

II. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO

ES SUFICIENTE LA SOLICITUD DEL TITULAR INSCRITO ACOMPAÑADA DE LA SENTENCIA DESESTIMATORIA DE TERCERÍA INTERPUESTA POR UNO DE LOS CÓNYUGES ADQUIRENTES POR COMPRA CONJUNTA CON PACTO DE SOBREVIVENCIA (artículos 61 y 62 de la Compilación catalana) FRENTE A EJECUCIÓN SEGUIDA CONTRA EL OTRO CÓNYUGE COMPRADOR POR SU MITAD INDIVISA; PARA RECTIFICAR LA INEXACTITUD RESULTANTE DE HABERSE INSCRITO LA ESCRITURA DE VENTA JUDICIAL QUE FINALIZÓ EL JUICIO EJECUTIVO CON LA CARGA DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA DERIVADA DEL PACTO DE SOBREVIVENCIA QUE EN ELLA SE MANTENÍA, DADO QUE AQUELLA SENTENCIA ESTIMÓ —ACERTADAMENTE—QUE AL CONSUMARSE LA ADJUDICACIÓN SE EXTINGUÍA EL PACTO DE SOBREVIVENCIA.

Resolución de 29 de diciembre de 1977 (B. O. del E. de 24 de enero de 1978).

Antecedentes de hecho.—Don Francisco Murió Jansá interpuso demanda de juicio ejecutivo el 11 de agosto de 1969 contra don Miguel Güell Catalá, que se tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona, por virtud del cual se trabó embargo sobre la mitad indivisa de una finca urbana situada en Palamós, propiedad del ejecutado, correspondiendo la propiedad de la otra mitad indivisa a su esposa, doña Rosa Puig

Crosa, habiendo adquirido ambos cónyuges la finca por mitad y pro indiviso, pactando la cláusula de sobrevivencia, mediante la cual, al fallecimiento de uno de ellos, la mitad perteneciente al cónyuge premuriente pasaría a acrecer la parte del sobreviviente; dictada sentencia de remate, se procedió por vía de apremio a la adjudicación indivisa de la finca embargada al ejecutante, una vez realizadas las subastas y demás trámites procesales pertinentes, momento en el que comparece en autos la esposa del señor Güell, doña Rosa Puig Crosa, promoviendo por medio de juicio declarativo de menor cuantía la nulidad de actuaciones con deducción de tercería de dominio, basándose en el pacto de sobrevivencia estipulado con su esposo al adquirir la propiedad de la finca; el mismo Juzgado de Primera Instancia número 1 tramitó el nuevo procedimiento como pieza separada, dictando sentencia el 29 de mayo de 1973 por la que se desestima la demanda de doña Rosa Puig y se alza la suspensión del juicio ejecutivo acordado; esta sentencia fue recurrida correspondiendo su trámite a la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial que dictó nueva sentencia el 7 de marzo de 1974 confirmando la apelada y en las que tanto en una como en otra se declara la extinción en cuanto a la mitad indivisa embargada del pacto de sobrevivencia; seguido el juicio ejecutivo, se aprobó la adjudicación al ejecutante otorgándose escritura de compraventa que fue autorizada el 3 de abril de 1975 por el Notario—designado por turno—don Bartolomé Masoliver Ródena, por la que el Juez del Juzgado de Instrucción número 1 como Decano de los de Barcelona vende al recurrente don Francisco Murió Jansá la mitad indivisa de la finca urbana en litigio con la carga derivada del pacto de sobrevivencia establecido a que ya se ha hecho referencia.

Presentada en el Registro de la Propiedad de La Bisbal primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Inscrito el precedente documento en el tomo 1739 del archivo, libro 65 de Palamós, folio 201, finca 442 quintuplicado, inscripción 18.ª, sujeta a la condición resolutoria de que el señor don Miguel Güell Catalá premuera a su esposa, doña Rosa Puig Crosa, derivada del pacto de sobrevivencia, entre ellos pactado al adquirirla.—La Bisbal, 16 de diciembre de 1975.

El señor Murió Jansá, en instancia de 20 de enero de 1976 dirigida al señor Registrador, a la que acompaña las dos sentencias antes indicadas, solicitó se dejase sin efecto la nota y se cancelase la condición resolutoria, siendo calificada con la siguiente nota: «Denegada la cancelación solicitada en la precedente instancia por las razones siguientes:

Primera.—Haberse practicado la inscripción en virtud de la escritura pública de compraventa autorizada en Barcelona el 3 de abril de 1975, por el Notario don Bartolomé Masoliver Ródenas, en cuya estimulación 3.ª, se pactó expresamente que la mitad indivisa vendida se transmitía con la carga de la condición resolutoria derivada del pacto de sobrevivencia establecido por los cónyuges don Miguel Güell Catalá y doña Rosa Puig Crosa.

Segunda.—No puede afirmarse, como se hace en la instancia, que el pacto de sobrevivencia sólo empieza a tener valor legal y efectividad cuando muera uno de los cónyuges, y no en vida de ambos, por ser contrario al artículo 63 de la compilación del Derecho Civil especial de Cataluña, que regula precisamente el régimen de los bienes comprados con pacto de sobrevivencia durante la vida de los dos esposos.

Tercera.—Si bien parece que las sentencias cuyas fotocopias se acompañan dan preferencia a los intereses de los acreedores frente a los particulares de los cónyuges, no declaran la nulidad o extinción del pacto, ni ordenan expresamente su cancelación, por lo que no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Teniendo los defectos apuntados el carácter de insubsanables no se toma anotación preventiva.

La presente nota se extiende con conocimiento y conformidad del otro Registrador titular, don Toribio de Prado Alcalá.—La Bisbal, 14 de febrero de 1976.

Don Francisco Murió Jansá interpuso recurso gubernativo contra la anterior cualificación y alegó: que en la compra con pacto de sobrevivencia no existe una verdadera condición resolutoria, ya que la muerte no opera como cumplimiento de condición, sino que más bien puede configurarse como una especie de heredamiento mutuo, regulado por la Compilación catalana, circunscrito en este caso a una finca en el que la muerte de uno de los cónyuges determina la adquisición por el sobreviviente; que, en cambio, la condición resolutoria supondría, normalmente, la extinción de un derecho en vida de su titular; que el hecho de que el Notario califique como condición resolutoria un pacto de sobrevivencia, no altera la naturaleza del negocio jurídico en sí; que de la sentencia dictada por la Audiencia Territorial el 7 de marzo de 1974 se sigue que en el pacto de sobrevivencia no existe ni puede existir condición resolutoria; que ni el artículo 63 de la Compilación, ni los demás concordantes pueden suponer un obstáculo a la acción de los acreedores de uno de los cónyuges, durante el matrimonio, pues de ser así el marido comerciante habría encontrado el sistema de defraudar a sus acreedores y conservar su patrimonio, utilizando el pacto de sobrevivencia para dejar de cumplir sus obligaciones; que no es de aplicación en nuestro caso el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, ya que no se trata de cancelar ningún gravamen, ni suplir el consentimiento de un titular registral, sino de dar cumplimiento a una sentencia firme e inscribir un título translativo de dominio otorgado conforme a todas las normas procesales vigentes.

El Registrador informó que la inscripción de la adjudicación de la mitad indivisa de la finca objeto de este recurso a favor del recurrente se practicó en virtud de la escritura pública de 3 de abril de 1975 otorgado por el Juez de Primera Instancia Decano y por el ahora recurrente ante el Notario nombrado de oficio señor Masoliver Ródenas, en cuya estipulación tercera se formalizó la adquisición de dicha mitad indivisa sujeta a la condición resolutoria que entrañaba el pacto de sobrevivencia cuya cancelación se solicitó y denegó después; que así pues la modelación jurídica y formalización de la adjudicación se efectuó con la intervención y aprobación del recurrente en la escritura pública referida como es notorio y evidente; que en todo caso es indiscutible que por una simple instancia no se puede modificar ni enervar por una de las partes unilateralmente una situación jurídica creada con toda legalidad en un instrumento público, por impedirlo el principio de titulación auténtica que impone el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria; que el pacto de sobrevivencia origen del recurso es una institución genuina del Derecho consuetudinario catalán cuyos efectos jurídicos no se pueden estudiar prescindiendo del juego propio de las condiciones, ya que la sobrevivencia de uno de los cónyuges

es un hecho futuro e incierto a cuyo acaecimiento subordinan las partes la adquisición de la totalidad de la cosa comprada, y este acaecimiento o cumplimiento de condición, producirá un efecto suspensivo respecto de la parte que haya sobrevivido y otro resolutorio respecto de la parte que hubiera premuerto, y esto debido al doble juego o doble vertiente que puede apreciarse en toda condición, doctrina implícitamente reconocida en los artículos 1.113 y 1.114 del Código Civil y desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las sentencias de 22 de diciembre de 1944 y 7 de mayo de 1974; que en nuestro caso fue el mismo recurrente, otorgante de la escritura de 3 de abril de 1975, el que calificó y aceptó la condición resolutoria del pacto de sobrevivencia que ahora impugna; que los artículos 61 y 62 de la Compilación catalana que regulan el pacto de sobrevivencia no se refieren expresamente a la posibilidad de que los acreedores particulares de uno de los cónyuges puedan realizar o ejecutar los bienes comprados con pacto de sobrevivencia, para cobrar sus deudas, por lo que aplicando las reglas de la hermenéutica podría llegarse a dos interpretaciones distintas: una negativa según la cual los acreedores no podrían ejecutar estos bienes y otra positiva que permitiría esta ejecución; que abona la primera interpretación el hecho de que el artículo 61, al disponer la afección de estos bienes al cómputo de las legítimas y de la cuarta marital, silencia en cambio a los acreedores, y que el artículo 62 llevado a ultranza prohíbe la enajenación o gravamen de estos bienes si no es por acuerdo de ambos cónyuges, además de que en todo caso los acreedores podrían conocer previamente la situación de los bienes comprados con pacto de sobrevivencia por su inscripción en el Registro; que una interpretación positiva que permitiera a los acreedores de uno solo de los cónyuges ejecutar los bienes podría basarse en el hecho de que no admitir dicha ejecución supondría aumentar la lista de bienes inembargables del artículo 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que debe considerarse «numerus clausus», contraviniendo, por otra parte, el principio general de la responsabilidad patrimonial universal establecido por el artículo 1.911 del Código Civil; que según el funcionario calificador debe prevalecer esta segunda posición, pues sería inadmisibile el hecho de que un matrimonio catalán pueda constituir un patrimonio invulnerable para los acreedores particulares de cada cónyuge, mediante la utilización adecuada a este fin del pacto de sobrevivencia; que sería conveniente que esta cuestión tan importante fuera aclarada bien por la vía de las Memorias o bien por la jurisprudencia: que si teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 38-2.º de la Ley Hipotecaria se hubiera solicitado en tiempo oportuno la cancelación del pacto de sobrevivencia que se dejó subsistente, no se hubiera llegado a la situación actualmente consolidada que impide legalmente al funcionario calificador acceder a la pretensión del recurrente; que contra la opinión del mismo, el artículo 82 de la Ley Hipotecaria es de ineludible aplicación al supuesto de este recurso, en el que no se trata, como afirma el recurrente, «de inscribir un título traslativo de dominio», pues dicha inscripción ya se había producido en virtud de la escritura de 3 de abril de 1975, por lo que le son aplicables plenamente las disposiciones contenidas en los artículos 1.º, párrafo 3.º, y 82 de la Ley Hipotecaria.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, declarando además que la nota denegatoria de la cancelación no trasciende en el orden procesal y jurídico a sus efectos invalidatorios de la adjudicación, ni a la libre

disponibilidad de la finca, aunque con la limitación del pacto de sobrevivencia, y que no implica traba a la ejecución procesal, como garantía y efectividad de los débitos contraídos, no habiendo pretendido el señor Registrador hacer inocua dicha adjudicación; que tampoco contraría los legítimos derechos de los acreedores en el procedimiento ejecutivo porque si bien los artículos 61 y 62 de la Compilación de Cataluña no hacen referencia concreta a la posibilidad de ejecución por los acreedores de uno de los cónyuges de los bienes con cláusula de sobrevivencia, el no admitir dicha ejecución a considerar tales bienes como inembargables, lo cual no es posible dado el carácter de «*numerus clausus*» de la relación que contiene el artículo 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Interpuesta apelación contra el auto por el recurrente señor Murió Jansá, la Dirección General (1) acuerda revocar el auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina.

Doctrina de la Dirección.—Este recurso versa sobre una institución de gran raigambre en el Derecho catalán, como es la compra-venta con pacto de sobrevivencia realizada por cónyuges casados bajo el régimen de separación de bienes, y que ha sido regulada en los artículos 61 y 62 de la Compilación de Derecho focal de Cataluña al permitir, en los supuestos en que comprenden bienes conjuntamente y por partes iguales, el que puedan pactar en el propio título de adquisición, que al fallecimiento de uno de ellos, el sobreviviente haga suya la totalidad.

Esta institución—por cierto, no muy estudiada—ha provocado en los autores serias dificultades al tratar de desentrañar su esencia, pues mientras para unos se trata de una compraventa en el que cada uno de los esposos adquiere la propiedad de una mitad del bien transmitido bajo la condición resolutoria de premorir al otro, y la otra mitad bajo la condición suspensiva de sobrevivirle; en cambio, para la mayor parte, y con fundamento en el artículo 61, 2.º, es decisivo el momento de la muerte del primer cónyuge que determina la adquisición del sobreviviente e indican que se está ante una disposición sucesoria semejante a un heredamiento mutuo que estuviese limitado sólo al inmueble o inmuebles comprendidos en el pacto, e incluso algún autor señala el carácter de donación *mortis causa*, que presenta al reunir las características de este tipo de donación, tratamiento al que le somete la legislación fiscal, según el artículo 63, 4.º, del texto refundido de 6 de abril de 1967.

De adoptar una u otra postura se obtendrían distintas consecuencias, que sólo aparecen resueltas en la Compilación respecto de los derechos de herederos y legitimarios al indicar el párrafo 2.º del artículo 61 que la adquisición de la participación del premuerto, se computará en la herencia de éste a efectos de reservas, cálculo de legítimas e imputación en pago de la cuarta marital, lo que confirma la tesis de aquellos autores que ven en este pacto un fenómeno sucesorio, en donde la muerte opera como acrecimiento al sobreviviente de la porción del premuerto, pero no se contiene respecto de los acreedores de cualquiera de los cónyuges, norma alguna que permita conocer si dicho pacto supone una restricción durante el matrimonio a la acción que los acreedores puedan ejercer sobre los bienes por obligaciones contraídas por un cónyuge, caso de que el otro no manifieste su acuerdo, pues no existe más norma que la del artículo 61, 1.º

(1) Vistos los artículos 61 y 62 de la Compilación de Cataluña de 21 de julio de 1960; 40 y 82 de la Ley Hipotecaria y 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El mencionado párrafo 1.º del artículo 62 prohíbe que mientras vivan ambos cónyuges sean enajenados o gravados los bienes así adquiridos, a no ser con el acuerdo de los dos esposos, pero nada indica respecto a si tal prohibición engloba no sólo a las ventas voluntarias, sino también a las forzosas, por lo que curiosamente se produce una situación paralela a la existente en la sociedad de gananciales, en donde tal cuestión suscitó numerosas polémicas, dio lugar a una copiosa jurisprudencia que terminó por aclarar que el artículo 1.413 del Código Civil se refería sólo a las enajenaciones voluntarias, y que en las forzosas como consecuencia de obligaciones contraídas por el cónyuge administrador en uso de sus facultades legales, bastaba la notificación del procedimiento al otro en base a la interpretación del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, solución que es la más adecuada, y que tiene todavía un mayor fundamento si cabe en esta institución típicamente catalana, dado el carácter privativo de los bienes adquiridos en el que cada titular tiene su disfrute y administración con total independencia del otro, por lo que deben responder de las obligaciones que han contraído sus propietarios.

En este caso concreto, en donde se suspendió el juicio ejecutivo en virtud de la comparecencia en autos de la esposa, debido a la notificación realizada a su marido-deudor, se sustanció el declarativo de menor cuantía correspondiente y la Audiencia Territorial, confirmando la sentencia del Juzgado, declaró no haber lugar a la nulidad de las actuaciones del juicio ejecutivo ni a la tercería de dominio interpuesta por la esposa mediante la correspondiente acción reivindicatoria «y que los bienes pueden ser objeto de trabas y adjudicaciones, que si llegan a consumarse llevan como consecuencia ineludible al adquirir un tercero extraño la mitad en copropiedad, que ésta se rija por las normas legales para tal institución, y se extinga el pacto de sobrevivencia».

En resumen y como corolario de esta sentencia—que tiene especial importancia por ser antecedente del supuesto concreto de este recurso—resulta: 1.º Que la mitad indivisa de un bien sujeto a un pacto de sobrevivencia entre esposos, puede ser objeto de embargo, y en su caso de adjudicación a un extraño por obligaciones contraídas por el cónyuge propietario, criterio que al ser recogido en la sentencia deja a salvo los derechos de los acreedores, y evita que amparándose en el pacto pueda el deudor dejar incumplidas sus obligaciones. 2.º Que caso de consumarse la adjudicación se extingue el pacto de sobrevivencia, lo que también constituye un acierto de la resolución judicial, pues de no ser así no se respetaría la esencia de la institución, ya que existiría el pacto de sobrevivencia entre un extraño y un solo cónyuge, en contra de lo claramente establecido en la Compilación—artículo 61, 1.º—y para cuya salvaguardia toma este Cuerpo legal todo tipo de precauciones—artículo 62, 1.º, y sobre todo el 2.º— que presupone que durante la vigencia del pacto ningún tercero puede ostentar derecho alguno sobre la cosa comprada, con lo que debe estimarse revocado el defecto 2.º de la nota de calificación.

Reanudado el juicio ejecutivo y una vez finalizado con la adjudicación de la mitad indivisa del inmueble el acto se otorgó la escritura de compraventa correspondiente, haciéndose constar como cláusula 3.ª del otorgamiento que la finca vendida se transmite con las cargas que figuran en la certificación registral que obra en autos, entre las que se relaciona —aparte de una hipoteca y otra anotación de embargo—, «la condición re-

solutoria derivada del pacto de sobrevivencia», y presentada dicha escritura en el Registro se inscribió a favor del comprador, haciéndose constar la sujeción a esta condición, con lo que llegamos a la cuestión primordial sobre la que versa este recurso, a saber, si se puede rectificar el Registro inexacto mediante la instancia a la que se acompañan las dos sentencias habidas, o si, por el contrario, existen obstáculos formales que impiden pueda llevarse a efecto de esta forma la rectificación.

El hecho de que en la estipulación 3.^a de la escritura de venta hiciese constar entre las cargas la derivada del pacto de sobrevivencia, no indica, tal como figura relacionada, otra cosa que en la fecha en que se expidió la certificación registral que se aportó a los autos, a la que se remite, la misma se encontraba en vigor, pero ello no quiere decir que lo esté actualmente, y ni siquiera en el momento del otorgamiento de la escritura, al igual que ha sucedido con el resto de las cargas que se relacionaron que fueron canceladas todas por haberse extinguido y que por el hecho de que figuren en la transcrita estipulación, no han de considerarse en vigor; y en cuanto a la carga discutida, la sentencia firme aportada, claramente declaró su extinción, por lo que si no se acatara esta decisión judicial quedaría sin efecto la presunción de cosa juzgada establecida en el artículo 1.251 del Código Civil, todo lo cual indica que no cabe estimar el defecto primero de la nota.

Para la rectificación de la inexactitud padecida habrá que atenerse según lo dispuesto en el artículo 40 b) de la Ley Hipotecaria, a las normas del título IV de la misma Ley, y en especial al artículo 82 que regula esta materia, y al completarse con la sentencia firme aportada la escritura que motivó el asiento que es erróneo sólo en cuanto a la circunstancia de no haberse recogido la extinción del pacto de sobrevivencia, queda clarificada la omisión padecida, y cumplido el requisito exigido en el artículo 82 de poderse cancelar dado que contra la mencionada sentencia no cabe recurso alguno y que de la misma resulta extinguido el derecho, cuya cancelación se solicita.

Comentario.—En el considerando segundo se afirma incidentalmente que la institución de la compraventa con pacto de sobrevivencia no ha sido muy estudiada. También VALLET DE GOYTISOLO ha escrito que la bibliografía de estas compraventas es muy limitada. No estoy conforme. La afirmación de VALLET puede encontrar justificación en una excesiva modestia, dada su gran contribución a tal bibliografía, pero su inexactitud queda probada por él mismo cuando a continuación de hacerla (2) dedica una página entera de letra menuda a la reseña de estudios y opiniones sobre la institución (3).

(2) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer*. Tomo I: *Las legítimas*, I, págs. 480-483. Madrid, 1974.

(3) La reseña bibliográfica citada de VALLET nos exime de repetirla y de intentar completarla. En ella se incluyen los trabajos y opiniones de SAGUER OLIVET, MARTÍN MESTRES, PORCIOLES, SANAHUJA, las tres monografías del propio VALLET, de MARTÍN RETORTILLO, VIRGILI SORRIBES, CALVO SORIANO (dos) y JOSÉ M.^a CABRERA. En conferencia, creo que aún no publicada, de PEDRO J. AMENGUAL se citan además las opiniones y trabajos de GASSIOT (*Comentarios a la Compilación*, pág. 80), LALINDE ABADIE, PUIG FARRIOLS (*Rev. Jur. de Cataluña*, 1966 y 1971, respectivamente), O'CALLAGHAN («Comentario a la Sentencia de 23 de febrero de 1971» en la misma Revista), la opinión incidental de PIÑOL AGUADÉ, en su recensión a la obra de SIMPSON, y unas notas inéditas de ROCA que al parecer incluyen la mitad que adquiere el sobreviviente del premuerto, no en el *relictum* de éste, sino en el *donatum*. No es posible, pues, decir que se trata de una institución desatendida de la doctrina. Tampoco puede decirse que la Compilación haya estado tacaña al dedicar dos macizos artículos a la cláusula ampurdanesa, respecto de la cual el considerando primero exagera un tanto al concederla gran raigambre en el Derecho catalán, pues al parecer no la tiene tanta, excepto en ciertas comarcas. Y no es muy aventurado pro-

Lo que sí parece cierto es que ni la jurisprudencia ni la abundante doctrina ha sido orientada en la dirección del problema básico del supuesto de la Resolución, y que las discusiones doctrinales sobre su naturaleza jurídica, si bien han servido para dar la pauta a la Compilación para resolver en un sentido o en otro los principales problemas planteados por los autores, han servido de muy poco para enfrentarse con la cuestión de la responsabilidad de la cosa comprada y de cada una de sus mitades, mientras viven ambos cónyuges, por las deudas familiares y las privativas de cada uno, el ámbito de los embargos en cada caso, la legitimación pasiva en los procesos de ejecución y los términos en los que han de estar convenidas las ventas o adjudicaciones judiciales resultantes de los mismos.

Los autores de la Compilación al prohibir la enajenación y gravamen si no hay acuerdo de ambos cónyuges (art. 62, 1.º) debieron aclarar si la prohibición incluía o no las enajenaciones forzosas, máxime cuando el texto de las dos reglas siguientes hacían igualmente dudosa la solución positiva y la negativa. Aún se complica más la duda si tenemos en cuenta que la Compilación tuvo otro descuido al dar al heredamiento mutuo los efectos del heredamiento simple, sin percatarse de lo mal que se coordinan los preceptos reguladores de éste, concretamente la inembargabilidad de la cualidad de heredero contractual, del artículo 75, con la reciprocidad del heredamiento mutuo que hace que sus dos elementos personales sean a la vez heredantes y heredatarios. Pero esta dificultad no queda suficientemente destacada en los tres primeros considerados, no obstante afirmarse en el segundo que la mayor parte de los autores acercan la figura a un heredamiento mutuo limitado a inmueble o inmuebles determinados.

La Dirección, dando por supuesto el silencio de la Compilación y la insuficiencia de la doctrina y la Jurisprudencia para enfocar el caso, y dando también por supuesto que la Compilación no ha podido querer sustraer las fincas compradas con pacto de sobrevivencia a la acción de los acreedores impagados, en mi opinión un tanto precipitadamente, y partiendo de ciertas similitudes accesorias, encuentra solución adecuada la dada por la Jurisprudencia registral al supuesto de la ejecución de gananciales que tantas dificultades creó en torno a los artículos 1.413 del Código y 144 del Reglamento Hipotecario. La solución práctica de la notificación al cónyuge no administrador, dulcificadora de la exigencia reglamentaria de dirigir la demanda contra ambos cónyuges, encaja en las circunstancias del artículo 144 (deudas y obligaciones a cargo de la sociedad de gananciales y embargo de la totalidad del bien ganancial), pero no tanto en las varias circunstancias que pueden darse en el embargo y enajenación forzosa de la totalidad o de una mitad de la finca comprada conjuntamente con pacto de sobrevivencia. Efectivamente el acreedor unas veces será anterior a la compra y otras posterior, unas veces reclamará deudas familiares o conyugales, que también existen en el régimen de separación, otras privativas, unas veces puede interesarle ocasionar la ruptura del pacto de sobrevivencia para ejecutar una mitad indivisa ordinaria o incondicionada, y otras veces, dadas las circunstancias de edad y salud de los cónyuges, puede encontrar más beneficioso el embargo y ejecución de los derechos condicionales del cónyuge deudor, probable supérstite. Por todo ello, la solución única de ruptura del pacto y ejecución de una mitad indivisa normal u

nosticar que su uso resulte restringido a la vista de la doctrina sentada por la Resolución que se comenta.

ordinaria la encontramos simplista y ante todo desconocedora de la interesante Resolución de 1918.

Más adelante veremos cómo, a partir del considerando quinto, la Resolución hace descansar la revocación de la nota del Registrador y del Auto presidencial en las sentencias dictadas en el procedimiento de tercera interpuesto por doña Rosa Puig, y en los corolarios que de ellas deduce; pero en cierto modo estos corolarios, obtenidos en el considerando sexto, pasan a ser doctrina de la Resolución especialmente por el expreso elogio del punto 2.º (extinción del pacto de sobrevivencia por virtud de la adjudicación), y por los términos en los que se expresa todo el considerando sexto que parece excluir cualquier otra solución distinta a la de los corolarios resultantes—según el mismo—de las sentencias judiciales a las que en el caso concreto no había más remedio que someterse.

Por ello debemos destacar, antes de continuar con las circunstancias del caso concreto, determinadas por las sentencias recaídas en el juicio de tercera, la omisión, en el vistos, de las Resoluciones de la Dirección que habían recaído en materia de compras conjuntas con pacto de sobrevivencia, omisión que si tiene cierta justificación en cuanto se refiere a la de 19 de mayo de 1917, porque versando exclusivamente sobre la inscribibilidad del pacto y, consiguientemente, de la compraventa que le contenga, no hizo afirmación ninguna directamente relacionada con la ejecución judicial del inmueble objeto de la compra (4), no tiene explicación ninguna en cuanto se refiere a la de 24 de diciembre de 1918 que recayó precisamente sobre la manera de configurarse el embargo de la finca comprada con el pacto en cuestión (5).

(4) El Registrador de Balaguer denegó la inscripción por estimar que el pacto implicaba donación *mortis causa* sin cumplimiento de los requisitos del artículo 620 del Código. En el informe vio, en todo caso, un mandato que se extinguiría por la muerte del causante. El Notario recurrente alegó que el pacto no puede considerarse independiente de la compraventa, amparado con ella en el *pacta sunt servanda*, que se trata de donación *inter vivos* recíproca o compendiosa y no acto de última voluntad, y que aunque fuese *mortis causa* no sería de aplicación dicho artículo, sino el Derecho Romano vigente en Cataluña. El Presidente de la Audiencia confirmó la nota por ser donación *mortis causa* sometida al *Codex* (cinco testigos) y no a la legislación notarial. El recurrente insiste en la validez por tratarse de combinación tontinaria, añadiendo que como donación *mortis causa* habría de estar sometida al *Usatge duo testes* y no al *Codex*. La Dirección, con argumentos varios, refiere el pacto de recíproca cesión aleatoria al derecho contractual y no al sucesorio, cree que no puede estimarse donación *mortis causa* en ninguna de sus dos modalidades, y que no cabe aplicar la prohibición del artículo 1.271 del Código, como tampoco en múltiples figuras de pactos aleatorios que toman como punto de arranque de la adquisición de derechos la muerte de una persona (seguros, rentas vitalicias, usufructos o combinaciones tontinarias...).

En cambio, la Resolución de 5 de mayo de 1932 declaró no inscribible el pacto de sobrevivencia entre dos cónyuges compradores por mitad y sometidos a la legislación de Mallorca por entender que la adquisición debía considerarse ganancial aunque se hiciese por mitades indivisas y el pacto originaría una modificación del régimen económico conyugal, inalterable una vez celebrado el matrimonio; sin que tan fundamentales principios puedan quedar contradichos por asimilación a una combinación tontina, ni a una sociedad particular ni a un seguro de vida recíproco. El Registrador había inscrito la venta y denegado la inscripción del pacto de sobrevivencia; el Presidente confirmó la nota y la Dirección el auto apelado.

(5) La Resolución de 24 de diciembre de 1918 versó sobre el siguiente caso:

Dos cónyuges compraron una casa en Figueras por mitad y proindiviso entre ellos y para el sobreviviente de los dos por entero. El marido había sido anteriormente declarado insolvente a efecto de las responsabilidades pecuniarias dimanantes de un procedimiento penal en el que resultó procesado. Llegada la compra a conocimiento de la Audiencia de Gerona, ésta remitió al Juzgado de Instrucción de Figueras ramo de responsabilidades pecuniarias dimanante de aquel procedimiento para que trabase embargo sobre «todos los derechos que tuviese sobre la finca comprada» el procesado, más tarde marido comprador. El Registrador denegó la anotación del embargo porque estando inscrita la finca a nombre del embargado y de su mujer con la condición de que pertenezca totalmente y en definitiva al sobreviviente, no puede, hasta la muerte de cualquiera de ellos, afirmarse a cuál de los dos pertenece ni por mitad ni por entero.

La Dirección en tres considerandos resuelve en favor de la práctica de la anotación solicitada sobre la mitad indivisa perteneciente al marido en la actualidad, «aunque sujeta a la condición resolutoria resultante del pacto y sobre la mitad correspondiente a su mujer en cuanto la misma condición fun-

Aconsejamos la lectura íntegra de la Resolución de 24 de diciembre de 1918 para comprender cómo, cualquiera que sean los argumentos que puedan presentarse a su doctrina sobre ejecución de inmuebles comprados con pacto de sobrevivencia por razón de deudas privativas de uno de los cónyuges, no es admisible desconocerla ni rechazarla por vía de silencio. Aún diríamos más: posiblemente el procedimiento ejecutivo, el embargo, la tercería, las sentencias recaídas, la venta otorgada y el recurso planteado ahora hubiesen sido evitados o, al menos, más claramente enfocados, partiendo de la elástica doctrina y de los ponderados considerandos de dicha Resolución. Y creemos que todo esto hubiese sido así porque vemos que en toda la controversia sostenida ahora había cierta imprecisión en el verdadero objeto de la ejecución, del embargo, de la tercería, etc., aunque en todo momento se hable—según los resultandos—de la mitad indivisa de la finca. Creo que los planteamientos que entonces hicieron el Ministerio Fiscal, el Registrador y el Juez de Figueras fueron de tal minuciosidad que habrían sido suficientemente orientativos para evitar las imprecisiones que, sin duda, hubo en los procedimientos judiciales entablados entre el señor Murió, el señor Güell y doña Rosa Puig.

No es posible negar que la doctrina que la Resolución de 1977 ve indudablemente recogida por las sentencias de tercería y que parece alabar y hacer suya, llevada a sus últimas consecuencias, simplifica mucho el régimen de las ejecuciones judiciales contra los cónyuges compradores con pacto de sobrevivencia. Es cierto que, aunque sea a consta de sacrificar el pacto de sobrevivencia, lo más sencillo es estimar que, como este pacto sólo cabe entre cónyuges sometidos al régimen de separación de bienes, toda ejecución ha de ser por razón de deuda privativa, y que debe embargarse la mitad indivisa del cónyuge deudor, que se adjudicará como libre de toda condición derivada del pacto, cuyo complejo juego suspensivo-resolutorio queda así convertido en un proindiviso ordinario entre el rematante (o acreedor adjudicatario) y el cónyuge no deudor.

Pero encontramos excesiva sencillez en tan unívoca solución. En primer lugar, a pesar del silencio de la Compilación sobre la obligación de soportar ambos cónyuges las cargas familiares y prescindiendo de la posibilidad de que la adquisición de la mitad de la esposa pueda tener tanto la condición de dotal como de parafernial, lo cierto es que bastaría el artículo 322 de la Compilación para demostrar que la ejecución, al menos en algún caso, pueda y deba dirigirse contra ambos cónyuges y por la totalidad de la finca o fincas compradas con el pacto de sobrevivencia.

Por otra parte, en tanto no se distinga entre deudas anteriores al pacto y posteriores al mismo, es precipitado colocarse, en todo caso, del lado de los acreedores, fijándose en lo absurdo de que, amparándose en el pacto, pueda el deudor dejar incumplidas sus obligaciones, pues también habría que pensar en la posibilidad contraria de que un cónyuge se confabule con tercero para dejar el pacto sin efecto a través de una ejecución amañada o buscada de mala fe. El cónyuge beneficiario del derecho de acrecer por sobrevivencia, acaso no deba ser de peor condición que la otorgada al heredatario frente a los actos de disposición del heredante en fraude del heredamiento conforme al último apartado del artículo 75, y no es seguro

ción como suspensiva a favor del ejecutado», porque los derechos pertenecientes al marido sobre ambas mitades de la finca, cualquiera que sean las limitaciones y ampliaciones producidas por la existencia de la condición resolutoria, forman parte del patrimonio del ejecutado y están afectas al pago de sus obligaciones particulares, pudiendo en consecuencia embargarse.

que la notificación del embargo sea solución oportuna y no ya demasiado tardía.

Por ello, sin discutir las ventajas practicadas de la solución de dejar sin efecto el pacto respecto de los ejecutantes no queremos silenciar algunas preguntas: ¿Por que se silenció la Resolución de 1918, que contenía distinta doctrina? ¿Es completamente seguro que la normativa del artículo 62 de la Compilación se vuelva completamente del revés tratándose de enajenaciones forzosas, cuando el precepto no distingue? ¿Es suficiente en todo caso la notificación del embargo para garantizar los derechos del cónyuge no interviniente?

Pero creo que este comentario no debe alcanzar niveles que intenten resolver, en un sentido o en otro, el problema completo de la ejecución por deudas contra los inmuebles comprados en Cataluña con pacto de sobrevivencia. Creo, además, que no cabe una solución simplista y única válida para todos los supuestos posibles. Acaso, tratándose de deudas posteriores a la compra conjunta, la solución más justa sea dejar que el ejecutante opte por la solución de la Resolución de 1918 o por la mantenida por el considerando sexto de la que comentamos, exigiendo en todo caso que la demanda se entable contra ambos cónyuges, como con indudable sentido práctico exigió la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971 (6).

Pero, como ya dijimos, por muy patente que sea la inclinación de la Resolución comentada hacia la solución de que toda ejecución deje sin efecto el pacto de sobrevivencia produciéndose la transformación de la situación jurídica originada por el mismo, en una comunidad proindiviso ordinaria; el fundamento decisivo para la revocación de la nota denegatoria hemos de encontrarle en la circunstancia de existir, en el caso concreto, sentencia firme declarando no haber lugar a la nulidad de actuaciones del juicio ejecutivo ni a la tercería de dominio interpuesta por la esposa. Vemos esto en los considerandos quinto y sexto que, descendiendo al nivel del caso concreto, se apoyan en las sentencias judiciales que necesariamente prejuzgaban los efectos de la ejecución en marcha que ordenaban continuar. Es cierto que el considerando quinto resulta insuficiente para conocer con exactitud el objeto del embargo, el contenido exacto de la demanda de tercería y la literalidad del fallo de las sentencias y reiteramos nuestras sospechas de que existió cierta imprecisión en el montaje total de las controversias. Tampoco los siguientes son muy decisivos para separar lo estrictamente dicho por las sentencias y lo que pudiera ser interpretación de las mismas por el Centro Directivo, pero debemos dar por cierto que ambas sentencias concordes eran suficientemente expresivas de que su

(6) La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971 versó sobre un caso de demanda contra dos hermanos entablada por otro en petición de rendición de cuentas de un negocio y de rentas de un piso. Uno de los hermanos demandados lo era como titular de una mitad del piso y del negocio, pero dándose además la circunstancia de que el mismo había adquirido por compra con pacto de sobrevivencia con su esposa la totalidad del inmueble en el que estaba instalado el negocio y el piso. El Juzgado estimó excepción dilatoria de defecto legal en el modo de proponer la demanda; la Audiencia revocó la sentencia de Primera Instancia, estimando en parte la demanda; pero el Tribunal Supremo advirtió la infracción de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado a la esposa, que un día puede llegar a ser propietaria única, afirmando que los artículos 61 y 62 de la Compilación deben tener una más rigurosa defensa procesal en favor de la mujer que dentro del Derecho común, cual se deduce del segundo de ellos, que está indicando la necesidad de una defensa autónoma en el proceso por parte de los cónyuges. Ver el comentario de esta Sentencia hecho por O'CALLAGHAN (*Rev. Jurídica de Cataluña*, 1972, págs. 155 y ss.), en el cual deduce de la misma que el pacto produce una propiedad germana, «zur gesamten Hand», sobre un bien concreto.

fallo dejaba sin efecto las condicionalidades resultantes del pacto de sobrevivencia, máxime cuando el Registrador en la nota asegura que no declaran la nulidad o extinción del pacto y en cambio en el informe en lugar de llevar a sus últimas consecuencias esta afirmación orienta la defensa de su nota en el mantenimiento de los condicionamientos en la escritura de venta que obligaron al Registrador a reflejarlos en el asiento, lo que obligaba a mantenerlos por imperativo de los artículos 1.º y 82 de la Ley Hipotecaria.

Frente a ello, los considerandos séptimo y octavo reconocen que en la escritura de venta que puso fin a la ejecución hay una cláusula en la parte dispositiva (estipulación tercera) según la cual la finca está sometida a la condición resolutoria derivada del pacto de sobrevivencia; pero con gran convencimiento restan importancia a esta estipulación, considerándola una mera referencia a la certificación registral que hubo de aportarse al procedimiento, referencia que no ha de interpretarse en el sentido de que las cargas y condiciones referidas continúen en vigor en el momento del otorgamiento de la escritura, insistiendo en que la sentencia firme aportada claramente declaró la extinción de la condición discutida.

Esto es posible que sea así; no tenemos derecho a dudar de que la lectura completa e imparcial de la escritura conduzca a dar tal sentido a la referencia a las condiciones resultantes del pacto de sobrevivencia de manera que no deban resultar vinculadas a la transmisión de dominio que en ella se otorga, sino que sea una mera referencia de pretérito a unas condiciones extinguidas al momento del otorgamiento; pero lo que es seguro es que la referencia no aparece en la exposición, sino en la parte dispositiva, concretamente en la estipulación tercera—según el penúltimo considerando, por lo que no ofrece duda que, o se prescinde totalmente de la estructura reglamentaria del instrumento público, o hay que dar la razón al Registrador que trasladó la cláusula al asiento y se resistía después a erradicarla del mismo en base a un documento que, aunque fuese sentencia judicial, ni era el que había ocasionado el asiento, ni versaba sobre su inexactitud, ni implicaba consentimiento del perjudicado a la cancelación pretendida.

De todas maneras, la Dirección, considerando seguro y con valor de cosa juzgada que las sentencias dictadas en el juicio de tercería habían extinguido totalmente las condiciones y efectos del pacto de sobrevivencia (7), en un último considerando, que estimamos excesivamente comprimido y apresurado, considera suficiente tales sentencias para la rectificación del Registro, que el recurrente había pretendido.

Estimamos apresurado el considerando porque:

— Se habla en él de asiento erróneo y luego se acude al 40 b) de la Ley Hipotecaria y al título IV (en especial al art. 82) de la misma para conseguir la rectificación de la inexactitud.

— Se alega el 82 cuando no es fácil encajar en este precepto una cancelación de una inscripción hecha en virtud de escritura mediante una sentencia anterior a la inscripción y que, por tanto, mal puede tener valor cancelatorio de inscripción aún no practicada.

(7) Aunque no debemos pasar por alto que el primer resultando dice que las sentencias declaran la extinción en cuanto a la mitad indivisa embargada. Si esto era así, las sentencias también sufrieron cierto despiste en algún momento.

— Se deja confuso si el error había estado en recoger en el asiento, indebidamente, unas condiciones que la escritura no establecía, sino que declaraba extinguidas, o si había estado en no hacer constar que tales condiciones se habían extinguido (omisión en el asiento).

Por estas y otras razones, el último considerando debe estimarse des-
acertado. El verdadero motivo de revocación de la nota tenía necesariamente que pasar por el tema de la rectificación de errores [art. 40 c) de la Ley], que tanto el recurrente como el Centro Directivo tratan de eludir para evitar la trampa que este tema implica siempre en relación con el recurso gubernativo.

En otra Resolución muy reciente, también se ha tratado de ocultar que la cuestión de fondo conducía al problema de la rectificación de errores, para evitar que la solución deseada pudiese resultar obstaculizada por la doctrina del Centro Directivo según la cual el recurso gubernativo no es procedimiento idóneo para sustituir los legalmente establecidos para la rectificación de errores. Nos referimos a la Resolución de 20 de diciembre de 1977 y nos abstenemos de profundizar en esta cuestión para no incurrir en repeticiones respecto a lo dicho en el comentario a la misma (8). Nos limitamos a recordar las otras ocasiones, que en dicho comentario se citan, en las que estimamos excesiva la doctrina según la cual la Dirección no podía actuar directamente en la rectificación de errores por vía de recurso gubernativo.

El correcto enfoque del último considerando debió abordar valientemente el tema del error en lugar del juego de prestidigitación con las normas b) y c) del artículo 40. También debió plantear el problema del recurso directo contra la calificación favorable que conduce a la inscripción del documento, si bien en términos que el interesado estima distintos a los debidos. También en otras ocasiones hemos apuntado el problema y sus dificultades (9). Cabe observar que la instancia del señor Murió Jansá solicitando se dejase sin efecto la nota y se cancelase la condición resolutoria, instancia que fue denegada por el Registrador, bien puede ser concebida como un recurso contra una calificación registral que conduce a la inscripción, pero a una inscripción desacertada, disconforme con la titulación aportada. Por ambos caminos pudo llegarse más correctamente a la revocación de la nota del Registrador denegatoria de la solicitud indicada, que por el escabroso atajo utilizado por el último considerando.

Resumiendo todo lo expuesto y sin llegar en ningún momento a la conclusión de que el fallo precedente hubiese sido el contrario, si nos atrevemos a considerar la Resolución excesivamente atrevida a tres distintos niveles:

1.º Por dar la sensación de sentar una doctrina unitaria y general aplicable a todos los supuestos de ejecución judicial contra bienes comprados por cónyuges catalanes conjuntamente y con pacto de sobrevivencia, doctrina según la cual la ejecución deja siempre sin efecto dicho pacto y debe ser dirigida contra la mitad indivisa del cónyuge deudor. Aunque no hemos pretendido profundizar en el problema porque doctores tiene la doctrina jurídica catalana a quienes corresponde hacerlo, si hemos creído conve-

(8) Ver esta Revista, número de mayo-junio de este año, núm. 526.

(9) Ver entre otros comentarios los referentes a las Resoluciones de 11 de noviembre de 1970 en esta Revista, núm. 484 (mayo-junio de 1971), págs. 677 y 678 principalmente, y de 28 de mayo de 1971, número 486 (septiembre-octubre de 1971), págs. 1248 y 1249 principalmente.

niente dar, en el epígrafe de cabecera, como doctrina sentada por la Resolución la que con toda seguridad contiene ajustada al caso concreto y no otra más amplia y general que se apunta *obiter dictum* en alguno de los considerandos. En especial no hemos considerado sin valor en lo sucesivo ni la Resolución de 24 de diciembre de 1918 ni la sentencia de 23 de febrero de 1971, que creo obstaculiza de momento estimar bastante en todos los supuestos la notificación del embargo al cónyuge no demandado, como apunta el considerando cuarto.

2.º Es también atrevida, en cuanto considera que las sentencias de tercería eran básicas y suficientes para producir la rectificación de un asiento practicado en virtud de una escritura pública, que tenía, sin duda, relación con el conjunto procesal del que la tercería formaba parte, pero que era título autónomo, independiente, posterior y no otorgado en ejecución de aquellas sentencias.

3.º Era también discutible a un tercer nivel si el recurso gubernativo era procedimiento idóneo para producir una rectificación de error de concepto o de calificación contra la voluntad del Registrador. Y el atrevimiento fue a este nivel el afirmar, sin duda, que no había ningún error a rectificar porque se trataba de una rectificación del Registro por virtud de sentencia firme y extinción del derecho inscrito. Realmente si la inexactitud existió no pudo nacer hasta la inscripción de la escritura de venta judicial que finalizó el procedimiento de ejecución. Y mal podían ser rectificatorias de una inexactitud no nacida, las sentencias de tercería, muy anteriores a la finalización del procedimiento de ejecución.

T. G. C.