

Con esto termino mi comentario, pero temo que, al menos en su segunda parte, más que comentario sea un aprovechamiento por mi parte de la doctrina jurisprudencial para apoyar mis propias elucubraciones sobre el particular, como el poeta aprovechó la orden de la dama para el soneto que «me manda hacer Violante». Pero tampoco sería mala compañía la de Lope...

PEDRO AVILA ALVAREZ

**REPRESENTACION PARA INTERPONER RECURSO GUBERNATIVO.
EMBARGO DE BIENES ADQUIRIDOS CON PACTO DE SOBREVIVENCIA.**

EL RECURSO GUBERNATIVO PUEDE INTERPONERSE POR PERSONA QUE OSTENTE NOTORIAMENTE O ACREDITE LA REPRESENTACION DEL INTERESADO; EN ESTE CASO, EL REPRESENTANTE ES UN VOCAL DEL COLEGIO DE ARQUITECTOS DE CATALUÑA, CUYA REPRESENTACION ORGANICA NO CONSTA Y CUYA REPRESENTACION VOLUNTARIA, CONFERIDA EN ESCRITURA DE PODER, ES INSUFICIENTE, PORQUE SE LIMITA A UN DETERMINADO RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y AL OTORGAMIENTO DE PODERES A TAL EFECTO, SIN QUE PUEDA ESTA SEGUNDA PARTE (OTORGAMIENTO DE PODERES) INDEPENDIZARSE DE LA PRIMERA (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO). NO ENTRA, POR TANTO, EN EL FONDO DEL ASUNTO: EMBARGO DE BIENES CON PACTO DE SOBREVIVENCIA (RESOLUCIÓN DE 26 DE ENERO DE 1988. «BOE» DE 9 DE FEBRERO DE 1988).

A) *Antecedentes de hecho.*—En la ejecución de sentencia dictada en los autos de juicio ordinario de menor cuantía ante el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gerona, promovido por el Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña, se libró exhorto al Juzgado de Primera Instancia de La Bisbal para que mediante mandamiento al Registrador de la Propiedad de dicha localidad se practicara la anotación preventiva de embargo acordado sobre una finca edificable, perteneciente al demandado don Martín Pla Rovira y a su esposa, por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia.

Presentado dicho mandamiento judicial en el Registro, fue calificado con la siguiente nota:

«Suspendida la anotación preventiva de embargo que se interesa en el precedente mandamiento por observarse en el mismo los defectos subsanables siguientes:

1) No constar las circunstancias personales del demandado, conforme al artículo 51, regla 9.ª, del Reglamento Hipotecario.

2) No constar haberse dirigido el procedimiento contra la esposa del demandado, que adquirió con él la finca referenciada con pacto de sobrevivencia y, por tanto, interesada en el 'problema, ya que un día puede ser propietaria única y, por tanto, le afectarán las declaraciones interesadas de adverso sin haber sido parte en el procedimiento, y podría haber sido

vencida sin ser oída', como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1972 (1), de acuerdo con los artículos 61 y 62 de la Compilación vigente del Derecho catalán. Y en su lugar, conforme a lo solicitado en la adjunta instancia, se ha tomado anotación preventiva de suspensión —de la anotación de embargo—, por término de sesenta días, en el tomo 2.295 del archivo, libro 36 de Cruilles, folio 239, finca número 1.384, anotación letra A; pero tan sólo sobre la mitad indivisa de la finca perteneciente al demandado don Martín Pla Rovira, con sujeción a los efectos que pudieran derivarse del citado pacto de sobrevivencia, denegándose tal anotación sobre la restante mitad indivisa por constar inscrita a favor de doña Amalia Matés López, persona distinta del demandado, conforme a lo dispuesto en los artículos 20, párrafo segundo, de la vigente Ley Hipotecaria, y 140, regla primera, de su Reglamento.

La Bisbal, 17 de abril de 1985.—El Registrador.—Firma ilegible.»

El Procurador don Jorge Solá Serra interpuso recurso gubernativo, en representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña, contra la suspensión de la anotación preventiva de embargo de la mitad indivisa de la finca, perteneciente al demandado, considerando procedente la denegación de la anotación de la restante mitad indivisa perteneciente a su esposa; dicha representación la ostentaba en virtud del poder general para pleitos conferido en nombre del Colegio por don Enrique Xutglà Ruiz, en escritura otorgada ante el Notario de Gerona don Antonio Palos el día 30 de mayo de 1980, facultado para el otorgamiento en virtud de los acuerdos de dicho Colegio, que según certificación librada con fecha 27 de mayo de 1980, por el Secretario del mismo, don Miguel Donada Gaja, con el visto bueno de su Presidente, don Jorge Vilardaga Roig, son los siguientes: Primero: Que en la reunión de la Junta de Gobierno de este Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña se acordó lo siguiente: Se acuerda imponer recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Ayuntamiento de Olot de 4 de febrero de 1980, por el que se concedió licencia de obras para una nave industrial sobre base de proyecto técnico suscrito por Perito industrial, y facultar al Vocal de la Junta de Gobierno del COAC y Presidente de la Delegación de Gerona, don Enrique Xutglà Ruiz, para que, en nombre y representación de este Colegio, otorgue poderes notariales para pleitos en favor de los Procuradores de los Tribunales de Barcelona y Madrid que estime oportunos. Segundo: Que celebradas elecciones para proveer cargos de la Junta de Gobierno de la Delegación de Gerona de este Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña, las cuales tuvieron lugar el día 15 de mayo de 1980, el Arquitecto don Enrique Xutglà Ruiz fue elegido y proclamado para el cargo de Presidente de dicha Delegación, de conformidad con lo previsto en el artículo 34 de los citados Estatutos de los Colegios de Arquitectos, cargo que ejerce en el día de la fecha. Y alegó:

Primero. En cuanto al primer motivo de la suspensión: Que los requisitos de la regla novena del artículo 51 del Reglamento Hipotecario se exigen para las inscripciones extensas, a que se refiere el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, y no para las anotaciones preventivas; por otro lado, se puede observar que la citada regla está redactada pensando en inscripciones de transmisión de dominio, al aludir a las personas de las que proceden los bienes y a los adquirentes. Que para las anotaciones preventivas rige el artículo 72 de la Ley Hipotecaria, jerárquicamente superior al Re-

(1) Debe decir 23 de febrero de 1971.

glamento, y más concretamente, tratándose de anotaciones preventivas de embargo, el párrafo segundo del citado artículo indica cuáles son las circunstancias a cumplir, que se han cumplido plenamente en el mandamiento para la anotación de embargo, a cuyo respecto parte de la doctrina considera esta regla poco feliz, ya que concede cierta laxitud formal al asiento de anotación, que puede carecer de alguna de las circunstancias requeridas para la inscripción, si tales circunstancias no se contienen en el título generador de la anotación.

Segundo. En cuanto al segundo motivo de la suspensión: Que la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero de 1972, que exactamente es del año 1971, no es aplicable a este caso, ya que el actor no pretendió declaraciones que afectaran a todos los propietarios de la finca, sino solamente respecto al demandado. Que no es obstáculo a la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil el que exista pacto de sobrevivencia y, en consecuencia, tal pacto no debe ser tampoco obstáculo a la anotación de embargo en el Registro sobre la mitad indivisa de la finca perteneciente al demandado, aunque no se haya demandado a la esposa, la cual no es responsable de las deudas del marido, de acuerdo con el citado artículo 1.911 y el artículo 7 de la Compilación catalana al regular el régimen económico conyugal de separación de bienes, y ésta es la interpretación recogida en la Sentencia de la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Barcelona de fecha 5 de abril de 1974, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 29 de diciembre de 1977.

El Registrador de la Propiedad de La Bisbal, en defensa de su nota, alegó:

Que el poder otorgado por don Enrique Xutglà Ruiz, en nombre y representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña, lo fue para interponer solamente recurso contencioso-administrativo contra un acuerdo del Ayuntamiento de Olot, según se deduce de la certificación que se acompaña del citado Colegio Oficial, debiendo, en consecuencia, ser desestimado el Procurador nombrado por falta de legitimación.

Que la interpretación dada por el recurrente al artículo 72 de la Ley Hipotecaria no es la correcta, como se deduce de los artículos 73, 74 y 75 de la citada Ley.

Que la cita doctrinal transcrita por el recurrente en apoyo de su argumentación no es completa ni exacto el sentido dado, ya que la misma doctrina dice que tratándose de anotaciones de origen judicial es mayor el grado de tolerancia legal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley Hipotecaria, pero en el artículo 74 de la misma Ley se evita el que los documentos que ordenen la anotación se presenten desprovistos de los más esenciales requisitos, pues al Registrador no se le puede obligar a extender asientos nulos, y si aquellos requisitos se omiten, deberá suspender o denegar, según los casos, la anotación, y los interesados subsanar la omisión mediante escrito presentado al Juzgado, al que corresponde la definitiva resolución.

Que el mandamiento ordena el embargo de la totalidad de la finca, y aun habiéndose pretendido la anotación de sólo la mitad perteneciente al marido deudor, tenía que haberse dirigido el procedimiento también contra la esposa del demandado, en virtud de pacto de sobrevivencia, según doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero

de 1971, y, en todo caso, haberle sido notificado, como declara la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 29 de diciembre de 1977.

El ilustrísimo señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gerona informó que no se pueden considerar defectos los observados por el señor Registrador, y debió de haberse practicado la anotación preventiva suspendida sobre la mitad indivisa de la finca perteneciente al demandado, y en apoyo de su postura citó los artículos 72 de la Ley Hipotecaria; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de enero de 1912 y de 26 de marzo de 1909; los artículos 7, 61 y 62 de la Compilación catalana, y los artículos 1.440 y 1.911 del Código Civil.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la nota del Registrador y ordenó la anotación preventiva suspendida, en base a razones análogas a las aducidas por el recurrente, considerando suficiente y bastante el poder con el que comparece el Procurador instante del recurso.

Apelado el auto presidencial por el Registrador de la Propiedad de La Bisbal e insistiendo éste en la falta de legitimación del Procurador, así como en sus argumentos reflejados en el escrito de defensa de la nota, y después de aducir a mayor abundamiento las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de febrero y 19 de mayo de 1917, de 24 de abril de 1918, de 5 de mayo de 1932 y de 29 de diciembre de 1977, la Dirección General acordó revocar el auto apelado y declarar inadmisibile el recurso interpuesto por falta de legitimidad del recurrente, sin entrar en el fondo del asunto debatido.

B) COMENTARIO.—Aun cuando la resolución recaída sólo aborda el problema de la legitimación del Procurador recurrente, cuestión ésta que se considera previa y, por tanto, determinante de la procedencia del recurso, y única en realidad sobre la que la Dirección General acaba pronunciándose, el recurso planteado aborda cuestiones diversas que deberán ser objeto de nuestro comentario, aun a riesgo de no tener el soporte que implica un pronunciamiento sobre las mismas por parte del Centro Directivo. Tales cuestiones son, básicamente, las siguientes:

1.ª Respecto de la legitimación activa para interponer el recurso, cuál deba ser la vinculación entre representante y representado para que aquél pueda interponer el recurso en nombre de éste.

2.ª Respecto del embargo de la finca adquirida con pacto de sobrevivencia:

a) Si el hecho de no haberse dirigido la demanda contra el cónyuge del demandado (y titular según el Registro de una mitad de la finca) es causa suficiente para denegar la anotación ordenada sobre dicha mitad.

b) Si el hecho de haber adquirido cada uno de los cónyuges (el demandado y su consorte) una finca con pacto de sobrevivencia implica, para poder practicarse una anotación preventiva de embargo sobre la mitad indivisa de aquél, que se haya dirigido también la demanda contra su consorte, que simplemente se haya notificado al cónyuge del demandado la existencia del procedimiento o si, por el contrario, la anotación puede

practicarse sin necesidad de que se demande o, en su caso, notifique el procedimiento al cónyuge del demandado.

3.^a Respecto de los requisitos que debe contener el mandamiento: si el hecho de no constar en el mismo las circunstancias personales del demandado es causa para suspender la práctica de la anotación de embargo que se ordena.

Veamos todas estas cuestiones:

1.^a *Requisitos de legitimación para interponer el recurso gubernativo: ¿Basta para legitimar la actuación del representante la existencia de un poder otorgado para la interposición de otro recurso (en este caso, un recurso contencioso-administrativo) que nada tiene que ver con el asunto que ha provocado posteriormente la decisión de recurrir gubernativamente contra la calificación del Registrador?*

La última cuestión que debe señalarse en el comentario a esta resolución, y única en realidad abordada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, es la que afecta a la legitimación activa para interponer el recurso gubernativo, cuestión ésta que, al ser previa a todas las demás, impide entrar en el fondo del asunto (art. 119 del Reglamento Hipotecario). La resolución comentada alude al artículo 112 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual el recurso gubernativo puede ser interpuesto, además de por el Fiscal y el Notario en los casos respectivos, por la persona individual o jurídica interesada en el asiento, si bien cuando se actúa a través de representante es preciso que éste ostente notoriamente o acredite «en forma auténtica la representación legal o voluntaria» para este objeto. Tratándose de Corporaciones públicas, el recurso debe ser interpuesto por sus correspondientes órganos o representantes, que deberán, en este último caso, tener poder especial al efecto.

En el caso que provocó el recurso que comentamos, el Procurador recurrente actuaba con poderes otorgados por el Vocal de la Junta de Gobierno del COAC y Presidente de la Delegación de Gerona, que, a su vez, los había otorgado como consecuencia de haber acordado la Junta del COAC interponer un recurso contencioso-administrativo contra una determinada licencia municipal que nada tenía que ver con el asunto que posteriormente provocó el recurso gubernativo. Ciertamente es que en el citado poder se comprendía la facultad de interponer, en su caso, recursos gubernativos, pero la Dirección General ha apreciado con acierto que dicho poder se había otorgado para un caso concreto (la interposición del recurso contencioso-administrativo) y, por tanto, en este caso, la representación voluntaria que acreditaba el Procurador recurrente no era suficiente en modo alguno, ya que se limitaba a un determinado recurso contencioso-administrativo y al otorgamiento de poderes a tal efecto, sin que pueda esta segunda parte (otorgamiento de poderes) independizarse de la primera (recurso contencioso-administrativo).

Lo que no sabemos es qué hubiera resuelto la Dirección General en el caso de que el Procurador recurrente hubiera sido el presentante del documento cuya anotación se solicitaba. Como sea que el artículo 112 del Reglamento Hipotecario, al enumerar las personas que pueden interponer el recurso, se refiere «a quien ostente notoriamente o acredite en forma

auténtica la representación legal o voluntaria» de la persona individual o jurídica a cuyo favor se hubiera de practicar el asiento o de quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de éste, es muy probable, a nuestro juicio, que esa representación que al presentante concede el artículo 6, d), del Reglamento Hipotecario, que asume el artículo 39 del mismo, fuera suficiente para recurrir en calidad de representación «ostentada notoriamente».

2.ª Posibilidad de embargo de una finca adquirida por los cónyuges con pacto de sobrevivencia.

Cualquier comentario que verse sobre la problemática que presenta la institución catalana de la compraventa con pacto de sobrevivencia suele destacar la limitación de los estudios sobre dicha institución, regulada hoy en los artículos 61 y 62 de la Compilación (2), a pesar de la raigambre que ésta tiene en Cataluña (3).

Sin lugar a dudas, uno de los puntos más vidriosos que presenta la

(2) La bibliografía es bastante extensa al respecto. Además de las obras generales de Derecho catalán, como bibliografía específica más importante puede citarse la siguiente:

CABRERA HERNÁNDEZ: «El contrato de compraventa con pacto de sobrevivencia», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1966, págs. 37 y sigs.

CALVO SORIANO: «Adquisiciones con pacto de sobrevivencia», en *Revista de Derecho Privado*, 1952, páginas 361 a 392.

CARRERERO GARCÍA: «Comentario a la Resolución de 29 de diciembre de 1971», en *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado publicados en la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario» durante los años 1969 a 1982*, Madrid, 1987, págs. 937 y sigs.

— «Encuesta sobre el llamado pacto o cláusula de sobrevivencia», en *La Notaría*, 1967, págs. 11 y 12, y «Resultado de una encuesta», en la misma *Revista*, 1968, págs. 1 a 10.

LALINDE ABADÍA: «Regímenes comunitarios en la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1966, pág. 347.

O'CALLAGHAN MUÑOZ: «La compraventa con pacto de sobrevivencia», en *Revista Jurídica de Cataluña*, páginas 155 y sigs., y «De las compras con pacto de sobrevivencia», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXVII, vol. 2.

PORCIOLES COLOMER: «Régim econòmic-familiar al Baix Lligell i Segrià», en *Conferències sobre varietats del Dret civil català*, Barcelona, 1934.

PUIG FERRIOL: «Cómputo de la legítima», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1971, págs. 535 y sigs.

VALLET DE GOTTISOLO: «La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho común y en el foral catalán», en *Revista de Derecho Privado*, 1944, págs. 708 a 727; «Teología y dogmática de la compraventa con pacto de sobrevivencia», en *La Notaría*, 1946, págs. 362 a 393, y «Las compraventas con pacto de sobrevivencia en el Derecho catalán», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1955, págs. 291 a 314.

VIRGILI SORRIBES: «Problemas que suscita la compraventa con pacto de supervivencia cuando existe asociación de compras y mejoras entre los cónyuges compradores», en *La Notaría*, LXXX, pág. 333.

(3) Esta institución catalana ha sido calificada de viva y frecuente por la mayor parte de la doctrina que se ha ocupado de ella, básicamente en el Ampurdán y, en general, en la provincia de Gerona, según se dedujo de una encuesta publicada en la revista *La Notaría* (cf. bibliografía publicada en la nota 2). Más recientemente, con motivo del «Simposi de Dret Civil de Catalunya», celebrado en 1985 al cumplirse el veinticinco aniversario de la Compilación (cf. los trabajos publicados por la Conselleria de Justicia, Barcelona, 1985), el Colegio de Abogados de Barcelona emitió un informe según el cual el pacto de sobrevivencia «es una de las instituciones más vivas de la Compilación», que en algunas comarcas —como Osona— «se ha convertido en una cláusula habitual de las compraventas», constatándose que se usa «especialmente por los miembros de las capas sociales con pocos recursos». En opinión de algunos letrados —según constata el informe—, dicha figura debería tener una más extensa regulación, siendo conveniente que se extendiera a la mayor parte de las compras de bienes familiares: así, el automóvil, las obras de arte, el domicilio de la familia, etc. Constatan, además, los Abogados la necesidad de regular más exhaustivamente algunas cuestiones, como la posibilidad de embargo de los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia (tema éste objeto de la resolución que nos ocupa), así como la renuncia del pacto en vida de los otorgantes, de la misma manera que convendría clarificar la incidencia de los pactos de sobrevivencia sobre la herencia.

En el informe emitido por los Registradores de la Propiedad de Cataluña sobre dicha institución puede constatar una vigencia nítida de este tipo de compras con pacto de sobrevivencia, por más que el 55,2 por 100 de los encuestados las considera como poco frecuentes (así se pronunciaron básicamente los Registradores con ejercicio en Barcelona, Mataró, Manresa, Cerdanyola del Vallés, Montblanc, Sant Feliu de Llobregat, Sort i Terrassa), frente a un 39,6 por 100 que las consideran frecuentes, llegando a afirmar algunos que en ciertas comarcas ésta es la manera más frecuente de adquirir los cónyuges, si bien unos y otros reconocen que se trata de una «institución viva y aceptada, de impulso generalmente notarial». El 5,2 por 100 no contestaron la pregunta y ninguno constató que tales compras fueran desconocidas.

regulación legal de la institución que nos ocupa es el que hace referencia a las cuestiones de responsabilidad que puedan afectar a la cosa comprada por deudas contraídas por uno de los cónyuges (sean éstas privativas o familiares —que también las hay en el régimen de separación de bienes—) y, por consiguiente, a las cuestiones derivadas de una posible actuación judicial contra dicho bien. Cabe, por tanto, preguntarse varias cosas: ¿Debe ordenarse el embargo sobre toda la finca o sólo sobre la porción indivisa del deudor? ¿Debe dirigirse la demanda contra el deudor solamente, contra éste notificándose el procedimiento a su consorte o, por contra, debe dirigirse contra ambos? Porque si no hay duda respecto de la prohibición que afecta a ambos cónyuges de enajenar o gravar unilateralmente su derecho (art. 62, 1.º), mucho más dudoso es que tal prohibición se extienda a las ventas forzosas, ya que, sin duda, no habrá querido el legislador que dicha institución implique un seguro refugio para las actuaciones en fraude de acreedores.

La compraventa con pacto de sobrevivencia es un contrato de compraventa por el cual los compradores, pagando por mitad, adquieren un bien conjuntamente, pactando que a la muerte de uno de ellos quede en propiedad exclusiva del sobreviviente (O'CALLAGHAN). Dicha institución sólo puede darse entre cónyuges que estén casados en régimen de separación de bienes, que no hayan otorgado heredamiento a favor de los contrayentes o heredamiento puro a favor de sus hijos nacederos y ha de practicarse en el propio título de adquisición (art. 61).

Quizá nos sea imprescindible para encontrar una solución a los problemas presentados observar primero cuál sea la naturaleza jurídica de dicha institución catalana. Frente a ciertas opiniones que la configuraban como una donación *mortis causa* (SAGUER y OLIVERT), una donación entre esposos (PORCIOLES), un supuesto de sucesión contractual (LALINDE) o un pacto capitular (CALVO SORIANO), VALLET DE GOYTISOLO llegó a la conclusión de que estábamos ante un negocio inescindible y único a través del cual los compradores adquieren una *propietas at tempus* sometida a una condición de juego a la vez suspensivo y resolutorio: cada uno de los cónyuges adquiere una mitad indivisa bajo la condición resolutoria de premorir, y la otra mitad pendiente de condición suspensiva de sobrevivir. La Resolución de 29 de diciembre de 1977, en el considerando segundo alude a esta tesis, si bien cita también muchas otras, básicamente la que ve en dicho pacto una institución sucesoria semejante a un heredamiento mutuo que estuviese limitado tan sólo al inmueble o inmuebles comprendidos en el pacto, o las que lo conceptúan como donación, aduciendo el tratamiento que, como tal, tiene en la legislación fiscal entonces (y ahora) vigente.

O'CALLAGHAN entiende que estamos ante dos negocios jurídicos independientes que dan lugar a una comunidad, única en nuestro Derecho, con especialísimos efectos jurídicos. Para dicho autor, la naturaleza del pacto de sobrevivencia que —como negocio independiente— se adjunta al de la compraventa, es la de un negocio jurídico oneroso (puesto que las declaraciones de ambos cónyuges implican una evidente contraprestación entre sí) y aleatorio (puesto que el riesgo de morir o de sobrevivir es bilateral) que da lugar a una comunidad especial respecto del bien adquirido entre los cónyuges. Dicha comunidad la califica de germánica en mano común (*zur gesammte Hand*), puesto que, sin perjuicio de que el bien se adquiere por mitades («por cuotas iguales» —dice el art. 61—), en realidad dicha

cuota no se corresponde exactamente a la romana, ya que más que una cuota propiamente dicha, lo que cada cónyuge adquiere es una participación igual en la propiedad. Ciertamente es que a pesar de la terminología ordinariamente empleada en el pacto (la más común es la que se refiere a la adquisición «por mitades indivisas y para el sobreviviente de los dos a solas»), lo cierto es que ninguno de los cónyuges puede por sí solo y por separado disponer del bien (art. 62, 1.º) ni de su cuota (art. 62, 2.º), ni pedir la división (art. 62, 3.º), ni renunciar a los derechos (párrafo final), sino, en todo caso, conjuntamente, en mano común, los dos cónyuges.

A partir de ahí parece claro que al fallecimiento de uno de los cónyuges su propiedad no se transmite en realidad al otro, sino que —como apunta O'CALLAGHAN—, «por razón del pacto de sobrevivencia, la titularidad compartida del derecho de propiedad se convierte en titularidad exclusiva». El cónyuge sobreviviente simplemente amplía su titularidad —hasta entonces compartida— para hacerla exclusiva.

La tesis de O'CALLAGHAN podría reforzarse, además, por el hecho de que el artículo 61 de la Compilación exija la compartición «conjuntamente y por cuotas iguales», como ya se ha dicho, a diferencia de la pertenencia «por mitad», a que hace referencia el último párrafo del artículo 49; y por lo dispuesto en el artículo 62, final, para el caso de nulidad, separación o divorcio, en que los bienes «serán titularidad de ambos por mitades indivisas», dando a entender que antes no lo eran; y por su regulación en el capítulo XII, en el régimen conyugal (no sucesorio), a continuación de otros sistemas de comunidad.

Un solo problema —aunque grave— parece afectar a esta tesis: el derivado del último párrafo del artículo 61, que afecta los bienes comprados por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia a la herencia del premuerto para el pago de las legítimas. En efecto, la tesis sostenida por VALLET señalando que la parte del precio pagada por el cónyuge premuerto había de ser tomada en cuenta para computar la legítima que afectara a su herencia, fue recogida por el texto de la Compilación al objeto de que dicho pacto no burlase el juego de la Ley *Hac edictali* o que se perjudicaran los derechos legitimarios de los hijos (CONDOMINES I FAUS). A pesar de ello, la doctrina actual se muestra muy en contra de esa decisión del legislador de afectar tales bienes al pago de legítimas. Así, PUIG FERRIOL ha señalado que la decisión de computar la adquisición del premuerto en su herencia para los efectos del cálculo de legítima no constituye acierto alguno. Para el citado profesor catalán, tal afectación ha desnaturalizado una institución que —ligada indisolublemente al sistema de separación de bienes— «debía de configurarse como un beneficio viudal derivado de la organización económica de la familia catalana», adquisición que «no debe asimilarse sin más a las donaciones porque en aquellas adquisiciones no aparece clara la causa gratuita», y según el artículo 129, 1.º, de la Compilación, sólo han de computarse para el cálculo en la legítima las donaciones otorgadas por el causante. Y concluye indicando PUIG FERRIOL que «el designio tan claramente expresado en el artículo 61, 1.º, de mitigar con este pacto las consecuencias del régimen de separación de bienes debería ser argumento suficiente para excluir la participación del premuerto de toda computación de su herencia para el cálculo de la legítima, puesto que tal participación en ningún momento llega a formar parte del *relictum* si por el solo hecho de abrirse la sucesión tal participación la adquiere automáticamente el sobreviviente; ni,

por otra parte, existe base alguna para sostener que haya de agregarse al *relictum* como si se tratara de una donación, pues lo que habría, en todo caso, es una adquisición derivada del régimen económico conyugal de separación de bienes o un beneficio proveniente de un contrato aleatorio en el que ambas partes habían corrido parecido riesgo y por ello con una causa asimilada a la onerosa».

A pesar de tales opiniones —suficientes para mantener la vigencia de la tesis antes defendida respecto de la naturaleza jurídica de la institución, lo cierto es que, de *lege data*, el párrafo final del artículo 61 es claro y hay que afectar los bienes a la legítima como formando parte del *donatum*, ya que —aun cuando ello repugna jurídicamente— a estos efectos debe conceptuarse como donación. Donación que, en su caso, podrá reducirse por inoficiosa (4).

Pues bien, aun aceptando que los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia quedan afectados al pago de las legítimas, entendemos que tales bienes se adquieren por ambos cónyuges en el momento de la compraventa seguida de la tradición, real o ficticia, del bien, determinando tan sólo el pacto una comunidad especial entre ellos, que debe configurarse como germánica, puesto que si bien se habla de cuotas (y en la práctica se inscribe «por mitades indivisas»), la cláusula del pacto («...y para el sobreviviente de los dos a solas» u otra parecida) desnaturaliza lo que podría ser una comunidad romana, ya que no hay en realidad una adquisición posterior de la otra mitad por el sobreviviente, sino una simple ampliación de su titularidad anterior y, además, cada uno de los cónyuges en vida del otro estará desprovisto de todo lo que configura el núcleo de facultades inherentes a la copropiedad romana: en efecto, no podrá ejercitar la *actio communi dividundo* ni tendrá tampoco la facultad de disponer libremente de su propia mitad, ni tan sólo de renunciar al pacto (5).

Así las cosas, cabe abordar ya las dos cuestiones que afectan a la problemática suscitada (y no resuelta) en el recurso acerca de las resoluciones judiciales que ordenen la anotación preventiva de embargo sobre un bien adquirido con pacto de sobrevivencia, y básicamente las dos siguientes:

1.^a Si el hecho de no haberse dirigido la demanda contra el cónyuge del demandado (y titular según el Registro de una mitad de la finca adquirida con dicho pacto) es causa suficiente para denegar la anotación ordenada sobre dicha mitad.

2.^a Si el hecho de haber adquirido cada uno de los cónyuges (el demandado y su consorte) una finca con pacto de sobrevivencia implica, para poder practicar una anotación preventiva de embargo sobre la mitad indivisa de aquél, que se haya dirigido la demanda contra su consorte, que simplemente se le haya notificado la existencia del procedimiento,

(4) Una de las cuestiones que se proponían en la encuesta a los Registradores catalanes era la de si en la práctica registral se afectaba o no a los derechos legítimos la mitad del bien adquirido como consecuencia del pacto de sobrevivencia. El 36 por 100 de los encuestados consideró que sí debía afectarse registralmente la adquisición de la indicada mitad indivisa a los derechos legítimos de los hijos, pero un 19 por 100 entendió que ello no era procedente, ya que el artículo 15 de la Ley Hipotecaria se refiere tan sólo a los bienes hereditarios, y estos bienes adquiridos por pacto no lo son, sino que deben considerarse como parte del *donatum*. Un 19 por 100 no contestó a la pregunta formulada.

(5) La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971, tratando este problema dejó claro que «los bienes así adquiridos no pueden ser enajenados ni gravados sino por acuerdo de ambos cónyuges, y ninguno de ellos podrá transmitir a tercera persona su derecho sobre la cosa comprada y deberá mantener necesariamente la indivisión de lo adquirido, aparte lo establecido en el párrafo final de dicho artículo 62 sobre la renuncia». Concreta dicho párrafo final que la renuncia a los derechos que sobre la cosa comprada puedan corresponder al sobreviviente sólo será eficaz si hubiera sido convenida por ambos cónyuges recíprocamente, o cuando, premuerto uno de ellos, renuncie el que sobreviva.

o si, por el contrario, la anotación puede practicarse sin necesidad de que se demande ni, en su caso, notifique el procedimiento al cónyuge del demandado.

La respuesta a la primera cuestión parece no ofrecer duda alguna. El principio de tracto sucesivo, recogido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, ordena, en efecto, a los Registradores, con carácter general, denegar la inscripción de aquellos títulos en los que resulte inscrito el derecho a favor de persona distinta de aquella contra la que otorgue la transmisión o gravamen, y en el mismo sentido se muestra el artículo 38 de la Ley, al recoger uno de los aspectos del principio de legitimación en sus dos primeros apartados y establecer en el tercero el sobreseimiento de todo procedimiento de apremio sobre aquellos bienes que consten inscritos a favor de persona distinta de la que se decretó el embargo, salvo que se hubiere dirigido la acción contra ella en concepto de heredero del que aparece como dueño en el Registro, concretando el artículo 140, 1.º, del Reglamento Hipotecario la actuación denegatoria o suspensiva del Registrador en el supuesto concreto de que el asiento solicitado sea una anotación preventiva de embargo.

Dicha doctrina, reiteradamente expuesta por la Dirección General de los Registros y del Notariado (cf., entre otras, las Resoluciones de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981), no ofrece dudas y así fue entendido por el recurrente en el caso que nos ocupa, el cual, en la interposición del recurso gubernativo, consideró procedente la denegación de la anotación sobre la mitad indivisa perteneciente a la esposa del demandado, denegación que sería procedente tanto si consideráramos que el cónyuge del demandado carece de derecho alguno sobre la mitad de su consorte en vida de éste (postura extrema que no creemos defiende nadie), como en el caso más radicalmente contrario (el que ve en la compraventa con pacto de sobrevivencia una dualidad de negocios que configuran una comunidad germánica o en mano común), ya que siendo cada cónyuge, en este caso, cotitular de una participación igual a la de su consorte (*quotenteilung*), ésta no puede serle embargada sin que el procedimiento se dirija también contra él.

Pero el problema surge cuando se trata de dilucidar si la cuota del cónyuge deudor puede ser embargada sin dirigir el procedimiento también contra su consorte, titular de la otra mitad de la finca.

Parece claro que dada la especial naturaleza de comunidad que, desde el momento de la adquisición del bien, se produce entre ambos cónyuges, prescindir en absoluto del no deudor y, por tanto, no demandarle o no notificarle, como mínimo, la existencia del procedimiento produciría una indefensión que no puede aceptarse, máxime cuando adjudicada la finca a un tercero, el pacto va a desaparecer y, por tanto, la expectativa de adquirir (o consumir la adquisición de) la otra mitad de la finca.

En la Resolución de 29 de diciembre de 1977, 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, encontró una solución adecuada en la dada por la jurisprudencia registral al supuesto de la ejecución de bienes gananciales, considerando que en estos supuestos «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 ar-

título 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 el disfrute y administración con total independencia del otro, por lo que deben responder de las obligaciones que han contraído sus propietarios» (6).

Es evidente, pues, que no puede despreciarse en modo alguno la tesis de que el pacto no sustrae los bienes así adquiridos a la acción de los acreedores y que, por tanto: 1.º 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. 2.º Que caso de consumarse la adquisición, se extingue el pacto de sobrevivencia, como establece la Resolución de 29 de diciembre de 1977.

Pero ello no es todo. Una Resolución mucho más antigua, la de 24 de diciembre de 1918, versó sobre un caso de interés para el tema que nos ocupa. Dos cónyuges compraron entonces una casa en Figueras por mitad y *pro indiviso* 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 dimanantes 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, resolvió entonces 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 funciona 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.

Dicha resolución deja clara, pues, no sólo la posibilidad de trabar embargo sobre la mitad indivisa del cónyuge deudor, sino también la manera de configurarse éste. Pero nos queda sin resolver si la demanda debe

(6) En la encuesta a que nos hemos referido, se preguntaba a los Registradores catalanes si se admitía y de qué manera el embargo de la mitad de la finca adquirida con pacto de sobrevivencia por deudas de un solo consorte. La cuestión es, por lo visto, difícil porque un 25 por 100 de los encuestados deja de responderla, y frente a un 6,9 por 100 que manifiestan oponerse a la práctica de tales anotaciones, el 67,2 por 100 declaran practicarlas afirmando que, como norma general, exigen, de acuerdo con la jurisprudencia, la notificación del procedimiento al otro consorte.

dirigirse contra ambos cónyuges (aun cuando lo que se pretende sea embargar la mitad indivisa de la mitad de la finca perteneciente al demandado).

TIRSO CARRETERO criticó ya con dureza la tesis de la Dirección General de los Registros y del Notariado que justificaba la práctica de la anotación cuando se hubiese notificado el procedimiento al cónyuge del demandado, por cuanto daba 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. Y es que, en efecto, las deudas pueden implicar situaciones muy diversas: «Unas veces —decía TIRSO CARRETERO— el acreedor será anterior a la compra y otras posterior; unas veces reclamará deudas familiares o conyugales, que también existen en el régimen de separación, y otras privativas; unas veces puede interesarle ocasionar la ruptura del pacto de sobrevivencia para ejecutar la mitad indivisa ordinaria o incondicionada, y otras, dadas las circunstancias de edad o salud de los cónyuges, puede encontrar más beneficioso el embargo y ejecución de los derechos condicionales del cónyuge deudor, probable supérstite».

Hemos visto, en efecto, que sería absurdo pretender que, amparándose en el pacto, se burlaran derechos de acreedores, pero podría muy bien darse la situación contraria, a saber, la del cónyuge que fraudulentamente quiere resolver el pacto y, confabulándose con un tercero, se allana a una demanda efectuada por éste en base a una deuda en realidad inexistente. Y es que, como señalara ya TIRSO CARRETERO, 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 de la Compilación, y no es seguro que la notificación del embargo sea solución oportuna y no ya demasiado tardía.

Creemos, por ello, que la solución adoptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 29 de diciembre de 1977 no puede generalizarse como definitiva, ya que el pacto de sobrevivencia representa muy posiblemente uno de los claros supuestos de litisconsorcio pasivo necesario entre los dos cónyuges. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971 (invocada por el Registrador en el dictamen emitido en defensa de su nota) nos parece decisiva al respecto. Dicha sentencia 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 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 seguro de ellos, que está indicando la necesidad de una defensa autónoma en el proceso por parte de los cónyuges.

Por ello, concluimos con O'CALLAGHAN, que «la comunidad germana que ambos cónyuges tienen sobre el bien, en virtud de la cual han de actuar jurídicamente en común, hace necesario que un proceso que a ella se refiere (es decir, a la comunidad, al bien, o a efectos jurídicos de uno y otro) debe tener como partes a ambos cónyuges, y si bien en casos de comunidad (incluso la de coherederos, que también se considera germana) el Tribunal Supremo admite que uno solo de los comuneros ejercite acciones favorables a la comunidad, lo cual se refiere al litisconsorcio activo, en cuanto a la parte demandada (litisconsorcio pasivo) es absolutamente necesario que toda acción dirigida contra la comunidad, sobre el bien adquirido por compraventa con pacto de sobrevivencia o sobre alguno de los aspectos jurídicos de la misma, sea formulada contra todos los miembros de la comunidad, es decir, contra los dos cónyuges, pues cualquier resolución que recayera en el proceso afectaría a ambos por la naturaleza de dicha comunidad, y no cabe pensar en esta comunidad germana en una resolución que afectara a uno sin alcanzar al otro de los cónyuges» (7).

3.ª Requisitos que debe contener el mandamiento: ¿Cabe suspender la práctica del asiento de anotación preventiva de embargo por no constar en el mandamiento las circunstancias personales del demandado?

El artículo 30 de la Ley Hipotecaria declara nulas las inscripciones de los títulos inscribibles si en ellas se omite o se expresa con inexactitud sustancial alguna de las circunstancias comprendidas en el artículo 9, sin perjuicio de lo establecido en la Ley sobre la rectificación de errores. Y el artículo 51, 9.º, del Reglamento Hipotecario exige hacer constar en la inscripción la persona «de quien procedan los bienes y derechos que se inscriban», especificando «su nombre y apellidos, estado civil y lugar de que sea vecino, así como su mayoría de edad o el número de años si no hubiera alcanzado aquélla». Ello con carácter obligatorio, puesto que el mentado artículo 51, 9.º, añade que «también se hará constar la profesión, domicilio y número del documento nacional de identidad, si constaren del título...», artículo que debe su redacción actual a la reforma efectuada mediante el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, el cual —cuando menos, en el artículo que nos ocupa— ha venido a reforzar los «detalles personales» que las inscripciones deben contener. Ocurre, no obstante, que el artículo 72 de la Ley Hipotecaria, después de exigir que las anotaciones preventivas contengan las circunstancias que se exigen para las inscripciones, añade que ello será «en cuanto resulten de los títulos o documentos presentados», lo que parece dar cierta laxitud formal al asiento de anotación, laxitud que corroboran algunas resoluciones: así, la de 26 de marzo de 1909, según la cual «no constituye defecto hipotecario la falta de expresión de la vecindad de las personas a quienes haya de afectar la anotación», o la de 8 de enero de 1912, en la que se declara anotable un mandamiento de embargo por débitos de contribuciones, aunque no se exprese en aquél el estado civil del deudor. La Resolución de 28 de marzo de 1969, en cuyo considerando sexto se aduce precisamente esta

(7) No hay duda de que la jurisprudencia registral ha adoptado, como se ha visto, este último criterio de notificar al cónyuge del demandado para poder practicar la anotación de embargo ordenada. Aun así, la verdad es que nos quedamos con la duda de que ésa sea una decisión acertada, puesto que el régimen de disposición conjunta (sea de bienes gananciales o con pacto de sobrevivencia) parece que exige asimismo una demanda conjunta contra los titulares del mismo.

flexibilidad que comentamos, concluye que parece de trascendencia la no constancia de la profesión del demandado en el mandamiento, así como tampoco de su estado civil, que ya aparecían en los libros registrales, tesis que sustenta igualmente la de 13 de julio de 1971, por más que en el supuesto considerado por esta última advierte la Dirección General que la demanda se había dirigido contra la única persona legitimada para ser demandado, lo que atenúa considerablemente el alcance de la tesis de la flexibilidad y el objetivo que, con la constancia de las circunstancias personales, persiguen la Ley y el Reglamento Hipotecarios.

Aun así, es dudoso que el Registrador no pueda suspender la práctica de la anotación por defecto subsanable cuando, a su juicio, no consten en el mandamiento las circunstancias personales que permitan identificar al demandado, e incluso aquellas otras que, aun cuando no sean esenciales para su identificación, coadyuvan a perfilar la identidad de su persona y que puedan ser de utilidad en algún momento. Y ello por varias razones: 1.ª Porque la última reforma del Reglamento Hipotecario ha tendido a reforzar —como ya se ha dicho— el conjunto de circunstancias que, respecto de la persona del titular del derecho inscrito, han de hacerse constar en el asiento correspondiente. 2.ª Por cuanto, si bien es cierto que para las anotaciones de tipo judicial, el grado de tolerancia legal es mayor, no puede obligarse al Registrador a extender asientos sobre los que pueda pender un posible vicio de nulidad, y el artículo 75 de la Ley deja claro que la anotación preventiva será nula cuando por ella no pueda venirse en conocimiento de la finca, del derecho anotado, de la persona a quien afecte la anotación o de la fecha de ésta», arbitrándose en el artículo 74 un procedimiento sencillo para que se consignen las circunstancias esenciales para provocar la validez de la anotación cuando éstas no estén recogidas en el título destinado a provocarla. Corresponde, pues, al Registrador, en el ejercicio de su función calificadora, señalar si el mandamiento contiene o no todas las circunstancias personales necesarias para la futura validez del asiento (que son, en principio, las del art. 9 de la Ley y del artículo 51, 9.º, del Reglamento Hipotecario), debiendo suspender la práctica del mismo para su subsanación cuando falten algunas de ellas, si se consideran esenciales para la identificación del demandado, subsanación que es lo suficientemente sencilla como para poderse practicar dentro de la vigencia del asiento de presentación sin que el título presentado pierda su rango registral.

JOSÉ M.ª QUINTANA PETRUS
Registrador de la Propiedad. Barcelona