

LA COMPRAVENTA CON PACTO DE SUPERVIVENCIA EN EL CODI DE FAMILIA

I.- INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO.

Preliminares.

La institución de las compraventas con pacto de supervivencia carecía de antecedentes legales previos a la Compilación de Derecho Civil Catalán de 21 de julio de 1960. Su origen es de carácter consuetudinario y notarial, ya que era una práctica habitual de determinadas comarcas de Cataluña, como l'Emporda, l'Anoia i l'Osona, tal y como se reflejó en la Encuesta sobre esta figura jurídica publicada en la revista La Notaría en el año 1967, en la cual se hacía constar que se trataba de un pacto frecuente e incluso frecuentísimo, salvo ciertas excepciones, como indicaron los Notarios de Seo de Urgel, Amposta, Manresa y Tarragona. Al parecer era la comarca del Ampurdán y en general la provincia de Gerona la más favorable al uso del referido pacto. Sin embargo, como recuerda Quintana Petrus¹ "dicho pacto no se daba tan sólo entre cónyuges. Como observa Vallet de Goytisolo, si bien es cierto que las compras con pacto de supervivencia solían realizarse preferente entre esposos, en ocasiones la estipulación aparecía también en compras efectuadas conjuntamente por hermanos e, incluso, por extraños". Efectivamente Vallet relata como supuestos los pactos entre hermanos de edad avanzada y carentes de descendencia; la compra con dicho pacto entre un sacerdote y una pariente lejana suya, que le hacía de ama; el pacto entre una señora soltera y un sobrino suyo y el pactado entre un padre (o madre) viudo y uno de sus hijos. No obstante, en nuestro Derecho positivo únicamente se ha admitido este negocio jurídico en las compraventas efectuadas por los esposos sometidos al régimen de separación de bienes, aunque ahora también es posible, como veremos, pactarlo cuando el régimen económico matrimonial sea el de participación en las ganancias.

La primera vez que aparece regulada esta institución es en el Proyecto de Compilación de 1955, cuyos artículos 103 y 104 en forma menos precisa y con menos requisitos, que los recogidos en el texto definitivo de la Compilación, regulaban dicha institución. De ahí paso a los artículos 61 y 62 de la Compilación de 1960, cuya regulación se mantuvo por el Texto Refundo de 19 de julio de 1984 hasta la modificación operada por la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, que regula esta institución en los artículos 24 y 25 de la Compilación, que constituyen el antecedente directo de los artículos 44 a 47 del Codi de Familia (Ley 9/98, de 15 de julio). En el presente trabajo estudiaremos la regulación vigente y los problemas que se han venido planteado doctrinal y jurisprudencialmente.

¹ Vid. el artículo *La compraventa con pacto de supervivencia en el Derecho Civil de Catalunya*, Revista Jurídica de Cataluña, 1989, pp. 875-916.

Concepto.

O'Callaghan define la compraventa con pacto de sobrevivencia como un contrato de compraventa por el cual los compradores, pagando el precio por mitad, adquieren un bien conjuntamente, pactando que a la muerte de uno de ellos, que en propiedad exclusiva del sobreviviente.²

De este concepto se desprende que el precio se paga por mitad, sin embargo como señala dicho autor con frecuencia en la práctica el precio se paga con dinero exclusivo de uno de los cónyuges, sin embargo teóricamente es cada uno de los cónyuges quien paga la mitad del precio, la cosa comprada se adquiere conjuntamente, y el que de los dos sobreviva al otro, lo adquirirá en forma total y exclusiva.

II.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPRAVENTA CON PACTO DE SOBREVIVENCIA.

El problema principal que se plantea la doctrina al abordar el estudio de esta institución es el de su naturaleza jurídica, ya que es difícilmente subsumible en otras figuras jurídicas. Seguidamente vamos a analizar las principales teorías elaboradas sobre la configuración jurídica de esta institución.

TESIS UNITARIAS.

1.- Tesis de la donación mortis causa.

Saguer y Olivet opinó que se trataba de una donación *mortis causa*, pero, si la esencia de la donación *mortis causa* es la revocabilidad de la misma, está claro que no estamos en presencia de tal especie de donación. Así lo reconoció la RDGRN de 19 de mayo de 1917, que dejó claro que estábamos en presencia de un acto *inter vivos*, puesto que "la constitución de un derecho real sobre bienes determinados en consideración a la supervivencia es un convenio entre vivos, cuyos desarrollos propios se encuentran en el derecho de contratación y en el de cosas, sin que la entrega del objeto o goce de una facultad *post mortem* sea más que una mera modalidad del convenio, nunca bastante para desnaturalizar el carácter de actos entre vivos".

2.- Tesis de la sucesión contractual.

Otros autores entienden que las compraventas con pacto de sobrevivencia constituyen un supuesto de sucesión contractual entre cónyuges, por lo que tiene un

² Vid. *De las compras con pacto de sobrevivencia*, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XXVII, vol. 2, pp. 77-98.

auténtico carácter capitular, aunque no aparece en el documento que se requiere para ello. En este sentido se pronuncia Calvo Soriano. Por su parte, Lalinde entiende que se trata de un supuesto de sucesión contractual a título particular a favor del sobreviviente de ambos cónyuges, que se asemejaría al heredamiento mutuo. Sin embargo, esta teoría del contrato sucesorio, según Encarna Roca³, parece enfrentarse con los artículos 7 y 67 del Codi de Successions, ya que efectivamente el artículo 7 declara nulos los pactos de sucesión contractual no admitidos en dicho Código y el artículo 67 del CS exige que los heredamientos deben constar en capitulaciones matrimoniales.

3.- Tesis del fideicomiso contractual.

Vallet de Goytisolo ha estudiado en diversas ocasiones el pacto de sobrevivencia y, después de haber mantenido opiniones que han evolucionado con los años, ha concluido que estábamos ante un fideicomiso contractual que, adosado a una compraventa efectuada por los dos esposos, suponía un apósito a ésta, impuesto siempre en interés de los compradores. De acuerdo con esta concepción el sobreviviente tendría la condición de fideicomisario.

4.- Institución específica del Derecho de Familia.

Quintana Petrus opina que esta institución deba subsumirse en ninguna otra, puesto que ofrece caracteres propios que necesariamente la particularizan; y así hay autores que entienden que el pacto de sobrevivencia actúa como un pacto capitular condensado e incorporado en una compraventa, con efectos parecidos a los del heredamiento mutuo o la donación sponsalicia recíproca, todavía más frecuente en algunas comarcas catalanas, lo que permite concluir a Roca Sastre que se trata de una institución híbrida, de contenido sucesorio, de formulación contractual, justificada por razón de matrimonio.

5º. Negocio unitario.

Puig Ferriol y Encarna Roca consideran que nos encontramos ante un negocio unitario en el que los cónyuges al comprar conjuntamente un bien, excluyen el efecto normal de la cotitularidad que se crea, es decir, excluyen la comunidad de tipo romano y crean una comunidad en mano común, comunidad que tiene como finalidad mitigar el régimen de separación de bienes. Consideran que para que exista esta modalidad contractual y no una compraventa normal es preciso que concurren dos elementos. "Estos dos elementos serán en contrato de compraventa normal que los cónyuges celebran frente a un tercero (vendedor) y el pacto por el que los propios cónyuges deciden que la cotitularidad que se origina con esta compraventa... sea una comunidad en mano común, con todas las consecuencias que ello comporta".

³ *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Volum II, 5ª Edició. Tirant lo blanch, 1998, pp. 356 - 361.

TESIS DUALISTAS

Frente a las tesis que intentan configurar las compraventas con pacto de sobrevivencia como un único negocio jurídico, hay autores que sostienen la tesis de la dualidad de los negocios.

Calvo Soriano defiende la tesis de la dualidad de los negocios jurídicos porque considera que la causa económica es obstáculo institucional que elimina la posible intervención del vendedor en el pacto de sobrevivencia. Considera este autor que en el pacto de sobrevivencia hay un aspecto aleatorio muy fuerte, lo que conduce a que la otra parte contratante debe asumir las consecuencias recíprocas inversas a dicho aleas. El vendedor no asume ningún riesgo aleatorio, sino que el contrato, para él, es rigurosamente conmutativo; luego no puede ser nunca parte contratante del negocio en que se ha creado la repercusión aleatoria, porque no le afecta, siendo para el mismo una *res inter alios acta*. Calvo Soriano entiende que al vendedor le es indiferente que se estipule o no el pacto de sobrevivencia, precisamente porque su interés como tal ha quedado totalmente satisfecho con el precio, y la mejor prueba de ello está en que el vendedor se desentiende de cualquier peripecia que pudiera surgir a propósito de ese destino pactado. Argumentos bastante sólidos, pues en el contrato de compraventa el vendedor persigue la obtención de un precio a cambio del bien vendido, debiendo únicamente prestar el consentimiento el vendedor, por un lado, y los compradores, por otro, en la cosa y en el precio para que el contrato se perfeccione (artículos 1445 y 1450 del Código Civil), como fase previa a la consumación del contrato, una vez se haya efectuado la *traditio* del bien (arts. 1462 y 1463 del Código Civil).

O'Callaghan⁴ entiende que debe partirse de la dualidad de negocios jurídicos: no es aceptable la tesis de que el conjunto de declaraciones de voluntad, con distintas causas, pueden refundirse en un solo negocio jurídico, ni se deben confundir los negocios jurídicos que se celebran, con la adquisición a que dan lugar. Tampoco pueden aceptarse las teorías que, por razón de semejanza más o menos próxima, identifican esta institución con otras figuras, tales como un pacto capitular, un supuesto de donación contractual, un heredamiento mutuo o una donación mortis causa.

O'Callaghan parte de la idea de que las declaraciones de voluntad que confluyen en el acto externo son múltiples. Por una parte, la declaración de voluntad recepticia del vendedor, cuyos destinatarios son los cónyuges compradores; junto a ésta, las declaraciones de voluntad, coincidentes entre sí de ambos cónyuges, recepticias, cuyo destinatario es el vendedor, por las que exteriorizan su querer comprar conjuntamente y por cuotas iguales el bien objeto de la declaración del vendedor. Por otra parte, existen dos declaraciones de voluntad más, procedentes de los cónyuges, no coincidentes entre sí, sino enfrentadas de parte a parte: la declaración de voluntad de uno de los cónyuges en que manifiesta su querer de que la cuota que a él le corresponde del bien que adquieren se transmita su muerte al otro cónyuge; declaración que es

⁴ De las compras con pacto de sobrevivencia, en la obra antes citada, pp.79-81.

correlativa a la del otro cónyuge, que manifiesta asimismo que quiera que su cuota del bien se transmita al cónyuge sobreviviente, a su muerte. Son dos grupos, pues, de declaraciones de voluntad, totalmente diferenciados entre sí: el primero lo forman el vendedor y las de los compradores; el segundo, las de los compradores - cónyuges entre sí.

Este autor también entiende que la causa del contrato es distinta la del vendedor que la de los cónyuges compradores, por lo que llega a la conclusión de que, si bien el objeto es el mismo, son distintas las declaraciones de voluntad y la causa, lo cual explica que nos encontremos ante una dualidad de negocios jurídicos.

Consideraciones finales.

Hoy en día el estado de la cuestión podemos sintetizarlo en que se destacan más los dos elementos de que se compone esta figura jurídica que la asunción de la tesis del negocio único, la cual considera Cumella⁵ que está prácticamente abandonada. Como señala Barral Viñals esta institución está integrada por dos elementos: "una compraventa ordinaria que genera una situación de copropiedad entre los cónyuges y un segundo acuerdo entre éstos según el cual, habiendo pagado el precio por mitad, la propiedad exclusiva pasa al superviviente".

III.- REQUISITOS.

Los requisitos del pacto de sobrevivencia se desprenden de lo dispuesto en el artículo 44.1 del CF, según el cual "els cónjuges que, en règimen econòmic de separació, comprin béns conjuntament i per meitat poden pactar en el mateix títol d'adquisició que, quan es produeix la mort de qualsevol d'ells, el supervivent esdevingui titular únic de la totalitat". A continuación vamos a examinar cada uno de ellos.

- 1) Los compradores sólo pueden ser los cónyuges. Si bien en los orígenes de esta institución, como hemos vistos, llegaron a pactarse estos negocios entre parientes e incluso entre extraños, desde su regulación en la Compilación de 1960 hasta la actualidad sólo se permite el pacto entre personas que estén casadas. Si estas personas establecen pactos análogos, admisibles conforme al principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, éstos tendrán otra consideración, pero no podrán ser incardinados bajo la figura jurídica de las compraventas con pacto de sobrevivencia.

⁵ *Les compres en pacte de supervivència*, en Comentari a la Modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges. Departament de Justícia, 1995, pp. 213.

- 2) Únicamente pueden pactarlos los cónyuges cuyo régimen económico sea el de separación de bienes, ya sea por haberlo pactado expresamente en capitulaciones matrimoniales, ya por ser el régimen legal supletorio. Sin embargo, el artículo 48.2 del Codi de Família, como anteriormente el artículo 49 de la Compilación según la redacción de 1.993, permite que este pacto también pueda establecerse en el régimen de participación en las ganancias al disponer que "este régimen se ha de pactar en capitulaciones matrimoniales y se rige, en todo cuanto no esté previsto, por las disposiciones de este capítulo. En último término, durante la vigencia se rige por las normas del régimen de separación de bienes, incluidas las **relativas a las compras con pacto de supervivencia**".
- 3) El pacto de supervivencia debe constar en el mismo título de la compraventa, conforme lo dispuesto en el art. 44.1 del CF. No puede pactarse aparte, ni tampoco en otro contrato distinto a la compraventa. Sin embargo, opina Cumella que "el legislador debía haber aprovechado para admitir algún otro tipo contractual más, como podría ser la permuta, a fin de hacer posible el pacto en los casos de cesión de terreno a cambio de una obra nueva". La cosa adquirida por ambos cónyuges por *cuotas iguales* o como indica el art. 44.1 del CF *conjuntamente y por mitad*. La compraventa con pacto de supervivencia es un negocio oneroso que los cónyuges celebran con un tercero; el vendedor, por tanto, ha de recibir el precio, que se entenderá procede de ambos compradores, aunque ello no impide que en la práctica lo aporte sólo uno de ellos. En todo caso el pacto sólo será eficaz cuando los cónyuges compren por partes iguales y conjuntamente. Si sucede otra cosa, indica Encarna Roca⁶, el pacto no será válido y la consecuencia será que la comunidad creada entre los cónyuges como consecuencia del contrato de compraventa se regirá por las normas generales de la comunidad.

IV.- COMUNIDAD EXISTENTE ENTRE LOS CÓNYUGES. NATURALEZA JURÍDICA.

Mediante el pacto de supervivencia, constante matrimonio, se genera una comunidad entre ambos cónyuges sobre la cosa objeto del pacto de supervivencia. Sin embargo, como este tipo de comunidad no permite la división de la cosa se ha producido una cuestión doctrinal sobre el tipo de comunidad creada.

O'Callaghan, al comentar la redacción de los artículos 61 y 62 de la Compilación de 1960, entiende que nos encontramos ante un tipo de comunidad germánica (*zur gesammenten Hand*), señalando que "la compilación como norma positiva, lógicamente no hace distinciones dogmáticas de los dos negocios jurídicas que

⁶ Institucions de Dret Civil de Catalunya, Vol. II, pp. 357.

se celebran ni de la comunidad que se crea. Las normas primera y segunda del artículo 62 prohíben los actos de disposición de las cuotas o participaciones de los cónyuges, que, como establece el artículo 61, deben ser iguales, pero, según se desprende del artículo 62, para nada sirve esta delimitación cuantitativa en vida de los cónyuges, como no sea para los actos de disfrute, y utilización y administración que corresponderán por igual y se necesitará la unanimidad de los dos copartícipes, los cónyuges: la norma tercera prohíbe la división de la cosa común. De lo cual, y por razón de que los actos de disposición solamente se pueden realizar por los dos cónyuges, como comuneros, conjuntamente (art. 71, núms. 1º y 2º), aparece que la comunidad que se crea con la compraventa con pacto de sobrevivencia es un tipo de comunidad germana, *zur gesammten Hand*: en efecto, no hay división de cuotas en el sentido de que no pueden por separada disponer de ellas, aunque en abstracto tienen una participación igual (*quotenteilung*) que sólo tendrá importancia jurídica y trascendencia práctica en el momento de la disolución de la comunidad; conjuntamente se puede disponer de la cosa en su totalidad pero en mano común, es decir, conjuntamenteno se puede tampoco pedir la división. Es decir, que el derecho de propiedad adquirido por los cónyuges, según el artículo 62 de modo colectivo sin reparto de cuotas, en el sentido de posibilidad de disponer o materializara por la división de las mismas: son ambos, sujetos en su conjunto del derecho de propiedad sobre el bien, en su reunión de los dos, sin que cada uno pueda ejercitar un derecho separado por sí, ni pedir la división. Es un tipo de comunidad germana, en mano común, *zur gesammten Hand*. La cual es el único caso en que se da, en el Derecho español, una comunidad de tipo germánico sobre un bien concreto".

También Cabrera Hernández en sus trabajos de los años 1966 y 1980 adoptó la tesis de la comunidad germánica, considerando que, al modelar este contrato, la costumbre lo creó como una comunidad de tipo germánico, precisando que "el primer error (del legislador) aparece en el artículo 61 al hablar de las adquisiciones hechas por los cónyuges *conjuntamente y por cuotas iguales*, cuando precisamente de lo que se trata es de excluir las cuotas, aplicando la comunidad germana y no la romana". Recordemos que actualmente el artículo 44.1 del CF ya no habla de cuotas iguales, sino que "*comprende bienes conjuntamente y por mitad*".

La tesis de comunidad germánica también es sostenida por Puig Ferriol y Encarna Roca, quienes opinan que el principal efecto del pacto de sobrevivencia, por no decir, el único de ellos es la creación de una comunidad en mano común, excluyendo el efecto normal de la comunidad romana por cuotas.

Quintana Petrus critica la tesis de la comunidad germánica, si bien la considera sugestiva, y precisa que "si en el sistema de separación de bienes, cuando los cónyuges adquieren por mitad y pro indiviso estamos ante un supuesto indiscutible de comunidad romana, al añadir el pacto de sobrevivencia a la compra se matizan o dulcifican, desde luego, las consecuencias de aquel régimen de comunidad, pero dudo que ello sea suficiente para concluir que aquella compra *por mitad y pro indiviso* que, de no existir pacto de sobrevivencia, implicaría la existencia de una comunidad romana indiscutible, por la simple presencia del pacto pase a definirse como germánica o en mano común".⁷

⁷ Obra citada, pp. 24.

Este autor alega, en defensa de su tesis, que en la copropiedad originada por la compraventa, cada comprador adquiere una mitad indivisa del bien, y falta, además, la posibilidad de liquidación, liquidación que nunca se da en la compraventa con pacto de sobrevivencia, puesto que la muerte de uno de los cónyuges no determina la cuota que corresponderá al sobreviviente, ni tan sólo la transmisión de una mitad, sino simplemente la consolidación de la total adquisición del bien por el sobreviviente, adquisición que se produce *ipso iure* y deriva de la compra. Y en segundo lugar, agrega que si se frustra el fin que justifica el pacto de sobrevivencia, no se procede luego a la liquidación de la supuesta comunidad, sino que simplemente desaparecen los efectos del pacto y cada cónyuge queda jurídicamente como lo que era ya: titular de una mitad indivisa del bien adquirido, en su día, con pacto de sobrevivencia.

Cumella Gaminde también cree que nos encontramos ante una comunidad romana o por cuotas, pero especial. Señala este autor que la supresión de la acción de división, de los derechos de tanteo y retracto o de la facultad de libre disposición sobre la cuota no desnaturaliza la comunidad romana, sino que la hace especial; y opina que "la comunidad derivada de las compras con pacto de sobrevivencia es una comunidad de carácter familiar, que evita la monopolización patrimonial que el régimen de separación de bienes posibilita. Su carácter familiar justifica la extinción de esta comunidad en caso de crisis matrimonial y seguramente también el que, el legislador, considerando la familia en un sentido amplio, dicte normas protectoras para los legitimarios y herederos. Salvo las causas específicas de ineficacia, el destino de los bienes objeto de condominio está predeterminado si los cónyuges unánimemente no lo alteran. La comunidad se protege *ex lege*, prohibiendo los actos de disposición individual y la acción de división. Y, receloso el legislador que la comunidad pueda ser empleada como fraude hacia los acreedores, a estos últimos les reserva una protección especialísima y cualificada".⁸ Sin embargo, mantiene que la comunidad no deja de ser romana, sino que nos encontramos ante un proindiviso especial, que en caso de ineficacia sobrevenida se convertirá en proindiviso ordinario, aplicándose entonces las normas generales de la comunidad.

De lo expuesto en las líneas anteriores se desprende que tanto los autores partidarios de la tesis germana o de comunidad en mano común, como los de la tesis de comunidad romana o por cuotas - pero con especialidades -, están de acuerdo que en la comunidad creada se excluye la acción de división de la cosa común (*actio communi dividundo*) y los actos individuales de disposición. Asimismo ambas posturas están acordes en que si el pacto de sobrevivencia deviene ineficaz por causa sobrevenida, frustrándose el fin de la institución, la comunidad existente se extingue y se crea una comunidad romana o por cuotas, sometida al régimen de los artículos 392 y siguientes del Código Civil con todas las consecuencias ineludibles, como la posibilidad de ejercitar la acción de división de la cosa común.

⁸ Vid. Obra citada ut supra, pp. 214-215.

V.- INCOMPATIBILIDAD E INEFICACIA.

El artículo 45 del CF, siguiendo el criterio del artículo 25.2 del texto del año 1993 y a diferencia de la prohibición legal que establecía el art. 61 de la Compilación de 1960, establece que "el pacto de sobrevivencia deviene ineficaz si uno de los cónyuges adquirentes ha otorgado u heredamiento a favor de terceros contrayentes o ha otorgado un heredamiento puro a favor de sus hijos y el heredamiento resulta eficaz al morir el otorgante".

El texto de la Compilación hasta la modificación de 1993 establecía una prohibición legal de otorgar los heredamientos referidos, que implicaba la nulidad radical (**quod nullum est nullum producit efectum**) del pacto de sobrevivencia. La regulación actual únicamente prevé la ineficacia de estos heredamientos cuando el heredamiento resulte eficaz al morir el otorgante.

Según el artículo 67 del Codi de Successions "los heredamientos pueden ser otorgados a favor de cualquiera de los contrayentes o de ambos; de los hijos o descendientes de éstos, y de los contrayentes entre ellos con carácter mutual".

Los heredamientos a favor de los contrayentes se han de configurar como un pacto sucesorio en virtud del cual una o más personas instituyen heredero a la contraparte de una forma unilateral (arts. 71 y siguientes del CS). Estos heredamientos pueden ser simples o de herencia (art. 79.1, CS) cumulativos o complejos (art. 84.1 CS) y mixtos (art. 84.2).

Los heredamientos a favor de los hijos de los contrayentes suponen un pacto sucesorio, en virtud del cual se ordena una institución hereditaria a favor de una persona distinta de los contrayentes (arts. 90 y siguientes del CS). Estos heredamientos se subdividen en puros (art. 92 CS), preventivos (arts. 93 y 94 CS) y prelativos (arts. 95 a 98 CS). Los heredamientos puros implican institución de heredero. Los preventivos también suponen esta cualidad para alguno de los hijos, pero sólo si el otorgante muere sin sucesor. Los prelativos constituyen una limitación de la facultad de designar heredero que los mismos contrayentes se imponen a favor de determinados hijos, pero sin atribuirles derecho sucesorio directo.

Finalmente, los heredamientos mutuales comportan un pacto sucesorio en virtud del cual los contrayentes se instituyen recíprocamente herederos (arts. 99 y 100 CS).

El artículo 45 del CF únicamente considera incompatible el pacto de sobrevivencia con los heredamientos a favor de terceros contrayentes y con los heredamientos puros a favor de los hijos de los contrayentes. Cuando se trata de heredamiento a favor de los contrayentes, el art. 45 del CF no distingue, por lo que se refiere a todos los casos de heredamiento a favor de los contrayentes, sin embargo ello no implica que todos los supuestos hayan de considerarse incompatible con el pacto. El artículo 72 del Codi de Successions permite el heredamiento limitado a los bienes presentes o a una cosa cierta y determinada, lo que autoriza la futura adquisición de cosa distinta con pacto de sobrevivencia.

Por el contrario, tratándose de heredamiento a favor de los hijos de los contrayentes, el CF sólo declara ineficaz el heredamiento puro, por lo que el pacto no devendrá ineficaz si se pacta o ha pactado heredamiento preventivo o prelativo. También será posible que se pacte un heredamiento mutual.

Se ha planteado asimismo la problemática respecto la reserva de testar a que se refiere el artículo 70 del Codi de Successions, párrafo primero. Quintana Petrus opina que esa reserva de testar puede implicar que el pacto de sobrevivencia sea admisible, aun habiendo heredamientos. Además, considera que cabe señalar que el heredamiento contenga reserva de la facultad de comprar con pacto de sobrevivencia, tanto con referencia a bienes determinados como con carácter general⁹. Por el contrario, Cumella opina que "la reserva de testar no puede implicar que el pacto sea admisible, ya que éste es un negocio inter vivos (y oneroso) aunque la muerte tenga un carácter determinante por lo que respecta a sus efectos". No obstante, admite que el heredamiento contenga reserva de la facultad de comprar con pacto de sobrevivencia, sea sobre bienes determinados, sea con carácter general¹⁰.

Ahora bien, debe destacarse la diferencia que existe entre la regulación del artículo 61 de la Compilación, antes de 1993, y la regulación actual. Ya hemos indicado que anteriormente el pacto era nulo de pleno derecho, mientras que ahora sólo devendrá ineficaz si el heredamiento otorgado es eficaz. En caso contrario, el pacto de supervivencia mantendrá su validez. En este sentido, opina Cumella que "ya no se sanciona con nulidad absoluta el pacto de supervivencia si con anterioridad ha estado otorgado un heredamiento de los incompatibles, sino que se hace depender la eficacia del pacto de la que tenga el heredamiento en el momento de la muerte del otorgante. Es decir, manteniendo la incompatibilidad entre el pacto y el heredamiento, la ineficacia del primero no depende de haberse otorgado el segundo sino que depende de que llegue a producir sus efectos, y de esta manera, todo y habiéndose celebrado un contrato sucesorio podrán llevarse a término compras con pacto de sobrevivencia, aunque su eficacia dependa de la del heredamiento. Si en el momento de la muerte del cónyuge y otorgante el pacto sucesorio es eficaz, el de sobrevivencia no lo será y, por lo tanto, si el primero no lo es, el segundo producirá todos sus efectos".

Por último, debe indicarse que la incompatibilidad entre el pacto y el heredamiento sólo se producirá cuando uno de los cónyuges, el premuerto, sea el otorgante del heredamiento. Esta posibilidad, difícil cuando sólo haya habido unas nupcias, puede darse en el supuesto de que un cónyuge haya estado casado anteriormente y otorgado un heredamiento; y posteriormente, contrae nuevo matrimonio y estipula un contrato de compraventa con pacto de sobrevivencia. En este caso, el pacto de sobrevivencia también puede devenir ineficaz, protegiéndose de este modo al heredero. En este sentido se pronunciaron Quintana Petrus y Ballesteros Alonso al considerar que "cualquier heredamiento otorgado por uno de los consortes a favor de sus propios hijos impide también celebrar la compraventa sujeta a pacto de sobrevivencia.

⁹ Quintana Petrus, Obra citada, pp. 889.

¹⁰ Cumella, Obra citada, pp. 222-223.

VI.- EFECTOS DEL PACTO DE SOBREVIVENCIA.

Seguidamente examinaremos los efectos del pacto de sobrevivencia, que pueden dividirse en un triple sentido: a) efectos producidos constante matrimonio; b) efectos producidos a la muerte de uno de los contrayentes; y c) efectos producidos cuando la comunidad se extingue por cualquiera de otras causas distintas de la anterior.

A) EFFECTOS CONSTANTE MATRIMONIO.

El efecto propio del pacto de sobrevivencia es la creación de una comunidad entre los consortes, tal como hemos analizado más arriba. Sin embargo, de la creación de esta comunidad se derivan una serie de efectos durante el matrimonio de ambos, que están enumerados en el artículo 44 del Codi de Família.

Este artículo establece que "mientras vivan los dos cónyuges, los bienes adquiridos con este pacto se han de regir por las siguientes normas:

- a) No pueden ser enajenados ni gravados, si no es por acuerdo de los dos.
- b) Ninguno de los cónyuges podrá transmitir a terceras personas su derecho sobre los bienes.
- c) Deberá mantenerse necesariamente la indivisión de los bienes.

Los efectos, por lo tanto, del pacto de sobrevivencia constante matrimonio son los siguientes:

1) Disposición conjunta.

Conforme lo dispuesto en el art. 44. 2, letra a) del CF, estos bienes no pueden ser enajenados de ni gravados si no es por acuerdo de ambos. Este efecto es un claro efecto de la inexistencia de cuotas entre los cónyuges. Los partidarios de la tesis germánica lo utilizan como uno de sus argumentos para afirmar que nos encontramos ante una comunidad en mano común sobre un bien concreto. Por el contrario, los partidarios de la tesis de comunidad romana con especialidades, lo consideran como una de

las características de este pacto para diferenciarlo de la comunidad romana en sentido clásico, ya que se trataría de una comunidad romana especial.

La cosa adquirida con pacto de sobrevivencia no queda vinculada, no es indisponible, pero para su disposición hace falta el consentimiento conjunto de los dos comuneros, los cónyuges.

b) Indisponibilidad.

Ninguno de los cónyuges puede disponer individualmente de su participación en la comunidad. El artículo 44.2, b) del CF establece con precisión que ninguno de los cónyuges podrá transmitir a terceras personas su derecho sobre los bienes". Mediante esta norma se pone de manifiesto el carácter familiar de la institución al no admitirse la entrada de un tercero en la comunidad, ya que, incluso en el de adquisición forzosa por embargo, se produce la extinción de la comunidad, tal como lo establece el art. 46 frente a la tesis de la Sentencia del TSJC de 14 de junio de 1990. La comunidad especial sólo es posible entre cónyuges. Esta norma es contraria al régimen normal del condominio ordinario (artículo 399 del Código Civil) y se configura como una auténtica prohibición legal de disponer, que en el ámbito registral no necesita una inscripción especial para que tenga todos sus efectos como limitación dominical (art. 26 de la LH).

El incumplimiento de esta prohibición implica la nulidad del acto dispositivo, nulidad de pleno derecho (art. 6.3 del Código Civil), insubsanable e imprescriptible.

2) Indivisión.

Los cónyuges están obligados a mantener indivisa la cosa comprada con este pacto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44.2, c) del CF. Esta es la característica primordial que diferencia este tipo de comunidad de la comunidad romana regulada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil. Efectivamente, en nuestro ordenamiento jurídico, inspirado en la comunidad del Derecho Romano (**condominium iuris romani**), frente a la comunidad germánica (**zur gesamten Hand**), la comunidad de bienes o derecho se caracteriza por la existencia de cuotas ideales, de las que puede disponer cada comunero y por la acción de división de la cosa común, **actio communi dividundo**, constituyendo la modalidad más importante de bienes o derechos, como destaca el artículo 392 del Código Civil conforme al cual hay copropiedad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece a varias personas, de donde se infieren sus características esenciales a saber: a) la pluralidad de sujetos; b) la unidad en el objeto, y c) la atribución de cuotas ideales o abstractas, que representan la proporción

en que los propietarios ejercen sus derechos o cumplen sus obligaciones, así como pueden obtener una ventaja de la cosa cuando se divida (art. 400 del Código Civil) o, en su caso, del valor si ésta es indivisible (art. 404 del mismo Texto Legal).

Pues bien, esta característica esencial (**actio communi dividundo**) de la comunidad romana, es la que no puede ejercitarse en el presente caso. No obstante, se ha indicado¹¹ que con esta norma se defiende el objetivo y finalidad del pacto: el futuro acrecimiento. De modo que un solo cónyuge no puede frustrarlo solicitando la división; sería, pues necesario, el acuerdo de los dos consortes para dejar sin efecto el pacto.

3) Efectos procesales.

Es conveniente que, en caso de interponer una demanda contra un cónyuge, se dirija la misma contra los dos a los efectos de evitar la apreciación del litisconsorcio activo necesario, tal como lo precisó la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971. Este aspecto lo veremos con más detenimiento al tratar del tema del embargo por deudas de uno de los cónyuges.

B) EFFECTOS DERIVADOS DE LA MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES.

1) Efecto principal: el acrecimiento o expansión.

El pacto de sobrevivencia se extingue fundamentalmente de uno de los cónyuges. En este momento operan los efectos previsorios del mismo y determinan la expansión de la propiedad que el sobreviviente ostentaba ya sobre una mitad indivisa del bien a la totalidad del mismo. Lo que hasta aquel momento era, pues, una titularidad compartida, deviene titularidad exclusiva, y no por título sucesorio o hereditario, sino como consecuencia de este pacto de carácter familiar que se añadió a la compraventa con el preciso objeto de producir unos determinados efectos. Se produce entonces el derecho de acrecer o expansión de una propiedad indivisa a la otra mitad perteneciente al cónyuge premuerto, según la tesis de quienes defienden la comunidad romana especial.

Lo corriente es que uno de los consortes premuera al otro. Sin embargo, puede darse el caso de comoriencia de los esposos. En este caso, como ninguno de los dos habrá sobrevivido al otro, no se darán los efectos previstos en el pacto y la propiedad de cada una de las respectivas

¹¹ Vid. Cumella, en la obra citada.

mitades indivisas quedará integrada en el patrimonio de sus respectivos causantes a los efectos sucesorios oportunos.

En el caso típico de premoriencia, el sobreviviente deviene titular de toda la finca adquirida con pacto de sobrevivencia, pudiendo solicitar del registrador de la propiedad la inscripción a su favor de la mitad perteneciente hasta aquel momento a su cónyuge, lo que se suele documentar habitualmente por medio de una escritura pública o simple instancia a las que se acompaña el certificado de defunción.

Ahora bien, aparte del efecto del derecho de acrecer o expansión, deben destacarse los efectos relativos al cálculo de la legítima y de la imputación al pago de la cuarta viudal.

2) Efectos relativos a la legítima.

El artículo 44.3 del CF dispone que "en los bienes comprados por los dos cónyuges, con pacto de sobrevivencia, la adquisición del premuerto se ha de computar en la herencia de éste, a los efectos del cálculo de la legítima, y, si se da el caso, se ha de imputar en pago a cuenta de la cuarta viudal".

Con relación al cálculo de la legítima, debe indicarse que se trata de una de las cuestiones más criticadas por los autores. En principio la defendió Vallet de Goytisolo antes de la promulgación de la Compilación de 1960, texto en el que se incluyó por primera vez, ya que no se recogía en el proyecto de 1959.

Puig Ferriol criticó este precepto, diciendo: "no creemos constituya ningún acierto", y tanto si se entiende que la participación del premuerto forma parte del *relictum*, como si se considera que se trata de una donación a favor del cónyuge sobreviviente que haya de agregarse al *relictum* para el cómputo de la legítima, el precepto queda sin una clara justificación.

O'Callaghan opina que este precepto "es incongruente, pues según la naturaleza jurídica mantenida, no hay una verdadera transmisión en el momento de la muerte de uno de los cónyuges, de éste al sobreviviente, ni aquél empobrece su patrimonio a la par que éste lo enriquece, sino que, siendo ambos titulares de la cosa adquirida por compraventa con pacto de sobrevivencia, titulares del todo, *zur gesammten Hand*, con titularidad compartida, cuando uno muere, el sobreviviente sigue siendo igualmente titular, pero sin compartir su titularidad: ni éste se enriquece, ni el premuerto se ha empobrecido en perjuicio de los legitimarios. Por lo cual, éstos no tienen que añadir al caudal relicto del cónyuge premuerto el valor de la mitad de la que cosa que, idealmente, les correspondía en vida; según se desprende de este párrafo, en forma incongruente con el resto de la regulación, parece transmitirse al sobreviviente". También la califica de absurda porque con esta norma se coarta la institución, ya que

ello provoca que la participación del premuerto se compute en su herencia para el cálculo de la legítima, y a la muerte del cónyuge sobreviviente esta participación vuelve a entrar en el cómputo de su respectiva legítima.

Cumella Gaminde entiende que con esta norma se protege de forma exagerada a los legitimarios. "Creemos, dice este autor, que mantener la protección a los legitimarios sólo puede responder a un cierto complejo por haber reducido la legítima ... a un simple derecho de crédito (y sin protección registral específica)". Recordemos que antes de la promulgación del Código de Sucesiones, la legítima se concebía como un derecho real, susceptible de mención registral a tenor del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, garantía de afección que desapareció con el Código de Sucesiones. Ello podría ser una causa de seguir manteniendo dicha protección de los legitimarios tanto en la reforma de 1993 como en el Codi de Família.

Atendiendo a estas críticas y a fin de configurar con mayor precisión esta figura jurídica, Barral Viñals señala que "la solución más ajustada a las características de la figura sería prescindir de la computación tanto de la participación, por injustificada, como del precio pagado por la adquisición, de la misma manera que en el caso de las primas de seguros".

Asimismo debe destacarse que, formando parte la adquisición del *donatum*, se puede dar la reducción por inoficiosidad.

3) Efectos relativos a la imputación en pago a cuenta de la cuarta viudal.

La norma contenida en el inciso final del art. 44.3 es discutible. La adquisición de la mitad del premuerto comporta un aumento patrimonial para el superviviente, y dado que para la determinación del derecho a reclamar la cuarta viudal se parte de la suma de los bienes propios de este último y el recibido por herencia de su consorte premuerto, la mitad adquirida como consecuencia de producirse el evento - cumplimiento de la condición suspensiva - entra ya en esta suma, disminuyendo la posibilidad de reclamar la cuarta y su cuantía., en tanto que aumenta la de atender a su sustentación. La imputación en pago dispuesta por el legislador, si se da el caso - como indica el art. 44.3 CF -, no es acorde por lo que se refiere a las compras con pacto de sobrevivencia, ya que éstas son ajenas a la idea de gratuidad. Debe tenerse en cuenta que la mitad que se obtiene por efecto del pacto nunca ha estado integrada en la herencia del premuerto.

C) EFECTOS PRODUCIDOS AL EXTINGUIRSE LA COMUNIDAD EN OTROS SUPUESTOS.

Como veremos al tratar de la extinción de la comunidad, en los supuestos de extinción de la comunidad por acuerdo, renuncia, crisis matrimoniales (nulidad, separación o divorcio), y embargo por deudas de uno de los cónyuges (propias o familiares), así como en el supuesto de ineficacia por haberse estipulado heredamientos incompatibles, la extensión o ineficacia del pacto de supervivencia determina la extinción de la comunidad existente y su conversión en la comunidad clásica romana, perteneciendo el bien o bienes a ambos cónyuges en proindiviso ordinario. En este caso, se aplicará las normas de la comunidad de bienes, caracterizada por la atribución de cuotas ideales o abstractas a cada uno de los consortes; la unidad del objeto; y la posibilidad de ejercitar cualquiera de los comuneros la acción de división de la cosa común (arts. 400 a 404 del Código Civil)

VII.- EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD

Aparte de los supuestos de heredamiento a favor de terceros contrayentes o de heredamiento puro a favor de los hijos de sus hijos si el heredamiento resulta eficaz, en cuyos supuestos el pacto de supervivencia deviene ineficaz (artículo 45 CF), el artículo 46 del Codi de Família regula las causas de extinción disponiendo:

"El pacte de supervivència s'extingueix per:

- a) L'acord del dos cònjuges durante el matrimoni.
- b) La renúncia del supervivent.
- c) La declaració de nul.litat del matrimoni, la separació judicial, el divorcio o de la separació de fet acreditada fefaentment.
- d) L'adjudicació de la meitat del bé com a conseqüència de l'embargament establert per l'article 47".

No obstante la actual regulación, todos los supuestos actualmente contemplados no estaban previstos en el Texto de la Compilación hasta la

modificación del año 1993. Nos referimos especialmente al caso del embargo de la mitad indivisa del bien por obligaciones del cónyuge deudor. Este supuesto es el que examinaremos en primer lugar.

1) SUPUESTO ESPECÍFICO DEL EMBARGO.

El supuesto de embargo por deudas de uno de los cónyuges no estaba previsto en el texto de la Compilación, lo cual dio lugar a que se planteara el dilema de que tipo de solución habría de darse. Esencialmente los problemas se planteaban respecto a si procedía el embargo de la mitad indivisa de la finca objeto del pacto - caso de que se aceptara la posibilidad del embargo -; si se mantiene la comunidad una vez realizado el embargo; si debía notificarse el embargo al cónyuge no deudor y si debía demandarse también a este último por existir un litisconsorcio pasivo necesario.

La Dirección General de Registros y del Notariado en su Resolución de 29 de Diciembre de 1977 estimó que en tal caso "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 uno de sus facultades legales, bastaba la notificación del art. 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 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". Esta Resolución admitía el embargo de la mitad indivisa del bien comprado con pacto de sobrevivencia por razón de las obligaciones contraídas por el cónyuge deudor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.449 de la LEC como en base al principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911 del Código Civil.

La postura adoptada por la indicada Resolución no es aceptada por Puig Ferriol y Encarna Roca¹², quienes, apoyándose en la Resolución de la DGRN de 24 de abril de 1998 entienden que "sólo sería posible este embargo cuando lo que se demanda a uno de los cónyuges es el cumplimiento de deudas contraídas en beneficio de la familia; en los demás casos, sólo impugnando por fraude de acreedores el pacto de sobrevivencia sería posible el embargo de una mitad indivisa del bien comprado con este pacto".

O'Callaghan, consecuente con su postura de la naturaleza jurídica de la comunidad como comunidad germánica, opina¹³ que "una vez realizado el embargo, la ejecución de éste produce la disposición forzosa de la mitad (participación,

¹² Vid. la obra *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña, Tomo II, Derecho Familiar Catalán*. Bosch, Casa Editorial, SA, pp. 211-213.

¹³ *De las compras con pacto de sobrevivencia*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXVII, vol. 2, pp. 95.

quotenteilung) correspondiente a uno de los cónyuges comuneros; si se admite, como debe hacerse, la posibilidad de embargo de la parte de un cónyuge, es ineludible consecuencia que dicho embargo se pueda ejecutar y se produzca una transmisión a favor del tercero adjudicatario. El problema que se plantea es si se mantiene la comunidad creada por la compraventa con pacto de sobrevivencia. Esta comunidad existe necesariamente tan sólo entre cónyuges; con un extraño no puede darse en la forma regulada, y desde luego, un extraño no puede ocupar el lugar de uno de los cónyuges. Por ello, si a consecuencia del embargo, un tercero adquiere la participación de uno de los cónyuges, se extingue la comunidad germánica creada por la compraventa con pacto de sobrevivencia, y entre el otro cónyuge - el que no ha sido embargado - y el tercero adquirente se produce una comunidad de tipo romano regulada en los arts. 392 y siguientes del C.C. y por tanto, esencialmente divisible (art. 400)".

Independientemente de la tesis de O'Callaghan respecto a la comunidad germánica (*zur gesamten hand*), lo importante es que efectivamente el embargo implica la extinción del pacto de sobrevivencia en el supuesto de que se consume la adquisición por un tercero del bien embargado. En este sentido se pronuncia Quintana Petrus¹⁴ al señalar 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: a) 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, y b) que, caso de consumarse la adquisición, se extingue el pacto de sobrevivencia".

Por su parte, la jurisprudencia ha tratado la problemática del embargo en las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971 (Aranzadi 1345) y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de junio de 1990.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971 se refirió al problema del conocimiento por parte del cónyuge no deudor de la acción ejercitada contra el cónyuge deudor, ya que al ostentar aquél una expectativa de ser propietario, algún día, de la totalidad del bien comprado, entiende el Tribunal Supremo que debía demandarse conjuntamente a ambos y, consecuentemente, aprecia la *exceptio plurium litisconsorcium* (vid. considerando segundo) y exige que el acreedor debe demandar a ambos, declarando la referida sentencia, en el considerando tercero, que "el art. 61 de la Compilación Especial aplicable debe relacionarse con el artículo 7º del mismo Cuerpo Legal (incluido en las Disposiciones generales del Régimen Económico Conyugal) y del mismo resulta claramente que <<en defecto de pacto, el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes que reconoce a cada cónyuge la propiedad, disfrute, alimentación y disposición de los bienes propios, sin perjuicio del régimen especial de la dote si la hubiere>>, y de ahí que los artículos 61 y 62 de la Compilación repetida, que tratan de las compras con pacto de sobrevivencia, deben tener una más rigurosa defensa procesal, en favor de la mujer, que dentro del derecho común cual se deduce claramente de las normas primera, segunda y tercera del citado artículo 62, pues aparte las consecuencias del pacto de sobrevivencia, los bienes así adquiridos no pueden ser enajenados ni gravados sino por acuerdo de ambos cónyuges, y ninguno de ellos podrá

¹⁴ *La Compraventa con pacto de sobrevivencia en el Derecho Civil de Catalunya*, Revista Jurídica de Cataluña, 1989, pp. 898 - 901.

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, todo lo que está indicando la necesidad de una defensa autónoma en el proceso por parte de los cónyuges".

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de junio de 1990, en su fundamento jurídico tercero, acepta la tesis del embargo de la mitad indivisa del cónyuge deudor y del derecho expectante de la otra mitad indivisa, admitiendo la idea de mantener la comunidad entre el tercero adjudicatario y el cónyuge no deudor. Sin embargo, esta tesis, como veremos más adelante, no es la que se recoge en el artículo 47 del Codi de Família. Concretamente la indicada sentencia, después de examinar las distintas posiciones doctrinales, declara "de las diversas soluciones expuestas a grandes rasgos, pues siempre cabría añadir matices, parece la más adecuada al caso de autos....., 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 de 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 posibilidad 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 diversas razones de índole práctico que repudian que la institución pueda servir de escudo protector de la economía de un cónyuge en perjuicio de legítimos acreedores".

En el mismo sentido que la referida sentencia se pronuncia Cumella Gaminde¹⁵, quien opina que "el acreedor embargará y, en su caso, realizará, los derechos que el cónyuge deudor tiene sobre la finca adquirida con pacto de sobrevivencia, es decir, una mitad sujeta a la condición resolutoria de premorir a su consorte y la otra mitad sujeta a la condición suspensiva de sobrevivirle. Sólo se puede embargar aquello que es propiedad del deudor. Y si el deudor premuere a su cónyuge, se cumplirá la condición resolutoria y se incumplirá la condición suspensiva, en detrimento de quien sea el titular. Pero, si le sobrevive, el titular, ya sea el cónyuge, ya sea el tercer adjudicatario o el rematante, se beneficiará del incumplimiento de la condición resolutoria y del cumplimiento de la suspensiva, haciendo suya la totalidad

¹⁵ *Les Compres amb pacte de supervivència* en Comentari a la Modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges, pp. 225-230. Departament de Justícia, 1995.

del bien". Sin embargo, como señala el propio autor, la normativa de 1993 optó por otro sistema. Concretamente la Ley de 1993 se caracteriza: 1) porque se regula por primera vez el supuesto del embargo y la adjudicación derivada de éste; 2) se exige que la traba se notifique al cónyuge del deudor; y 3) se establece que la adjudicación a favor de un tercero del derecho o cuota de los cónyuges implica la extinción del pacto.

El Codi de Família en sus artículos 46 y 47, inspirándose en el artículo 25-4º de la Compilación, según la reforma de 1993, soluciona estos problemas al admitir la existencia del embargo de la mitad indivisa del cónyuge deudor por deudas propias o familiares y la obligación de notificar el embargo al cónyuge que no sea parte en el litigio. Asimismo soluciona el problema de si el embargo de la mitad indivisa extingue la comunidad o bien subsiste la misma con el adjudicatario y el cónyuge no deudor, como sostenía la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de junio de 1994. En efecto, el artículo 46.1, letra d) del Codi de Família recoge como causa de extinción del pacto de supervivencia la adjudicación de la mitad del bien como consecuencia del embargo establecido en el artículo 47 del CF, adoptando una solución distinta que la fijada por la sentencia indicada del TSJC. Por otro lado, la traba de la mitad indivisa implica la extinción de la comunidad, bien se considere germánica o romana con características especiales, y su transformación en **proindiviso ordinario** (artículo 392 y siguientes del Código Civil) al disponer el artículo 46.3 que "en los casos a que se refiere el apartado 1 y en los tipificados por el artículo 45 (heredamientos incompatibles), salvo que se estipule lo contrario, la ineficacia y la extinción del pacto de supervivencia determinan la **cotitularidad** de los cónyuges, o del cónyuge superviviente y de los herederos del premuerto, o bien del **cónyuge no deudor y del adjudicatario de la mitad del cónyuge deudor, en proindiviso ordinario**".

En síntesis, actualmente de la regulación contenida en los artículos 46 y 47 del Codi de Família, se desprenden las siguientes conclusiones:

1ª) Se admite el embargo de la mitad indivisa del cónyuge deudor por deudas propias o familiares (art. 47.1 del CF).

2ª) Este embargo podrá ser objeto de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad (art. 42- 2 de la Ley Hipotecaria).

3ª) El embargo se habrá de notificar al cónyuge que no sea parte en el litigio (art. 47.2 del CF). Se adopta de ese modo una situación similar a la de la RDGRN de 29 de diciembre de 1977, aunque esta resolución partía del criterio de asimilación a la comunidad de gananciales a los efectos de lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. No obstante, como solución más práctica considero que cuando se demanda al cónyuge deudor es conveniente dirigir también la demanda contra el no deudor a los efectos de evitar la posibilidad de apreciarse el litisconsorcio pasivo necesario, tal como ya lo señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971. En este sentido también se pronuncian O'Callaghan y Quintana Petrus. Por el contrario, Cumella Gaminde y el Auto del Presidente de la Audiencia Territorial de 16

de julio de 1986, recaído en un recurso gubernativo, consideran que es innecesaria la llamada a juicio del cónyuge no deudor.

4ª) El embargo de la mitad indivisa implica la extinción del pacto de supervivencia (art. 46.1, letra d, CF); y

5ª) También se extingue la comunidad creada con el pacto de sobrevivencia, si bien se transforma en un proindiviso ordinario (art. 46.3 del CF) con las características del mismo (comunidad por cuotas, **actio communi dividundo**, etc.), que se registrará por lo dispuesto en los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

2) ACUERDO DE LOS CÓNYUGES.

Los cónyuges de común acuerdo pueden transformar la comunidad originada con la compraventa en una comunidad por cuotas, o bien partir los bienes o venderlos. Se requiere, en todo caso la actuación conjunta y se prohíbe la renuncia unilateral constante matrimonio, lo cual se deriva de tratarse de una institución inserta en el régimen económico matrimonial, ya que es imposible la actuación unilateral de uno de los cónyuges en materias del régimen económico.

No obstante se plantea el problema de que el acuerdo no se efectúe en fraude de los derechos de los acreedores. Es evidente que los acreedores siempre pueden ejercitar la acción pauliana o revocatoria (art. 1111 del Código Civil, inciso último) cuando entiendan que un acto se ha efectuado en fraude de sus derechos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, como ya se ha indicado, que el pacto también se extingue en caso que el bien haya sido adjudicado como consecuencia de la actuación de los acreedores, por lo cual, si hay acreedores, mediante la extinción voluntaria los cónyuges están adelantando en el tiempo lo que probablemente después sea inevitable, por lo que a estos efectos es indiferente que el acto pudiera ser fraudulento cuando un acreedor tiene como garantía la mitad del bien del cónyuge deudor, ya que siempre la comunidad se extinguiría en ambos casos, uno por disposición legal (el embargo) y otro por acuerdo voluntario de los consortes.

3) RENUNCIA DEL SUPERVIVIENTE.

El artículo 46 también contempla como causa de extinción la renuncia del superviviente. En el texto anterior de la Compilación se preveía la posibilidad de que

esta renuncia referida a los derechos que sobre la cosa comprada pudieran corresponder al superviviente. Esto motivó que cierto sector doctrinal (O'Callaghan, Cabrera), representado fundamentalmente por los partidarios de la tesis de la comunidad germánica, defendiera que la renuncia afectaba a la totalidad del bien, de manera que si fuera traslativa la cosa sería adquirida por un tercero en virtud del negocio jurídico correspondiente - normalmente donación - mientras que si tuviera naturaleza abdicativa el bien se convertiría en *res nullius*.

O'Callaghan opina que "la renuncia, como negocio unilateral por el que se hace dejación de un derecho con la consiguiente extinción del mismo, se hace difícilmente compatible con la naturaleza jurídica del pacto de sobrevivencia, como negocio jurídico oneroso y aleatorio; y también, sobre la base de otras teorías, y aun por criterios meramente prácticos, es inconcebible". El autor lo explica, atendiendo al antiguo art. 62 de la Compilación, señalando que se sanciona como nulidad la renuncia individual de uno de los cónyuges a sus derechos mientras se mantiene la comunidad, es decir, en vida de ambos; no se prohíbe cuando la renuncia es de común acuerdo, pues los mismos fundamentos para la prohibición son válidos para permitir la en caso de convenio mutuo. Actualmente el artículo 46 del Codi de Família es claro, sólo es posible la renuncia individual cuando la efectúa el superviviente, excluyéndose **a sensu contrario** la renuncia constante matrimonio y en vida de ambos. En caso, por lo tanto, de renuncia individual por el superviviente también se extingue el pacto de sobrevivencia y sus efectos como el derecho de expansión de la otra mitad, el cálculo de la legítima y el computo en la cuarta viudal.

Según otra orientación doctrinal la Compilación se refería a la renuncia al derecho de adquirir cada cónyuge la parte de su consorte, es decir, a la expansión dominical. Por lo tanto, conservaría su parte, su mitad, y por lo que hace a la de su cónyuge, o bien sería transmitida (renuncia traslativa), o bien se integraría en la herencia (renuncia abdicativa). En este sentido, Quintana Petrus opina que "ante la renuncia efectuada por el cónyuge ...podrán darse dos posibilidades:

- 1) Que la renuncia a los derechos derivados del pacto no sea propiamente una renuncia (abdicativa o extintiva), sino una renuncia traslativa de los derechos a favor de un tercero, con lo que no se habrá producido tal renuncia, sino que estaremos ante una aceptación tácita de las consecuencias derivadas del pacto que va acompañada de un acto traslativo del dominio de dicha mitad indivisa, lo que se realizará por medio de un negocio jurídico, normalmente una donación, aunque no necesariamente. Y
- 2) A diferencia de este supuesto, cuando se trate de una renuncia abdicativa o extintiva de derechos, no estaremos ante una *res nullius*, puesto que a lo que el cónyuge sobreviviente renuncia no es a la titularidad de la mitad indivisa que ya ingresó en su patrimonio en el momento de consumarse la venta, sino tan sólo la expectativa de expandir la propiedad a la totalidad del bien, o lo que es lo mismo, de convertir en exclusiva la propiedad sobre un bien del

que, hasta aquel momento, se ostentaba tan sólo la propiedad de una mitad indivisa".

4) NULIDAD, SEPARACIÓN JUDICIAL O DE HECHO Y DIVORCIO.

El artículo 46.1, letra c) como supuesto de extinción los supuestos de crisis matrimoniales que desembocan en las declaraciones de nulidad del matrimonio, separación judicial, divorcio y la separación de hecho acreditada fehacientemente.

Es obvio que los supuestos de nulidad, separación judicial y divorcio, en cuanto además afectan al régimen económico conyugal impliquen la extinción del pacto de sobrevivencia, ya que nos encontramos ante una institución que se contempla con la finalidad de que al fallecimiento del otro cónyuge, el superviviente quede protegido por medio del pacto de sobrevivencia, que generalmente se pacta en los supuestos de compraventa de bienes inmuebles destinados a la vivienda familiar. Desaparecida, por lo tanto, la finalidad del pacto no tendría sentido mantener su vigencia. Realmente lo que se extingue es el derecho de acrecer o expansión sobre la mitad indivisa perteneciente al otro cónyuge. En estos casos, la extinción del pacto, como se ha indicado ya anteriormente, supone la extinción de la comunidad existente entre los cónyuges y la conversión de la misma en una comunidad romana, que se regirá por la normativa de los artículos 392 y siguientes del Código Civil o como lo indica el art. 46.3 la extinción del pacto de supervivencia determina la cotitularidad de los dos cónyuges en proindiviso ordinario.

Sin embargo, el Codi de Família introduce dos novedades respecto a la regulación de la Compilación. En primer lugar, en vez de hablar de ineficacia del pacto de sobrevivencia contempla los supuestos de crisis matrimoniales como causas de extinción del pacto de supervivencia. En segundo lugar, establece una equiparación de la separación de hecho fehacientemente acreditada a los casos de nulidad, separación o divorcio. Respecto a la prueba de la separación de hecho nada indica, como es lógico, el Codi de Família, si bien pueden ser admisibles toda clase de pruebas y no únicamente los documentos públicos como se podría desprender del término "fehaciencia".

También el texto legal en el art. 46.2 establece una norma de carácter procesal dirigida a los herederos del premuerto, disponiendo que "si a la muerte de uno de los cónyuges hubiera en trámite una demanda de separación, de divorcio o de nulidad de matrimonio, los herederos del premuerto podrán proseguir la acción interpuesta a los efectos de la declaración de extinción del pacto de supervivencia". Tal norma, aunque inspirada en la protección de la herencia del causante, olvida que la muerte de uno de los consortes en causa de extinción del matrimonio, por lo que carece de sentido proseguir un proceso iniciado para declarar la nulidad o separación o decretar el divorcio, pues extinguido el matrimonio carece de razón de ser la continuación de un

proceso de aquéllas características. Sería más lógico atribuir a los herederos la acción para pedir en un proceso independiente la extinción del pacto de supervivencia. En realidad lo que sucede es que se equipara la interposición de la demanda - cuando fallezca uno de los cónyuges - a los casos de nulidad, separación o divorcio. Procesalmente, la forma en que debe articularse dicha pretensión, una vez en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, será a través del procedimiento del artículo 16 de la LEC de 10 de enero de 2000, que regula la sucesión procesal por causa de muerte¹⁶.

5) OTRAS CAUSAS DE EXTINCIÓN.

Además de estas causas el pacto de supervivencia también puede extinguirse por causas distintas de las previstas en el artículo 46, ya que como negocio jurídico le son aplicables las normas de extinción de las obligaciones en cuanto le fueran aplicables. Se extingue, por lo tanto, en los casos de pérdida de la cosa o por quedar fuera del comercio. Cabrera Hernández opina que la eventual indemnización de un seguro o la cosa adquirida mediante el ejercicio de un derecho de retracto quedan sujetos, por subrogación real, al pacto de supervivencia. En el caso de la permuta se duda si cabe, pero Cumella entiende que en el caso de la permuta se produce la subrogación real en los supuestos de reparcelaciones urbanísticas.

¹⁶ Dispone el art. 16.1 de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que: "Cuando se transmita *mortis causal* lo que sea objeto del juicio, la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que éste, a todos los efectos.

Comunidad la defunción de cualquier litigante por quien deba sucederle, el tribunal suspenderá el proceso y, previo traslado a las demás partes, acreditados la defunción y el título sucesorio y cumplidos los trámites pertinentes, tendrá, en su caso, por personado al sucesor en nombre del litigante difunto, teniéndolo en cuenta en la sentencia que se dicte".

28 de septiembre de 2000

BIBLIOGRAFÍA:

O'Callaghan Muñoz: De las compras con pacto de sobrevivencia, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XXVII, vol. 2, pp. 77-98.

O'Callaghan Muñoz,: La compraventa con pacto de sobrevivencia, en Revista Jurídica de Cataluña, 1972, pp. 155 y siguientes.

Quintana Petrus,: La compraventa con pacto de sobrevivencia en el Derecho Civil de Catalunya, en Revista Jurídica de Cataluña, 1989, pp. 874-916.

Cumella Gaminde,: Comentari a la Modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges; comentari als arts. 24 i 25. Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 1995, pp. 207-232.

Barral Viñals,: La compra-venda amb pacte de supervivència, Barcelona, Fundació Jaume Callís, 1992.

Puig Ferriol y Encarna Roca,: Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña, Tomo II, Derecho Familiar Catalán. Bosch, Casa Editorial, SA, pp. 199 - 216.

Encarna Roca,: Institucions del Dret Civil de Catalunya, Volum II, 5^a Edició, 1998, pp. 356 - 361.

Agustín Vigo Morancho.