

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**7342** *Resolución de 6 de marzo de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Santa Cruz de Tenerife n.º 3 a inscribir una escritura de donación.*

En el recurso interpuesto por don Francisco Javier Martínez del Moral, notario de Santa Cruz de Tenerife, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife número 3, doña Florinda Lorenzo Bonillo, a inscribir una escritura de donación.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura pública otorgada el día 14 de octubre de 2019 ante el notario de Santa Cruz de Tenerife, don Francisco Javier Martínez del Moral, con el número 2.321 de protocolo, don J. R. E. P., casado en régimen de separación de bienes con doña P. M. R., donó a sus padres determinada vivienda que le pertenecía con carácter privativo. En dicha escritura se expresaba que «la finca descrita no se destinaba a domicilio habitual».

##### II

Presentada el día 16 de octubre de 2019 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación que, a continuación, se transcribe en lo pertinente:

«(...) Nota de calificación.

El Registrador que suscribe, previo examen y calificación del documento que se relaciona en los Hechos, de conformidad con los artículos 18 y 19.bis de la Ley Hipotecaria, ha dictado la siguiente resolución:

Hechos y fundamentos de Derecho:

Primero: (...)

Segundo: (...)

Primero [sic]: En el precedente documento comparece don J. R. E. P., como parte donante, manifestando que la finca que se transmite no se destinaba a domicilio habitual.

Sin embargo, siendo la finca que se transmite una vivienda, será necesario que el donante manifieste que la finca no tiene el carácter de domicilio familiar o que su expresada esposa comparezca consintiendo su transmisión. Artículos 1320 del Código Civil y 91.1 del Reglamento Hipotecario.

Parte dispositiva.

Por todo lo cual, Florinda Lorenzo Bonillo, Registradora titular del Registro de la Propiedad número Tres de Santa Cruz de Tenerife, acuerda:

Primero.–Calificar y suspender la práctica de la inscripción del título indicado por observar el defecto indicado (...)

Contra esta calificación podrá (...)

Santa Cruz de Tenerife, a diecinueve de noviembre del año dos mil diecinueve. La Registradora Florinda Lorenzo Bonillo».

## III

El notario autorizante de la escritura, don Francisco Javier Martínez del Moral, solicitó calificación conforme al cuadro de sustituciones, correspondiéndole a la registradora de la Propiedad de Arona, doña Cristina Colorado Casado de Amezúa, quien, el día 26 de noviembre de 2019 confirmó íntegramente la calificación de la registradora sustituida.

## IV

Contra la nota de calificación sustituida, don Francisco Javier Martínez del Moral, notario de Santa Cruz de Tenerife, interpuso recurso el día 27 de diciembre de 2019 mediante escrito con los fundamentos jurídicos que, a continuación, se transcriben respecto de lo que interesa al objeto de este recurso:

«-I-

De los defectos formales de la calificación.

Único.-Motivación insuficiente.

La calificación registral –tanto la originaria como la emitida por la registradora sustituta– carece de toda motivación, por lo que resulta imposible saber las razones que se invocan para denegar el derecho a la inscripción del título y, en consecuencia, para cuestionar las hipotéticas razones o motivos de esa negativa.

La ausencia del discurso lógico que justifique la decisión de las funcionarias calificadoras convierte el procedimiento administrativo registral en arbitrario.

La doctrina más autorizada entiende que motivar un acto obliga a fijar los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica.

El examen de si ese discurso justificativo es o no suficiente habrá de hacerse en cada caso concreto considerando si explicita la razón del proceso lógico y jurídico que determinó la decisión administrativa (Sentencia del tribunal Supremo de 22 de junio de 1.995), pero siempre será exigible “la suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses” (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1.998) En particular, la expresión abstracta de un defecto sin justificar en qué medida su aplicación conduce al resultado pretendido, es insuficiente y supone consagrar la más absoluta indefensión del administrado, que no sabría a ciencia cierta qué motivos le han impedido el ejercicio de sus derechos (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1.996 y de 13 de junio de 1.997).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1.998, con cita de una previa del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1.981, declara literalmente que:

“...no es un simple requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, cuando se exige, porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto... y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones... que correspondan...”.

En otras palabras, constituye una garantía del derecho a la defensa del interesado – en el presente caso del notario recurrente– de la tutela efectiva de sus derechos e intereses, pues le facilita los datos fácticos y jurídicos necesarios para que pueda decidir si considera o no conforme a derecho el acto administrativo y, en este sentido, si va a proceder o no a su impugnación. El déficit de motivación redunda, en definitiva, en

indefensión del administrado. En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 1.992 dice que:

“...es claro que el interesado o parte ha de conocer las razones decisivas, el fundamento de las decisiones que le afecten, en tanto que instrumentos necesarios para su posible impugnación y utilización en los recursos”.

Obsérvese que habrá indefensión en la vía administrativa si al que pretende recurrir u optar por la designación de registrador sustituto se le priva de elementos de contradicción esenciales, por más que recurra y hasta pueda ganar el recurso. El carácter contradictorio del procedimiento registral fue perfilado con meridiana claridad por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2.000 (Sala III).

Estas [sic] doctrina ha sido concretada específicamente al procedimiento registral, entre otras, por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 23 de enero 8 de febrero, 3 de marzo y 17. de noviembre de 2003, 14, 15, 17, 20, 21 y 22 de septiembre, 14, 15, 18, 19, 20, 21 y 22 de octubre, 10 de enero y 21 de mayo de 2005.

Por su elocuencia se transcribe en lo pertinente el F.3 2 de la Resolución de 23 de enero de 2003:

“...Cuando la calificación del registrador sea desfavorable lo más adecuado a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente es que, al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también la íntegra motivación de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer los fundamentos jurídicos en los que basa dicha calificación... Es indudable que de este modo, serán efectivas las garantías del interesado recurrente...”

Por ello se invoca, en primer lugar, la insuficiente motivación de la calificación como defecto general del procedimiento

–II–

Sobre el fondo del asunto.

La calificación que se recurre reza como sigue: “En el precedente documento comparece don... como parte donante, manifestando que la finca que se transmite No se destinaba a domicilio habitual. Sin embargo, siendo la finca que se transmite una vivienda, será necesario que el donante manifieste que la finca no tiene el carácter de domicilio familiar o que su expresada esposa comparezca consintiendo su transmisión. Artículos 1320 del Código Civil y 91.1 del Reglamento Hipotecario.”

El artículo 1320 del Código Civil establece que para disponer sobre los derechos sobre la vivienda habitual... será necesario el consentimiento de ambos cónyuges.

Y el artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario establece que “Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesaria para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene tal carácter”.

Es sabido que la calificación registral debe aplicar los preceptos del Código Civil referentes a la interpretación de los contratos.

Es más, con carácter general, la STS (Sala 3.ª) de 23 de mayo de 2003 nos recuerda que las posibles dudas que pudieran existir sobre la redacción del título deben resolverse a favor de la eficacia registral del mismo.

En el mismo sentido, la RDGRN 27 de noviembre de 2006 nos indica que “una vez otorgado el documento, gozando de las presunciones de exactitud y legalidad que se derivan de la autorización notarial (cfr. artículo 17 bis de la Ley del Notariado), debe ser interpretado teniendo en cuenta todas las reglas hermenéuticas legalmente previstas, no sólo la simple y pura literalidad (artículo 1281.1.0 del Código Civil), sino también la

intención evidente de los contratantes reflejada en el negocio documentado (artículo 1281.2 del Código Civil), la valoración global de sus cláusulas (cfr. artículo 1285 del Código Civil) y su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzca efecto (cfr. artículo 1284 del Código Civil).”

En nuestro caso, la regla hermenéutica de la literalidad es suficiente, puesto que la escritura utiliza la expresión «domicilio habitual» que es idéntica a la utilizada por el legislador en los preceptos invocados por la registradora, término claro que no deja duda sobre la intención del disponente (artículo 1281 del Código Civil).

A fortiori, si el donante manifiesta que la vivienda que se transmite no se destinaba a domicilio habitual, tal manifestación no tiene otra explicación que dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1320 del Código Civil, tanto a efectos de protección y estabilidad de la vivienda elegida y acordada por los cónyuges para destinarla a tal fin, como – eventualmente y desde una perspectiva fiscal- para facilitar el correcto devengo del posible incremento patrimonial en el IRPF. Y es que tal expresión o tiene ese sentido y finalidad o no tiene ninguna otra explicación razonable en el contexto documental (artículos 1283, 1284 y 1286 del Código Civil).

Por último, de conformidad con el artículo 1285 del Código Civil, siendo un deber del matrimonio la convivencia conjunta de los cónyuges (artículo 68 del Código Civil) y pese a que es tan posible como excepcional que los cónyuges fijen más de un domicilio habitual, el hecho de que en la comparecencia el donante declare un domicilio distinto al de la vivienda que se transmite constituye un indicio adicional que nos guía sobre el sentido y alcance de la expresión cuestionada.

Procede, en consecuencia revocar las calificaciones registrales originaria y sustitutiva.

–III–

Posible carácter instrumental (...)».

V

Mediante escrito, de fecha 2 de enero de 2020, la registradora de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife número 3, doña Florinda Lorenzo Bonillo emitió informe y elevó el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9, 10, 24, 40, 66, 69, 70, 87.2, 90, 464, 663, 756, 822, 1281 a 1289, 1320, 1321, 1346, 1406 y 1955 del Código Civil; 1, 3 y 4 del Código de Comercio; 9, 18, 19 bis, 21, 129.2.b) y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 231-9 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; 91 del Reglamento Hipotecario; 148 del Reglamento Notarial; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994, 10 de marzo de 1998, 8 de octubre de 2010, 6 de marzo de 2015, 3 de mayo de 2016 y 27 de noviembre de 2017, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de noviembre de 1987, 16 de junio de 1993, 27 de junio de 1994, 7 de julio y 2 de octubre de 1998, 4 de marzo de 1999, 22 de marzo de 2001, 16 y 17 de septiembre y 15 y 19 de octubre de 2004, 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo, 1 y 20 de abril, 23 de mayo, 16 de septiembre y 13 de octubre 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, 14 de abril, 8 de mayo, 28 de septiembre y 3 y 13 de diciembre de 2010, 5 y 26 de enero, 7 de julio y 21 de septiembre de 2011, 28 de febrero, 22 de mayo y 20 de julio de 2012, 9 de julio, 8 de octubre y 12, 16, 17, y 20 de diciembre de 2013, 19 de marzo y 10 de junio de 2014, 2 de

febrero de 2015, 12 de febrero de 2016, 26 de abril, 19 de junio y 12 y 19 de diciembre de 2017, 13 y 20 de junio, 3 y 9 de octubre y 21 de noviembre de 2018, 17 de enero, 1 de marzo, 4 de noviembre y 19 de diciembre de 2019 y 7 de enero de 2020.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto de impugnación un cónyuge, casado en separación de bienes, dona a sus padres una vivienda de su exclusiva propiedad privativa, expresando que dicha finca «no se destinaba a domicilio habitual».

La registradora suspende la inscripción solicitada porque, su juicio, es necesario que el donante manifieste que la finca no tiene el carácter de domicilio familiar o que su esposa consienta, conforme a los artículos 1320 del Código Civil y 91.1 del Reglamento Hipotecario.

2. Como cuestión previa debe analizarse el reproche formulado por el recurrente al afirmar en su escrito de impugnación que la calificación registral impugnada carece de toda motivación.

Es cierto que, según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 14 de abril de 2010, 26 de enero de 2011, 20 de julio de 2012, 12 de febrero de 2016, 26 de abril y 19 de junio de 2017, 21 de noviembre de 2018, 1 de marzo y 19 de diciembre de 2019 y 7 de enero de 2020, entre otras muchas). Es indudable que, de este modo, serán efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial los argumentos en que el registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada podrá alegar los fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de los hechos y razonamientos aducidos por el registrador que pudieran ser relevantes para la Resolución del recurso. También ha mantenido esa Dirección General (vid. la Resolución de 25 de octubre de 2007, cuya doctrina confirman las más recientes de 28 de febrero y de 20 de julio de 2012) que no basta con la mera cita rutinaria de un precepto legal (o de Resoluciones del Centro Directivo), sino que es preciso justificar la razón por la que el precepto de que se trate es de aplicación y la interpretación que del mismo ha de efectuarse (y lo mismo debe entenderse respecto de las citadas Resoluciones), ya que sólo de ese modo se podrá combatir la calificación dictada para el supuesto de que no se considere adecuada la misma.

No obstante, conviene tener en cuenta que es también doctrina del indicado Centro Directivo (Resoluciones de 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo, 1 de abril y 13 de octubre de 2005, 8 de mayo y 3 de diciembre de 2010, 28 de febrero, 22 de mayo y 20 de julio de 2012, 9 de julio, 8 de octubre y 12, 16, 17, y 20 de diciembre de 2013, 19 de marzo y 10 de junio de 2014, 2 de febrero de 2015 y 12 de diciembre de 2017, entre otras) que aun cuando la argumentación en que se fundamente la calificación haya sido expresada de modo escueto, cabe la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, según el contenido del escrito de interposición del recurso.

En el presente caso, aun cuando en la nota de calificación aparecen expresadas escuetamente las razones que, a juicio de la registradora, justificarían la negativa a la inscripción, la cuestión planteada en aquella ha podido ser objeto de alegaciones suficientes por el recurrente para su defensa, y por ello procede entrar en el fondo del asunto. Por lo demás, al no ser materia propia del recurso contra la calificación registral negativa (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), no es procedente analizar las alegaciones que incluye el recurrente en su escrito de impugnación sobre el plazo para realizar la calificación registral.

3. En relación con la petición que realiza el recurrente en el escrito de recurso para que se tome anotación preventiva por defecto subsanable, ha de recordarse que, según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el fundamento de esta anotación preventiva radica en la necesidad racional de ampliar el plazo de vigencia del asiento de presentación de un título calificado con defectos subsanables, pues la duración de tal asiento puede ser insuficiente para la subsanación que se pretende. Esta anotación tiene una doble cara, pues, si desde un punto de vista tiene el juego del asiento de presentación, desde otro, es como un adelanto del asiento definitivo para el caso de que se subsanen los defectos. Por lo que se refiere a los efectos de tal anotación, son los mismos del asiento de presentación, y también los mismos del asiento que preparan.

Por todo ello, si el fundamento de esta anotación es el de dar mayor plazo para subsanar defectos, no se entiende qué función puede realizar si el plazo ya está suspendido por la interposición del recurso (vid. artículos 66 y 323 de la Ley Hipotecaria). Consecuentemente, no procede practicar anotación por defecto subsanable cuando se halla pendiente de resolución un recurso interpuesto contra la calificación, puesto que, dado el régimen específico de prórroga del asiento de presentación derivado de la interposición del recurso, carece de sentido dicha anotación, sin perjuicio de que una vez finalizado éste pueda el interesado subsanar el defecto o bien solicitar –ahora sí– la anotación preventiva por defecto subsanable (vid. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de septiembre de 2005, 21 de septiembre de 2011, 20 de junio y 3 de octubre de 2018 y 17 de enero y 4 de noviembre de 2019).

4. Respecto de la cuestión de fondo planteada en este recurso, debe determinarse si, a los efectos de lo establecido en los artículos 1320 del Código Civil y 91.1 del Reglamento Hipotecario, en caso concreto analizado es suficiente la expresión por el donante de que la finca descrita «no se destinaba a domicilio habitual» o debe manifestarse expresamente que no tiene carácter de domicilio o vivienda habitual de la familia.

5. 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).

6. 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.

7. 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.

8. 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 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 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».

9. 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.

10. Ciertamente, en el caso concreto de este recurso, si se tiene en cuenta que – aparte los artículos 1320 del Código Civil y 91.1 del Reglamento Hipotecario– no hay norma alguna que imponga manifestación sobre el carácter habitual de la vivienda objeto de donación (a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, en caso de constitución de hipoteca –cfr. artículos 21.3 y 129.2.b) de la Ley Hipotecaria), pudiera entenderse que con la expresión de que la vivienda que dona «no se destinaba a domicilio habitual», sin añadir expresamente que no es domicilio familiar, el donante no hace sino dar cumplimiento a aquellas normas y los donatarios no pueden interpretar razonablemente otra cosa (abstracción hecha de la circunstancia de la relación paterno-filial entre donante y donatarios, de la que pudiera presumirse verosímilmente un conocimiento de la situación familiar del donante y el carácter de vivienda familiar o no familiar de la finca objeto de donación). Pero, habida cuenta de que puede no coincidir domicilio habitual del disponente con el domicilio o vivienda habitual de la familia (cfr. Resolución de 9 de octubre de 2018), debe atenderse a la finalidad de tales normas protectoras de la vivienda habitual familiar, de modo que el cumplimiento de las mismas quede asegurado inequívocamente. La precisión técnica que debe siempre exigirse a todo documento notarial (cfr. artículo 148 del Reglamento Notarial), habida cuenta de sus efectos, y especialmente la trascendencia que la ley atribuye hoy a la manifestación sobre el carácter de vivienda habitual de la familia en los actos dispositivos sobre la misma, debe exigirse mayor rigor en su constancia en el instrumento público. Por ello, con expresiones genéricas, imprecisas o ambiguas como la ahora cuestionada no puede entenderse que en la escritura se hayan cumplido adecuadamente con las exigencias legales y reglamentarias referidas.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar 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, 6 de marzo de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.