

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

4576 *Resolución de 30 de enero de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de La Rinconada a inscribir una escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por don Antonio García Morales, notario de Alcalá del Río, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de La Rinconada, doña María Antonia Angulo Fernández, a inscribir una escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 24 de agosto de 2023 ante la notaria de Cantillana, doña Celia Praena Montilla, como sustituta del notario de Alcalá del Río, don Antonio García Morales con el número 2.074 del protocolo de este último, se formalizó la novación de un préstamo con garantía de hipoteca constituida sobre una finca propiedad privativa del prestatario, don F. R. R., casado. La finca había sido adquirida en estado de soltero.

El préstamo se había formalizado en escritura otorgada el día 20 de junio de 2013, por 100.000 euros, y fue objeto novación modificativa en otra escritura otorgada el día 24 de marzo de 2017, con ampliación del principal del préstamo en 44.000 euros, de modo que, después de dicha ampliación, la finca quedó respondiendo de 100.000 euros por capital, 12.000 euros por intereses ordinarios, 28.000 euros por intereses de demora, 17.000 euros por costas procesales y 3.000 euros por tributos, gastos de comunidad y primas de seguro.

En la escritura ahora calificada, las partes acordaban modificar, sin efecto retroactivo, solo el tipo de interés ordinario, los intereses de demora, así como las causas de vencimiento anticipado del préstamo y, expresamente, se hacía constar que no existía ampliación de la responsabilidad hipotecaria y que no se modificaba el valor de la finca hipotecada a efectos de subasta.

Y al final de la escritura, constaba lo siguiente: «Cuarta. Los pactos y estipulaciones hasta ahora vigentes de la(s) escritura(s) citada(s) en la parte expositiva, que no sean modificados por la presente, permanecerán inalterados y serán de íntegra aplicación (...)».

II

Presentada copia autorizada de la escritura en el Registro de la Propiedad de La Rinconada, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Nota de calificación

– Documento:

Escritura otorgada en Alcalá del Río, el 24 de agosto de 2023 ante el Notario Antonio García Morales, protocolo 2074/2023.

– Datos de presentación en el Registro: Asiento 1405, del 89. Presentado telemáticamente el veinticuatro de agosto del año dos mil veintitrés, aportada por la misma vía carta de pago el dieciocho de septiembre de dos mil veintitrés.

– Presentante: Gestores Administrativos Reunidos, SA.

Calificación

La Registradora que suscribe previo examen del documento presentado y de los asientos del Registro, practica calificación negativa, conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su reglamento, en base a los siguientes:

Hechos y fundamentos de Derecho

Se requiere el consentimiento de doña B. C. S. P., la esposa de don F. R. R., para la modificación de la hipoteca objeto de dicha escritura, ya que de la inscripción 8.^a de ampliación de la referida hipoteca resulta que la finca constituye su vivienda habitual. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1320 del Código Civil y 91, 92, 93, 94, 95 del Reglamento hipotecario, y demás preceptos concordantes.

Carácter del Defecto: Subsancable.

Vistos los documentos presentados, los asientos del Registro y las disposiciones citadas, acuerdo:

Primero: Practicar la calificación del título presentado, suspendiendo la anotación ordenada, en tanto en cuanto, en su caso, no se rectifiquen o subsanen los defectos advertidos.

Segundo: Notificar la presente calificación negativa, conforme señala los artículos 322 de la Ley Hipotecaria y 40 y 42 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común y de las Administraciones Públicas, en el plazo de diez días hábiles desde su fecha, al presentante, y al Juzgado autorizante del título o a la Autoridad que lo ha expedido.

Tercero: Prorrogar la vigencia del asiento de presentación durante sesenta días desde la fecha de la última de las notificaciones citadas –artículo 323 de la Ley Hipotecaria–.

Cuarto: No se harán constar, de conformidad con el artículo 19 bis y concordantes de la Ley Hipotecaria, las cláusulas de vencimiento anticipado que por tener carácter personal carecen de trascendencia real o que por genéricas e inespecíficas son contrarias al principio de especialidad o se oponen a normas imperativas, según reiterada doctrina jurisprudencial de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Igualmente no se harán constar el resto de cláusulas y contenido del documento de carácter puramente informativo y carente por ello de trascendencia jurídico-real (artículos 2 y 98 de la Ley Hipotecaria, RDGRN 1 de octubre de 2010).

Se advierte al interesado, presentante o Autoridad, en caso de suspensión del asiento, su derecho de solicitar anotación preventiva por defectos subsancables, conforme señalan los artículos 42.9, 66 y 323 de la Ley Hipotecaria, durante la vigencia del asiento de presentación y su prórroga.

La presente calificación podrá (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por María Antonia Angulo Fernández registrador/a de Registro Propiedad de La Rinconada a día veinticuatro de octubre del dos mil veintitrés.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Antonio García Morales, notario de Alcalá del Río, interpuso recurso el día 9 de noviembre de 2023 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«Fundamentos de Derecho

Primero. (...).

Segundo. Naturaleza de la novación.

Partiendo del concepto clásico de novación como extinción de una obligación mediante la creación de otra nueva destinada a reemplazarla, se abre paso, en la doctrina y jurisprudencia la novación modificativa que opera simplemente la modificación de la obligación manteniendo el vínculo obligatorio. Distinción clásica que conlleva como consecuencia, en materia de capacidad de las partes, exigir para la novación propia capacidad para disponer y para la novación modificativa, exigir solo la capacidad adecuada a los actos de administración.

Sobre la base de estos conceptos surge la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios que tiene como finalidad facilitar la renegociación de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios trasladando a los prestatarios la bajada y mejora de los tipos de interés bien con la misma entidad prestamista (novación) bien con otra entidad prestamista distinta (subrogación).

La novación de un préstamo hipotecario en sentido estricto, esto es, la modificación de las condiciones del préstamo que además no lleva aparejada aumento del capital prestado, como ocurre en este supuesto, no supone un nuevo gravamen sobre la finca hipotecada. El gravamen, la hipoteca, surge en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, en este caso, escritura con fecha 20 de junio de 2013. En la escritura ahora calificada no se constituye un nuevo gravamen, solo se modifica el tipo de interés, así, el acto realizado no es un acto de disposición es un acto de administración, y de administración ordinaria que tiene por finalidad la lógica consecución de los fines establecidos por la Ley 2/1994, reseñados que deben ser facilitados.

Por ello, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 15 diciembre de 2021 señala que: "Respecto del cumplimiento de los referidos artículos 21.3 y 129.2 de la Ley Hipotecaria en la constitución de hipoteca sobre una vivienda, lo que debe decidirse para resolver el presente recurso es si, no tratándose de una escritura de constitución de hipoteca sino de una escritura novatoria debe expresarse si la finca hipotecada constituye o no la vivienda habitual.

La respuesta ha de ser negativa, conforme al criterio mantenido por este Centro Directivo respecto del cumplimiento de otros requisitos o expresión de condiciones en la inicial escritura de constitución de hipoteca (cfr., por todas, las Resoluciones de 9 de diciembre de 2013, y 24 de febrero de 2014), por cuanto, al tratarse de requisitos exigidos únicamente para la escritura de constitución de la hipoteca, no puede extenderse la misma exigencia a la posterior novación del préstamo hipotecario, ni se exige tampoco su actualización en ningún caso, a menos que afectara específicamente al requisito de que se trate (vid. Resolución de 28 de octubre de 2021)".

Por tanto, si no debe exigirse tal manifestación es innecesaria la comparecencia del cónyuge del prestatario.

Además, y al igual que en el supuesto de la resolución reseñada, en la escritura de novación, cláusula segunda, se expresa que las partes acuerdan modificar, sin efecto retroactivo, el contenido de los pactos establecidos en la escritura de préstamo o sus posibles escrituras de novación, en aquello que se diferencie de los términos y condiciones que allí se regulen, esto es, modificación solo de las cláusulas afectadas por la escritura de novación, y en este supuesto, tipo de interés ordinario, intereses de demora y vencimiento anticipado del préstamo y expresamente se hace constar que no

existe ampliación de la responsabilidad hipotecaria (cláusula 1.3) y que no se modifica el valor a efectos de subasta (cláusula 1.8).

Tercero. Novación y ampliación.

Según resulta de la nota de calificación, el carácter de vivienda habitual resulta de la inscripción octava de dicha finca, asiento originado por una escritura de novación y ampliación anterior otorgada ante mí, con fecha 24 de marzo de 2017, con el número 576 de mi protocolo, no del texto de la escritura ahora calificada ni, de la nota simple de información continuada incorporada. En dicha escritura de 2017 compareció el citado Don F. R. R., casado en régimen de separación de bienes, en su propio nombre y derecho y en nombre de su esposa por poder especial y manifiesta que la vivienda hipotecada es vivienda habitual para ampliar y novar el préstamo que solicitó en estado de soltero.

Es indudable que se trata de dos supuestos diferentes que si bien comparten la novación o modificación del préstamo, en uno existe ampliación del préstamo hipotecario y en el ahora examinado, no existe tal ampliación.

Aun admitiendo el discutible carácter meramente modificativo de la novación con ampliación de hipoteca (Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha de 12 de mayo de 2011) es indudable que frente a terceros –situación concursal o la aparición de otro acreedor con título fehaciente de fecha intermedia, etc.– habrá de entenderse que existen dos obligaciones y en relación con el derecho real de hipoteca, sus efectos son los mismos que si hubiera dos hipotecas, cada una con su rango, no una sola con dos responsabilidades distintas.

A esta misma idea responde la exigencia del artículo 4-3 de la Ley 2/1994, exigiendo la aceptación de los titulares de derechos de rango posterior cuando la novación implique incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o ampliación del plazo [apartados 2.i) y ii) del citado artículo] y no en el supuesto de novación de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente [apartado 2.iii) del citado artículo].

Por esa razón, en dicha ampliación, ya casado en régimen de separación de bienes el titular registral, intervino su cónyuge. No son coincidentes esas circunstancias con la escritura objeto del recurso.

Cuarto. Protección de la vivienda habitual.

Del contenido de la nota de calificación debe deducirse como defecto que impide la inscripción, la protección de la vivienda habitual familiar.

Es consciente el notario recurrente de las últimas reformas legislativas que tienen por finalidad la protección de la vivienda habitual y que ha sido abordada con reiteración por parte de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, antes Dirección General de los Registros y del Notariado, por todas, Resolución de 24 de mayo de 2022, en la que se destaca tanto las limitaciones impuestas por la Ley 1/2013, en la Ley Hipotecaria y en la Ley de Enjuiciamiento Civil "como las normas que establecen una singular protección de la vivienda familiar en situación de normalidad matrimonial, como son las establecidas en los artículos 1320 del código civil y 91 del reglamento Hipotecario".

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: "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.

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.

La cuestión, a juicio del notario recurrente, no se centra en el carácter o no de vivienda habitual que podría serlo o no, y podría serlo o no con la persona que indica la registradora en la nota de calificación, dado el tiempo transcurrido desde la escritura de aumento de préstamo, sino en la naturaleza del negocio jurídico realizado en la escritura ahora calificada. En esta escritura hay, no un acto de disposición que suponga un riesgo de privación del uso al cónyuge y su familia, sino un acto de administración, de administración ordinaria que, en todo caso, beneficiaria al grupo familiar con el que el propietario tiene intereses convergentes y no opuestos, acto hecho por el propietario de la vivienda que al tiempo de la adquisición y de la constitución del préstamo hipotecario estaba soltero, tal como consta en la nota simple de información continuada unida a la matriz, y las limitaciones a su derecho deben ser objeto de interpretación estricta.

Este mismo argumento del carácter no dispositivo de una novación en la que no se amplía el capital prestado es aplicable a la interpretación del artículo 91 del Reglamento Hipotecario que habla de consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia y de inscripción de actos dispositivos.

Los demás artículos mencionados por la registradora en su nota de calificación, esto es, 92, 93, 94 y 95 del Reglamento Hipotecario no creemos tenga relación directa con el supuesto planteado pues partimos de una titularidad ya fijada en el registro de la propiedad con los efectos del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

5.º Conclusión.

Las razones que abonan este recurso y que a nuestro juicio, determinan que la escritura calificada sea inscribible son, en definitiva, las siguientes: La novación modificativa del préstamo hipotecario sin incremento del mismo, no supone un acto dispositivo sino un acto de administración beneficioso para el grupo familiar y, por tanto, aunque afecte a la vivienda habitual familiar, a realizar [sic] solo por el cónyuge propietario del inmueble.

Además la solución contraria conllevaría la modificación del acta de información precontractual otorgada exclusivamente por el prestatario ante la notaria sustituta, con fecha 22 de agosto de 2023, con el número 2061 de mi protocolo.

Por cuanto antecede, solicito se tenga por recurrida la nota a la que el presente recurso se contrae y, con revocación de las mismas, se ordene la inscripción de la escritura autorizada en Alcalá del Río, el día 24 de agosto de 2023, número 2074 de mi protocolo.»

IV

La registradora de la Propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de fecha 17 de noviembre de 2023.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1320 y 1346 del Código Civil; 21, 114, 129 y 129 bis 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; 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; 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, 5 de enero y 12 de mayo de 2011, 9 de diciembre de 2013, 24 de febrero de 2014, 19 de diciembre de 2017 y 9 de octubre de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de octubre y 15 diciembre de 2021 y 26 de septiembre y 22 de noviembre de 2022.

1. Mediante la escritura que es objeto de la calificación impugnada, otorgada el día 24 de agosto de 2023, se formalizó la novación de un préstamo con garantía de hipoteca constituida sobre una finca propiedad privativa del prestatario, casado, que había adquirido en estado de soltero.

El préstamo se había formalizado en escritura otorgada el día 20 de junio de 2013, por 100.000 euros; y fue objeto novación modificativa en otra escritura otorgada el día 24 de marzo de 2017, con ampliación del principal del préstamo en 44.000 euros, de modo que, después de dicha ampliación, la finca quedó respondiendo de 100.000 euros por capital, 12.000 euros por intereses ordinarios, 28.000 euros por intereses de demora, 17.000 euros por costas procesales y 3.000 euros por tributos, gastos de comunidad y primas de seguro.

En la citada escritura cuya inscripción se pretende las partes acuerdan modificar, sin efecto retroactivo, solo el tipo de interés ordinario, los intereses de demora, así como las causas de vencimiento anticipado del préstamo y expresamente se hace constar que no existe ampliación de la responsabilidad hipotecaria y que no se modifica el valor de la finca hipotecada a efectos de subasta. Y al final consta lo siguiente: «Cuarta.–Los pactos y estipulaciones hasta ahora vigentes de la(s) escritura(s) citada(s) en la parte expositiva, que no sean modificados por la presente, permanecerán inalterados y serán de íntegra aplicación (...)».

La registradora de la Propiedad suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, es necesario el consentimiento de la esposa del prestatario para la modificación de la hipoteca objeto de dicha escritura, ya que de la inscripción 8.^a de ampliación de dicha hipoteca resulta que la finca constituye su vivienda habitual. Y cita los artículos 1320 del Código Civil y 91, 92, 93, 94, 95 del Reglamento Hipotecario.

El notario recurrente alega, en síntesis, que la novación modificativa del préstamo hipotecario sin incremento del capital del mismo, no supone un acto dispositivo sino un acto de administración beneficioso para el grupo familiar y, por tanto, aunque afecte a la vivienda habitual familiar, no supone un nuevo gravamen sobre la finca hipotecada y la puede realizar solo el cónyuge propietario del inmueble.

2. Una vez fijada y establecida la vivienda familiar habitual, está protegida especialmente por la ley.

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, establece 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).

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». El texto es reiterado en términos casi idénticos en el artículo 129, apartado 2.b), de la Ley Hipotecaria.

3. La técnica de tutela prevista en el mencionado precepto del Código Civil se articula a través de esa exigencia del consentimiento de ambos cónyuges: tanto de aquel que ostenta la titularidad sobre la vivienda o la titularidad del derecho sobre ella como del otro cónyuge. A través de esta técnica, el precepto prohíbe el ejercicio de todo derecho que suponga atentar, bajo cualquier forma, contra el goce pacífico del inmueble en que los cónyuges han fijado el alojamiento familiar. La función normativa se encuentra en la necesidad de asegurar al otro cónyuge y, a través de él, a la familia el espacio propio de convivencia frente a aquellos actos de disposición unilaterales que pudiera llevar a cabo el cónyuge propietario de la vivienda o titular de un derecho sobre ella, al que se impide cualquier actuación que pueda privar al consorte del uso compartido de este bien.

El consentimiento requerido para el acto de disposición es exclusivamente el del cónyuge del titular de esa vivienda o del derecho sobre ella y no el de los hijos. La oposición de los hijos que convivan con sus progenitores y con los demás hermanos en esa vivienda, incluso aunque sean mayores de edad, es irrelevante por completo. La ley no requiere la participación de los hijos en la prestación del consentimiento, viva ya el otro cónyuge o haya ya fallecido.

Es indiferente cuál de los dos cónyuges sea el propietario o el titular del derecho sobre la vivienda (así lo consideró la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994). Es indiferente la fecha en que la hubiera adquirido la vivienda o el derecho sobre ella: al lado de supuestos en los que el carácter privativo del bien es consecuencia de haberlo adquirido el cónyuge antes del matrimonio (artículo 1346.1.º del Código Civil), están aquellos otros en los que la vivienda se hubiera adquirido por el cónyuge constante matrimonio a título gratuito (artículo 1346.2.º del Código Civil) o aquellos en los que la adquisición se hubiera efectuado por éste después de contraído matrimonio a costa o en sustitución de otro bien privativo (artículo 1346.3.º del Código Civil). Es indiferente cuál sea el régimen económico del matrimonio (como oportunamente señala el artículo 231-9 del Código civil de Cataluña): la referida técnica de tutela opera tanto en los casos de cónyuges casados en régimen de la sociedad de gananciales u otros similares como cuando el régimen fuera el de separación.

4. Con la finalidad de evitar que ingresen en el Registro actos impugnables y, a la vez, con la de contribuir a la realización de los fines pretendidos con la norma sustantiva, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige –para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble apto para vivienda y en el que no concurra el consentimiento o la autorización prescritos en el artículo 1320 del Código Civil– bien la justificación de que el inmueble no tiene el carácter de vivienda habitual de la familia, bien que el disponente lo manifieste así.

Este precepto legal 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 puso de manifiesto este Centro Directivo en Resoluciones de 25 de abril de 2005, y 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 artículo 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.»

5. De los anteriores razonamientos se desprende que la constitución de hipoteca, en tanto que acto de disposición que comporta la sustracción –siquiera meramente potencial– de la vivienda al uso de la familia habrá de contar con el consentimiento a que se refiere el citado artículo 1320 del Código Civil. Y lo mismo puede predicarse de la novación del préstamo con garantía hipotecaria que implique aumento de la responsabilidad garantizada por este gravamen.

Por el contrario, no puede extenderse esta conclusión a la novación del préstamo que –como ocurre en el caso del presente recurso– alcance únicamente al tipo de interés ordinario, los intereses de demora así como las causas de vencimiento anticipado del préstamo, sin que –como expresamente se hace constar en la misma escritura calificada– exista ampliación de la responsabilidad hipotecaria. Y es que, en este supuesto, no puede entenderse que la modificación del contrato de préstamo aumente las posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca del patrimonio del prestatario, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real.

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, 30 de enero de 2024.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.