

IV. Tribunales Superiores de Justicia

PACTO DE SOBREVIVENCIA.—SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CATALUÑA DE 14 DE JUNIO DE 1990.—PONENTE: SR. CORBAL FERNANDEZ.

Fundamentos de Derecho. Primero.—Para la adecuada decisión de la controversia procede recoger con carácter previo los antecedentes fácticos siguientes: 1.º En escritura pública otorgada en Igualada el 9 de febrero de 1976, don Antonio Alomar García, don José M.ª Morros Carulla y don Ricardo Segura Muncunill, en nombre propio y además en representación de otros ocho más en virtud de poder de fecha 3 de julio de 1972, como VENDEDORES, transmitieron la finca consistente en porción de terreno o solar para edificar, sito en el término de Odena, lugar conocido por "Puig Rabat", a don Veremundo Bertrán Vilaseca y doña Margarete Mogendorf, los cuales declararon que "*compran por mitad en común y 'proindiviso' y el sobreviviente de los dos a solas*", procediéndose a la inscripción en el Registro de la Propiedad el 7 de octubre del propio año en el tomo 1150, libro 63 de Odena, folio 58, finca 2763; 2.º La entidad mercantil "Textil Santanderina, S.A.", formuló demanda ejecutiva contra don Veremundo Bertrán que dio lugar a los autos de juicio ejecutivo número 183/1985 del Juzgado de Primera Instancia número dos de Igualada, en el que se embargó la mitad indivisa de la finca referida perteneciente al marido, y se citó a doña Margarete Mogendorf Scharlach a los solos efectos del pacto de sobrevivencia. El embargo se anotó bajo la letra A en el Registro de la Propiedad, con el siguiente contenido: "Constituyo la presente anotación preventiva de embargo a favor de Textil Santanderina, S.A., sobre una mitad indivisa de esta finca, dejando a salvo los derechos que sobre la expresada mitad indivisa del demandado tiene su nombrada esposa en virtud del pacto de sobrevivencia". La anotación se practicó el 21 de noviembre de 1985 en virtud de la providencia del Juzgado del día cinco inmediato anterior; 3.º Doña Margarete Mogendorf formula demanda de tercería de dominio contra "Textil Santanderina, S.A.", y don Veremundo Bertrán Vilaseca solicitando se declare que "la finca descrita en el hecho primero de la demanda por ser de propiedad en común y *pro indiviso* de los cónyuges, don Veremundo Bertrán y doña Margarete Mogendorf, con el pacto de sobrevivencia, es decir, de que la finca sería toda ella del sobreviviente de los dos, no puede en el momento actual considerarse de propiedad del ejecutado don Veremundo Bertrán ni siquiera en su mitad indivisa, ya que dichos cónyuges viven y no se hallan separados ni divorciados y, por tanto, la finca no puede ser objeto de ejecución por la vía de apremio por deudas contraídas por el marido, y en consecuencia se declaran nulas y sin efecto alguno todas las actuaciones efec-

tuadas en ejecución de dicha finca..."; y 4.º El Juzgado de Primera Instancia dictó el 24 de enero de 1989 sentencia en la que desestima la demanda de tercería, resolución que fue confirmada en grado de apelación por la Sentencia de la sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de noviembre de 1989. Contra esta última decisión se interpuso por la representación de doña Margarete Mogendorf recurso de casación con base en los seis motivos que serán objeto de examen en los fundamentos jurídicos que se expondrán a continuación.

Segundo.—La expresión recogida en la escritura pública de 9 de febrero de 1976, "COMPRAN POR MITAD, EN COMÚN Y 'PRO ÍNDIVISO' Y EL SOBREVIVIENTE DE LOS DOS A SOLAS", da lugar, indudablemente, a un supuesto de compra por pacto de sobrevivencia o, mejor, de pacto de sobrevivencia concertado en una compraventa, institución de origen consuetudinario, regulada por los artículos 61 y 62 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, sobre cuya naturaleza jurídica existe ya una abundante bibliografía jurídica, discutiéndose si nos hallamos ante un negocio unitario o una dualidad contractual (contrato de compraventa y pacto aleatorio y oneroso de sobrevivencia) y si se trata de una figura híbrida o *sui generis*, con peculiaridades propias, como parece más seguro, o si por el contrario cabe asimilarla a figuras ya conocidas como la de donación *mortis causa*, heredamiento mutuo, fideicomiso condicional recíproco en el que el cónyuge sobreviviente sería el fideicomisario respecto de la mitad correspondiente al premuerto; sucesión contractual entre cónyuges, con diferentes perspectivas, entre otras posturas doctrinales; al tiempo que se hacen entrar en juego las diversas consecuencias de las comunidades germánica y romana, según las respectivas soluciones adoptadas, siquiera parece incuestionable que la finalidad de la institución jurídica se halla en actuar a modo de paliativo o correctivo del régimen de separación de bienes. Por lo demás, no ofrece duda que en el caso se cumplen los presupuestos legales necesarios para la existencia del pacto, a saber: a) los compradores son cónyuges y están sujetos al Derecho civil catalán; b) al no tener pactado otro régimen económico conyugal rige entre los mismos el supletorio de separación de bienes; c) la compra se efectuó conjuntamente y el pacto de sobrevivencia se formalizó en el propio título de adquisición; d) no consta hayan otorgado heredamiento a favor de ellos o heredamiento puro a favor de sus hijos, y e) existencia de cuotas iguales, en el sentido de que se entiende que el precio procede de ambos consortes por iguales partes.

Tercero.—El tema del pleito incide en uno de los principales problemas jurídicos que plantea la institución, debido especialmente a que, a diferencia de lo que ocurre con otros aspectos (legítima, cuarta viudal, nulidad matrimonial, separación judicial, divorcio), la Compilación no contempla las consecuencias del pacto de sobrevivencia en relación con los derechos de los acreedores; de ahí que la doctrina destaque y la práctica sienta la necesidad legislativa de atender a tan importante laguna. Es de advertir ya que la cuestión no admite una solución unitaria, y es que las numerosas facetas y contingencias que se presentan en la vida jurídica no pueden ser tratadas con una misma regla absoluta y radical, como hacen en sentidos distintos las partes y, parece que también, las resoluciones de la primera y segunda instancias. Sin el propósito de enfocar la generalidad de la problemática, que no es además el lugar adecuado, parece conveniente distinguir aquellos casos en que por diversas razones el pacto de sobrevivencia no es operativo (entre cuyas situaciones cabe imaginar las derivadas de deudas domésticas contraídas conjuntamente que han repercutido en utilidad o ventaja

del propio bien sujeto a la comunidad; y otras en que es relevante contemplar el origen y destino del crédito; también supuestos de existencia de fraude, e, incluso, acaso, cabría discurrir sobre la naturaleza y características de la cosa, pues no parece lo mismo que esté impregnada de la nota de la necesidad que lo sea de mero lujo o recreo, etc.; siquiera ha de tenerse en cuenta que las consecuencias no son siempre las mismas, dado que la responsabilidad patrimonial puede no recaer sobre la totalidad del bien, aunque en la perspectiva del análisis que aquí se hace la conclusión resulta idéntica: inefectividad del pacto de sobrevivencia), de aquellos otros casos en que dicho pacto goza de plena operatividad. Para este supuesto se barajan diversas posibilidades de solución. Una primera admite el embargo de la mitad indivisa y su plena realización en vía de apremio, de modo que al ser adjudicada a un tercero se produce una transformación de la situación existente, de comunidad germánica o *sui generis* de indivisibilidad en comunidad romana, con extinción del pacto de sobrevivencia y posibilidad para el adjudicatario de ejercitar la *actio communi dividundo*. Este criterio no parece sostenible habida cuenta de que conduce a la inestabilidad y práctica desprotección jurídica de la institución, tanto más si no se valora la eventual actitud fraudulenta del cónyuge deudor, dirigida teleológicamente, aunque de forma indirecta, a obtener la inefectividad del pacto. Una segunda solución sería *a prima facie* igual a la anterior, pero con un importante correctivo: privación de la *actio communi dividundo*. Equivaldría a crear una comunidad ordinaria temporal entre el tercero adjudicatario y el cónyuge no deudor sujeta en su duración a un plazo incierto—muerte de uno de los cónyuges (dato fáctico cierto en el AN e incierto en al QUANDO)—; y producido este evento actuaría en toda su plenitud el efecto expansivo del pacto. El embargo comprendería la titularidad de la mitad indivisa sujeta a condición resolutoria y, también, podría comprender el derecho expectante sobre la otra mitad sujeto a condición suspensiva. A favor de esta solución cabría aducir que la posición o situación jurídica —conjunto de derechos y facultades— objeto del embargo tendría un valor económico apreciable, sin incidir para nada en el efecto sucesorio del pacto; y en contra, se piensa que el pacto presupone que durante la vigencia del mismo ningún tercero puede ostentar derecho alguno (inmediato) sobre la cosa comprada; en definitiva, que es reluctantante a la introducción del tercero en la comunidad. Una tercera solución circunscribe el embargo a los derechos que el deudor ejecutado pueda tener —mitad indivisa y derecho expectante—, pero sin otra posibilidad que su cabal efectividad en el momento en que aquél sea el sobreviviente, produciéndose, por tanto, la premoriencia de su esposa. Por último, hay quienes entienden, como la tercerista en el escrito de demanda, que el objeto comprado con pacto de sobrevivencia queda a salvo de la acción de los acreedores particulares de uno de los cónyuges. De las diversas soluciones expuestas a grandes rasgos, pues siempre cabría añadir matices, parece la más adecuada el caso de autos (en el que la compra con pacto de sobrevivencia se hizo constar en el Registro de la Propiedad y tuvo lugar varios años antes de concertarse el crédito determinante de la ejecución correspondiente a deuda privativa del esposo), la que admite el embargo de la mitad indivisa perteneciente al cónyuge ejecutado y su derecho expectante a la otra mitad, de tal modo que el adjudicatario adquiere la titularidad de ambos, pero sin que pueda ejercitar la división de la comunidad; y producido el evento de la muerte un cónyuge, si el sobreviviente es el no deudor, el adjudicatario pierde todo derecho sobre la cosa, que pasará a pertenecer en su integridad al consorte sobreviviente; y si aquél es el premuriendo, entonces el adjudicatario pasará a ser propietario en exclusiva del bien, desapareciendo la

condición resolutoria en cuanto a una mitad y operar por cumplimiento la condición suspensiva respecto de la otra mitad. No cabe admitir la posibilidad de pedir la división de la comunidad porque ello implicaría tanto como privar al cónyuge no deudor de una posición jurídica por causa de deudas ajenas y, cuando menos, dificultar notoriamente la operatividad en su día de los derechos sobre la cosa. Empero, esa posición jurídica no es obstáculo a la introducción del tercero en la comunidad, pues son compatibles los respectivos derechos de disfrute, utilización y administración en el ámbito de una propiedad plúrima total, sin que a ello se opongan los preceptos contenidos en las normas primera y segunda del artículo 62 de la Compilación, pues el contenido básico del pacto radica en garantizar que al fallecer uno cualquiera de los dos cónyuges compradores el sobreviviente de ellos hará suya la totalidad de lo comprado; y abundan en la solución que se mantiene: evidentes razones de índole práctico que repudian que la institución puede servir de escudo protector de la economía de un cónyuge en perjuicio de legítimos acreedores.

Cuarto.—Antes de seguir adelante procede observar la existencia de errores fácticos en la sustanciación de la demanda, convenientemente advertidos por la demandada, "Textil Santanderina, S.A.", y las sentencias de instancia; y es que se afirmaba en el escrito rector que se embargó *toda la finca*, y si bien no hay constancia directa de la diligencia de embargo, no obstante, de la certificación del Registro de la Propiedad aportada por la propia parte actora claramente se deduce que el Juzgado hizo la traba "sobre la mitad indivisa perteneciente al marido"; y, por otro lado, se alegó también en la demanda que se anotó tal embargo *sobre la totalidad de la finca descrita*, cuando con claridad meridiana resulta de la mencionada certificación que la anotación preventiva recayó "sobre una mitad indivisa de la finca, dejando a salvo los derechos que sobre la expresada mitad indivisa del demandado tiene su nombrada esposa en virtud del pacto de sobrevivencia". Lo dicho es importante para clarificar el debate, aunque no definitivo porque se postula la declaración de que la finca no podría ser embargada por deudas de don Veremundo Bertrán Vilaseca y que no puede seguir adelante el procedimiento de apremio y la subasta, NI SIQUIERA EN SU MITAD INDIVISA. Si se compara lo suplicado por la actora con lo razonado en esta resolución, claramente es de ver la procedencia de embargar la mitad indivisa del cónyuge deudor sujeta a la condición resolutoria dimanante del derecho expectante del otro cónyuge. Esto quiere decir que la anotación preventiva de embargo se ha efectuado correctamente, pero no así el embargo. Y todo ello supone: 1.º Discrepar de la resolución recurrida en una doble perspectiva: por un lado, vedando al adjudicatario el hipotético ejercicio de la acción de división de la comunidad, aspecto que conviene dejar claramente sentado, aunque no ha de trascender al fallo; y, por otro lado, en la apreciación de la legalidad del embargo efectuado, en cuyo punto, con incidencia parcial en el fallo, ha de limitarse la entidad de la traba en los propios términos que lo hizo la anotación preventiva, es decir, "dejando a salvo los derechos que sobre la mitad indivisa del ejecutado tiene su esposa, doña Margarete Mogendorf Scharlach, en virtud del pacto de sobrevivencia", debiendo destacarse la oportunidad del acuerdo porque el embargo delimita el ámbito del apremio, sin que se dé incongruencia cuando dentro de lo pedido se da menos, siendo por lo demás superfluo extenderse sobre el mantenimiento de la anotación preventiva al ser claramente ajustada a derecho; y 2.º Ha de discreparse también del recurso de casación, en análisis conjunto de los motivos 1.º y 2.º (en los que se denuncia infracción de los artículos 61 y 62 de

la Compilación del Derecho civil de Cataluña por violación e interpretación errónea de dichos artículos; e infracción de los artículos 790, 791, 1.113, 1.114 y 1.115 del Código Civil por violación, inaplicación e interpretación errónea), EN CUANTO PRETENDE se excluya de la traba la totalidad de la finca declarando improcedente el embargo de la mitad indivisa del ejecutado, toda vez que, como se tiene razonado, resulta incuestionable la posibilidad de embargar los derechos pertenecientes actualmente al marido sobre la mitad ideal de la finca (como ya reconoció la Resolución de 24 de abril de 1918). En cambio, cabe acoger el recurso en su postulación subsidiaria, desarrollada con amplitud en el segundo motivo, porque, obviamente, no cabe desconocer el derecho expectante del otro cónyuge (no deudor, titular de la otra mitad indivisa), respecto del que la limitación que se aplica al embargo actúa como mecanismo protector. Y es que tal limitación no cabe entenderse como una alteración del principio de responsabilidad patrimonial universal o supuesto legal de exclusión del embargo, sino que es una consecuencia de la regla de que sólo es susceptible de traba aquello que forma parte del patrimonio del ejecutado, sin que pueda afectarse a derechos pertenecientes a terceros ajenos al proceso de ejecución. Lo razonado hace prácticamente innecesario analizar los restantes motivos del recurso, aunque resulta conveniente resaltar, en la perspectiva en que se rechaza el recurso, que no se aprecia infracción de los preceptos hipotecarios aludidos en el motivo tercero; que mal puede darse aplicación indebida de los preceptos de la sociedad de gananciales que no son objeto de aplicación (motivo 4.º), siendo de observar que, con independencia del alcance y valoración jurídica que pueda merecer la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 29 de diciembre de 1977, una cosa es la aplicación de una concreta normativa jurídica, y otra diferente que a propósito del examen de una determinada institución se diga que la misma presenta una situación paralela con la que se manifiesta en otra institución distinta; que el derecho expectante del cónyuge deudor, que es lo único que debe ser protegido de modo inmediato, queda suficientemente amparado bajo el régimen y fórmula registral que se tiene expresado (5.º motivo), y la cita de una sola sentencia no es suficiente para dar lugar a jurisprudencia y, por tanto, a la posibilidad de recurrir en casación por la vía del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, además, de la Sentencia citada de 23 de febrero de 1971 no cabe deducir ninguna conclusión contraria a lo que se ha dicho en orden a admitir la posibilidad del embargo en los términos expresados (motivo 6.º), procediendo, por último, únicamente indicar en relación con la alusión que se hace en uno de los motivos del recurso a una serie de instituciones del Derecho catalán, que en ninguna de ellas (fideicomiso—art. 193 de la Compilación—, heredamiento, venta a carta de gracia) cabe hablar de absoluta inembargabilidad. La estimación parcial del recurso supone, en cuanto a las COSTAS, que no se haga especial mención respecto de las causadas en las dos instancias y que cada parte haya de satisfacer las suyas por lo que atañe a las de casación (arts. 1.715.4.º y 523, párrafo 2.º LEC); y en cuanto al DEPOSITO, debe acordarse su devolución (art. 1.715, último párrafo, *a contrario sensu*, de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo expuesto, EN NOMBRE DEL REY Y POR LA AUTORIDAD CONFERIDA POR EL PUEBLO ESPAÑOL,

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Procurador don Juan Dalmau Rafael en nombre y representación de doña Margarete Mogendorf Scharlach contra la Sentencia dictada por la sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona el 9 de noviembre de 1989, con revocación de esta resolución y estimando en parte la demanda de tercería de dominio entablada por la citada señora Mogendorf Scharlach contra la entidad mercantil "Textil Santanderina, S.A.", y don Veremundo Bertrán Vilaseca, este último en rebeldía, declaramos que el embargo trabado en el juicio ejecutivo número 183 de 1985 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Igualada sobre la mitad indivisa de la finca de autos, debe entenderse, dejando a salvo los derechos que sobre la expresada mitad indivisa del señor Bertrán Vilaseca tiene su esposa doña Margarete Mogendorf Scharlach en virtud del pacto de sobrevivencia, en cuyo sentido ha de considerarse modificada la correspondiente diligencia y, con tal limitación, procederse en la vía de apremio; todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en las dos instancias y en este recurso de casación y con devolución del depósito constituido. Líbrese testimonio de esta resolución, que se remitirá a la Audiencia juntamente con el rollo y autos enviados en su día.

Así por esta nuestra sentencia que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasando al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

(Tomado del *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*.)