

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

14489 *Resolución de 20 de junio de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Algeciras n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por don Simón Alfonso Pobes Layunta, notario de Zaragoza, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Algeciras número 2, don Silvestre Murga Rodríguez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 9 de noviembre de 2023 por el notario de Zaragoza, don Simón Alfonso Pobes Layunta, se otorgó un préstamo hipotecario por don J. J. T. C., de vecindad civil aragonesa, casado en régimen de separación de bienes con doña E. M. B. En la escritura constaba lo siguiente: «Su régimen económico matrimonial fue pactado en escritura de capitulaciones matrimoniales otorgadas en Zaragoza el 1 de julio de 2022, ante el Notario don Fernando Giménez Villar, número 2.440 de protocolo, indicada en el Registro Civil de Vitoria-Gasteiz, tomo 188, página 99, cuya copia autorizada tengo a la vista y de la que transcribo como pertinente a este otorgamiento lo siguiente, sin que en lo omitido haya nada que limite, modifique, condicione o restrinja la parte transcrita: “Exponen: I.–Que tienen el propósito de contraer próximamente matrimonio fijando su domicilio familiar en Zaragoza, que se ha indicado en la comparecencia (...) Capítulos matrimoniales: Primero. El matrimonio se regirá desde su celebración por el sistema de separación absoluta de bienes regulado en el Libro Segundo, Título III, artículos 203 al 209, del Código de Derecho Foral de Aragón (...) Cuarto. Los otorgantes, desde ahora y a todos los efectos y con la salvedad que se dirá, renuncian al derecho de viudedad sobre los bienes del otro, tanto muebles como inmuebles, en sus dos manifestaciones de derecho expectante y de usufructo viudal, por lo que cada uno de los comparecientes tendrá la libre disposición de los mismos, sin necesidad de consentimiento o renuncia alguna por parte del otro cónyuge. No obstante, ambos cónyuges mantienen el derecho expectante y el usufructo de viudedad sobre la vivienda que constituya, en cada momento su domicilio familiar, que inicialmente será el indicado en el expositivo I”».

El hipotecante manifestaba lo siguiente: «Domicilio familiar habitual: Manifiesta expresamente la parte prestataria que la finca objeto de la presente no constituye su domicilio familiar habitual». En la parte relativa a las condiciones generales de contratación, don J. J. T. C. expresaba que «es propietario de la finca antes descrita. Manifestando que a la finca hipotecada no se le atribuye carácter de vivienda habitual». En el expositivo IV constaba lo siguiente: «Que, con la finalidad de la adquisición de la finca hipotecada (...)». En la condición duodécima, procedimiento de ejecución extrajudicial, constaba lo siguiente: «5. A la vivienda hipotecada en virtud de esta escritura no se le atribuye el carácter de vivienda habitual». El domicilio señalado por el hipotecante en la intervención de la escritura era en Zaragoza; la finca que se hipotecaba era de Tarifa. En la escritura de compraventa de la finca, que precedía en protocolo

inmediato, se señalaba como domicilio del comprador hipotecante el mismo de Zaragoza citado antes, distinto por tanto del de la finca que se adquiriría e hipotecaba.

II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Algeciras número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Visto por don Silvestre Murga Rodríguez, Registrador de la Propiedad de Algeciras número Dos, Provincia de Cádiz, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 7140/2023, iniciado como consecuencia de la presentación en el mismo Registro del documento que se dirá, en virtud de solicitud de inscripción.

En el ejercicio de calificación registral sobre la legalidad del documento presentado resultan los siguientes:

Hechos

1) Antecedentes de hecho.

1.º) Con fecha 9 de noviembre de 2023 se presentó telemáticamente en este Registro de la Propiedad N.º 2 de los de Algeciras, copia electrónica de escritura autorizada en Zaragoza el mismo día por el Notario don Simón Alfonso Pobes Layunta, protocolo número 3.437, causando el asiento de presentación número 639 del Diario 71. La copia en papel fue aportada acompañada de la carta de pago con fecha 24 de noviembre de 2023.

2.º) Por ella don D. L. M. constituye hipoteca sobre la finca registral 7753 del municipio de Tarifa. Consta en dicha escritura que está casado en régimen de separación de bienes sujeto a la legislación foral aragonesa con doña E. M. B.

Del título calificado resulta que “Su régimen económico matrimonial fue pactado en escritura de capitulaciones matrimoniales otorgadas en Zaragoza el 1 de julio de 2022, ante el notario don Fernando Giménez Villar, número 2440 de protocolo, indicada en el Registro Civil de Vitoria-Gasteiz, tomo 188, página 99, cuya copia autorizada tengo a la vista y de la que transcribo como pertinente a este otorgamiento lo siguiente, sin que en lo omitido haya nada que limite, modifique, condicione o restrinja la parte transcrita:

“Exponen:

I. Que tienen el propósito de contraer próximamente matrimonio fijando su domicilio familiar en Zaragoza, que se ha indicado en la comparecencia...

Capítulos matrimoniales:

Primero. El matrimonio se registrará desde su celebración por el sistema de separación absoluta de bienes regulado en el Libro Segundo, Título III, artículos 203 al 209, del Código de Derecho Foral de Aragón...

Cuarto. Los otorgantes, desde ahora y a todos los efectos y con la salvedad que se dirá, renuncian al derecho de viudedad sobre los bienes del otro, tanto muebles como inmuebles, en sus dos manifestaciones de derecho expectante y de usufructo viudal, por lo que cada uno de los comparecientes tendrá la libre disposición de los mismos, sin necesidad de consentimiento o renuncia alguna por parte del otro cónyuge.

No obstante, ambos cónyuges mantienen el derecho expectante y el usufructo de viudedad sobre la vivienda que constituya, en cada momento su domicilio familiar, que inicialmente será el indicado en el expositivo I.”

De las capitulaciones matrimoniales transcritas resulta, por tanto, a sensu contrario, que si la vivienda hipotecada constituye el domicilio familiar, doña E. M. B. mantiene su derecho expectante de viudedad y el usufructo viudal.

Del apartado cargas resulta que únicamente grava la finca la hipoteca a favor de Banco de Caminos SA que causó la inscripción 8.^a, modificada por la 9.^a Dicha inscripción de hipoteca consta cancelada por la inscripción 10.^a Así pues, no consta referencia alguna al eventual derecho expectante de viudedad y usufructo viudal de doña E. M. B. para el caso de que la vivienda constituya domicilio familiar, ya sea en este momento, ya sea en momento posterior.

La manifestación de que la finca no constituye domicilio familiar habitual, a los únicos efectos de valorar si la cónyuge no compareciente ostenta derecho expectante de viudedad y usufructo viudal sobre la finca, la hace únicamente el hipotecante. Resultando de las capitulaciones matrimoniales el mantenimiento de los derechos de doña E. para el caso de ser domicilio familiar, y no compareciendo la citada cónyuge a los efectos de ratificar que efectivamente no constituye domicilio familiar habitual, ni siquiera resulta acreditado que en el momento del otorgamiento de la escritura no ostentase el meritado derecho expectante de viudedad. Todo ello sin perjuicio de la reserva o salvedad expresa reseñada y consistente en que se mantendrá sobre la vivienda que constituya, en cada momento, su domicilio familiar.

Por tanto, según el tenor literal de los capítulos matrimoniales, y no compareciendo doña E. M. B. para renunciar al derecho expectante de viudedad que pudiera tener sobre esta finca, ni posponer su eventual derecho expectante de viudedad a la hipoteca cuya inscripción se solicita, únicamente podría practicarse la inscripción de hipoteca dejando a salvo el derecho expectante de viudedad que correspondería a doña E. M. B. en el caso de que la finca hipotecada constituyera domicilio familiar.

Sin embargo, debido a la importancia de dicha salvedad en relación con el principio de especialidad, prioridad registral y correcta expresión de la declaración de voluntad negocial de las partes, y teniendo en cuenta que en el apartado cargas no consta referencia alguna al mantenimiento del derecho expectante de viudedad y usufructo viudal de la esposa no compareciente para el caso de que la vivienda hipotecada constituya domicilio familiar, se solicita aclaración al respecto y, para el caso de inscripción en estos términos, solicitud expresa.

El reseñado título ha sido calificado en el día de la fecha conforme a los siguientes

II) Fundamentos de Derecho.

- Artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su reglamento.
- Artículos 271 y siguientes del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código de Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas.
- Artículo 70 del Código Civil dispone: “Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia”.

He resuelto suspender la práctica del asiento solicitado por los defectos subsanables citados.

Notifíquese la anterior calificación al presentante y al Notario autorizante que ha autorizado el título calificado dentro del término de 10 días a contar desde la fecha, haciendo constar expresamente que (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Silvestre Murga Rodríguez registrador/ a de Registro Propiedad de Algeciras 2 a día veintidós de febrero del dos mil veinticuatro.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Simón Alfonso Pobes Layunta, notario de Zaragoza, interpuso recurso el día 22 de marzo de 2024 mediante escrito en el que, en síntesis, alegaba lo siguiente:

«Ha de dilucidarse por lo tanto si es precisa la intervención del cónyuge del prestatario hipotecante para manifestar si la vivienda hipotecada es o no la vivienda familiar al tiempo de realizar el acto dispositivo.

Fundamentos de Derecho:

Ha de hacerse constar el error material que comete el Sr. Registrador en su calificación al asignar al deudor hipotecante el nombre del representante de la entidad prestamista.

El presente recurso es en relación a un negocio complejo y unitario (actos conexos) constituido por la escritura de compraventa, en la que el comprador es una persona casada cuyo matrimonio se regula por el Derecho Foral Aragonés y bajo el régimen pactado de separación absoluta de bienes, y adquiere con carácter privativo una vivienda; y, seguidamente, para financiar su adquisición, otorga como único compareciente prestatario e hipotecante, y sin intervención de su esposa, un préstamo con garantía hipotecaria sobre la finca adquirida, sometido a la Ley 15/2019 de marzo de 2020, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en la que de forma expresa y en varios apartados manifiesta que no es la vivienda familiar ni la habitual. Las dos escrituras se formalizan ante mí el mismo día y con números consecutivos de protocolo, cumpliendo los requisitos que constituyen doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública tal y como se recogen en su Resolución de 22 de mayo de 2006, que transcribo:

“El artículo 1.320 del Código civil, introducido por la Ley de reforma de 13 de mayo de 1981, responde a la necesidad de conservación del hogar familiar. Ahora bien, este artículo 1.320 del Código Civil está pensado para aquellos supuestos de disposición, debiendo entenderse incluida la constitución de la hipoteca, de la vivienda habitual perteneciente a uno sólo de los cónyuges, pero no lo está para el supuesto de hipoteca en garantía de préstamo hipotecario que financia la adquisición de la misma vivienda hipotecada aun y cuando el destino final de la vivienda adquirida sea constituir el hogar familiar, porque ello implicaría una restricción de las facultades adquisitivas de los cónyuges, no permitida en nuestro Derecho, donde los cónyuges pueden adquirir toda clase de bienes aun cuando éstos estén gravados y aun cuando vayan a constituir el domicilio conyugal, sin contar con el consentimiento del otro cónyuge ni hacer manifestación alguna acerca de su destino final, y ello tanto si su régimen económico matrimonial es el de separación de bienes (artículo 1.437 del Código Civil) como el de gananciales (cfr. artículo 1.370 del Código Civil y Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de junio de 1993 y 4 de marzo de 1999). Por tanto, no siendo aplicable el artículo 1320 del Código Civil al supuesto en el que ingresa va gravado el bien inmueble en el matrimonio del cónyuge, cualquiera que vaya a ser su destino final, una interpretación finalista del precepto legal nos debe llevar a la misma conclusión cuando el acto de gravamen se realiza en la escritura inmediata posterior a la compra y tiene por finalidad la financiación de la propia vivienda hipotecada.” (...)

En la escritura de préstamo se recogen las siguientes manifestaciones expresas que transcribo:

Expositivo I, un apartado específico en la descripción de la finca objeto de la escritura:

“Domicilio familiar habitual: Manifiesta expresamente la parte prestataria que la finca objeto de la presente no constituye su domicilio familiar habitual.”

Expositivo III:

“III. Que don J. J. T. C., es propietario de la finca ante descrita, manifestado que a la finca hipotecada no se le atribuye carácter de vivienda habitual.”

Expositivo IV:

“IV. Que, con la finalidad de la adquisición de la finca hipotecada,...”.

Condición Duodécima.–Procedimiento de ejecución extrajudicial. Apartado 5:

“5. A la vivienda hipotecada en virtud de esta escritura no se le atribuye el carácter de vivienda habitual.”

Las citadas menciones se realizaron en atención al artículo 1.320 del Código Civil, al artículo 190 del Código del Derecho Foral de Aragón, a los artículos 21.3 y 129.2.b de la Ley Hipotecaria, a la Ley 15/2019 de marzo de 2020, reguladora de crédito inmobiliario, y al artículo 91 del Reglamento Hipotecario.

Pero afinando aún más en la interpretación del artículo 1.320 del Código Civil (y por tanto de su homólogo 190 del CDFA) el Consejo General del Notariado en su Nota Informativa sobre determinadas dudas prácticas que se plantean con ocasión de la aplicación de la Ley 15/2019 de marzo de 2020, reguladora de crédito inmobiliario, aclaró que en la constitución de hipoteca no es exigible la comparecencia del cónyuge del comprador “por no encontrarse en el supuesto de hecho previsto en el artículo 1320 del CC por las siguientes razones: -En el momento de formalizarse las escrituras la vivienda adquirida no constituye todavía la vivienda conyugal, aunque pueda existir la intención de destinarla a este fin; -Aunque se considerase que la intención manifestada en la escritura pública implica la sumisión de la vivienda adquirida al régimen de protección establecido para la vivienda conyugal, tampoco procedería la aplicación del artículo 1320, tal y como tiene declarado la DGRN en reiteradas Resoluciones” (y a título de ejemplo, cita y transcribe la de 22 de mayo de 2006, ya reseñada anteriormente) (...)

Es decir, la clave para la aplicabilidad de la protección de la vivienda habitual de la familia, es que lo sea en el momento del acto dispositivo, no que lo pueda ser en el futuro, sea este más o menos inmediato.

En el supuesto de este recurso falta por tanto el elemento esencial: la vivienda adquirida no puede de ninguna manera ser todavía su vivienda habitual familiar al tiempo de realizar el acto dispositivo, porque es simultáneo, conexo y unitario con el adquisitivo. La vivienda adquirida solo podrá ser la familiar habitual con posterioridad a la compra.

Y el Registrador nada dice en su calificación a este respecto, dándolo por debidamente cumplimentado.

Pero el matrimonio del comprador, como ya se ha indicado, está regulado por el Derecho Foral Aragonés, razón por la cual ha de tenerse en cuenta también el Derecho de Viudedad Foral, atribuido a los cónyuges por matrimonio (artículo 192 CDFA). Teniendo eso presente y manifestando ser su régimen económico matrimonial el de separación absoluta de bienes, al transcribir en la escritura el contenido relevante de sus capítulos matrimoniales no solo ha de incluirse el pacto que establece el régimen de separación, sino también lo pactado acerca del citado Derecho de Viudedad.

Cuando los cónyuges pactaron el régimen de separación de bienes, quisieron dar contenido efectivo a una de las razones básicas para haber optado por ese régimen, esto es, que cada uno tenga libertad e independencia para la gestión de su patrimonio y actividad económica. Pero sin cierto nivel de renuncia al derecho de viudedad foral no es posible lograrlo, puesto que el derecho expectante obligaría constantemente a la intervención del cónyuge no propietario para hacer expresa renuncia al mismo. Es por

ello que el derecho aragonés permite a los cónyuges pactar sobre el derecho de viudedad en los siguientes términos:

Artículo 272. *Pactos.*

1. Los cónyuges pueden pactar en escritura pública o disponer de mancomún en su testamento la exclusión o limitación del derecho de viudedad, para los dos o para uno solo de ellos, o regularlo como libremente convengan. Antes del matrimonio, los pactos entre contrayentes habrán de constar en capitulaciones matrimoniales.

2. Pueden asimismo pactar, en escritura pública, la exclusión del derecho expectante de viudedad, conservando para su caso el de usufructo viudal.

3. Las cláusulas contractuales y testamentarias relativas a la viudedad se entenderán siempre en sentido favorable a la misma.

Artículo 274. *Renuncia.*

1. Cada cónyuge puede renunciar, en escritura pública, a su derecho de viudedad sobre todos los bienes del otro o parte de ellos.

2. También es válida la renuncia, en escritura pública, solamente al derecho expectante de viudedad, sobre todos o parte de los bienes del otro.

Y haciendo uso de sus facultades, pactaron lo siguiente:

“Capítulos matrimoniales:

Primero. El matrimonio se regirá desde su celebración por el sistema llamado de separación absoluta de bienes regulado en el Libro Segundo, Título III, artículos 203 al 209, del Código de Derecho Foral de Aragón.

Cuarto. Los otorgantes, desde ahora y a todos los efectos con la salvedad que se dirá, renuncian al derecho de viudedad sobre los bienes del otro, tanto muebles como inmuebles, en sus dos manifestaciones de derecho expectante y de usufructo viudal, por lo que cada uno de los comparecientes tendrá la libre disposición de los mismos, sin necesidad de consentimiento o renuncia alguna por parte del otro cónyuge.

No obstante, ambos cónyuges mantienen el derecho expectante y el usufructo de viudedad sobre la vivienda que constituya, en cada momento, su domicilio familiar, que inicialmente será el indicado en el expositivo I.”

Frente a los supuestos más habituales en los que los cónyuges que optan por el régimen de separación de bienes hacen renuncia al derecho expectante, pero no al de usufructo, en este caso los cónyuges renuncian íntegramente al derecho de viudedad, en sus dos facetas, expectante y de usufructo, lo que constituye una expresa manifestación de deseo de la máxima independencia en cuanto a la gestión patrimonial; pero con una única salvedad: “La vivienda que constituya, en cada momento, su domicilio familiar”. Acumulan y concentran la especial protección por la ley de la que la vivienda familiar goza (artículos 190 CDFA y 1.320 C.C.) con el mantenimiento solo sobre ella del derecho de viudedad en sus dos facetas, lo que hace necesario obtener del cónyuge no disponente no solo su consentimiento expreso al acto dispositivo, sino también su renuncia al derecho expectante de viudedad. Pero única y exclusivamente sobre la que sea la vivienda familiar al tiempo de realizar el acto dispositivo.

El derecho expectante sólo estará presente cuando el acto dispositivo lo realice el cónyuge único propietario del bien inmueble que en ese momento constituya el domicilio familiar habitual. Y en el supuesto de hecho planteado, como tal acto conexo o negocio complejo, no puede de ninguna manera serlo; podrá serlo en el futuro, pero no lo es de presente.

Y entiendo que al pacto entre cónyuges acerca de su derecho de viudedad se debe aplicar el mismo criterio y doctrina que a los supuestos de hecho de los artículos 1.320 C.C. y 190 CDFA, antes desarrollados.

De hecho, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, dispone lo siguiente:

“Artículo 91.

1. 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.”

Este artículo abre e impone su aplicación no solo a los supuestos de hecho de los artículos 1320 C.C., 190 CDFA y otras leyes, sino también a los supuestos contractuales (que son Ley entre las partes) en los que no se haya pactado otra cosa, como es el supuesto aquí contemplado.

Por su parte, la calificación registral da a entender una interpretación de los pactos capitulares por virtud de la cual cada vez que los cónyuges pretendan realizar un acto dispositivo sobre una vivienda, será necesaria la intervención del cónyuge no propietario para manifestarse sobre el carácter de no habitual, o bien dejar constancia registral expresa de que la inscripción del acto dispositivo se realiza “dejando a salvo el derecho expectante de viudedad que correspondería a...”. Esta interpretación es claramente contraria a la voluntad de las partes, deja inoperativo el pacto de renuncia al derecho de viudedad.

Cito como relevante en cuanto a la naturaleza del derecho expectante de viudedad y la innecesidad de constancia registral para que produzca sus efectos, la Resolución de 21 de septiembre de 2021 (16934) (BOE número 249 de 18 de octubre de 2021)

En base a lo expuesto, piensa este Notario recurrente que ha sido suficiente con la manifestación del cónyuge disponente de la manifestación de la vivienda hipotecada no es familiar habitual, no siendo necesaria la intervención adicional del cónyuge no propietario, ni hacer referencia en el Registro de la Propiedad a salvedad alguna sobre el mantenimiento de su derecho de viudedad.»

IV

Mediante escrito, de fecha 26 de marzo de 2024, el registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

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; 184, 190 y 271 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, 36, 51.9.^a, 91 y 117 del Reglamento Hipotecario; 148 y 159 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 13 de mayo y 4 de noviembre de 1968, 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 y 27 de abril de 1999, 31 de marzo de 2000, 22 de marzo de 2001, 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, 15 de junio y 16 y 22 de julio de 2009, 14 de abril, 28 de septiembre y 13 de diciembre de 2010, 5 y 26 de enero, 7 de julio y 20 de diciembre de 2011, 27 de febrero y 26 de noviembre de 2013, 2 de febrero

y 6 de mayo de 2015, 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 5 y 6 de marzo, 16 de junio y 29 de octubre de 2020, 21 de septiembre de 2021, 26 y 31 de enero y 26 de septiembre de 2022 y 2 de marzo de 2023.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de préstamo hipotecario en la que concurren los hechos y circunstancias siguientes:

– en la escritura, de fecha 9 de noviembre de 2023, se otorga un préstamo garantizado con hipoteca que constituye (sobre una finca que compra el mismo día con número anterior de protocolo del notario autorizante de dicha escritura) don J. J. T. C., de vecindad civil aragonesa, casado en régimen de separación de bienes con doña E. M. B.

– en la escritura consta lo siguiente: «Su régimen económico matrimonial fue pactado en escritura de capitulaciones matrimoniales otorgadas en Zaragoza el 1 de julio de 2022, ante el Notario don Fernando Giménez Villar, número 2.440 de protocolo, indicada en el Registro Civil de Vitoria-Gasteiz, tomo 188, página 99, cuya copia autorizada tengo a la vista y de la que transcribo como pertinente a este otorgamiento lo siguiente, sin que en lo omitido haya nada que limite, modifique, condicione o restrinja la parte transcrita: “Exponen: I.–Que tienen el propósito de contraer próximamente matrimonio fijando su domicilio familiar en Zaragoza, que se ha indicado en la comparecencia (...) Capítulos matrimoniales: Primero. El matrimonio se regirá desde su celebración por el sistema de separación absoluta de bienes regulado en el Libro Segundo, Título III, artículos 203 al 209, del Código de Derecho Foral de Aragón (...) Cuarto. Los otorgantes, desde ahora y a todos los efectos y con la salvedad que se dirá, renuncian al derecho de viudedad sobre los bienes del otro, tanto muebles como inmuebles, en sus dos manifestaciones de derecho expectante y de usufructo viudal, por lo que cada uno de los comparecientes tendrá la libre disposición de los mismos, sin necesidad de consentimiento o renuncia alguna por parte del otro cónyuge. No obstante, ambos cónyuges mantienen el derecho expectante y el usufructo de viudedad sobre la vivienda que constituya, en cada momento su domicilio familiar, que inicialmente será el indicado en el expositivo I”».

– el hipotecante manifiesta lo siguiente. «Domicilio familiar habitual: Manifiesta expresamente la parte prestataria que la finca objeto de la presente no constituye su domicilio familiar habitual». En la parte relativa a las condiciones generales de contratación, don J. J. T. C. expresa que «es propietario de la finca antes descrita. Manifestando que a la finca hipotecada no se le atribuye carácter de vivienda habitual». En el Expositivo IV consta lo siguiente: «Que, con la finalidad de la adquisición de la finca hipotecada (...)». En la condición duodécima del procedimiento de ejecución extrajudicial consta lo siguiente: «5. A la vivienda hipotecada en virtud de esta escritura no se le atribuye el carácter de vivienda habitual».

– el domicilio señalado por el hipotecante en la intervención de la escritura es en Zaragoza; la finca que se hipoteca está situada en Tarifa. En la escritura de compraventa de la finca, que precede en protocolo inmediato, se señala como domicilio del comprador hipotecante el mismo de Zaragoza citado antes, distinto por tanto del de la finca que se adquiere e hipoteca.

El registrador señala como defecto que, resultando de las capitulaciones matrimoniales el mantenimiento de los derechos de doña E. M. B. para el caso de ser domicilio familiar, y no compareciendo la citada cónyuge a los efectos de ratificar que efectivamente no constituye domicilio familiar habitual, no resulta acreditado que en el momento del otorgamiento de la escritura no ostentase el meritado derecho expectante de viudedad; por tanto, no compareciendo doña E. M. B. para renunciar al derecho expectante de viudedad, ni posponer su eventual derecho expectante de viudedad a la hipoteca, únicamente puede practicarse la inscripción de ésta dejando a salvo el derecho expectante de viudedad que correspondería a doña E. M. B. en el caso de que ésta constituyera domicilio familiar. Teniendo en cuenta que en el apartado cargas no consta

referencia alguna al mantenimiento del derecho expectante de viudedad y usufructo viudal de la esposa, para el caso de que la vivienda hipotecada constituya domicilio familiar, se solicita aclaración al respecto y, para el caso de inscripción en estos términos, solicitud expresa.

El notario recurrente alega lo siguiente: que, en este caso, la vivienda adquirida no puede ser todavía su vivienda habitual familiar al tiempo de realizar el acto dispositivo, porque es simultáneo, conexo y unitario con el adquisitivo y solo podrá ser, en su caso, la vivienda familiar habitual con posterioridad a la compra; que han renunciado al derecho expectante de viudedad y al usufructo viudal manteniendo exclusivamente la limitación sobre la que sea la vivienda familiar al tiempo de realizar el acto dispositivo; que en el supuesto de hecho presente, como tal acto conexo o negocio complejo, no puede existir la limitación, aunque podrá serlo en el futuro; que, con la interpretación mantenida en la calificación, es absurdo que cada vez que los cónyuges pretendan realizar un acto dispositivo sobre una vivienda sea necesaria la intervención del cónyuge no propietario para manifestarse sobre el carácter de no habitual, o bien dejar constancia registral expresa de que la inscripción del acto dispositivo se realiza «dejando a salvo el derecho expectante de viudedad que correspondería a (...)», ya que esta interpretación es claramente contraria a la voluntad de las partes, y deja inoperativo el pacto de renuncia al derecho de viudedad.

2. Es principio rector del matrimonio aquel según el cual los cónyuges deben fijar de común acuerdo el domicilio conyugal (artículos 70 del Código Civil y 184 del Código del Derecho Foral de Aragón).

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, con algunas variantes, 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, con especial interés en este expediente, del Derecho civil aragonés, pues el artículo 190 del Código del Derecho Foral de Aragón, establece lo siguiente: «1. Para realizar actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma, así como para sustraerlos al uso común, será necesario el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial».

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.

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 91.1 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 necesario para inscribir actos dispositivo sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter.

4. En los casos en que el negocio de adquisición absorbe otro de gravamen por ser el primero predominante, este Centro Directivo ha interpretado que también son los requisitos de aquél los que deben prevalecer frente a los del absorbido, por tratarse de un negocio complejo en orden a una finalidad predominante (vid., entre las más recientes, la Resolución de 26 de septiembre de 2022).

Así, se ha permitido al marido comprar un inmueble e hipotecarlo en garantía del precio aplazado sin necesidad de consentimiento de su esposa, en las Resoluciones de 13 de mayo y 4 de noviembre de 1968. Según la segunda de ellas, con unos términos semejantes a los de la primera, «el negocio concluido entra dentro de la categoría de los negocios complejos, de naturaleza unitaria porque entre los elementos heterogéneos que lo constituyen hay una íntima soldadura al aparecer fundidas en una síntesis las diversas declaraciones emitidas que confluyen en un único negocio que es resultado de las variadas causas que en él concurren, lo que trae como consecuencia que no pueda escindirse en los dos negocios que lo formen y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo, sino que por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos, que en el presente caso es la compraventa».

Esta misma doctrina se aplicó en el caso de la Resolución de 7 de julio de 1998, que admite la inscripción de la compraventa otorgada por la madre como representante legal de sus hijos menores de edad, con hipoteca del inmueble para pago del precio de adquisición, sin necesidad de autorización judicial. Como se afirma en dicha resolución, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma del artículo 166 del Código Civil, resulta injustificada su aplicación al supuesto en el que, al ingresar ya gravado el bien inmueble en el patrimonio de los menores, no se realiza un acto independiente de gravamen que comprometa o arriesgue sus patrimonios preexistentes.

Deben tenerse también en cuenta los siguientes razonamientos expresados en la Resolución de 22 de mayo de 2006:

«(...) este artículo 1.320 del Código Civil está pensado para aquellos supuestos de disposición, debiendo entenderse incluida la constitución de hipoteca, de la vivienda habitual perteneciente a uno sólo de los cónyuges, pero no lo está para el supuesto de hipoteca en garantía de préstamo hipotecario que financia la adquisición de la misma vivienda hipotecada aun y cuando el destino final de la vivienda adquirida sea constituir el hogar familiar, porque ello implicaría una restricción de las facultades adquisitivas de los cónyuges, no permitida en nuestro Derecho, donde los cónyuges pueden adquirir toda clase de bienes aun cuando éstos estén gravados y aun cuando vayan a constituir el domicilio conyugal, sin contar con el consentimiento del otro cónyuge ni hacer manifestación alguna acerca de su destino final, y ello tanto si su régimen económico matrimonial es el de separación de bienes (artículo 1.437 del Código Civil) como el de gananciales (cfr. artículo 1.370 del Código Civil y Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de junio de 1993 y 4 de marzo de 1999).

Por tanto, no siendo aplicable el artículo 1320 del Código Civil al supuesto en el que ingresa ya gravado el bien inmueble en el patrimonio del cónyuge, cualquiera que vaya a ser su destino final, una interpretación finalista del precepto legal nos debe llevar a la misma conclusión cuando el acto de gravamen se realiza en la escritura inmediata posterior a la compra y tiene por finalidad la financiación de la propia vivienda hipotecada.»

5. Sentado que no son aplicables las restricciones a las facultades dispositivas sobre la vivienda habitual de la familia en caso de hipoteca en garantía del préstamo que financia la adquisición de aquélla, debe añadirse -a mayor abundamiento- que este Centro Directivo (vid. Resolución de 21 de septiembre de 2021), en cuanto a la

naturaleza y efectos del derecho expectante de viudedad aragonesa, ha puesto de relieve lo siguiente que conviene recordar:

«(...) Siendo el matrimonio el determinante de la existencia de derechos presentes o futuros –y no el régimen económico-matrimonial-, se hace necesario establecer cuál es el momento de determinar la eficacia de los derechos de viudedad.

Así, el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges determina el nacimiento del derecho de usufructo del cónyuge viudo. Por tanto, hasta ese momento de la apertura de la sucesión de uno de los cónyuges, no se sabe quién es el beneficiario del usufructo viudal, que podría ser cónyuge de otras nupcias o no existir por separación o divorcio. En consecuencia, en el momento de la adquisición por herencia no tiene trascendencia quien sea el cónyuge del heredero o legatario ni su régimen económico-matrimonial.

En el caso del derecho expectante de viudedad es distinto, ya que, durante el matrimonio, ambos cónyuges son titulares de una expectativa de derecho que se ejercerá en el futuro cuando se realice una disposición, que será el momento en el que se determinará quién es el cónyuge que tiene que prestar su consentimiento. Así, el momento de su eficacia será el de la disposición del bien, a diferencia del usufructo de viudedad, que es el de la apertura de la sucesión del primer cónyuge causante. Y ese momento de la disposición del bien determina quién sea el titular del derecho expectante, que, como antes, puede haber cambiado por separación o divorcio o ulteriores nupcias. Por tanto, tampoco tiene trascendencia quién sea el cónyuge en el momento de la adquisición por herencia ni su régimen económico matrimonial, pues como se ha dicho, podría ser otro el titular del derecho expectante al tiempo de su ejercicio (...)

Resulta muy difícil de caracterizar el derecho expectante de viudedad foral aragonesa y determinar su naturaleza jurídica, pero es claro que no se trata de un derecho real concreto y desarrollado sobre los bienes del cónyuge. Prueba de ello es que no tiene un valor patrimonial, puesto que, de tenerlo, tendría que ser tomado en consideración, por ejemplo, en los procedimientos expropiatorios y en los apremios de naturaleza pública.

Como se ha indicado, lo que caracteriza el derecho expectante de viudedad foral aragonesa es cómo afecta al régimen de enajenación de los bienes. Ése es el elemento clave de esta figura jurídica, como lo prueba que toda su regulación se centra en la enajenación –artículos 279 y siguientes del Código de Derecho civil Foral de Aragón–, imponiendo, en la práctica, la intervención en ella del cónyuge del propietario, con una peculiar consecuencia para la ausencia de la intervención: la enajenación es válida, pero el cónyuge que no ha intervenido en ella podrá hacer valer sobre el bien enajenado su derecho de usufructo viudal si sobrevive al que enajenó.

Por otra parte, cuál sea el régimen económico matrimonial y el cónyuge en el momento de adquisición, como se ha dicho antes, son irrelevantes. Tales circunstancias son relevantes exclusivamente al enajenar el bien y si no se produce la intervención del cónyuge. En el Registro solo se deberá publicar que queda a salvo el derecho del cónyuge que no ha intervenido, que es la consecuencia legal establecida para ese supuesto –283.1 de Derecho civil Foral aragonés–. Ningún beneficio se obtiene porque el Registro publique esos datos al tiempo de la adquisición.

En consecuencia, el derecho expectante de viudedad no es un derecho inscribible (...)

La omisión de la constancia de la identidad del cónyuge por tanto no puede ser defecto que impida la inscripción, pues no está expresamente exigida en ninguna norma específica y el derecho expectante no es en sí mismo un derecho inscribible. Sin perjuicio de que su constancia sea conveniente para la seguridad del tráfico y para la protección de los derechos de las personas implicadas en un triple aspecto:

a) Para el cónyuge del titular del dominio del inmueble, esto es, del favorecido por el derecho expectante, porque, al constar su identidad, se asegura la defensa de su

derecho en tanto dure el matrimonio. Así, por ejemplo, en caso de producirse por parte de su cónyuge un acto dispositivo sin su consentimiento, el acto sería inscribible con la reserva expresa del derecho expectante a favor del cónyuge que no ha consentido la transmisión. La reserva sólo se materializará en un usufructo de viudedad si: (i) el cónyuge no lo renuncia expresamente en un momento posterior; (ii) el cónyuge sobrevive a su consorte, y (iii) no hay una separación o divorcio antes del fallecimiento del cónyuge.

b) Para el propio titular del dominio privativo del inmueble, pues se da a conocer que su cónyuge tiene un derecho expectante no renunciado y que está protegido. Esta circunstancia, sirve de «aviso» a los acreedores del cónyuge titular del inmueble, lo que conlleva que no sea infrecuente que en un momento posterior los cónyuges pacten en capítulos matrimoniales postnupciales la renuncia genérica a su derecho expectante –y no necesariamente también al de viudedad (artículo 272.2 del Código de Derecho civil Foral de Aragón)– sobre los bienes privativos del otro cónyuge, y que el titular del dominio privativo quiera hacer constar esa renuncia, pues así consigue acreditar que dichos bienes no están sujetos a las limitaciones que se derivan de la existencia del derecho expectante y, con ello, se consigue evitar, en muchas ocasiones, que en los préstamos personales o hipotecarios se exija por el prestamista la firma del cónyuge titular, e incluso en muchos casos la responsabilidad solidaria de los dos cónyuges, exigencia que en muchas ocasiones viene derivada de la existencia del derecho expectante.

c) Pero, sin duda, la mayor aportación a la seguridad del tráfico se manifiesta en materia de ejecuciones forzosas de bienes privativos. Contrariamente a lo que sucede en el derecho común, en el que cuando se ejecutan deudas privativas sobre bienes también privativos del único cónyuge deudor, el cónyuge no deudor no necesita como norma general ser notificado, en derecho aragonés sobre dichos bienes privativos el cónyuge no deudor tiene un derecho expectante de viudedad, y como consecuencia de ello, ostenta el derecho a ser notificado de la ejecución para, en su caso, hacer constar su voluntad a la subsistencia del derecho expectante de viudedad aun en el caso de que la ejecución termine con la venta forzosa a un tercero (...)

Podemos concluir por tanto que puede ser una buena práctica notarial la constancia del nombre y apellidos del cónyuge que adquiere el inmueble por herencia, para facilitar la identificación del titular del derecho expectante, aunque -como ya se ha visto- su omisión no sea determinante de una calificación suspensiva del título, pues tal expectativa no genera propiamente un derecho real inscribible en su favor.

(...) Queda por determinar la protección de estos derechos de viudedad.

El derecho de viudedad, ya se encuentre en su primera fase –derecho expectante– o en la segunda –usufructo viudal–, es un beneficio legal o gravamen real que es oponible a terceros sin necesidad de inscripción en el Registro, al igual que ocurre con determinadas limitaciones, servidumbres aparentes y prohibiciones legales que pesan sobre las fincas o con los retractos legales. Lo que cohonesta con la especial protección que le concede el artículo 16.2 del Código Civil, si bien con la excepción de la protección al “adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho”. En definitiva, el derecho existirá con independencia de lo que publique el Registro de la Propiedad y con independencia del régimen económico-matrimonial del titular.»

De esta doctrina, y dejando al margen que, como se ha expuesto, no son aplicables las restricciones a las facultades dispositivas sobre la vivienda, interesa en cuanto al derecho expectante, lo siguiente: que el momento en el que se debería determinar quién es el cónyuge que tiene que prestar su consentimiento sería el de la realización de la disposición; que hay una peculiar consecuencia para la ausencia de la intervención del cónyuge, que es que la enajenación es válida, pero el cónyuge que no ha intervenido en ella podrá hacer valer sobre el bien enajenado su derecho de usufructo viudal si sobrevive al que enajenó; que el derecho expectante de viudedad no es un derecho inscribible; que en caso de producirse por parte de un cónyuge un acto dispositivo sin

consentimiento del otro, el acto sería inscribible con la reserva expresa del derecho expectante a favor del cónyuge que no ha consentido la transmisión; que el titular del dominio privativo puede hacer constar la renuncia al derecho expectante, pues así consigue acreditar que dichos bienes no están sujetos a las limitaciones que se derivan de la existencia del derecho expectante y, con ello, se consigue evitar, en muchas ocasiones, que en los préstamos personales o hipotecarios se exija por el prestamista la firma del cónyuge titular, e incluso en muchos casos la responsabilidad solidaria de los dos cónyuges, exigencia que en muchas ocasiones viene derivada de la existencia del derecho expectante; que es oponible a terceros sin necesidad de inscripción en el Registro, al igual que ocurre con determinadas limitaciones.

En el concreto supuesto de este expediente, se ha hecho por el disponente manifestación clara y expresa de que la finca que se hipoteca no constituye su domicilio familiar habitual; que para el caso de que en el futuro la finca constituyera el domicilio familiar habitual, en ausencia de la intervención del cónyuge, la disposición sería válida, dejando a salvo el derecho expectante de viudedad. Por tanto, en ningún caso sería necesaria la reiteración de la renuncia que ya había sido hecha anteriormente respecto del derecho expectante sobre una finca que, evidentemente, ahora no constituye domicilio familiar habitual.

6. En cuanto a si, para la inscripción de la hipoteca de la finca que no constituye vivienda familiar habitual, y habiendo renunciado del derecho expectante, es precisa o no una solicitud expresa de que se deje a salvo el derecho expectante de viudedad que correspondería a la esposa en el caso de que la finca hipotecada constituyera domicilio familiar, debe tenerse en cuenta que, conforme a la doctrina expuesta, el derecho expectante de viudedad «es oponible a terceros sin necesidad de inscripción en el Registro, al igual que ocurre con determinadas limitaciones (...)», por lo que se ha de concluir en que no es necesaria la solicitud expresa de que se deje a salvo derecho alguno.

Por último, como se ha afirmado, debe recordarse que el derecho expectante de viudedad no es en sí mismo un derecho inscribible. Todo ello, sin perjuicio de que, en la práctica, su constancia sea conveniente para la seguridad del tráfico y para la protección de los derechos de las personas implicadas.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación.

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, 20 de junio de 2024.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.