inicial de la separación de la familia, las restricciones que sobre las facultades dispositivas del cónyuge titular con carácter privativo derivan de dicha atribución – imponiendo así de modo inmediato la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges o la autorización judicial supletoria para la inscripción de cualesquiera actos dispositivos

sobre la vivienda familiar expresamente atribuida—. Pero, junto a ello, para el supuesto, siempre posible, de ausencia de dicha constancia registral –bien por haberse omitido la misma, regular o irregularmente, bien como consecuencia de los cambios sobrevenidos en la organización o el lugar de residencia del grupo familiar, los cuales, como resulta evidente, pueden producirse durante la vida de la familia sin necesidad de reflejo registral alguno–, la norma establece un régimen de protección en todo análogo al previsto para las situaciones ordinarias del matrimonio por el artículo 1320 del Código Civil.

Este es el sentido que en la actualidad, tras la reforma del artículo 96 del Código por la Ley 8/2021, de 2 de junio, antes referida, debe atribuirse al artículo 91, apartado 1, del Reglamento Hipotecario –conforme al cual, “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”–. Precepto que, como se observa a simple vista, parte exclusivamente de la necesidad legal del consentimiento de ambos cónyuges –incluidos también en dicha expresión reglamentaria los excónyuges, pues el propio artículo 96 del Código engloba a unos y otros dentro del concepto genérico “cónyuges”, al referirse a los mismos, como tales, a pesar del previo divorcio o anulación de su matrimonio–; con independencia por tanto del estado en que los mismos se encuentren en el momento de la disposición –casados, divorciados o separados–.

III. Es cierto que la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 29 de octubre de 2020 sostuvo el criterio contrapuesto, afirmando que “cuando el transmitente está separado legal o judicialmente (al igual que ocurriría si fuera soltero, viudo o divorciado) no puede recabarse del mismo manifestación alguna a los efectos previstos en el artículo 1320 del Código Civil (cfr. Resolución de 6 de marzo de 2004)”; confirmando con ello el criterio asumido de modo general, uniforme y constante en el tráfico, tanto antes como después de la publicación de la Resolución, conforme al cual en el caso de divorcio o separación judicial de los cónyuges debía quedar relegada la protección de los terceros al juego de los principios hipotecarios; afirmando así que, dado que el “derecho de uso ex artículo 96 de dicho Código es inscribible en el Registro de la Propiedad”, es necesario que el mismo esté “debidamente inscrito para que perjudique a terceros (cfr. artículo 13 de la Ley Hipotecaria)”, pues “se presume legalmente que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en los términos del asiento respectivo (cfr. artículo 38 de la Ley Hipotecaria)”.

La reforma del artículo 96.3 del Código por la Ley de 2 de junio de 2021, sin embargo, ha alterado por completo aquella doctrina del Centro Directivo. La nueva norma legal no busca, como resulta evidente, la simple ratificación de un criterio –el de la Dirección General– que había sido aceptado de modo pacífico, general e invariable por todos los agentes en el tráfico –entre ellos, de modo destacado, notarios y registradores, como lo prueba la práctica ausencia de resoluciones del mismo Centro Directivo en el mismo sentido, a pesar de la larguísima vigencia del antiguo artículo 96 del Código Civil, desde su introducción por la Ley de 20 de julio de 1981–. La reforma, por ello, no podía dirigirse a consagrar algo plena y pacíficamente asentado. Por el contrario, el nuevo régimen legal introducido en el artículo 96.3 se dirigió precisamente a la superación de aquella doctrina de la Dirección General, con objeto de extender el régimen de protección establecido por el artículo 1320 del Código a la vivienda de la familia tras el divorcio o separación legal de los padres; pensando, sin duda, en la posibilidad, innegable, de cambios sobrevenidos en el lugar de desarrollo de la vida familiar decididos libérrimamente por los padres al margen de la autorización judicial y su consiguiente reflejo registral o impuestos por los cambios sobrevenidos en las circunstancias del grupo familiar o los progenitores –pues, como afirma de modo constante y reiterado la jurisprudencia, “el derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar” (cfr. Sentencia del Tribunal

Supremo de 20 de noviembre de 2018 [Roj 3882/2018])–; supuestos que exigen extender a la vivienda de la familia, tras la separación o el divorcio de los padres, el régimen de protección de la misma y de los terceros adquirentes establecido por el Código para la vida normal del matrimonio.

La nueva norma se dirige, así, a unificar el régimen de la vivienda familiar, cualquiera que sea la situación matrimonial de los padres: casados, divorciados, separados legalmente o, incluso, separados de hecho en ausencia de vínculo matrimonial –dada la doctrina jurisprudencial que extiende, respecto de los hijos, el régimen legal de la separación y el divorcio a la separación de las parejas de hecho–; saliendo con ello al paso, además, de las aceradas críticas vertidas sobre el antiguo artículo 96 del Código por la doctrina y el propio Tribunal Supremo –quien, de manera sorprendente, se hacía eco reiteradamente de “las críticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del 96 del Código Civil, especialmente en unos momentos de crisis económica en que se han puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inexcusablemente necesaria una nueva y completa regulación” (cfr. Sentencias de 3 de abril de 2014 [Roj 1356/2014], 29 de mayo de 2014 [Roj 3153/2014] y 2 de junio de 2014 [Roj 2133/2014], entre otras muchas)–. Una equiparación de regímenes jurídicos que, de este modo, hacen que la protección dispensada por la ley a la vivienda familiar y, a través de ella, al propio tráfico jurídico no quede ya “discriminada” en las situaciones de crisis familiar, respecto a la otorgada en la vida ordinaria del matrimonio.

Ese fue el decidido criterio de política legislativa que animó la reforma del precepto. Y, por ello, durante todo el proceso de elaboración de la norma el texto de la misma permaneció inalterado: desde su versión inicial como anteproyecto hasta su aprobación como proyecto de ley por el Consejo de Ministros, a pesar de los criterios manifestados en sentido contrario, mantuvo la misma redacción con que finalmente resultó aprobada en el Congreso. Fueron rechazadas, de este modo, todas las sugerencias y enmiendas que trataron de rescatar el criterio doctrinal sostenido con anterioridad por la Dirección General. Pues, en efecto, durante la elaboración del proyecto, el informe del Consejo General del Poder Judicial realizó una crítica expresa al precepto y su nuevo régimen de protección cumulativa (vid. pág. 104 del mismo), aconsejando el acceso al Registro no de la simple restricción a las facultades dispositivas del titular, sino del total derecho de uso, como única medida necesaria para la protección de los terceros a través de las reglas generales del sistema –de conformidad con el criterio de la Dirección General–; puesto que, decía el Consejo, “la protección del tercer adquirente de buena fe, una vez ha tenido reflejo registral la referida restricción, es consustancial al régimen de protección que se deriva del artículo 34 de la Ley Hipotecaria”. La observación sin embargo, como resulta de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del proyecto de ley (cfr. pág. 72), fue rechazada en fase de anteproyecto –sin que, junto a ello, los informes del Consejo de Estado y del Consejo Fiscal hicieran referencia alguna a la reforma del precepto, aceptando tácitamente la redacción proyectada–.

Junto a ello, durante la tramitación del proyecto en el Congreso se presentó por cierto grupo parlamentario (Vox) una única enmienda al sistema de doble protección del tercero contenido en el precepto, pretendiendo eliminar del texto la necesidad de la declaración del disponente; sosteniendo, a tal fin, que “sobra lo relativo a la protección de tercero adquirente de buena fe, que estará al régimen general” (cfr. enmienda 212). La enmienda sin embargo fue rechazada, manteniéndose como decimos la redacción del texto inicial, de manera invariable hasta la aprobación final del precepto.

Y es que, en efecto, la reforma introdujo una radical modificación en el texto legal, incompatible con el simple propósito de mantener las cosas como estaban. Pues, inmediatamente después de establecer un auténtico deber de inscripción –“se hará constar”, dice la norma–, referido además a la mera restricción de las facultades dispositivas del titular y no al total derecho de uso –al ser considerado este ahora, de manera totalmente acertada, de naturaleza y contenido distintos y más amplios que el

simple derecho real–, impone de forma cumulativa –para los supuestos en que, por cualquier causa, la restricción no haya accedido al Registro– un régimen de protección de la vivienda familiar y del propio tráfico jurídico en todo análogo al establecido por el artículo 1320 del mismo Código Civil. El nuevo régimen no se conforma, por ello, con la simple inscripción de la restricción dispositiva en el Registro de la Propiedad. Si así hubiera sido, si el precepto hubiera querido confiar exclusivamente en la inscripción la protección de la vivienda y, por extensión, del tercero –siguiendo con ello el antiguo criterio de la Dirección General, reproducido en el informe del Consejo General del Poder Judicial y la enmienda presentada durante la tramitación parlamentaria–, habría concluido ahí, sin añadir un régimen adicional de protección basado en la declaración del disponente, de carácter en todo análogo al establecido por el artículo 1320 del Código para la vida normal u ordinaria del matrimonio.

Se trata en ambos casos de un régimen de protección que se desenvuelve sobre la base de la simple declaración del disponente y en beneficio del adquirente de buena fe, al margen por completo de la posible inscripción registral del uso de la vivienda –ahora ya excluida, convertida en la simple constancia de la restricción en las facultades dispositivas del cónyuge titular–. Lo que determina, por tanto, que en ambos casos –del artículo 96 y el 1320– deba exigirse la declaración impuesta por el artículo 91 del Reglamento Hipotecario; en cuya literalidad, por lo demás, encaja perfectamente el acto dispositivo realizado después del divorcio o separación, pues el precepto se refiere, sin distinción, a todo supuesto en que “la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia”; sin que de otra parte, como veíamos, pueda entenderse que la expresión cónyuges utilizada por el precepto reglamentario permita excluir a los excónyuges, pues el propio artículo 96.3 del Código utiliza el primer término para referirse de manera unívoca a los mismos tanto antes como después del divorcio.

IV. Estamos ante un nuevo régimen legal que resulta, en todo caso, mucho más respetuoso con la nueva realidad de la familia y sus distintos modos de organización, especialmente tras la ruptura del matrimonio o la unión de hecho de los progenitores. Las diferentes «formas» de vinculación afectiva de los padres, tanto entre sí como en relación con los hijos, y la extensión de fórmulas de «custodia compartida» sobre los mismos –ya sea formalmente establecida al tiempo de la ruptura, ya sea espontáneamente adoptada por los padres durante la vida de la familia–, hace que la sede física o de vida del grupo familiar, como centro de aquellas nuevas formas de relación, adquiera una relevancia cada vez más intensa; exigiendo a su vez, como demuestra la práctica cotidiana de las situaciones de crisis matrimonial y de la pareja de hecho, un refuerzo adicional de la estabilidad de la vivienda familiar, como centro de relación de los padres entre sí y con los hijos, con la consiguiente necesidad de controles más rigurosos para su modificación o traslado –basados, esencialmente, en el consentimiento de ambos padres–.

Se trata además de controles que se proyectan sobre las nuevas modalidades de atribución del uso de la vivienda familiar adoptadas en la actualidad por las decisiones, convencionales y judiciales, sobre crisis matrimonial en los, cada vez más frecuentes, casos de custodia compartida: desde la novedosa fórmula de la llamada “casa-nido”, en la cual, al haberse atribuido el uso de la vivienda familiar a los hijos de modo permanente y a los cónyuges por periodos alternos, permanecen los primeros en el domicilio familiar, trasladándose los progenitores al mismo en los plazos consecutivos en que les corresponde el ejercicio de la custodia; a la atribución temporal exclusiva de la vivienda familiar de propiedad común a un solo progenitor, hasta que su situación económica le permita acceder a una nueva vivienda adecuada para los hijos, pasando por la atribución temporal exclusiva de la vivienda familiar de titularidad exclusiva de uno de los padres al no propietario, cuando el cónyuge no titular es portador del interés más necesitado de protección o el propietario exclusivo de la vivienda es dueño a su vez de una segunda residencia en el mismo municipio, lo que facilita el ejercicio compartido de la custodia. Fórmulas todas ellas en las que la vivienda familiar, su estabilidad, constituye el

elemento central, debiendo quedar sometida al régimen protector, más flexible y eficiente, contenido en el artículo 1320 del Código.

Y todo ello, además, sin olvidar que el derecho de elección de domicilio y, por extensión, de decisión sobre su cambio o traslado, no es una facultad derivada de la potestad de custodia –correspondiente por tanto al progenitor custodio–, sino que constituye una función inherente a la patria potestad, atribuida de modo inescindible a ambos padres de modo conjunto (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2014 [Roj 3900/2014], 25 de abril de 2016 [Roj 1793/2016] y 18 de enero de 2017 [Roj 166/2017]); pues no se trata de decidir, dice esta última Sentencia, acerca de “la libertad del progenitor custodio a elegir residencia, sino sobre la procedencia o improcedencia de pasar el menor a residir en otro lugar, lo que le puede comportar un cambio radical tanto en su entorno social como parental, con problemas de adaptación”). Lo que determina que el cambio de domicilio familiar deba quedar sujeto siempre a la necesidad del consentimiento de ambos progenitores (cfr. artículo 156 del Código Civil); lo que a su vez exige evitar la creación de situaciones de hecho, consecuencia de actos dispositivos del progenitor titular exclusivo de la vivienda, que fueren la necesidad de un cambio o traslado no consentidos por el otro progenitor.

Y sin olvidar tampoco, la inestabilidad sustancial de la propia idea de vivienda familiar, tras la crisis matrimonial de los padres. Y no solo por la posibilidad –constantemente reclamada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su llamamiento a la reforma del artículo 96 del Código– de atribución puramente temporal del uso de la vivienda familiar a uno de los padres, que en la actualidad el precepto legal admite de forma expresa, y que determina la extinción del derecho al uso de modo automático, sin necesidad –o, incluso, posibilidad racional– de acceso de dicha terminación al Registro. Sucede también en todos aquellos supuestos en que la modificación de las circunstancias de la familia impone el traslado o cambio de domicilio; como ocurre en los supuestos, perfectamente ordinarios, de entrada en el domicilio familiar de un nueva pareja afectiva del progenitor custodio –en exclusiva o de modo compartido–, provocando con ello, cuando la vivienda es de titularidad dominical, exclusiva o compartida, del otro progenitor, la pérdida *ope legis* del carácter familiar de dicha residencia. Una legítima decisión de dicho progenitor –fruto de su incontestable derecho a rehacer su vida, consecuencia a su vez de su libertad iusfundamental al desarrollo de la personalidad (cfr. artículo 10.1 de la Constitución)–, que impone no obstante la necesidad de búsqueda de nuevo domicilio para los hijos de manera perentoria (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 [Roj 3882/2018]). Un cambio forzoso que exigirá el renovado acuerdo de los padres –pues, dice el Tribunal, “la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido” el derecho al uso de la misma de modo sobrevenido–, sin que dicha voluntad común pueda verse impedida o condicionada por la previa decisión dispositiva unilateral del titular exclusivo de la vivienda, al margen del concurso y consentimiento del otro progenitor.

Por todo lo cual, en definitiva, se hace “necesaria para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges”, como dice el precepto reglamentario, “que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter” –o que, en su defecto, concurra el consentimiento del otro progenitor o la autorización judicial–; “sin perjuicio (...) de que”, como afirma la propia Resolución de 29 de octubre de 2020, “pueda justificarse fehacientemente de otro modo que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia”.

En su virtud,

Resuelvo suspender la inscripción solicitada, por la concurrencia de los defectos mencionados, y sin que proceda la extensión de anotación preventiva de suspensión, a pesar del carácter subsanable de todos los defectos indicados, al no haber sido expresamente solicitada. Todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados de acudir

a los Tribunales de Justicia para contender y ventilar entre sí sobre la validez o nulidad de los títulos calificados.

Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días.

La presente nota de calificación podrá (...)

Sin perjuicio de ello, también podrán los interesados acudir (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Antonio Gallardo Piqueras registrador/a de Registro Propiedad de Álora a día veintitrés de febrero del dos mil veintitrés.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Antonio Jesús Láinez Casado de Amezúa, notario de Cártama, interpuso recurso el día 10 de marzo de 2023 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«Hechos (...)

El Sr. registrador, exige a una persona divorciada, que pretende enajenar el pleno dominio de una vivienda que adquirió ya en estado civil de divorciado, y que declara, –fundamentalmente a efectos fiscales–, que es su vivienda habitual familiar, el consentimiento del ¿otro cónyuge?, ¿o la autorización judicial supletoria?.

Fundamentos de Derecho:

Artículos 9 y 33 de la Constitución Española, 68, 96.3 y 1.320 del Código civil, artículo 91 del Reglamento Hipotecario, Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 29 de octubre de 2020 y de 26 de enero de 2022.

El supuesto de hecho es el de una persona divorciada con sentencia firme de divorcio, que con posterioridad al divorcio compra una nueva vivienda. Así consta en el Registro de la Propiedad, sin limitación dispositiva alguna.

Transcurridos los años vende, en el mismo estado civil de divorciado (no declaró haber contraído nuevas nupcias y haberse de nuevo divorciado, en los asientos registrales tampoco consta prueba en contra de lo manifestado).

En esta venta asimismo declara que vende la vivienda que es “su vivienda habitual familiar”, fundamentalmente la declaración la realiza a los efectos fiscales oportunos.

En la calificación registral antes expresada, “se exige el consentimiento del otro cónyuge, en su defecto autorización judicial supletoria”.

En contra de esta interpretación, entiendo que en el supuesto de recaer una sentencia firme de divorcio, con la consiguiente ruptura del vínculo matrimonial, cesa la obligación legal de convivencia conyugal que preceptúa el artículo 68 del Código civil y quedan, –como regla general–, extinguidas las relaciones personales y patrimoniales entre quienes anteriormente fueron cónyuges.

Como medida excepcional, el artículo 96, apartado 3.º del Código civil, que queda enmarcado dentro del Título IV “Del matrimonio” y de su capítulo IX: “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio” permite al órgano jurisdiccional atribuir el uso de la vivienda habitual familiar a quien no es su propietario y establecer que sólo para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual familiar cuyo uso haya sido atribuido a los hijos menores de edad o mayores en situación de discapacidad y al cónyuge en cuya compañía queden, el consentimiento necesario de ambos “cónyuges”, en su defecto la correspondiente autorización judicial de modo supletorio.

Es una medida especial que puede adoptar el órgano jurisdiccional, para una situación de ruptura de las relaciones personales y patrimoniales como consecuencia de un proceso de divorcio, que afecta a un bien determinado y presente en dicho proceso, –la vivienda habitual familiar–; y que, o bien ya era de titularidad de uno de los cónyuges

antes de la celebración del matrimonio, o fue adquirido constante el mismo y en beneficio siempre de los hijos comunes.

Fuera de esta situación especial, una vez extinguida la relación conyugal, cesan todos los efectos personales y patrimoniales del matrimonio y los divorciados deben quedar en libertad para contraer nuevas nupcias y/o establecer nuevas relaciones personales o patrimoniales, sin que deban quedar vinculados en modo alguno a la voluntad de su anterior pareja.

– Mantener la argumentación de que quien adquiriera en el futuro, –ya divorciado–, una nueva vivienda necesitará el consentimiento “retroactivo” de quien ya dejó de ser su cónyuge, (sin que en el Registro de la Propiedad conste disposición judicial alguna, o asiento que así lo determine o exija), es una interpretación contraria a la literalidad del artículo, al contexto en que se encuentra el apartado 3.º, del artículo 96 del vigente Código civil y al espíritu y finalidad de la Ley del divorcio aprobada ya desde el año 1.981.

– Por último, entiendo que toda limitación de las facultades dispositivas sobre el pleno dominio de un inmueble, sean legales o judiciales, son limitación de los derechos individuales consagrados en la Constitución y deben constar de forma expresa para ser públicamente conocidos, en aplicación de los principios de seguridad jurídica y de protección del tráfico jurídico; debiendo ser, además, objeto de una interpretación restrictiva y no ampliable a supuestos de hecho, ni a situaciones distintas a los que se contemplan en la norma y todo ello con el fin de proteger; salvaguardar a los terceros adquirentes de buena fe, que confían en lo que publican los asientos del Registro de la Propiedad.

Es criterio que defiendo, con todo respeto.»

IV

Mediante escrito, el registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9, 10, 24, 40, 66, 69, 70, 87.2, 90, 464, 1320, 1321, 1346, 1406 y 1955 del Código Civil; 1, 3 y 4 del Código de Comercio; 1, 2, 9, 13, 18, 19 bis, 21, 38, 129.2.b) y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 231-9 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; 190 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; 7 y 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; 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, 31 de marzo de 2000, 16 y 17 de septiembre y 15 y 19 de octubre de 2004, 20 de abril y 17 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 y 11 de enero, 13 de junio y 9 de octubre de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 6 de marzo, 16 de junio y 29 de octubre de 2020, 26 y 31 de enero de 2022 y 2 de marzo de 2023.

1. Por la escritura cuya calificación es objeto de impugnación una persona divorciada vende determinada vivienda que le pertenece por haberla adquirido ya divorciado, y afirma que es su vivienda familiar.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, debe constar «el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial supletoria», por aplicación de lo establecido en los artículos 96, apartado 3, y 1320 del Código Civil y 91 del Reglamento Hipotecario.

2. La cuestión planteada debe resolverse con el mismo criterio que, para un supuesto de transmisión de una vivienda por un divorciado, siguió este Centro Directivo en Resolución de 29 de octubre de 2020.

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 1320 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»; y añade 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 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 rijan 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 afirmó 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 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 la de 6 de marzo de 2015, recogió esta tesis en los siguientes términos: «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 (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 sostiene el recurrente, las normas antes citadas (artículos 1320 del Código Civil y 91 del Reglamento Hipotecario) no son aplicables respecto de actos dispositivos realizados por persona divorciada.

Como afirmó este Centro Directivo en Resolución de 17 de mayo de 2005, con criterio mantenido en otras, «cuando el transmitente está separado legal o judicialmente (al igual que ocurriría si fuera soltero, viudo o divorciado) no puede recabarse del mismo manifestación alguna a los efectos previstos en el artículo 1.320 del Código Civil (cfr. Resolución de 6 de marzo de 2004)».

Debe advertirse que tampoco se exige tal manifestación para todo acto de disposición realizado por una persona divorciada en previsión de que sobre la vivienda sobre la misma se haya constituido a favor del excónyuge el derecho de uso que contempla el artículo 96 del Código Civil. Así, no cabe olvidar: a) que este derecho de uso ex artículo 96 de dicho Código es inscribible en el Registro de la Propiedad (cfr. artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario; b) que dicho derecho deberá estar debidamente inscrito para que perjudique a terceros (cfr. artículo 13 de la Ley Hipotecaria), y c) que se presume legalmente que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en los términos del asiento respectivo (cfr. artículo 38 de la Ley Hipotecaria). Por ello, debe concluirse que el registrador –que conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria deberá atenerse en su calificación a lo que resulte del documento presentado y de los libros a su cargo–, sólo puede exigir aquel consentimiento o autorización judicial cuando ese derecho de uso de la vivienda de que se va a disponer constare en aquéllos, pues, en otro caso, habrá de estar al pronunciamiento registral de un dominio pleno y libre a favor del excónyuge disponente (cfr. Resolución de 31 de marzo de 2000).

A mayor abundamiento, en el presente caso se trata de una vivienda que ya había adquirido el ahora transmitente en estado de divorciado.

Por último, y frente al criterio expresado por el registrador, debe entenderse que las anteriores conclusiones no quedan empañadas por la modificación que en la redacción del artículo 96, apartado 3, del Código Civil se ha introducido por el artículo segundo, apartado once, de la Ley 8/2021, de 2 de junio. En esta disposición legal se ha añadido que «esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe». Y en el presente caso no consta en el Registro de la Propiedad ni en el documento calificado que se haya atribuido a otra persona dicho uso de esa vivienda concreta.

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, 5 de junio de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.