

### III. OTRAS DISPOSICIONES

## MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

**13518** *Resolución de 6 de junio de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de El Puerto de Santa María n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por don José Ramón Castro Reina, notario de Cádiz, contra la calificación del registrador de la Propiedad de El Puerto de Santa María número 1, don César Luis Jarabo Rivera, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

#### Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 10 de enero de 2025 ante el notario de Cádiz, don José Ramón Castro Reina, con el número 35 de protocolo, se formalizó un préstamo concedido por «Unicaja Banco, SA» a doña D. E. R. R., casada en régimen de separación de bienes, «para construcción primera vivienda -autopromoción-» y, en garantía, se constituyó hipoteca sobre determinada finca, perteneciente a dicha doña D. E. R. R. y que había sido objeto de declaración de obra nueva en construcción en escritura otorgada el mismo día ante el mismo notario. En la escritura se expresaba que «la finalidad para la que la parte prestataria ha solicitado a Unicaja Banco este préstamo y a la que se compromete a destinarlo es la construcción/rehabilitación sobre la finca hipotecada». Se añadía que, salvo la cantidad de 10.000 euros, el importe ingresado en la cuenta de consignación quedaba inmovilizado de modo que se podría disponer de 290.000 euros a la presentación de certificaciones de obra y en proporción a la obra ejecutada que de las mismas resultase, y de 60.000 euros «mediante la presentación ante Unicaja Banco de la Certificación del Técnico competente de finalización de las obras conforme al proyecto aprobado y Declaración de Fin de Obra».

En la misma escritura se expresaba, en su parte expositiva, «que la finca objeto de hipoteca tiene uso residencial y tiene atribuido el carácter de vivienda habitual». Y, en las cláusulas no financieras relativas a la ejecución de la hipoteca, se añade que «la parte hipotecante manifiesta que el inmueble hipotecado constituye su vivienda habitual».

II

Presentada copia autorizada de la citada escritura en el Registro de la Propiedad de El Puerto de Santa María número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«César Jarabo Rivera, registrador/a titular del Registro de El Puerto de Santa María N.º 1, conforme al artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, certifico que:

Este folio forma parte de la Escritura/Procedimiento N.º 35/2025 de fecha 10/01/2025 del Notario/Juzgado José Ramón Castro Reina de Cádiz.

Asiento Diario: 95/2025 - N.º entrada: 227/2025.

Antecedentes de hecho:

Primero. Con fecha 10/01/2025 se presentó en este Registro de la Propiedad el documento de referencia.

Segundo. En el día de la fecha el documento reseñado ha sido calificado por el Registrador que suscribe, basándose en los siguientes fundamentos jurídicos:

Primero. La calificación citada ha sido realizada al amparo de los artículos 18, 66 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Segundo. De dicha calificación resulta los siguientes defectos, que impiden practicar la inscripción del/los derecho/s de préstamo con garantía hipotecaria:

Existen dudas acerca del carácter de la vivienda, ya que si bien se declara habitual no se especifica si lo es de la familia. De ser así, la disposición de derechos sobre la misma requiere el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial (Arts. 9, 18 y 20 de la Ley Hipotecaria, 51 de su Reglamento y 1320 del Código Civil).

Tercero. (...)

Parte dispositiva:

Vistos los artículos citados y demás de aplicación, el Registrador calificador acuerda:

1.º Suspender la inscripción del título calificado por el/los defecto/s antes indicado/s.

2.º Denegar la inscripción de los actos, negocios jurídicos, pactos o estipulaciones indicado/s en el apartado tercero anterior, lo que no impedirá la inscripción del/los derecho/s indicado/s en el apartado segundo, una vez subsanados los defectos que lo impiden.

3.º Proceder a la práctica de las notificaciones previstas en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria.

4.º Hacer constar en el Libro Diario la prórroga del asiento de presentación de este documento conforme al artículo 323 de la citada Ley.

La anterior nota de calificación negativa (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por César Jarabo Rivera registrador/a titular de Registro de El Puerto de Santa María 1 a día veinte de marzo del dos mil veinticinco.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don José Ramón Castro Reina, notario de Cádiz, interpuso recurso el día 27 de marzo de 2025 por escrito en el que alegaba lo siguiente:

«Hechos:

a) De la escritura:

En la citada escritura:

– Se formaliza un préstamo hipotecario a autopromotor de una vivienda declarada en construcción en el número anterior de protocolo, el cual consta presentado a Registro de la Propiedad y, al parecer, inscrito, pues no se ha recibido calificación negativa de dicha escritura. Con anterioridad a ello, la finca estaba inscrita como parcela.

– La prestataria está casada en régimen de separación de bienes, es única prestataria e hipotecante y declara como domicilio uno distinto de la vivienda en

construcción objeto de hipoteca, tanto al reseñar sus circunstancias personales como al indicar un domicilio para notificaciones.

– Del total importe del préstamo, ascendente a trescientos sesenta mil euros (360.000,00 €), se disponen en el acto de la firma de diez mil euros (10.000,00 €) y se prevé que otros doscientos noventa mil euros (290.000,00 €) se dispongan contra certificaciones de obras acreditativas del estado de construcción de la vivienda cuya construcción se financia con dicho préstamo y el resto de sesenta mil euros (60.000,00 €), contra acreditación de haberse finalizado las obras de construcción de la misma y haberse obtenido licencia de primera utilización.

– Se declara que la vivienda hipotecada constituye vivienda habitual.

b) De la calificación registral:

En ella, el señor Registrador suspende la inscripción y señala como defecto que impide la misma que “existen dudas acerca del carácter de la vivienda, ya que se bien se declara habitual no se especifica si lo es de la familia. De ser así, la disposición de derechos sobre la misma requiere el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial (arts. 9, 18 y 20 de la Ley Hipotecaria, 51 de su Reglamento y 1320 del Código Civil.”

c) Fundamentos de Derecho:

1. De la fundamentación de la calificación.

Invoca el señor Registrador diversos artículos.

En concreto, invoca:

– El artículo 9 de la Ley Hipotecaria, relativo a las circunstancias de la persona a cuyo favor ha de practicarse la inscripción, todas las cuales constan en la comparecencia de la escritura de referencia.

– El artículo 18 de la Ley Hipotecaria, relativo a la potestad calificadora del Registrador y a su regulación, que en nada se cuestiona.

– El artículo 20 de la Ley Hipotecaria, relativo a tracto sucesivo y cuya invocación sólo puede ser entendida muy forzosamente en cuanto que referida a la necesaria intervención de todos aquéllos cuyo consentimiento es necesario para la validez del negocio, pues en nuestro caso no hay problema alguno de tracto sucesivo.

– El artículo 51 del Reglamento Hipotecario relativo a las circunstancias y extremos a consignar en la inscripción, cuya vulneración no se entiende, salvo bajo el presupuesto entender necesario consignar en la misma las circunstancias personales del cónyuge de la prestataria e hipotecante, bajo el presupuesto de entender necesario el consentimiento de éste o, alternativamente, la declaración expresa de que la vivienda hipotecada no constituye vivienda familiar de la hipotecante.

– Y el artículo 1320 del Código Civil, que, efectivamente, en su párrafo primero preceptúa: “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 declara que “existen dudas acerca del carácter de la vivienda, ya que si bien se declara habitual no se especifica si lo es de la familia.”

2. De la distinción entre la exigencia de declaración de vivienda habitual y de la exigencia de declaración de vivienda familiar.

A juicio de este notario, la calificación confunde los distintos planos en que se mueven las dos declaraciones citadas.

La declaración de que una vivienda tiene el carácter de vivienda familiar alude a una situación fáctica existente al tiempo del otorgamiento en el que se dispone de derechos

sobre ella. Sólo es vivienda familiar la que tiene dicho carácter al tiempo de disponer de derechos sobre la misma, no la que tuvo dicho carácter, pero ya no lo tiene, ni aquella que se prevé que tendrá dicho carácter, pero aún no lo tiene.

De la escritura calificada y del título de propiedad reseñado en ella y presentado a inscripción como título previo en el mismo Registro resultan datos sobrados para que no quepa duda alguna acerca de la imposibilidad de que la vivienda hipotecada tenga el carácter de vivienda familiar: no es el domicilio invocado por la prestataria e hipotecante como domicilio particular suyo y como domicilio a efectos de notificaciones; la vivienda consta declarada en construcción; el préstamo tiene por finalidad financiar dicha construcción; al tiempo de otorgamiento sólo se pone a disposición de la prestataria el 2,77 % del total del préstamo; el 80,55 % será disponible contra certificaciones de obras acreditativas del estado de la construcción; el 16,66 % será disponible contra acta acreditativa del final de obras y obtención de licencia de primera utilización, de la que carece la vivienda; por este último motivo, no puede ser legalmente utilizada como tal; y, no pudiendo ser utilizada como vivienda, no puede tener el alcance de vivienda familiar.

De todo lo anterior se concluye que la vivienda no sólo no es, porque no puede ser, la vivienda familiar, sino, además, que sólo es vivienda formal y no materialmente, pues ni siquiera existe como tal -ya construida y apta para ser destinada a vivienda- y sólo existe en título y Registro de la Propiedad, siendo su construcción tan incipiente como lo demuestra el porcentaje del préstamo disponible al tiempo de su formalización y, a mayor abundamiento, el hecho, que consta en el título previo presentado a Registro, de contar con Licencia para su construcción de septiembre de 2024, esto es, sólo cuatro meses anterior al otorgamiento de la escritura calificada, tiempo en el que el sentido común dicta no ha podido ser terminada su construcción, como de hecho resulta de haber sido otorgada su declaración en construcción en el número anterior de protocolo al de la escritura cuya calificación se recurre.

Y ello nos lleva a la afirmación contenida en la escritura de que constituye vivienda habitual y al plano en que ésta se mueve. Es evidente que dicha declaración viene motivada por la necesidad de dar cumplimiento a la exigencia de dos artículos de la Ley Hipotecaria: el artículo 21.3 y el artículo 129.2.b), exigencia derivada de su existencia formal como vivienda "en construcción", tanto en escritura como en registro, cuya declaración como tal puede ser efectuada desde que se cuente con licencia de obras, aun cuando no exista la vivienda misma.

Ambos artículos no se refieren a una situación fáctica existente al tiempo del otorgamiento de la escritura por la cual se disponen de derechos sobre la vivienda, a diferencia del art. 1320 CC, sino a una declaración de propósito acerca del destino a dar a la vivienda hipotecada. Lo actual es el propósito, lo futuro el destino. De ahí que, declarada la vivienda en construcción y siendo la misma objeto de hipoteca, aunque la vivienda ni existe como tal en la realidad ni por tanto puede ser vivienda habitual, la declaración efectuada acerca de su carácter habitual no ha de ser entendida nunca como declaración de situación fáctica de presente, sino como declaración de propósito, que es la que corresponde y es exigida a efectos de dar satisfacción a la exigencia de los dos citados preceptos. Por ello, la forma verbal de presente "constituye" no alude a la situación actual, como pretende el Registrador, sino al propósito actual de la otorgante de destinar la vivienda, cuando exista como tal, a vivienda habitual. Esa y no otra es la declaración exigida por los dos artículos citados, cuyo tenor es claro. Así, el primero de ellos dispone: "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." La fórmula verbal empleada en el inciso primero "pretenda atribuirse" no deja lugar a dudas; la presunción del inciso segundo y su referencia al momento de la ejecución de la hipoteca y no de su constitución clarifica aún más ello si fuere necesario. En igual sentido el segundo de los artículos citados, cuando dispone: "La estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la

hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura y deberá señalar expresamente 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 venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución". Idéntica fórmula ("pretenda atribuirse"), idéntica presunción (carácter habitual de la que se declara como tal al constituir la hipoteca, lo sea ya o no en dicho momento) e idéntica referencia de la presunción, para su eficacia, al momento futuro en que se proceda a ejecutar la hipoteca o, en el supuesto del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, a la venta extrajudicial del bien hipotecado. Por lo tanto, la declaración de que la vivienda hipotecada "constituye" vivienda habitual, conforme al espíritu de las dos normas que exigen su referencia a tal extremo, no debe ser interpretada en el sentido de serlo al tiempo de otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario "de facto", sino, como exigen dichas normas "de propósito". Y, de ningún modo, constituye afirmación de que la vivienda (en incipiente construcción, como resulta de la escritura y del título previo presentado) sea la vivienda habitual de la prestataria e hipotecante al tiempo del otorgamiento, como pretende la calificación registral.

Ello, por otro lado, fue ya afirmado por la Resolución de la DGSJyFP de 10 de mayo de 2022. En los fundamentos de Derecho de dicha Resolución, se recoge que la finca hipotecada está inscrita y se describe como local; que se declara que se destina a domicilio habitual del adquirente que, tras las reformas oportunas, se transformará de aquel primer uso en vivienda; que en la parte expositiva "el hipotecante manifiesta que la finca constituye su vivienda habitual; y ambas partes que se concede el préstamo para financiar la compra de vivienda habitual. En las estipulaciones se hace constar que la finca tiene el carácter de vivienda habitual." Es decir, que siendo local, en el momento de formalización del préstamo hipotecario, se dice que "el hipotecante manifiesta que constituye su vivienda habitual" y se hace constar en estipulaciones que "la finca tiene el carácter de vivienda habitual" y todo ello se admite, a sabiendas de haberse reconocido que, para ello, habrán de realizarse reformas, que se van a llevar a cabo de futuro y que transformarán el uso de local a vivienda, lo que claramente desconecta la realidad física y registral de la declaración efectuada, que se proyecta a futuro. Así resulta del hecho, además, de que, tras exponerlo así, dicha resolución concluye diciendo: "A la luz del espíritu y finalidad de las normas protectoras antes referidas, establecidas en favor de quienes hipotecan una finca a la que se pretende atribuir carácter de vivienda habitual, debe concluirse que habrá de pasarse por la manifestación que sobre tal carácter haga el hipotecante, consentida por la parte acreedora (con la trascendencia que tiene respecto de la eficacia y alcance del derecho constituido), de suerte que tal circunstancia de hecho -aunque sea solo intencional o de futuro- quede amparada por la presunción "iuris tantum" establecida en el artículo 21 de la Ley Hipotecaria. La atribución del carácter de vivienda habitual de la finca registral hipotecada puede y debe hacerse constar en la inscripción aunque el cambio de uso de dicha finca no pueda tener acceso en este momento al Registro por precisarse para ello la formalización de la correspondiente escritura en la que se acredite el cumplimiento de la legalidad urbanística y demás normas aplicables para la constancia registral de dicho cambio de uso." De donde se deduce, por lo que aquí interesa: que la declaración de atribuir a una vivienda el carácter de vivienda habitual efectuada por la parte hipotecante y consentida por la parte acreedora ha de aceptarse con la trascendencia que tiene respecto del derecho constituido "aunque sea solo intencional o de futuro"; que tal "atribución" del carácter de vivienda habitual puede y debe hacerse constar en la inscripción; que dicha constancia puede y debe hacerse aun cuando no sea coherente con la descripción registral de la finca, ni con la realidad fáctica de que la finca a la cual se le atribuye tal carácter sea ya o no vivienda y reúna los requisitos legales para ser considerada como tal. En definitiva, lo que ocurre en nuestro caso.

Pero es que, además, así resulta de la práctica diaria. De hecho, la cláusula es impuesta en todo préstamo hipotecario que tenga por garantía una vivienda y, en la

mayoría de los casos ello se da con ocasión de adquirir la vivienda, momento en el cual, por definición y salvo que se venga disfrutando de ella por título distinto al de la propiedad, no puede constituir la vivienda habitual de los hipotecantes, aun cuando así se declare. Y, en este último caso, cuando así se declara, se da por buena dicha declaración, por cuanto se entiende que es una declaración de propósito, que es la exigida por las normas que la imponen, como venimos sosteniendo, y no una declaración de verdad sobre el hecho mismo de constituir la vivienda habitual al tiempo de efectuar la declaración, lo que es imposible por el mero hecho de acabar de ser adquirida la vivienda.

Y concluido ello, en contra de lo que manifiesta la calificación, no hay duda posible. La vivienda constituye vivienda habitual “de propósito”, en el sentido en que exige dicha declaración las dos normas que la imponen, esto es, en el sentido de estar destinada, de propósito, a vivienda habitual, cuando esté concluida su construcción y en el sentido de que ello genere la presunción que se establece en los dos citados artículos en el caso y para el momento de ejecución de la hipoteca o de venta extrajudicial de la vivienda hipotecada. Y, por el contrario, no es vivienda familiar, en el sentido (diverso) referido en el artículo 1.320 del Código Civil, por no ser vivienda apta para ser ya habitada al tiempo del otorgamiento, no ser, en la realidad vivienda, no poder ser destinada a satisfacer las necesidades de habitación y hogar de la prestataria y su familia y, no requerir, por ende, en el momento del otorgamiento declaración alguna al respecto ni, menos aún, consentimiento del cónyuge de la prestataria e hipotecante, puesto que, por definición, mal se puede estar disponiendo de derechos sobre vivienda familiar en dicho momento, que es el momento al que se refiere el citado artículo 1.320 del Código Civil.

Pero, por si ello no bastare, así resulta de la única interpretación posible de la escritura, a la vista del artículo 3 y de los artículos 1281 a 1286 del Código Civil, relativo a la interpretación de las normas y de los contratos, respectivamente.

Así, el primero de ellos dispone que las normas se interpretarán según el sentido literal de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, “atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las mismas.” Con todos los respetos, creo que atender al espíritu y finalidad del artículo 1.320 del Código Civil no es lo que ha ocurrido, pues, en el supuesto de hecho de la escritura objeto de calificación, bajo ningún criterio puede entenderse atendida dicha exigencia. ¿Qué defensa de la vivienda familiar puede haber cuando ésta se encuentra en fase incipiente de su construcción y no puede ser calificada sino formalmente como vivienda, no siendo apta para su uso como tal ni gozando de la preceptiva licencia para tal uso? ¿Porqué [sic] ignorar que la declaración de que constituye vivienda habitual no nos pone en la tesitura de si la misma constituye vivienda familiar o no, habida cuenta que la declaración de su carácter habitual tiene el sentido de dar cumplimiento a las exigencias de los artículos 21.3 y 129.2.b) de la Ley Hipotecaria y que éstos no hablan de situación fáctica actual, sino de pretensión de destino, de propósito?

Y lo mismo cabe decir de los artículos 1281 a 1286 del Código Civil. Así:

“Artículo 1281. Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.”

Es tan evidente que la finalidad de las partes es financiar la construcción de una vivienda, la cual ni existe como tal, ni está acabada, ni cuenta con licencia de primer utilización, ni puede ser legalmente destinada a vivienda ni, por tanto, puede ser en el momento de constitución de la hipoteca vivienda familiar, y es tan evidente que la declaración de que constituye vivienda habitual sólo se ha efectuado para dar cumplimiento a las exigencias de los artículos 21.3 y 129 de la Ley Hipotecaria que, si la declaración efectuada por la hipotecante fuere contraria, en el entender de la calificación, a dicha intención evidente, prevalece esta intención sobre aquella declaración. La

calificación hace lo contrario: se aferra a la declaración de que constituye “vivienda habitual”, le da sentido actual a la declaración y niega el resto de las evidencias de que no puede tratarse de tal, incluida la propia finalidad del préstamo. Todo lo demás declarado en la escritura palidece y carece de valor ante la declaración de habitualidad, aun cuando ésta se interprete en el sentido en que no lo exigen ni resulta coherente con el tenor de las normas que la imponen, lo cual es ilógico.

“Artículo 1282. Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato.”

Todos los actos realizados por los contratantes y, muy especialmente, por la prestataria e hipotecante, demuestran su intención antes declarada de financiar la construcción de una vivienda que todavía no existe. ¿Qué sentido tiene, de lo contrario, entregar en el acto de formalizar el préstamo y constituir la hipoteca una cantidad ínfima del préstamo en relación con su total importe, subordinar la entrega del resto de capital prestado a la acreditación del estado de construcción de la vivienda o a la obtención del final de obras y de la licencia de primera utilización? La operación de préstamo hipotecario misma tiende a financiar la construcción de la vivienda y, por tanto, a la existencia misma de ésta. ¿Cómo pensar que se trata ya, en el momento del otorgamiento, de la vivienda habitual de la otorgante y exigir que se aclare si es la familiar? ¿Cómo pensar que pueda tener este último carácter?

“Artículo 1284. Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto.”

La cláusula por la cual se declara que la vivienda constituye vivienda habitual, en el contexto del contrato de préstamo hipotecario, sólo puede entenderse como una declaración de propósito y no, como se hace en la calificación, como una declaración de situación fáctica de presente, a menos que demos por bueno que se puede vivir en una vivienda en estado incipiente de construcción y, sobre todo, carente de licencia para su uso como vivienda y que el Derecho debe amparar tal situación. Máxime, considerando que las normas que dan entrada a dicha declaración en la escritura exigen la declaración del propósito, cara a una posible ejecución futura y en orden a la presunción que las propias normas establecen y no una declaración de presente. Insisto en lo ya dicho de que la declaración, referida al momento de efectuarse, sería incierta en la práctica totalidad de los casos en que el préstamo hipotecario financia la propia adquisición de la vivienda hipotecada. Y, pese a ello, cuando así se declara, se da por buena dicha declaración, por cuanto se entiende que es una declaración de propósito, que es la exigida por las normas que la imponen, como venimos sosteniendo, y no una declaración de verdad sobre el hecho de constituir la vivienda habitual.

“Artículo 1285. Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.”

Inserta la declaración de constituir vivienda habitual (declaración de la que, al parecer, dimanan las dudas del calificador) en un préstamo para financiar su construcción, sólo se le puede dar el sentido que aquí se sostiene, que es el exigido por las normas que la imponen, incluso en su tenor literal, y no el sostenido en la calificación.

“Artículo 1286. Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato.”

Esto es, una vez más, a fuer de ser reiterativo, cuando se dice “constituye vivienda habitual” se dice como declaración de propósito, que es la exigida por la Ley Hipotecaria, y no como declaración de realidad fáctica. De no ser por la naturaleza del contrato de préstamo hipotecario y por las exigencias de los artículos 21.3 y 129 de la Ley Hipotecaria, tal declaración no sería necesaria y, por ello, su sentido será el más conforme a dicha naturaleza y objeto del contrato. El objeto del contrato es financiar la

construcción de la vivienda y que ésta misma constituya la garantía hipotecaria. El sentido de la declaración que comentamos y que tal contrato requiere no es otro que el de servir de base a la presunción que las propias normas derivan de ella a futuro y de provocar las consecuencias que de tal presunción sigue la propia Ley. Querer derivar otras consecuencias es ignorar el mandato del precepto que invocamos.

Por lo expuesto, solicita sea atendido el presente recurso y resuelta la inscripción pretendida en el Registro de la Propiedad.»

#### IV

El registrador de la Propiedad emitió informe el día 10 de abril de 2025 y elevó el expediente a esta Dirección General.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9, 10, 24, 40, 66, 69, 70, 87.2, 90, 464, 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, 20, 21, 129.2.b), 114 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; 51 y 91 del Reglamento Hipotecario; 148 del Reglamento Notarial; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994, 10 de marzo de 1998, 8 de octubre de 2010, 6 de marzo de 2015, 3 de mayo de 2016 y 27 de noviembre de 2017; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de noviembre de 1987, 16 de junio de 1993, 27 de junio de 1994, 7 de julio de 1998, 4 de marzo de 1999, 16 y 17 de septiembre y 15 y 19 de octubre de 2004, 20 de abril y 23 de mayo de 2005, 20 de enero y 22 de mayo de 2006, 31 de enero y 7 de diciembre de 2007, 11 de febrero de 2008, 22 de julio de 2009, 28 de septiembre y 13 de diciembre de 2010, 5 de enero y 7 de julio de 2011, 26 de noviembre de 2013, 12 y 19 de diciembre de 2017 y 13 de junio y 9 de octubre de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 6 de marzo y 16 de junio de 2020, 28 de octubre y 4 de noviembre de 2021 y 10 de mayo de 2022.

1. Mediante la escritura que es objeto de la calificación impugnada se formalizó un préstamo en favor de una persona casada en régimen de separación de bienes, «para construcción primera vivienda -autopromoción-» y, en garantía de aquél, se constituyó hipoteca sobre determinada finca perteneciente a dicha señora y que ha sido objeto de declaración de obra nueva en construcción en escritura otorgada el mismo día ante el mismo notario. En la escritura se expresa que «la finalidad para la que la parte prestataria ha solicitado a Unicaja Banco este préstamo y a la que se compromete a destinarlo es la construcción/rehabilitación sobre la finca hipotecada». Se añade que, salvo la cantidad de 10.000 euros, el importe ingresado en determinada cuenta de consignación queda inmovilizado de modo que se podrá disponer de 290.000 euros a la presentación de certificaciones de obra y en proporción a la obra ejecutada que de las mismas resulte, y de 60.000 euros «mediante la presentación ante Unicaja Banco de la Certificación del Técnico competente de finalización de las obras conforme al proyecto aprobado y Declaración de Fin de Obra».

En la misma escritura se expresa, en su parte expositiva, «que la finca objeto de hipoteca tiene uso residencial y tiene atribuido el carácter de vivienda habitual». Y, en las cláusulas no financieras relativas a la ejecución de la hipoteca, se añade que «la parte hipotecante manifiesta que el inmueble hipotecado constituye su vivienda habitual».

El registrador suspende la inscripción solicitada porque considera que «existen dudas acerca del carácter de la vivienda, ya que si bien se declara habitual no se especifica si lo es de la familia. De ser así, la disposición de derechos sobre la misma

requiere el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial (Arts. 9, 18 y 20 de la Ley Hipotecaria, 51 de su Reglamento y 1320 del Código Civil)».

El notario recurrente sostiene: a) que la declaración acerca del carácter habitual familiar de una vivienda ha de referirse a su situación fáctica en el momento de disposición de derechos sobre ella, no en el pasado ni en el futuro; b) que de la escritura calificada y del título de propiedad reseñado en ella y presentado a inscripción como título previo en el mismo Registro resultan datos suficientes para que no quepa duda alguna acerca de la imposibilidad de que la vivienda hipotecada tenga el carácter de vivienda familiar: no es el domicilio invocado por la prestataria e hipotecante como domicilio particular suyo y como domicilio a efectos de notificaciones; la vivienda consta declarada en construcción; el préstamo tiene por finalidad financiar dicha construcción; al tiempo de otorgamiento sólo se pone a disposición de la prestataria el 2,77% del total del préstamo; el 80,55% será disponible contra certificaciones de obras acreditativas del estado de la construcción; el 16,66% será disponible contra acta acreditativa del final de obras y obtención de licencia de primera utilización, de la que carece la vivienda; por este último motivo, no puede ser legalmente utilizada como tal; y, no pudiendo ser utilizada como vivienda, no puede tener el alcance de vivienda familiar; c) que la afirmación contenida en la escritura de que constituye vivienda habitual viene motivada por la necesidad de dar cumplimiento a la exigencia de dos artículos de la Ley Hipotecaria: los artículos 21.3 y 129.2.b), que no se refieren a una situación fáctica existente al tiempo del otorgamiento de la escritura por la cual se disponen de derechos sobre la vivienda, a diferencia del artículo 1320 del Código Civil, sino a una declaración de propósito acerca del destino que se dará a la vivienda hipotecada, y d) que, conforme a los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, la única interpretación posible de la afirmación de la otorgante es considerarla una declaración de propósito y no como una declaración de situación fáctica de presente.

2. En relación con las hipotecas constituidas sobre la vivienda habitual de los hipotecantes, con la finalidad de reforzar la protección a los deudores hipotecarios, y mejorar el mercado hipotecario así como los procedimientos de ejecución hipotecaria, con la adecuada protección del deudor, se introdujeron en nuestra legislación determinadas medidas entre las que se encuentran los artículos 21, 114 y 129 de la Ley Hipotecaria.

El primero de ellos dispone en su apartado número 3 lo siguiente: «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 la nueva redacción que al artículo 129 de la Ley Hipotecaria dispuso el artículo 3.Tres de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

La añadidura de un párrafo final en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria se enmarca en este conjunto de medidas, introduciendo una importante limitación en la cuantía y devengo de los intereses de demora, limitación que el precepto acotó con precisión a los préstamos y créditos para la adquisición de vivienda habitual con garantía hipotecaria y que, después de la reforma del precepto por la disposición final primera apartado 2 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, se refiere a los préstamos o créditos concluidos por una persona física que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial.

Ciertamente, como sostiene el recurrente, respecto del cumplimiento de los artículos 21.3 y 129.2 de la Ley Hipotecaria en la constitución de hipoteca sobre una vivienda, es suficiente expresar si se pretende o no atribuir carácter de vivienda habitual del disponente a la finca que se hipoteca, aun cuando en el momento del otorgamiento de la escritura no tenga todavía tal carácter. Como puso de manifiesto este Centro Directivo en Resolución de 10 de mayo de 2022, a la luz del espíritu y finalidad de las normas protectoras antes referidas, establecidas en favor de quienes hipotecan una finca

a la que se pretende atribuir carácter de vivienda habitual, debe concluirse que habrá de pasarse por la manifestación que sobre aquel carácter haga el hipotecante, consentida por la parte acreedora (con la trascendencia que tiene respecto de la eficacia y alcance del derecho constituido), de suerte que tal circunstancia de hecho -aunque sea solo intencional o de futuro- quede amparada por la presunción «iuris tantum» establecida por el artículo 21 de la Ley Hipotecaria. La atribución del carácter de vivienda habitual de la finca registral hipotecada puede y debe hacerse constar en la inscripción aunque por ejemplo -como ocurría en el caso analizado en dicha resolución- el cambio de uso de dicha finca -de local a vivienda- no pueda tener acceso en ese momento al Registro por precisarse para ello la formalización de la correspondiente escritura en la que se acreditara el cumplimiento de la legalidad urbanística y demás normas aplicables para la constancia registral de dicho cambio de uso.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la manifestación a que se refieren los citados artículo 21 y 129.2 de la Ley Hipotecaria puede no ser suficiente a los efectos del cumplimiento de otras normas que establecen una singular protección de la vivienda familiar en situación de normalidad matrimonial, como son las de los artículos 1320 del Código Civil y 91 del Reglamento Hipotecario, toda vez que puede no coincidir domicilio o vivienda habitual del disponente con el domicilio o vivienda habitual de la familia (cfr. Resoluciones de 28 de octubre y 4 de noviembre de 2021, entre otras).

En el presente caso la objeción expresada por el registrador en su calificación se refiere a estas últimas normas.

A tal efecto, 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).

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.

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.

3. 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.

4. 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 1.406.4.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.

Así, 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.

5. Para resolver la cuestión planteada en el presente caso debe tenerse en cuenta que la finalidad de la norma del citado artículo 1320 del Código Civil es proteger la vivienda que es la habitual de la familia al tiempo del acto dispositivo y no la que vaya a ocuparse con tal carácter en el futuro. Con tal disposición legal se trata de impedir que, por la voluntad unilateral del disponente, sea privada la familia de la vivienda en que se desarrollan las actividades y relaciones que son propias de aquélla.

De la escritura calificada y del título previo resulta que uno de los cónyuges declara una obra, en fase inicial de su construcción, sobre un terreno privativo y manifiesta (a los efectos de lo establecido en los citados artículos 21 y 129.2 de la Ley Hipotecaria, como se infiere de la redacción de dicho título) que va a constituir su vivienda habitual y simultáneamente la hipoteca en garantía de un préstamo que tiene por finalidad la construcción de la vivienda y del cual se dispondrá previa presentación de certificaciones de obra y en proporción a la obra ejecutada que de éstas resulte.

Debe concluirse, por ello, que esa declaración relativa al destino futuro de la vivienda cuya construcción -in fieri- se declara no justifica la exigencia expresada por el registrador sobre la intervención del otro cónyuge asintiendo la constitución de la hipoteca, pues se trata de una finca que, en el momento del otorgamiento de la escritura, no es apta para constituir vivienda habitual.

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, 6 de junio de 2025.-La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.