

II. Resoluciones de la Dirección General

Por PEDRO AVILA ALVAREZ y
FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

*RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y
DEL NOTARIADO DE 17 DE DICIEMBRE DE 1987 («BOE» DE 2 DE
FEBRERO).*

Resumen de su doctrina:

- Aun faltando en la enajenación de una vivienda la manifestación de no ser ésta vivienda habitual de la familia, no puede negarse la inscripción de la enajenación si de otro modo se justifica fehacientemente dicha circunstancia.
- El que tiene poder por Ley —y lo mismo se diga del apoderado voluntario— para vender una finca, tiene también poder para hacer la manifestación de que dicha finca no constituye la vivienda habitual de la familia del vendedor.

A) *Antecedentes de hecho.*—Son bien simples: En escritura de compraventa de una finca urbana propiedad privativa de un cónyuge, otorgada en 1985 por el apoderado (según escritura de poder de 1981) del propietario, se manifestó por dicho apoderado que la citada finca no era el domicilio conyugal (*sic*) del propietario.

B) *Nota del Registrador.*—Presentada la escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad acompañada de la escritura de poder, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del título precedente por *no hacerse personalmente por el disponente* la manifestación del artículo 1.320 del Código Civil, de no constituir la vivienda vendida la habitual de los cónyuges». Fecha y firma.

C) *Recurso.*—El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo con la nota transcrita alegando para su revocación, en sustancia, lo siguiente:

1. El artículo 1.320 del Código Civil no se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de la representación porque admitida ésta como regla general en materia de declaraciones con eficacia jurídica, no es necesario aplicar el principio en cada negocio o declaración concreta.

2. Tampoco se deduce la excepción a la regla general de admisibilidad de la naturaleza jurídica de la declaración discutida, que puede concretarse así:

Desde el punto de vista del comprador: el derecho del cónyuge actuaría en el tráfico como una carga oculta, y para impedirlo, el artículo 1.320, 2, preconstituye una prueba de la inexistencia de la carga a favor del comprador de buena fe, o sea, que para éste la declaración del vendedor tiene un efecto preventivo de la evicción.

Desde el punto de vista del vendedor: éste no emite una declaración de voluntad, sino que constata mediante una declaración de ciencia, un hecho externo a él y perceptible por cualquiera.

Desde el punto de vista del apoderado: éste está obligado en nombre del vendedor a la entrega y saneamiento de la cosa vendida (art. 1.461), entrega que debe otorgar la posesión (art. 1.474).

3. Es extraño que se rechace en la nota la declaración del artículo 1.320 y no se siga el mismo criterio respecto a las declaraciones (también contenidas en la escritura calificada) referentes a la inexistencia de arrendamientos y cargas (arts. 55, 2, de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 175 del Reglamento Notarial) que son de naturaleza similar a la de aquélla.

4. No cabe aplicar aquí por analogía el criterio restrictivo de la representación que se aplica, v.gr.:

a) A las declaraciones o derechos personalísimos en que puede acudirse a la figura del nuncio, porque aquí, como el domicilio es variable y la previsión del artículo 1.320 se refiere al momento de la venta, aunque el poder contuviera la declaración del vendedor al respecto, la garantía del comprador exige que el apoderado que utiliza el poder años después de su otorgamiento realice independientemente su declaración.

b) A la confesión (art. 1.231 del Código Civil) porque aquí no se trata de hechos personales del confesante, sino de hechos externos o que no afectan sólo al declarante.

5. De la letra del artículo 1.320 se deduce que el legislador está pensando en la posible intervención de un tercero (apoderado) porque prevé al lado de la falsedad, el error y nadie se equivoca sobre cuál es el domicilio habitual de su familia.

D) *Informe del Registrador*.—Este alegó en defensa de su nota, en sustancia, lo siguiente:

- La declaración que se discute no admite la representación: la posesión del colectivo familiar, como cualquier otra, puede ser controvertida (art. 445 del Código Civil) y aun sin contienda en muchos casos sólo puede ser apreciada por el propio disponente.
- Admitiendo la representación aumentan las posibilidades de error porque cabe que después de otorgado el poder, el poderdante (ignorándolo el apoderado) cambie de domicilio o de estado civil. Y haciendo la declaración el propio disponente no sólo disminuye el riesgo de error, sino que se pueden imputar claramente al causante del mismo las responsabilidades que se deriven.

- No hay similitud entre la declaración que nos ocupa y las referentes a la situación arrendaticia de la finca o a su estado de cargas porque el arrendamiento puede ser percibido por el apoderado y el posible error o falsedad en cuanto a él no afecta a la eficacia del negocio, y el estado de cargas es constatable por la simple publicidad del Registro.
- Los poderes han de interpretarse restrictivamente sin que en ellos quepa aplicar el aforismo «quien puede lo más, puede lo menos», ni entenderse comprendidas determinadas facultades, como la de fijar un presupuesto del negocio (caso del recurso), máxime si el poder fue concedido antes de la entrada en vigor del artículo 1.320.

E) *Auto presidencial*.—El Presidente de la Audiencia Territorial confirmó la nota registral fundándose en que la representación no puede abarcar las meras declaraciones de conocimiento, sobre todo cuando el negocio afecta al interés de la familia, y en que si bien la transmisión puede hacerse por medio de representante, la declaración que nos ocupa deberá estar, como en todo negocio de familia, especialmente prevista y ordenada por el representado, cosa que no sucede en este caso, en el que el poder no contiene instrucciones al respecto.

F) *Apelación*.—El Notario recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que es posible prestar por representación declaraciones de conocimiento insertas en el negocio y que producen efectos jurídicos, y así, el artículo 1.709 del Código Civil incluye el mandato representativo. 2.º Que el interés familiar solamente restringe la representación en algunos supuestos concretos, y, por tanto, en la regulación del artículo 1.320 del Código Civil, es el párrafo 1.º el que protege el interés de la familia del disponente, y en el párrafo 2.º se dirige a proteger el interés del adquirente y, en definitiva, el tráfico negocial. 3.º Que la falta de instrucciones del mandante no produce en el artículo 1.719 del Código Civil insuficiencia de poder, ya que en su párrafo 2.º prevé cómo debe actuar el mandatario en tal caso.

G) *Doctrina de la Dirección General*.—Vistos los artículos 1.320 del Código Civil; 18 de la Ley Hipotecaria; el del Reglamento Hipotecario; 156, 4.º y 6.º; 162, y 175, del Reglamento Notarial; 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y 91 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, la Dirección General sienta la siguiente doctrina:

1. En el supuesto del presente recurso, el Registrador calificador sostiene que la manifestación prevenida en el artículo 1.320 del Código Civil, en el caso de enajenación de vivienda privativa por vía de representación, ha de ser hecha personalmente por el cónyuge titular sin que baste la formulada por el representante. Sin embargo, ha de tenerse presente que el citado precepto no exige manifestación alguna positiva o negativa para la validez de la enajenación; ésta dependerá en cuanto al extremo que ahora se debate, de la no concurrencia de la circunstancia de ser la vivienda transmitida la habitual de la familia o, en otro caso, de la observancia del consentimiento o autorización pertinente. Aquella manifestación se prevé únicamente como un instrumento de protección del tráfico, de potestativa utilización por los contratantes, y que permite mantener al adquirente de buena fe en su adquisición, aun cuando la manifestación fuere errónea o falsa. Por tanto, no es el artículo 1.320 del Código Civil

el que puede fundar la nota recurrida, sino, en su caso, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, que aun cuando trae causa de aquél, preceptúa la concurrencia de esa manifestación negativa con finalidad diferente. Efectivamente, esta norma reglamentaria trata de obviar la dificultad calificatoria 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 (art. 18 de la Ley Hipotecaria); con la exigencia de esa manifestación negativa —dadas las repercusiones que para su autor se desencadenarían en caso de falsedad— se obtiene garantía suficiente, a los solos efectos de practicar la inscripción, de la no concurrencia de aquella circunstancia y consiguiente validez del acto dispositivo unilateral; es, pues, porque permite presumir la validez del acto a efectos registrales y no porque el adquirente quede definitivamente protegido, por lo que este precepto reglamentario exige la manifestación negativa para acceder a la inscripción; así, aun faltando esa manifestación no podría negarse el asiento si de otro modo se justificase fehacientemente que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia.

2. Debe entenderse, si no se quiere dificultar el tráfico injustificadamente, que quien tiene poder por Ley —y lo mismo debe concluirse respecto al apoderado voluntario— para vender una finca, tiene también poder para realizar, por el representado, las declaraciones que ordinariamente han de realizar los vendedores, conforme al Código y a la legislación notarial y registral, a fin de que el acto de la venta sea debidamente escriturado e inscrito. Entre estas declaraciones puede estar la expresión de la casa que constituye la residencia habitual del representado (cfr. arts. 156, 4.º y 6.º, y 162, del Reglamento Notarial) y otras relativas a la finca misma, entre las que debe destacarse ahora «la designación de las cargas o gravámenes y, en general, la de toda clase de responsabilidad a que puedan estar afectos los bienes objeto del contrato» (cfr. art. 175 del Reglamento Notarial). Por lo mismo deben también incluirse otras declaraciones, como la que prevé el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, pues se refiere a una situación que, por su naturaleza, no debe tener, para el acto de la venta y para los terceros, mayor relevancia que las cargas reales; como habría de incluir incluso las relativas a la situación arrendaticia de la finca vendida (cfr. arts. 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 91 de la Ley de Arrendamientos Rústicos), a pesar de la posible mayor trascendencia que para el adquirente tendría la falsedad de la declaración.

H) *Resolución.*—La Dirección General resuelve:

Estimar el recurso interpuesto, revocando el auto apelado y la nota del Registrador.

COMENTARIO.—I. Cuando en el panorama jurídico español apareció en 1981 por primera vez la norma protectora de la estabilidad del hogar familiar, los Registradores se encontraron con que había que cumplir un precepto carente de desarrollo reglamentario y ante la dificultad de probar si cada piso vendido es hogar familiar o no, para exigir o no la actuación de ambos cónyuges en la enajenación, interpretaron el párrafo 2 del artículo 1.320 del Código Civil como si dijera: Para la disposición por el cónyuge propietario sin consentimiento del otro, *bastará* la manifestación de aquél de no constituir el inmueble vendido la vivienda habitual

de la familia; con tal manifestación, el adquirente de buena fe será mantenido en su adquisición, aunque aquélla resulte errónea o falsa. Con ello, claro está, no se excluía ni la posibilidad de probar por otros medios (excluyendo, creo yo, los documentos privados y las declaraciones testificales) la circunstancia de no tener el carácter de vivienda habitual de la familia, ni la validez de la escritura sin manifestación alguna al respecto, ni la plena inscribibilidad de esta escritura completada con la prueba (referida a la fecha de aquélla) de la indicada circunstancia.

La aludida orfandad reglamentaria duró hasta el 12 de noviembre de 1982, en que se introdujo un párrafo en el artículo 91 del Reglamento Hipotecario para dispensar del consentimiento del cónyuge no propietario en su redacción (permitía, según su letra, cuando el inmueble «constituía la vivienda habitual de la familia. 2) Cuando aun no justificándose dicha circunstancia el disponente manifestare que concurre. Tal precepto nos pareció perfectamente ortodoxo, aunque no dejaba de tener algún defecto en su redacción (permitía, según su letra, cuando el inmueble «constituye la vivienda habitual de la familia», declarar o justificar que no tiene tal carácter, queriendo, sin duda, referirse al caso de que el inmueble *pudiera constituir* tal vivienda).

Pero por razones políticas que no es procedente comentar ahora, en 1984, por Real Decreto de 10 de octubre, se dio nueva redacción al precepto reglamentario, y de aquellos polvos vienen estos lodos, porque a cambio de corregir aquel defecto, se mutiló la posibilidad de justificar que la vivienda no tiene el carácter de habitual de la familia y se dejó como única solución la manifestación del disponente.

Y no se trata de alancear ahora a moro muerto porque en 1985 (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto, pág. 1080: «La reforma de la reforma»), comentando la reforma de 1984, escribí: «Entendemos que la reforma se ha excedido un tanto... o varios tantos. El Código Civil lo que viene a decir es que la declaración del disponente es bastante a efectos de tercero de buena fe, pero no que aun demostrándose el 'no carácter' de vivienda habitual de la familia, del inmueble de que se trate haya de exigirse la declaración del disponente (en defecto de consentimiento conyugal o autorización judicial). Si se demuestra que el inmueble no tiene aquel carácter, no es aplicable el artículo 1.320 del Código Civil ni es justificable la exigencia del novísimo artículo 91, 1».

Ahora bien, ¿puede reprocharse al Registrador del caso que nos ocupa demasiado apego a la letra del artículo 91, 1, y olvido del Código Civil? A mi juicio, no. Posiblemente su discurso fue (o pudo ser): Ya que no acreditáis que la vivienda no sea familiar, baste la manifestación al respecto, pero, al menos, que ésta sea formulada por el propio disponente para que si es falsa o errónea, sea él quien sin escapatoria posible cargue con las consecuencias. Y este discurrir no parece rechazable de plano.

Pero también sería exagerado afirmar que la Dirección General en esta resolución se ha apresurado a rectificar el artículo 91, 1, del Reglamento Hipotecario sin ser llamada a ello. Y digo que sería exagerado:

1.º Porque no puede hablarse de apresuramiento cuando el texto reglamentario dicho lleva ya dos años de vigencia...

2.º Porque no lo rectifica, sino que lo interpreta.

3.º Porque la nota calificadora, a pesar de mi «interpretación» dada anteriormente, también puede entenderse en el sentido de que da como

única solución la manifestación personal de no constituir el piso vendido la vivienda habitual de la familia.

Así, pues, no es inoportuno que la resolución sienta la que yo considero buena doctrina, que se hallaba contenida en el antiguo artículo 91, 1, y que hoy habrá que buscar al final del fundamento 1 de la resolución que nos ocupa: Aun faltando la manifestación negativa, no podría denegarse la inscripción si (de otro modo) se justificase fehacientemente que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia.

Pero interesa aclarar cierta aparente contradicción que se observa entre dos pasajes del mismo fundamento 1. Por un lado, se afirma que la manifestación negativa «permite mantener al adquirente de buena fe en su adquisición, aun cuando la manifestación fuera errónea o falsa». Y, por otro lado, declara que el precepto reglamentario exige la manifestación negativa para acceder a la inscripción, «porque permite presumir la validez del acto a efectos registrales y no porque el adquirente quede definitivamente protegido». Y digo contradicción aparente porque en la última frase lo que quiere indicarse es que el precepto reglamentario exige un requisito para la inscripción, no un requisito para la protección que deriva de otro precepto (art. 1.320, 2) y puede obtenerse sin inscripción.

II. El fundamento 2 es el que en realidad viene a resolver el problema planteado, a saber: si la manifestación negativa que venga a efectos registrales a eximir de la prueba de que el piso transmitido no es la vivienda habitual de la familia, ha de ser hecha por el mismo disponente o cabe que se formule por un apoderado, aunque a éste se le haya conferido la representación en estas circunstancias:

- 1.º Con carácter general y sin instrucciones concretas al respecto.
- 2.º Con varios años de antelación al momento de la transmisión.
- 3.º Cuando aún no se hallaba vigente el actual artículo 1.320 del Código Civil.

A) Para resolver el problema, la resolución no atiende al carácter excepcional de la representación en Derecho de familia porque aquí no se trata de un acto o negocio de tal carácter, sino del reconocimiento de un hecho o situación de los que se deducirán consecuencias en la regulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, lo cual es bastante distinto. Tampoco acude al aforismo *potest facere per alium quod potest facere per se ipsum* ni al argumento (que también aparece en los informes) de que «quien puede lo más, puede lo menos», sino que se apoya, sin citarlo, en otro aforismo: «quien quiere el fin, quiere los medios» (quien quiere la venta, en este caso el poderdante, quiere también los trámites y declaraciones necesarios u ordinarios en las ventas, según la terminología de la resolución), así como en el argumento *a simili*.

Pero he de confesar que no encuentro gran similitud entre la declaración o manifestación que nos ocupa y las otras a que se refiere la resolución: las de los artículos 156 y 162 del Reglamento Notarial, la del artículo 175 del mismo Reglamento y las de los artículos 55 y 91 de las Leyes de Arrendamientos Urbanos y Rústicos, respectivamente. En efecto: Las normas citadas del Reglamento Notarial tratan de que se fijen los elementos personales del acto o negocio y no de proteger directamente

a personas determinadas. Y en cuanto a las restantes, ni el titular de la carga queda perjudicado por la declaración errónea o falsa del vendedor respecto a la existencia de aquélla ni el arrendatario pierde su derecho de tanteo porque se omita la existencia del arrendamiento; en cambio, el cónyuge no propietario puede verse en la calle si la declaración del otro es falsa.

Por otra parte, en los casos que la resolución considera equiparables, la facultad dispositiva del propietario del bien no está influida por la existencia de la carga o del arrendamiento: existan o no éstos, la facultad de disponer es la misma; en cambio, en el caso que nos ocupa, el cónyuge propietario con su sola manifestación falsa se evade de la limitación que el párrafo 1 del artículo 1.320 le impone.

Por ello no parece descabellada la exigencia de que una declaración tan trascendente humana, social y jurídicamente, se formule personalmente por el cónyuge para que éste se responsabilice de la declaración directamente y no se diluya la responsabilidad de una declaración falsa entre el propietario-poderdante (que no advirtió), el apoderado (que no pidió instrucciones) y acaso el sustituto de éste (que se limitó a firmar)...

Las circunstancias que, según he dicho, concurren en este caso en el poder (carácter general, excesiva antelación, anterioridad a la vigencia del artículo 1.320), ¿agravan la situación? Lo único que podría decirse es que no puede sentarse la presunción que cabría con poder de distintas características (especial, de fecha cercana al acto representativo y posterior a la vigencia del art. 1.320): que cuando el propietario por sí solo apodera para la venta es porque considera que está facultado para vender por sí solo y que, por tanto, no se trata de vivienda familiar. Pero sobre no ser segura esta presunción, no podría fundarse en ella una responsabilidad del propietario si la vivienda resultase hogar familiar.

B) La resolución alude en el fundamento 2 a un argumento de índole práctica en el que conviene insistir: el de la dificultad que implicaría para el tráfico negar eficacia a la declaración del apoderado. En efecto, con la exigencia de la manifestación personal del propietario desaparecería la posibilidad de acudir para la enajenación de viviendas privativas de personas casadas al mecanismo tan útil de la representación (o, al menos, de la concedida con carácter general), so pena de recargar aquélla con los gastos e incomodidades de tres escrituras: la de compraventa, la previa de poder y la de manifestación del propietario. Y como esta manifestación no podría ser anterior a la venta (porque siempre cabría que entre la manifestación y la enajenación, la vivienda pasase a ser familiar) ni posterior (porque se haría al adquirente correr el riesgo de que resultase que la manifestación no pudiera formularse sin falsedad, si bien cabría la investigación del adquirente al respecto) habría de ser ¡simultánea!, es decir, que sería necesaria la intervención del poderdante en la venta, que es lo que se trataba de obviar con el conferimiento de la representación...

Parece, pues, según todo esto, que nos colocamos ante un dilema: o exigimos el «personalismo» en la declaración (con lo que indirectamente aumentamos la protección al cónyuge no propietario y disminuimos la facilidad del tráfico) o permitimos la sustitución en la declaración (con lo que facilitamos el tráfico y podemos disminuir la protección al cónyuge).

III. No quisiera terminar este comentario sin hacer tres observaciones: a la resolución, a la escritura y al informe registral, respectivamente.

1) Se afirma en el fundamento 1 que el artículo 1.320 «no exige manifestación alguna positiva o negativa para la validez de la enajenación». Y esto es cierto; pero como la que nos interesa es la notarial, se me ocurre preguntar: ¿Es que la actuación del Notario podrá ser tan aséptica, tan... descomprometida, y su calificación tan escasa, que no indague si se trata o no de vivienda familiar habitual para determinar técnicamente a quien o quienes corresponde la facultad dispositiva y expresar en la escritura su juicio? Claro que tal juicio del Notario puede faltar porque previamente determine que lo vendido *no puede constituir* vivienda familiar; pero entonces no estaríamos en el ámbito del artículo 1.320 ni, por ende, del artículo 91, 1, del Reglamento Hipotecario.

2) No me parece acertado que se indique en la escritura calificada que la finca que se vende no es el domicilio conyugal del propietario, porque lo que se exige para la disposición «unilateral» es que la vivienda no sea la habitual de la familia, y creo que no son sinónimas las expresiones «vivienda familiar» y «domicilio conyugal». Y es fácil que en el supuesto de anormalidad del matrimonio, el declarante entienda que la vivienda ya ha dejado de ser el domicilio conyugal, aunque siga siendo el domicilio de la familia, antes que cese la aplicabilidad del artículo 1.320 y empiece la del 96 del Código Civil. Y, en todo caso, no se ve la utilidad de sustituir la expresión legal y reglamentaria por la que ahora critico.

3) Conviene hacer una puntualización acerca de la afirmación del Registrador respecto a la especificación de facultades en los poderes para venta («todo poder de venta —dice— debe contener especificadas determinadas facultades»), en relación con la interpretación restrictiva que propugna los poderes en general.

Es indudable que, como se lee en las Instituciones de Justiniano, *is, qui exequitur mandatum, non debet excedere finem mandati*, y que, como dice la Resolución de 29 de septiembre de 1965, «todo poder debe ser interpretado con sumo cuidado a fin de impedir que por averiguaciones más o menos aventuradas tenga lugar una extralimitación por parte del apoderado en las facultades que se le han confiado, que ocasione perjuicios a los mandantes, y por eso los funcionarios encargados de autorizar esta clase de escrituras deberán poner la máxima atención en la redacción de sus cláusulas para que aparezcan con indudable claridad y se reflejen bien los actos que pueden realizarse y los límites que al apoderamiento han querido, en su caso, establecerse».

Pero hay que tener en cuenta que las escrituras de poder suelen recargarse, ante el temor de que se queden cortas, con cláusulas... o especificaciones que no son necesarias, pero que a fuerza de repetirse por inercia llegan a parecer imprescindibles. Ahora bien: su falta no debe llevarnos a la conclusión de que no han querido concederse las facultades a que se refieren. V.gr.: una cláusula que no suele faltar es la final de «otorgar y firmar los documentos públicos y privados necesarios o convenientes a los fines de este poder». ¿Es que puede entenderse, si falta esta cláusula en el poder para vender, que sólo se autoriza para vender verbalmente? Sería absurdo aquí decir que el poder ha de interpretarse restrictivamente.

Pero el estudio detallado de este punto nos llevaría muy lejos y tampoco sería muy oportuno aquí, por lo que hago punto final.

PEDRO AVILA ALVAREZ