

LES ADQUISICIONS AMB PACTE DE SUPERVIVÈNCIA EN LA LLEI 22/2003, DE 9 DE JULIOL, CONCURSAL

Lídia Arnau i Raventós
Professora ajudant de dret civil
Universitat de Barcelona

1. INTRODUCCIÓ

La nova llei concursal (Llei 22/2003, de 9 de juliol)¹ fa referència, en el seu article 78.3, als béns adquirits pels cònjuges amb pacte de supervivència. La menció obeeix a la voluntat d'assenyalar els efectes que se segueixen de la declaració del concurs de qualsevol dels cònjuges en relació amb els dits béns. Essencialment, se'n declara la divisibilitat i s'atribueix al cònjuge del concursat el dret a adquirir-ne la titularitat exclusiva satisfent a la massa la meitat del seu valor. Hi diu:²

Els béns adquirits per ambdós cònjuges amb pacte de supervivència es consideraran divisibles en el concurs de qualsevol d'ells, integrant-se en la massa activa la meitat corresponent al concursat.

El cònjuge del concursat tindrà dret a adquirir la totalitat de cadascun dels béns satisfent a la massa la meitat del seu valor. Si es tractés de l'habitatge habitual del matrimoni, el seu valor serà el del preu d'adquisició actualitzat d'acord amb l'índex de preus al consum específic, sense que pugui superar el del seu valor de mercat. En la resta de supòsits, serà el que de comú acord determinin el cònjuge del concursat i l'administració concursal o, si no n'hi ha, el que com a valor de mercat determini el jutge, un cop escoltades les parts i amb l'informe previ d'un expert quan ho cregui oportú.

1. Vegeu el BOE núm. 164, de 10 de juliol de 2003, p. 26905-26965.
2. Text traduït per l'autora.

L'article 78, així com el que el precedeix, pressuposa la declaració de concurs de la persona casada. En aquest supòsit, l'article 77, referent a un règim de comunitat, concreta els béns que integren la massa activa del concurs i estableix que ho fan els privatis del concursat i, si escau, també els comuns quan hagin de respondre dels deutes d'aquell. L'article 78 té un contingut més ampli i alhora dispers, per bé que, com s'ha dit, sempre relatiu al concurs del cònjuge. S'hi regulen tres qüestions independents l'una de l'altra: els apartats 1 i 2 estableixen, en benefici de la massa, una presumpció de donacions entre cònjuges,³ l'apartat 3 s'expressa en els termes que ja s'han reproduït i, en darrer terme, l'apartat 4 atorga al cònjuge del concursat, en el cas que l'habitatge habitual tingui la condició de guany i escaigui la dissolució del règim, el dret que l'habitatge sigui inclòs en el seu haver. Els tres primers apartats pressuposen, doncs, un règim econòmic matrimonial de separació de béns, mentre que el darrer, expressament, es diu aplicable només als règims de comunitat.⁴

L'anàlisi que es proposa de l'article 78.3 de la Llei concursal pren com a punt de referència, sobretot, el dret civil català, i persegueix esbrinar si el règim que s'hi estableix té cabuda, i en quin sentit, en el dret civil propi de Catalunya.

2. LA REGULACIÓ DE LES ADQUISICIONS AMB PACTE DE SUPERVIVÈNCIA EN EL DRET CIVIL CATALÀ

Sense voluntat d'endinsar-nos en l'ambiciosa tasca de recercar els orígens històrics de la institució,⁵ a l'efecte que ens interessa sols convé fer esment dels antecedents immediats de la regulació avui vigent.

3. Properament es publicarà el nostre estudi sobre aquesta qüestió.

4. Els preceptes que es comenten en el text s'ubiquen en la Secció I («De la composició de la massa activa i formació de la secció tercera») del capítol II («De la determinació de la massa activa») del títol IV («De l'informe de l'administració concursal i de la determinació de les masses activa i passiva del concurs») de la Llei concursal.

5. Ramon M. CATA DE LA TORRE (a «Exposición razonada y crítica de costumbres jurídicas del Principado de Cataluña o de algunas de sus principales comarcas», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1915, p. 396-401) atribueix a dos costums l'origen de les adquisicions amb pacte de supervivència: d'una banda, el de pactar, gratuïtament, en capítols matrimonials, la renúncia del cònjuge supervivent en la successió dels fills respecte de béns procedents del cònjuge premort. La finalitat d'aquesta mesura no hauria estat altra que la d'evitar la desvinculació familiar dels béns. L'autor assenyala que aquest és l'origen del pacte, atenent el que diu Duran i Bas. D'altra banda, fa referència a l'origen que, segons Vives i Cebrià, tindria el pacte de supervivència: el de pactar en capítols matrimonials una quantitat fixa per al cònjuge supervivent sobre els béns del premort, amb renúncia a la llegítima que podia arribar a pertocar al dit cònjuge supervivent en relació amb els béns del cònjuge premort després de la mort del fill impúber. El costum hauria nascut per a evitar qualsevol dub-

Les compres amb pacte de supervivència apareixen en els articles 103 a 105 del Projecte de compilació de 1955.⁶ El seu contingut, tret de certes modificacions de tipus sistemàtic i d'altres d'ordre pròpiament substantiu, es reproduïen en els articles 61 i 62 de la Compilació del dret civil de Catalunya (Llei 40/1960, de 21 de juliol).⁷ Fonamentalment, s'hi establien els pressupòsits del pacte (així, cònjuges casats en règim econòmic matrimonial de separació; compra conjunta i per quotes iguals; manca d'heretament a favor dels contraents o d'heretament pur a favor de fills que encara han de néixer), el seu contingut (essencialment, l'adquisició de la totalitat pel supervivent) i la necessitat, formal, que constés en el mateix títol d'adquisició (art. 61, 1r paràgraf). S'hi fixava també el mode de computar, a l'efecte successori, l'adquisició de la participació del premort (art. 61, 2n paràgraf). A part d'això, s'hi establia el règim del bé mentre era vigent el pacte (art. 62, 1a part) i s'hi mencionaven, com a causes de l'extinció, la ineficàcia d'aquest, la renúncia convinguda recíprocament entre els cònjuges i la renúncia unilateral del cònjuge supervivent.

L'article 15 de la Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la Compilació del dret civil de Catalunya, va modificar la regulació vigent fins aleshores i va introduir un nou paràgraf en l'article 62 de la Compilació: a les causes d'ineficàcia del pacte s'hi afegien la nul·litat, la separació judicial i el divorci, i s'assenyalava que en aquests supòsits els béns esdevindrien titularitat dels cònjuges per meitats indivises, llevat que hi hagués un pacte en sentit contrari.^{8,9}

te que pogués plantejar la llei de successió dels impúbers dictada per Pere III a les Corts de Monzó el 1363. Vegeu Pedro Nolasco VIVES Y CEBRIÀ, *Traducción al Castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña que no están derogados o sean notoriamente inútiles con indicación del contenido de éstos y de las disposiciones por las que han venido a serlo, ilustrada con notas sacadas de los más clásicos autores del Principado*, tom II, llibre VI, títol II («De las pupulares y otras sustituciones y de las sucesiones de los impúberes»), llei II, nota 12, col·l. «Textos Jurídicos Catalans», vol. I, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1989, p. 581.

6. Vegeu el *Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1989, p. 795. Vegeu també la proposta de regulació que Juan B. VALLET DE GOYTISOLO va preparar a petició de la comissió redactora de l'avantprojecte, a Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades*, Madrid, Montecorvo, 1980, p. 286.

7. De la comparació d'ambdós textos es desprèn que el text de la Compilació perfila la institució de manera més detallada; així, respecte al contingut de l'article 103 del Projecte, afegíex que el matrimoni ha de regir-se pel règim econòmic matrimonial de separació i que l'adquisició, a més de ser conjunta, ha de ser-ho per quotes iguals.

8. Vegeu l'article 62 del Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Compilació del dret civil de Catalunya. A part d'això, interessa afegir que, fruit d'aquesta reforma, l'article 61 també va ser modificat en suprimir-se la referència que s'hi feia a l'ar-

Per mitjà de la Llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges, es va modificar el títol III del llibre primer de la Compilació i el contingut dels seus capítols I, II, III i IV. En aquest text, es dedica la secció segona del capítol IV a les compres amb pacte de supervivència (art. 24 i 25). Al marge d'alguns canvis sistemàtics, la novetat més destacable de la reforma va ser l'establiment, com a nou motiu d'ineficàcia, de l'adjudicació derivada de l'embargament fet efectiu sobre el dret d'un dels cònjuges; embargament que, d'altra banda, calia notificar al cònjuge no deutor (art. 25.1.3 i 4). La ineficàcia del pacte, fos quin fos el seu motiu, determinava, en tot cas, que la cotitularitat del bé continués en règim de proindivisió ordinària (art. 25.2).^{10, 11}

La Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família, proporciona en els articles 44 al 47 la regulació avui vigent de les adquisicions amb pacte de supervivència. Els dits preceptes s'ubiquen en la secció segona del capítol I («El règim de separació de béns i les compres amb pacte de supervivència») del títol II («Els règims econòmics matrimonials») del Codi. Més enllà de precisions terminològiques i de canvis d'ordre sistemàtic,¹² convé destacar la novetat que representa la introducció de la separació de fet acreditada fefaentment com a causa d'extinció del pacte (art. 46.1c CF), la previsió del supòsit de mort pendent d'un procediment de separació, nul·litat o divorci (art. 46.2), i el possible embargament de la meitat de cada cònjuge per deutes propis o familiars (art. 47.2).

ticle 24 de la Compilació, que establia la limitació de les donacions fetes al segon consort. La desaparició de la dita referència era justificada, en la mesura que la Llei 13/1984 va suprimir aquella limitació.

9. Vegeu, sobre aquest nou supòsit d'ineficàcia, Encarna ROCA TRIAS, «Comentari als articles 61 i 62», a Ferran BADOSA I COLL *et al.*, *Comentaris a les reformes del dret civil de Catalunya*, vol. 1, *Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la Compilació del dret civil de Catalunya (Decret Legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Compilació del dret civil de Catalunya)*, Barcelona, Bosch, 1987, p. 515-522.

10. Parla de la reforma Antoni CUMELLA I GAMINDE, «Comentari als articles 24 i 25», a Anna CASANOVAS I MUSSONS, Joan EGEA I FERNÁNDEZ, Maria del Carmen GETE-ALONSO GALERA i Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ (coord.), *Comentari a la modificació de la compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges (Llei 8/1993, de 30 de setembre)*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1995, p. 208-232.

11. A part d'això, mentre que en l'article 61 de la Compilació es deia que el pacte no es podia estipular quan els cònjuges haguessin atorgat heretament a favor dels contraents o heretament pur a favor dels seus fills, l'article 25.1.3 de la Llei 8/1993 només preveia l'heretament *eficax* com a causa d'ineficàcia del pacte.

12. Des d'un punt de vista terminològic, se substitueix l'expressió *quotes iguals* (art. 61 CDCC i 24 Llei 8/1993) per l'expressió *per meitat*; la rúbrica de l'article 46 diu «Extinció», mentre que en els articles 62 CDCC i 25 Llei 8/1993 es parlava d'«ineficàcia».

3. LA NATURALESA JURÍDICA DE LES ADQUISICIONS AMB PACTE DE SUPERVIVÈNCIA

3.1. UN DEBAT CLÀSSIC: EL TIPUS DE NEGOCI I LA COMUNITAT SOBRE EL BÉ ADQUIRIT

Esdevé un exercici recurrent en tots els estudis i comentaris doctrinals relatius a les compres o adquisicions amb pacte de supervivència, tractar, amb més o menys deteniment, la naturalesa jurídica de la institució. La qüestió, és corrent analitzar-la des d'un doble vessant: en primer lloc, atenent el *tipus* o la *modalitat de negoci jurídic* que es diu celebrat quan s'adquireix quelcom amb el dit pacte; en segon lloc, fixant-se en el *tipus* o la *modalitat de cotitularitat o comunitat* que genera aquell negoci jurídic entre els cònjuges i sobre el bé adquirit.¹³

13. Atenent l'ordenació cronològica dels estudis realitzats sobre aquest particular, són dignes d'esment els següents: Emilio SAGUER Y OLIVET, *Institución de los fideicomisos y sus efectos en Cataluña*, Girona, 1913, p. 16; Ramón M. CATA DE LA TORRE, «Exposición razonada»; Josep Maria DE PORCIOLES I COLOMER, «Règim econòmic-familiar al Baix-Urgell i Segrià», a *Conferències sobre varietats comarcals del dret civil català*, Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 1934, p. 161 i seg.; Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «La compraventa por mitades indivisas y con pacto de supervivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el derecho común y en el derecho foral catalán», *Revista de Derecho Privado*, núm. 330 (1944), p. 708-727 (vegeu aquest treball a Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios varios sobre obligaciones*, p. 291-325); Francisco VIRGLI SORRIBES, «Problemas que suscita la compraventa con pacto de supervivencia cuando existe asociación de compras y mejoras entre los cónyuges compradores», *La Notaria*, 1945, p. 332-344; Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «El pacto de supervivencia en compras por cónyuges en común y proindiviso, en relación con la Ley "Hac Edictali" y con la edificación del solar común por uno solo de los cónyuges», *La Notaria*, 1945 (vegeu-ho també a *Estudios varios sobre obligaciones*, p. 329-343); C. MARTÍN RETORTILLO, «El impuesto de Derechos reales aplicado a instituciones forales», *Revista de Derecho Privado*, 1945, p. 438-440; José María SANAHUJA SOLER, *Tratado de Derecho Notarial*, tom II, Barcelona, 1945, p. 385 i seg.; Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «Teleología y dogmática de la compraventa con pacto de supervivencia», *La Notaria*, 1946, p. 362-393 (vegeu-ho també a *Estudios varios sobre obligaciones*, p. 347-380); Álvaro CALVO SORIANO, «Adquisiciones con pacto de supervivencia», *Revista de Derecho Privado*, 1952, p. 361-392; Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «Las compras con pacto de supervivencia en derecho catalán», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1955, p. 289-314 (vegeu-ho a *Estudios varios sobre obligaciones*, p. 381-413); José María CABRERA HERNÁNDEZ, «El contrato de compraventa con pacto de supervivencia en la compilación de derecho civil de Cataluña», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1966, p. 31-51; Jesús LALINDE ABADÍA, «Regímenes comunitarios en la Compilación de derecho civil especial de Cataluña», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1966, p. 347-345; Ramon RAMONEDA i Xavier ROCHA, «Encuesta sobre el llamado pacto o cláusula de supervivencia», *La Notaria*, 1967, p. 11 i 12; Jesús LALINDE ABADÍA, «Resultado de una encuesta», *La Notaria*, 1968, p. 1-11; Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La compraventa con pacto de supervivencia. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1972, p. 155-177; Tirso CARRETERO GARCÍA, «Comentario a la R.D.G.R.N. de 29 de diciembre de 1977», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1978, p. 809-822; Pedro J. AMEN-

Els arguments adduïts han estat molts i diversos, per bé que són reconduïbles als que ara, breument, se sintetitzen.

Pel que fa a la primera qüestió, les opcions van des de concebre celebrat un únic negoci jurídic, en el qual intervindrien tots tres subjectes, fins a entendre que se n'han celebrat dos (l'un, entre el tercer transmetent i els cònjuges; l'altre, entre els cònjuges exclusivament). En aquest darrer cas, la dualitat de títols s'explicaria per raó de la irrellevància del pacte per al venedor;¹⁴ a part d'això, hom

GUAL PONS, «Las compras con pacto de sobrevivencia y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1977», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, p. 391-413; Josep M. PUIG SALELLAS, «Les relacions jurídiques entre cònjuges a la societat catalana d'avui», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1981, p. 415; Ramón M. ROCA SASTRE, «Las compras con pacto de supervivencia», a Ramón M. ROCA SASTRE, *Estudios de derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1983, p. 453-487; Encarna ROCA TRIAS, «Comentari als articles 61 i 62»; Manuel BALLESTEROS ALONSO, «Los requisitos del pacto de sobrevivencia en Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1988, p. 453-464; Josep Maria QUINTANA, «La compraventa con pacto de sobrevivencia en el derecho civil de Cataluña», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1989, p. 9-48; Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, comentari als articles 61 i 62 de la CDCC, a Manuel ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Madrid, Revista de Derecho Privado, tom XXVII, vol. II, 1990, p. 98-124; Maria YSÀS SOLANES, «La compraventa con pacto de sobrevivencia (La problemática actual del embargo de bienes de una comunidad germánica)», *La Llei*, 1991-1, p. 166-198; Immaculada BARRAL I VIÑALS, *La compravenda amb pacte de supervivència*, col·l. «Monografies Jurídiques», Barcelona, Fundació Jaume Callís, 1992; Antoni CUMELLA GAMINDE, «Comentari als articles 24 i 25»; Encarna ROCA TRIAS i Lluís PUIG FERRIOL, «Les compravendes amb pacte de supervivència», a Lluís PUIG FERRIOL i Encarna ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. II, *Dret de la persona i dret de família*, València, Tirant lo Blanc 1998, p. 356-361; Martín GARRIDO MELERO, *Derecho de familia: Un análisis del Código de familia y de la Ley de uniones estables de pareja de Catalunya y su correlación con el Código civil*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, p. 210-219; Juana MARCO MOLINA, comentaris als articles 44-47, a Joan EGEA i FERNÁNDEZ i Josep FERRER i RIBA (dir.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 264-277; Antoni MIRAMBELL i ABANCÓ, «Els regims econòmics matrimonials», a Alfonso HERNÁNDEZ-MORENO i Carlos VILLAGRASA ALCAIDE (coord.), *El Codi de família i les Lleis d'unions estables de parella (Aproximaciones doctrinales a las leyes 9/98 y 10/1988 del Parlament de Catalunya)*, Barcelona, Cedecs, 2000, p. 237 i 238; ANTONI MIRAMBELL ABANCÓ, «Les relacions econòmiques entre cònjuges», a Ferran BADOSA i COLL (dir.), *Manual de dret civil català*, Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 467-469.

14. La tesi de la dualitat de negocis jurídic és defensada per Emilio SAGUER Y OLIVET, «Institución de los fideicomisos», p. 16; Francisco VIRGILI SORRIBES, «Problemas que suscita la compraventa», p. 336; José María SANAHUJA SOLER, *Tratado de Derecho Notarial*, p. 386; C. MARTÍN RETORTILLO, «El impuesto de derechos reales», p. 439; Álvaro CALVO SORIANO, «Adquisiciones con pacto de sobrevivencia», p. 363 i seg.; Ramon RAMONEDA i Xavier ROCA, «Encuesta sobre el llamado pacto», p. 8; Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La compraventa», p. 162 i 163, i comentari als articles 61 i 62, p. 101-103; Ramón M. ROCA SASTRE, «Las compras con pacto», p. 460; Manuel BALLESTEROS ALONSO, «Los requisitos del pacto», p. 454, i Antonio CUMELLA GAMINDE, «comentari als articles 24 i 25», p. 213. Entre la doctrina més recent destaca Juana MARCO MOLINA, comentaris als articles 44-47, p. 265.

considera celebrat, d'una banda, un contracte de compravenda, i, de l'altra, o bé una donació *mortis causa*, una donació condicional *inter vivos*, per bé que amb lliurament de la cosa *post mortem*, o, segons d'altres autors, un contracte onerós i aleatori. La tesi de la donació *mortis causa* topa, sobretot, amb l'immediat i incontestable argument de la irrevocabilitat del pacte, que l'allunyaria de les disposicions per causa de mort.¹⁵ Aquesta objecció afavoreix la reconducció del pacte cap a un esquema onerós i aleatori; així, es diu que els cònjuges disposen recíprocament, l'un a favor de l'altre, de la seva meitat indivisa, per bé que l'adquisició definitiva del tot depèn, respecte d'ambdós, del fet incert de la seva supervivència.¹⁶ Els qui no acaben d'apreciar l'onerositat del pacte resolen la qüestió reconduint el negoci cap a una donació *inter vivos* però amb eficàcia *post mortem*.¹⁷

L'artífex de la tesi de la unitat del títol negocial és, sense dubte, Vallet de Goytisolo, que ha defensat sempre que els drets dels cònjuges arranquen, tots ells, de l'únic contracte de compravenda celebrat entre aquests i el venedor.¹⁸ No hi hauria, per tant, cap pacte addicional afegit, ni la necessitat d'explicar l'adquisició de la meitat indivisa del cònjuge premort a l'empara d'un negoci jurídic diferent i diferenciable de la compravenda.¹⁹ Atès que el títol o negoci és únic i inescindible, el dret transmès a cadascun dels cònjuges podria configurar-se com una *propietas ad tempus* sotmesa, en relació amb la seva meitat

15. De fet, els qui defensen la naturalesa del pacte com a donació *mortis causa* són una minoria, molt probablement pel pes de l'irrefutable argument de la irrevocabilitat del negoci. Amb tot, s'ha defensat per Emilio SAGUER Y OLIVET, «Institución de los fideicomisos», p. 16.

16. Sens dubte, el més aferissat defensor de la naturalesa onerosa i aleatòria del pacte va ser Francisco VIRGILI SORRIBES, «Problemas que suscita la compraventa», p. 336. Compartia la mateixa línia d'argumentació José María SANAHUJA SOLER, *Tratado de derecho notarial*, p. 386. Vegeu també Ramón M. ROCA SASTRE, «Las compras con pacto», p. 474. Darrerament, la tesi ha estat defensada per Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La compraventa», p. 162 i 163, i comentari als articles 61 i 62, p. 101-103; i per Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentari als articles 24 i 25», p. 213 i seg.

17. Vegeu Juana MARCO MOLINA, comentaris als articles 44-47, p. 270.

18. Diem que ha defensat *sempre* aquesta tesi perquè és la que ha mantingut en tots els treballs que ha fet sobre aquest particular. Darrerament, han defensat la unitat de títol Encarna ROCA TRIAS i Lluís PUIG FERRIOL, «Les compravendes amb pacte de supervivència», p. 356, i Maria YSÀS SOLANES, «La compraventa con pacto de supervivencia», p. 169. I manifesta que és una tendència actual resoldre la qüestió considerant que es tracta d'un únic negoci pel fet que el pacte de supervivència constitueix un benefici vidual inherent al règim de separació, Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ, «Els règims econòmics», p. 237, i «Les relacions econòmiques», p. 468.

19. Mentre era vigent la normativa prohibitiva de la contractació entre cònjuges, la tesi del títol únic va ser titllada d'*interessada*, atès que apareixia com una bona manera d'obviar els inconvenients que la dita normativa representava per a les relacions negocials entre cònjuges. Vegeu, per a tots, Álvaro CALVO SORIANO, «Adquisiciones con pacto de supervivencia», p. 363.

indivisa, a la condició resolutorià de la seva premoriència, i en relació amb la meitat del seu cònjuge, a la condició suspensiva de la seva supervivència (així, en el cas de sobreviure, adquiriria el tot; en el cas de premorir, la meitat indivisa no formaria part del cabal hereditari, sinó que correspondria, *recta via*, al vidu). Serien possibles dues altres alternatives: configurar el dret adquirit com un simple dret d'usdefruit, restant la nua propietat de la cosa temporalment indeterminada fins a la mort d'un del cònjuges, o entendre la meitat indivisa adquirida per cada cònjuge com una propietat gravada amb un dret real a favor de l'altre que exclou l'*ius disponendi*.²⁰ En darrer terme, es parla de negoci de compravenda amb fideïcomís condicional a favor del cònjuge supervivent.^{21, 22}

Al nostre entendre, en tot supòsit d'adquisició amb pacte de supervivència sembla encertada la identificació de dos negocis: el que els cònjuges celebren amb la contrapart transmetent i el que els cònjuges celebren exclusivament entre si; aquest darrer és el pacte de supervivència, tendent a establir en quins termes s'adquirirà el bé transmès, però sense que el seu contingut interressi ni afecti el transmetent ni el negoci de la transmissió. L'article 44 del Codi de família assenyala clarament que són «els cònjuges» els qui el «poden pactar» i deixa entendre que el poden pactar entre ells, atès que no es dóna intervenció a ningú més.²³ Generalment, el pacte serà previ al contracte de compravenda, atès que és la mateixa naturalesa de les coses la que ensenya que l'acord dels cònjuges o adquirents precedirà l'acord amb el transmetent i determinarà la manera en què es vol adquirir; amb tot, el pacte haurà de constar en el mateix títol d'adquisició (arg. ex art. 44 CF) i, òbviament, incidirà en el mode en què s'adquireix. Des d'una altra perspectiva, ens sembla evident que, en el marc d'un contracte oneros (de compravenda o un altre), qui transmet el bé no pot dir o imposar res en relació amb la manera en què s'ha organitzat la titularitat que s'aliena quan els adquirents són més d'un; el seu interès comença i acaba en la contraprestació, o

20. Aquestes alternatives es proposen a Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «La compraventa por mitades», p. 308 i seg. Vegeu-les també a l'obra del mateix autor «Teleología y dogmática», p. 366.

21. Aquesta proposta es fa a Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «Las compras», p. 396 i 397, com a rèplica als contraarguments adduïts per Álvaro Calvo Soriano en contra de la tesi del títol únic.

22. Com a variant de la tesi del títol o negoci únic trobem la configuració de les adquisicions amb pacte de supervivència com a negoci mixt o complex. Vegeu José María CABRERA HERNÁNDEZ, «El contrato de compraventa», p. 39, i Josep Maria QUINTANA, «La compraventa», p. 885.

23. Molt més explícits eren els articles 103 del Projecte de Compilació i 61 CDCC, que assenyalaven expressament que els cònjuges podien «pactar entre si» que, quan morís un d'ells, el supervivent fes seva la totalitat del béns. Vegeu, sobre aquest particular, Ramón M. ROCA SASTRE, «Las compras con pacto», p. 455.

el preu, que ha de rebre. En definitiva, com que el negoci jurídic al qual acompanya el pacte no és un negoci dispositiu real, sinó que, per contra, genera simplement obligacions, és obvi que la contrapart dels cònjuges no pot configurar el règim jurídic de la cosa.

Una altra cosa és la naturalesa del pacte de supervivència o la causa de l'acord o dels negocis que l'integren, amb independència del negoci principal al qual s'adjunta. L'estructura sembla que ens acosta a l'esquema típic i definitori del negoci oneros: el cònjuge cedeix la seva meitat indivisa en el cas de premorir al seu consort, en la mesura que aquest fa el mateix a favor seu. Amb tot, si s'analitza, la figura encaixa molt més en l'esquema d'un doble negoci gratuït i recíproc, a mode de donació conjugal mútua.²⁴ De fet, es tractaria d'un doble negoci *inter vivos* amb eficàcia *post mortem*. Entre altres, l'argument de l'efecte automàtic de l'adquisició, el tracte donat a l'adquisició del supervivent com a donació computable a l'efecte de la llegítima (art. 44.3 CF i 355.2 del Codi de Successions [CS])²⁵ i, en fi, la constatació essencial que en cas de sobreviure preval la voluntat d'afavorir el vidu sobre la d'enriquir-se, fonamenten la naturalesa gratuïta de l'atribució doble i recíproca.

En relació amb la qüestió del tipus o la modalitat de cotitularitat o comunitat que sorgeix arran del pacte, la major part dels autors es decanten per la *germànica*. La indisponibilitat de la pròpia quota i l'exclusió de l'*actio communi dividundo*, o, dit d'una altra manera, l'obligació de mantenir l'estat d'indivisió (vegeu art. 105.2.3 del Projecte de Compilació de 1955, 62.2.3 CDCC 1960 i 44.2*b* i *c* CF), s'han erigit en els principals arguments adduïts a aquest efecte.²⁶ Al nostre entendre, emperò, la dita regulació no determina que la comunitat sorgida de l'adquisició esdevingui necessàriament germànica; ans al contrari, hi ha prou arguments per a defensar que es tracta d'una comunitat *romana* o per quotes, per bé que amb un règim especial.²⁷ Al marge de l'excepcionalitat de la comunitat ger-

24. Vegeu l'apartat 3.2 d'aquest treball.

25. La naturalesa de donació *inter vivos* amb eficàcia *post mortem*, que defensem per al pacte, fa que la quota del premort no s'imputi a la quarta vidual del cònjuge supervivent. La raó és que la dita quota no arriba a integrar l'herència del causant, sinó que, per la mort, passa *recta via* al patrimoni del vidu (arg. ex art. 382.2 CS).

26. Vegeu Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La compraventa», p. 164, i comentari als articles 61 i 62, p. 107; Encarna ROCA TRIAS i Lluís PUIG FERRIOL, «Les compravendes amb pacte de supervivència», p. 357; Maria YSÁS SOLANES, «La compraventa con pacto de sobrevivencia», p. 171 i 172.

27. Nega que es tracti d'una comunitat germànica Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «La compraventa», p. 303. Defensen la tesi de la comunitat romana Jesús LALINDE ABADIA, «Regímenes comunitarios», p. 345; Josep Maria QUINTANA, «La compraventa», p. 887 i seg.; Ramón M. ROCA SASTRE, «Las compras con pacto», p. 467; Imma BARRAL i VIÑALS, *La compravenda amb pacte*, p. 116; Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentari als articles 24 i 25», p. 217, i Juana MARCO MOLINA, co-

mànica en el dret civil català²⁸ i de la cabuda que tenen en el règim de la comunitat de proindivisió romana la indisponibilitat temporal de la quota i la prohibició temporal de dividir (arg. *ex art.* 399 i 400 CC,²⁹ i 552-11 del Projecte de llibre cinquè del Codi civil de Catalunya),³⁰ ens sembla senzillament menys forçat parlar d'una comunitat de proindivisió romana modelitzada pel contingut del pacte de supervivència, que no pas parlar d'una comunitat germànica que, si s'admetés, també caldria reconèixer que és especial.³¹ En la mateixa línia, ens sembla menys forçat assenyalar que l'extinció o la ineficàcia del pacte determinen (en el context de l'art. 46.3 CF) la desaparició de les limitacions establertes sobre la comunitat romana (així, les que imposa l'art. 44.2 CF), que la conversió d'una comunitat germànica en una de romana o per quotes. És el nostre parer que l'argument principal admissible a l'efecte d'entendre que del pacte no sorgeix una comunitat germànica és el literal: l'article 44.1 del Codi de família assenyalava que l'adquisició dels béns s'ha de fer «conjuntament i per meitat».³² Aquest precepte és el que configura el supòsit i el que ha d'esdevenir cabdal a l'hora de qualificar la comunitat que sorgeix del pacte, molt més que no pas els que determinen els efectes d'aquest.³³ La men-

mentaris als articles 44-47, p. 267 i 268. Parlen de comunitat especial Ramon RAMONEDA i Xavier ROCHA, «Encuesta sobre el llamado», p. 8; Antoni MIRAMBELL ABANCÓ, «Els règims econòmics», p. 237, i «Les relacions econòmiques», p. 468.

28. L'excepcionalitat, de fet, aniria molt més enllà. Parla de supòsit de comunitat germànica, «[...] único en derecho español sobre bien concreto [...]», Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La compraventa», p. 164. Confirma el caràcter excepcional, en el dret civil català, de la comunitat de tipus germànic, l'article 551-2.2 del Projecte de llibre cinquè del futur Codi civil de Catalunya, segons el qual «[e]n les situacions de comunitat es presumeix la comunitat ordinària si no es prova una altra cosa».

29. En aquest punt, àdhuc podria al·legar-se l'article 401 del Codi civil a l'efecte de justificar la cabuda de la indivisió de la cosa en el règim de la comunitat romana o per quotes. Tot i que el precepte pensa en la divisió material o física de la cosa (divisió que, a part d'això, l'hauria de fer inservible atenen l'ús que li és propi), es tractaria d'aplicar-lo (si de cas, per analogia) a un supòsit en què la divisió de la cosa faria inútil el pacte.

30. Així, Juana MARCO MOLINA, comentaris als articles 44-47, p. 267 i 268.

31. Juan B. VALLET DE GOYTISOLO deixa palès fins a quin punt la comunitat germànica al qual, en el seu cas, donaria origen un pacte de supervivència, s'allunyaria de l'esquema, diríem, clàssic de la comunitat *zur gesammte Hand*. Vegeu «La compraventa», p. 303 i 304.

32. A part d'això, hom pot trobar una referència explícita a les quotes dels comuns a l'article 44.2b CF. A més, si es tractés d'una comunitat germànica, sobraria l'article 44.2c CF, en la mesura en què, per raó de la mateixa naturalesa de la comunitat, s'exclouria l'acció de la divisió.

33. L'article 61 CDCC encara era molt més explícit, atès que parlava de «quotes»; així, començava dient: «Els cònjuges que en règim econòmic de separació comprin béns conjuntament i per quotes iguals [...]» En el Projecte de Compilació de 1955, contràriament, es parlava sols d'adquisició conjunta, sense cap altra referència (art 103: «Los cónyuges que compren bienes conjuntamente, podrán pactar entre sí en el propio título [...]»).

ció que es fa a «la meitat» no encaixa de cap manera en una comunitat germànica, en la qual, com és sabut, no hi ha quotes, sinó cotitularitat de tota la col·lectivitat sobre la cosa.³⁴ Amb tot, la referència a «la meitat» o a les «quotes» adquirides pels cònjuges s'ha intentat explicar, pels defensors de la tesi de la comunitat mancomunada, com una exigència conceptual de tota comunitat que, en el cas de la germànica, no es podrà materialitzar fins al moment de la seva extinció i liquidació:³⁵ en aquell moment, es diu, determinarà la porció o part que el comúner pot fer seva. En el cas que ens ocupa, però, l'argument trontolla: seria com dir que l'article 44 del Codi de família (com hauria fet l'art. 61 CDCC) pensa en el moment de l'extinció de la comunitat i concreta, per a aquell moment, els drets dels cònjuges en quotes iguals. Però, si ens hi fixem bé, succeeix que el motiu ordinari d'extinció de la comunitat serà precisament la mort d'un dels cònjuges: en aquest supòsit, la menció a la «meitat» o a les «quotes iguals» és totalment irrelevant, atès que el supervivent no només adquirirà la seva meitat, sinó que rebrà la titularitat de la totalitat. Una altra opció seria la de pensar que la referència a aquell percentatge es fa per motiu, no dels supòsits ordinaris d'extinció de la comunitat per eficàcia del pacte, sinó de la ineficàcia o extinció del pacte, per bé que amb una comunitat o cotitularitat encara existent: en aquests supòsits, es diria, cadascun dels cònjuges té dret a la meitat dels béns. L'argument, però, és poc convincent: no només implicaria admetre que els preceptes que introdueixen la institució ja pensen en la seva ineficàcia, sinó que, a més, faria redundant l'apartat 3 de l'article 46 CF, que estableix que l'extinció o la ineficàcia del pacte determinen una proindivisió ordinària.³⁶

34. Vegeu Juan GARCÍA-GRANERO, «Cotitularidad y comunidad. Gesamte Hand o comunidad en mano común», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1946, p. 145-157, 227-235, 378-395, 508-519 i 613-625.

35. Vegeu Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La compraventa», p. 167. En el mateix sentit, vegeu Juan GARCÍA-GRANERO, «Cotitularidad y comunidad», p. 230 i 231. Aquest autor assenyala: «[...] La cuota viene a ser, simplemente, a modo de expectativa para el caso de disolución o ruptura del vínculo personal, o sea, una determinación hipotética establecida eventualmente en previsión de que la comunidad llegue a disolverse [...]».

36. En la mateixa línia d'argumentació hom podria afegir que l'article 47 del Codi de família també deixa entreveure que la meitat indivisa de cadascun dels cònjuges té rellevància àdhuc abans de l'extinció del pacte de supervivència per l'adjudicació del bé en els termes de l'article 46.1d CF i, per tant, abans de la conversió de la comunitat, que alguns qualifiquen de *germànica*, en una proindivisió ordinària (art. 46.3 CF *in fine*). I, això, perquè, abans de l'extinció de la comunitat, no seria possible embargar la meitat del cònjuge deutor (art. 47 CF), atès que, en aquell moment, la seva titularitat no és referenciada en cap quota o percentatge. Per contra, si l'article 47 CF permet l'embargament de la meitat del cònjuge deutor, és perquè, mentre és vigent la comunitat, el dret de cada cònjuge es concreta en una quota, de la qual no es pot disposar (art. 44.2b CF) però la qual sí que pot ser atacada pels creditors.

En qualsevol cas, més enllà de disquisicions doctrinals i jurisprudencials sobre aquest particular,^{37, 38} és clar que la transcendència del debat decau en la mesura en què la llei regula els aspectes més rellevants del pacte: «Mentre visquin els dos cònjuges [...] a) No poden ésser alienats ni gravats, si no és per

37. La jurisprudència no ha estat aliena a aquestes qüestions; ans al contrari, hi ha contribuït amb resolucions il·lustratives de dubtes que ja havien estat formulats doctrinalment. Es poden citar, com a més destacables, les següents: la Resolució de la DGRN de 24 d'abril de 1918 (*Anuari*, 1918, p. 163-168), que considera que la comunitat sobre el bé adquirint amb pacte de supervivència és per quotes o romana. Davant dels raonaments adduïts pel registrador («No admitida la anotación preventiva de embargo a que se refiere el precedente mandamiento, porque apareciendo registrada la finca a nombre del embargado y de la mujer, con la condición de que pertenezcan o sea adquirida en definitiva por el cónyuge sobreviviente, no puede hasta entonces afirmarse a cuál de los dos pertenece ni por mitad ni por entero» [4t resultant], la Direcció General considera que el que existeix és una comunitat per quotes i, en conseqüència, és embargable la del deutor («Considerando que según los términos de la inscripción practicada a nombre de los cónyuges [...], en virtud de la compraventa otorgada en 11 de mayo de 1910, cada uno de ellos es titular de la mitad proindiviso de la finca objeto de recurso, aunque los respectivos derechos estén sujetos a condición resolutoria de premoriencia, sin alterar el carácter real y enajenable de las partes alícuotas [...]» [1r considerant]. La Sentència del Tribunal Suprem de 23 de febrer de 1971 (RJ 1345) es pronuncia indirectament sobre la qüestió. L'objecte del debat va ser l'existència o no de litisconsorci passiu necessari en aquests supòsits; dit d'una altra manera, la necessitat de demandar també el cònjuge no deutor en els procediments que afectin el bé adquirint amb el pacte de supervivència. La Sentència resol el debat assenyalant que la relació processal requereix, efectivament, la presència d'ambdós cònjuges, atès que «[...] también es verdad que el mismo acusó claramente el defecto en la constitución del proceso, al alegar que al pretenderse de contrario declaraciones que afectan a todos los propietarios de la finca es evidente que debió demandar a todos ellos, y, por ende a la esposa interesada sin duda alguna en el problema ya que un día puede llegar a ser propietaria única [...]» [2n considerant]. La resolució s'ha interpretat com a indicativa del fet que la comunitat és germànica: l'embargament recauria sobre tot el bé, i no sols sobre una quota o percentatge; i per això mateix hi ha la necessitat de demandar ambdós cònjuges (vegeu, en aquest sentit, Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La compraventa», p. 175 i 176, i Juana MARCO MOLINA, comentaris als articles 44-47, p. 276). La Resolució de la DGRN de 29 de desembre de 1977 (*Anuari*, 1977, p. 48) sembla que es decanta cap a la tesi de la comunitat romana. Fent referència a la Sentència de l'Audiència Territorial de 22 de març de 1973, es pronuncia en els termes següents: «[...] Considerando que en resumen y como corolario de esta Sentencia —que tiene especial importancia por ser antecedente del supuesto concreto de este recurso— resulta: 1º, que la mitad indivisa de un bien sujeto a un pacto de supervivencia entre esposos puede ser objeto de embargo, y en su caso de adjudicación a un extraño por obligaciones contraídas por el cónyuge propietario, criterio que al ser recogido por la Sentencia deja a salvo los derechos de los acreedores [...]» (6è considerant). La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 14 de juny de 1990 (*Revista Jurídica de Catalunya*, *Jurisprudència*, 1990-IV, p. 918-922), tot i que no es pronuncia d'una manera expressa sobre aquest particular, fa seva implícitament la tesi de la comunitat romana en admetre, sense qüestionar-la, la possibilitat d'embargar la meitat indivisa del cònjuge deutor.

38. En l'àmbit fiscal, la naturalesa jurídica de la transmissió de la meitat indivisa al cònjuge supervivent determina el tipus de tribut que caldrà liquidar. A aquest efecte, pertoca mencionar la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Sala Contenciosa Administrativa) d'11 de

acord de tots dos. *b)* Cap dels cònjuges no pot transmetre a terceres persones el seu dret sobre els béns. *c)* Cal mantenir necessàriament la indivisió dels béns» (arg. *ex art.* 44.2 CF). El debat ni tan sols té sentit a l'efecte de valorar si és o no admissible l'atac dels béns pels creditors dels cònjuges i quines són les conseqüències processals de tot plegat. Aquests aspectes, com veurem, també queden resolts per la llei.³⁹

3.2. LA NO-VINCULACIÓ DEL PACTE AL MATRIMONI: ÉS POSSIBLE ESTABLIR EL PACTE DE SUPERVIVÈNCIA ENTRE PERSONES NO CASADES?

És incontestable que la llei, en introduir i regular el pacte de supervivència, ha reduït el seu àmbit subjectiu d'aplicació als *cònjuges*.⁴⁰ Aquesta constatació, aparentment intranscendent i òbvia, suggereix la qüestió, més ambiciosa i rellevant, de si el pacte de supervivència pot establir-se només per persones unides per un vincle matrimonial o si també poden pactar-lo les persones que no estan casades entre si. I l'interrogant no es planteja només fent referència implícita a

febrer de 1997 (JT 1997/364). En el seu fonament jurídic segon es raona la subjecció de les compres amb pacte de supervivència a l'impost de transmissions patrimonials, per causa de la naturalesa *inter vivos* i onerosa que s'atribueix a l'adquisició del cònjuge supervivent. A part d'això, es defensa que el tipus de comunitat que origina aquest tipus de compravendes reuneix els trets de l'anomenada *germànica* o *mancomunada*.

Sobre la fiscalitat del pacte, vegeu Esther FARNÓS AMORÓS, «Compres amb pacte de supervivència i unions estables de parella. Comentari a la Sentència del TSJC de 13.02.2003 i a la interlocutòria de 3.12.2003 del president del TSJC», *working paper* de dret català que es pot trobar a *www.indret.com*, Barcelona, 2004, p. 8 i 9.

39. Que es tracti d'una comunitat germànica o una comunitat romana o per quotes ni tan sols esdevé rellevant a l'efecte d'establir un règim diferent d'administració del bé. Atès que són dos els membres de la comunitat, és el mateix dir que és necessari l'acord de la majoria (propi de la comunitat romana; arg. *ex art.* 398 CC; art. 552-8 del Projecte de llibre cinquè del Codi civil de Catalunya) que que és necessari el de tots els cotitulars (vegeu, per a la comunitat germànica, Juan GARCÍA-GRANERO, «Cotitularidad y comunidad», p. 232).

40. Així, al Projecte de Juan B. Vallet de Goytisolo es deia: «Art. 1º Los cónyuges podrán comprar [...]». La versió oficial del Projecte de Compilació de 1955 establia també: «Art. 103. Los cónyuges que comprin bienes conjuntamente [...]». L'article 61 de la Compilació del dret civil de Catalunya relacionava el pacte amb el matrimoni («Art. 61. Els cònjuges que en règim econòmic de separació [...]»). En el mateix sentit es va expressar l'article 24 de la Llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges, i, darrerament, l'article 44 del Codi de família.

A part d'això, la vinculació del règim als cònjuges explicaria que la nul·litat, el divorci i fins i tot la separació, en determinessin l'extinció (arg. *ex art.* 46.1c CF).

les unions estables de parella,⁴¹ sinó amb caràcter general: així, no sols respecte als qui tenen lligams d'afectivitat anàloga a la conjugal, sinó també en relació amb familiars i, àdhuc, estranys (entre germans; entre persones unides per una relació de companyonia; entre convivents sotmesos a la Llei 19/1998, de 28 de desembre, sobre situacions convivencials d'ajuda mútua [...]).

Sembla oportú analitzar la qüestió des d'una perspectiva cronològica, atès que hom pot constatar que l'opinió dels autors sobre aquest particular divergeix, i força, abans i després de la Compilació del dret civil de Catalunya. Com és sabut, l'article 61 d'aquest text només predicava dels «cònjuges» la possible estipulació del pacte. En aquest sentit, interessa anticipar que, mentre que la doctrina anterior constata l'establiment del pacte entre persones no casades, la doctrina que comenta l'article 61 CDCC o, posteriorment, l'article 44 del Codi de família, limita l'àmbit subjectiu de la institució als cònjuges, amb la qual cosa fa prevaldre, així, la interpretació literal dels preceptes sobre qualsevol intent d'aplicació analògica del règim a altres supòsits.⁴²

41. La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 13 de febrer de 2003 (RJ 2003/4576) ha admès que també poden convenir una compra amb pacte de supervivència les persones que han format una unió estable i que, per tant, no tenen la condició de cònjuges ni estan subjectes a cap règim econòmic matrimonial, de manera que, almenys a Catalunya «[...] les compres amb pacte de supervivència es poden qualificar de benefici derivat del règim econòmic matrimonial de separació de béns [...]» (FJ II, 3r paràgraf). El tribunal argumenta: «[...] Una segona consideració que cal fer, una vegada precisada la naturalesa familiar de les compres amb pacte de supervivència, és que en el context de la Compilació de l'any 1960 tenen la finalitat concreta de protegir uns interessos familiars derivats del matrimoni, atès que en aquells moments de forma gairebé natural s'identificaven els conceptes de Família i de Família Matrimonial, fet que fonamentaria el criteri dels compiladors de limitar als cònjuges la possibilitat de pactar les compres amb pacte de supervivència. Però no hem d'oblidar ara que el contracte que ha originat el litigi es va convenir l'any 1985, és a dir, després de la vigència de la Constitució, que en el seu article 39.1 estableix que "els poders públics asseguruen la protecció social, econòmica i jurídica de la Família" [...] Si ens atenem, doncs, a la situació actual ens trobem davant de relacions que es constitueixen per decisió lliure i espontània dels interessats que responen a uns interessos típicament familiars, encara que es constitueixen al marge dels requisits que estableix la llei, com succeeix en relació amb les unions estables de parella, que s'originen amb la finalitat de desenvolupar un projecte de vida en comú semblant, encara que no idèntic, al matrimoni. Amb la conseqüència que si les unions no matrimonials encaixen en el concepte de Família que es deriva de la Constitució, institucions pensades i regulades per a protegir determinats interessos patrimonials de la Família matrimonial, es poden fer extensives a la Família que es deriva d'una unió estable de parella [...]» (FJ II, III i VII). Vegeu, sobre aquest particular, Esther FARNÓS AMORÓS, «Compres amb pacte».

S'havia pronunciat a favor del pacte celebrat per membres d'una parella estable Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentari als articles 24 i 25», p. 211.

42. Vegeu, sobre aquesta qüestió, Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «La compraventa por mitades», p. 312 i seg.; Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «El pacto de sobrevivencia», p. 333; Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «Teleología y dogmática», p. 360; Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «Las com-

Com s'ha assenyalat, abans de tota regulació positiva de la institució, la pràctica notarial i registral catalana testimoniava l'establiment del pacte entre persones no casades.⁴³ Atès això, la disciplina legal ulterior de la figura fa plantejable la finalitat que cercava el legislador en establir-la: quin va ser el seu propòsit? Atès que era vàlid el pacte celebrat entre persones no casades, es tractava de fer viable també el seu establiment per als cònjuges o, per contra, constatada la pràctica ressenyada, es volia reduir el seu àmbit subjectiu d'aplicació a les persones casades? Si el que es cercava era el que s'assenyala en primer terme, la raó de la regulació legal expressa de la institució s'hauria d'identificar amb la normativa prohibitiva o limitativa de la contractació i de les donacions entre cònjuges. Dit d'altra manera: vist que, d'acord amb la disciplina general de les relacions negocials entre els cònjuges, aquest tipus de pacte no seria vàlid, el legislador n'hauria permès l'establiment a mode d'excepció a la regla general prohibitiva. Des d'aquesta perspectiva, legitimadora o validadora de la capacitat dels cònjuges per a adquirir amb pacte de supervivència, es deixaria incòmode la capacitat dels no-cònjuges per a establir tal règim. Per contra, si el que es buscava era el que s'ha indicat en segon terme, és a dir, reduir l'àmbit subjectiu d'aplicació de la figura a les persones casades, la raó de la previsió legal s'hauria de concretar en algun principi general al qual repugnés la pràctica del pacte, tret que fos establert entre cònjuges.

En el marc de la Compilació del dret civil de Catalunya, ens sembla més encertat optar per la primera de les alternatives i explicar el règim de les adquisicions amb pacte de supervivència a l'empara de la capacitat dels cònjuges per a negociar entre si. Si, segons el que aquí es defensa, el pacte constitueix una do-

pras con pacto», p. 385; Francisco VIRGILI SORRIBES, «Problemas que suscita la compraventa», p. 338 i 339; Álvaro CALVO SORIANO, «Adquisiciones con pacto de sobrevivencia», p. 363 i 383 i seg.; Ramon RAMONEDA i Xavier ROCHA, «Encuesta sobre el llamado», p. 4; Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La compraventa», p. 160; Pedro J. AMENGUAL PONS, «Las compras con pacto», p. 406; Manuel BALLESTEROS ALONSO, «Los requisitos del pacto», p. 454; Josep Maria QUINTANA, «La compraventa», p. 877.

43. Vegeu, per a tots, Juan B. VALLET DE GOYTISOLO: «Teleología y dogmática», p. 351. L'autor diu: «[...] Por otra parte, ya dijimos en nuestro primer trabajo que “alguna vez aparece también esta estipulación en compras realizadas conjuntamente por hermanos, sobre todo si éstos son ya de edad avanzada y carecen de descendientes, e incluso la he visto, excepcionalmente pactada, en una compra realizada por extraños”. Añadiré, ahora, que esta compra aludida fue otorgada en Granelers, hace ya años, sobre una finca de Torroella de Montgrí, donde llegó a mis manos como antecedente para otro documento, y que los compradores que concertaron aquel pacto eran un sacerdote y una parienta lejana suya, de edad proveyta, que le hacía de ama [majordoma]. Posteriormente, en Malgrat, autoricé una compraventa de un solar que adquirieron con el pacto estudiado una señora solterona y un sobrino suyo que vivía en su compañía desde niño. Y algún compañero del Ampurdán [...] me aseguró haberlo visto pactado entre un padre (o madre) viudo y uno de sus hijos.»

nació *inter vivos* recíproca, per bé que amb eficàcia *post mortem*, el contingut del règim s'ha de relacionar necessàriament amb la disciplina de les donacions entre cònjuges.

L'article 11 de la Llei 40/1960, de 21 de juliol, sobre la Compilació del dret civil de Catalunya, declarava la validesa dels actes i contractes onerosos que els cònjuges casats en règim de separació de béns poguessin celebrar entre si. L'article 20 tractava, expressament, de les donacions. El precepte, titllat de *tècnicament defectuós* i força enrevessat,⁴⁴ determinava la nul·litat de les donacions entre cònjuges fetes durant el matrimoni fora de capítols matrimonials; donacions que, malgrat que es declaraven nul·les, eren convalidables i revocables.⁴⁵ L'article 11 preveia, a *contrario sensu*, un supòsit d'incapacitat negocial relativa i especial: afectava, només, els negocis *gratuïts* que els cònjuges celebressin entre ells *fora de capítols*. L'article 20 establí el règim d'ineficàcia dels dits negocis: en declarava la nul·litat. En aquest marc, l'article 61 esdevenia una excepció a la regla general recollida en ambdós preceptes: la dita disposició declarava la validesa de certes donacions fetes recíprocament entre cònjuges casats en règim de separació de béns fora de capítols matrimonials. La disciplina del pacte de supervivència divergia, per tant, del règim general de la capacitat personal i de la validesa negocial. Pel que fa a la constància del pacte, en el marc de l'article 61 era suficient que se'n deixés en el mateix títol de compravenda, que, d'altra banda, no s'exigia que constés en un document públic. En darrer terme, les donacions *ex* article 61 no sols es declaraven vàlides, sinó que, a més, eren unilateralment irrevocables (art. 62.2).^{46, 47} Des d'aquesta perspectiva, el pacte de supervivència divergia *doblement* d'allò establert en l'article 20 de la Compilació.

44. Vegeu Víctorio MAGARIÑOS BLANCO, «Algunos aspectos del régimen de separación de bienes en Cataluña», a *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Barcelona, Càtedra «Durán y Bas» i Universitat de Barcelona, 1971, p. 40 i 41; i José PINTÓ RUIZ, «Los bienes puestos a nombre de la mujer en el Derecho civil de Cataluña», a *Estudios jurídicos*, p. 74, nota 6.

45. L'article 20 establí: «Les donacions entre cònjuges fetes durant el matrimoni fora de capítols matrimonials seran nul·les; però si el cònjuge donant mor sense haver-se penedit o sense revocar-les, quedaran retroactivament convalidades. En el dubte, es considerarà que fou voluntat del donant no penedir-se o no revocar-les. També serà nul·la la convalidació o confirmació que faci en vida el donant, tret que sigui en el seu últim testament o en codicil efiçaç. [...] Aquestes donacions no quedaran convalidades quan el cònjuge donatari premori al donant.»

46. Álvaro CALVO SORIANO, «Adquisiciones con pacto de sobrevivencia», p. 391 i 392, adverteix, però, que normalment el títol d'adquisició serà notarial; i és per això que s'acompleixen les mateixes formalitats que s'exigeixen per a l'atorgament de capítols matrimonials i la irrevocabilitat per decisió unilateral es justifica a l'empara de la Constitució *A foragitur fraus*. Diu l'autor: «[...] la única diferencia entre el otorgamiento estrictamente capitular y el pacto de referencia incorporado a otro instrumento, siempre notarial, es simplemente el ahorro de un documento y de una ca-

Des del punt de vista de la política legislativa, l'excepció representada pel pacte de supervivència es justificava pel mutualisme i la reciprocitat del negoci. Com és sabut, tradicionalment s'ha raonat l'oportunitat de la prohibició de les donacions entre cònjuges a l'efecte d'evitar el risc de captació de la voluntat de l'un per l'altre; dit d'altra manera, es tractava d'impedir que cap dels cònjuges pogués aprofitar-se de l'estimació que per ell sentia l'altre, induint-lo a fer disposicions gratuïtes a favor seu.⁴⁸ La mecànica de les adquisicions amb pacte de supervivència no deixa lloc per a aquest risc: primer, pel seu caràcter recíproc; segon, per l'aleatorietat que li és inherent, atès que no se sap quin dels cònjuges sobreviurà.⁴⁹ Creiem que és per aquesta mateixa raó (evitar qualsevol indici de mala fe per part d'algun dels cònjuges) que s'exigeix que l'adquisició sigui per meitats o parts iguals: allò que els cònjuges es donen recíprocament és quantitativament i qualitativament igual (així, l'art. 61 CDCC parlava de compra per «quotes iguals»).

El règim de les relacions negocials entre cònjuges es modifica a l'empara de la Llei 13/1984, de 20 de març. D'acord amb la nova redacció donada a l'article 11 de la Compilació, els cònjuges poden celebrar entre si actes i contractes a títol oneros o gratuït (art. 5 Llei 13/1984 i 12 DL 1/1984, de 19 de juliol). Amb la reforma, les donacions entre cònjuges fetes fora de capítols resten sotmeses a la regla general del precepte esmentat, que no distingeix segons la forma d'atorgament. I és per això que el règim d'ineficàcia negocial establert en l'antic article 20 CDCC queda derogat. Amb tot, en la Llei de 1984 l'especialitat de les dites

lificación [...] El hecho de que se otorgue el pacto en el mismo documento notarial en que se formaliza la correspondiente adquisición no altera formalmente el problema, puesto que se mantiene la observancia de la escritura pública, cuya solemnidad es exigida para las capitulaciones matrimoniales. Tanto este aspecto como el que hace referencia a la brevedad formularia del pacto responden a un criterio institucional práctico: conseguir el efecto querido dentro de la máxima economía documental.»

47. Interessa afegir que la doctrina que en aquell moment va analitzar l'àmbit subjectiu de les adquisicions amb pacte de supervivència es va plantejar també la cabuda que podria tenir la institució en el marc del règim econòmic matrimonial de *gananciales*; règim que, aleshores, prohibia les donacions entre cònjuges (art. 1334 CC) i limitava durament la capacitat dels cònjuges per a negociar entre si i modificar el règim econòmic matrimonial (art. 1458, 1334, 1319 i 1320 CC). Vegeu, sobre aquesta qüestió, Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «La compraventa por mitades», p. 312, i «El pacto de sobrevivencia», p. 333; Álvaro CALVO SORIANO, «Adquisiciones con pacto», p. 386. Declara obertament la possibilitat i la validesa de les adquisicions amb pacte de supervivència fetes per cònjuges sotmesos al règim de *gananciales* Francisco VIRGILI SORRIBES, «Problemas que suscita la compraventa», p. 339 i 340.

48. Vegeu Jesús LALINDE ABADÍA, *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el derecho catalán*, Barcelona, Càtedra «Durán y Bas», 1965, p. 150 i seg.

49. Vegeu la pàgina 129 d'aquest treball.

donacions perdura, tot i que ara es concreta en la possibilitat de ser revocades en els supòsits previstos en l'article 21 de la mateixa llei (art. 7 Llei 13/1984 i 20 i 21 DL 1/1984, de 19 de juliol).⁵⁰

En aquest context, la lectura que cal fer de la funció desenvolupada per l'article 61 CDCC canvia forçosament. En el marc del text de 1960, el precepte assoleix una funció legitimadora de quelcom no permès o nul d'acord amb les regles generals. Com s'ha exposat, diferia d'allò establert en els articles 11 i 20, i, en aquesta mateixa mesura, tenia sentit que en el supòsit de fet es fes referència, només, als cònjuges. Va succeir, però, que la reforma de 1984 va modificar la regla general i, en conseqüència, l'article 61 va deixar d'acomplir la funció que desenvolupava. Declarada la capacitat dels cònjuges per a negociar gratuïtament entre si, ja no calia un precepte que legitimés certes donacions en particular, atès que la seva validesa restava emparada en la norma general. Amb tot, l'article 61 no es va modificar i va continuar parlant, només, d'un règim que *els cònjuges* podien pactar entre si.

Aquestes circumstàncies es reproduïxen amb la Llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges,⁵¹ i, darrerament, amb el Codi de família. Des d'aquesta perspectiva, la disciplina avui vigent de les adquisicions amb pacte de supervivència assoleix una funció merament reguladora, de fixació d'un règim jurídic particular d'un bé, sense que sigui necessari tractar l'article 44 del Codi de família com una norma de legitimació. En aquest sentit, són sabuts els termes en què l'article 11 del Codi de família consagra el principi de la llibertat de contractació entre cònjuges.⁵²

La coherència del que s'ha dit fins ara se supedita a l'argumentació d'una petició de principi, que encara no ha estat justificada. Recordem que s'havia admès com a pressupòsit de raonament que el possible establiment d'un pacte de supervivència entre estranys no repugnava l'ordenament jurídic; és per això que, en afrontar-ne la regulació positiva, el legislador hauria pretès, només, fer-la extensiva als cònjuges. La doctrina, però, es fa ressò de la possible vulneració que el pacte pot representar del principi de prohibició de la contractació sobre una

50. Vegeu Maria YSÁS I SOLANES, comentari a l'article 20, a Ferran BADOSA I COLL *ET AL.*, *Comentaris a les reformes*, p. 295-297.

51. L'article 18 de la Llei 8/1993, de 30 de setembre, establia: «Els cònjuges es podran transmetre béns i drets per qualsevol títol i podran celebrar entre ells tot tipus de negocis jurídics durant el matrimoni.» Vegeu, sobre aquest precepte, Anna CASANOVAS MUSSONS, comentari a l'article 18, a Anna CASANOVAS MUSSONS *et al.* (coord.), *Comentari a la modificació*, p. 157 i seg.

52. Vegeu Encarna ROCA TRIAS, comentari a l'article 11 del Codi de família, a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA, *Comentaris al Codi*, p. 140-143.

herència futura (art. 1271 CC), principi que es relaxa en l'ordenament jurídic català amb l'oberta admissió dels pactes successoris que són els heretaments (art. 67 i seg. CS).⁵³ Amb tot, el caràcter familiar d'aquests darrers deixaria fora del seu aixopluc els pactes que poguessin establir-se entre estranys.

Al nostre entendre, però, dos arguments fan palesa la irrellevància del dit principi en el marc de la qüestió que s'està plantejant: el primer, d'ordre menor, està protagonitzat per una reiterada jurisprudència que declara que la prohibició continguda en l'article 1271 del Codi civil fa referència únicament i exclusivament als pactes sobre la universalitat d'una herència, però no al que es fa sobre béns coneguts i determinats existents en el patrimoni del cedent en el moment que se celebra el pacte.⁵⁴ En segon lloc, val a dir que les adquisicions amb pacte de supervivència no vulnereu la prohibició de contractació sobre una herència futura, en la mesura que no incideixen en el cabal hereditari que pugui deixar el donant. El pacte és previ i l'efectivitat de la donació, per raó de la premoriència del donant, determina l'adquisició automàtica, *recta via*, del donatari, sense que el bé faci trànsit a l'herència del donant.⁵⁵

Raonada així la no-vulneració de cap principi general, es pot admetre que el pacte sigui establert per persones, qualsevulles, no casades entre si.⁵⁶ Així, el règim podria establir-se entre parents i, fins i tot, entre persones sense parentiu ni relació familiar i només amb vincles de companyia, amistat o coneixença (per

53. José María SANAHUJA SOLER (*Tratado de derecho notarial*, p. 385 i 386) adverteix de l'afinitat entre les adquisicions amb pacte de supervivència i l'heretament mutual entre cònjuges. En el mateix sentit, vegeu Ramón M. ROCA SASTRE, «Las compras con pacto», p. 457.

54. D'aquest argument, ja se'n fa ressò Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «La compraventa por mitades», p. 312, i «Las compras con pacto», p. 386 i seg. En el primer dels treballs citats es reproduceix l'argumentació adduïda per la Sentència de 8 d'octubre de 1915 (Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «La compraventa por mitades», p. 314). Vegeu també Ramón M. ROCA SASTRE, «Las compras con pacto», p. 471. D'entre les més recents que confirmen aquesta doctrina, es pot consultar la Sentència de l'Audiència Provincial de Lleó de 8 de novembre de 1995 (AC 1995/2254). Vegeu també les sentències del Tribunal Suprem de 16 de maig de 1940 (RJ 1940/416 bis) i 25 d'abril de 1951 (RJ 1951/1615).

55. La idea exposada en el text és copsada per Juan B. VALLET DE GOYTISOLO a «Las compras con pacto», p. 388, on s'assenyala que «[l]as compras con pacto de sobrevivencia vinculan a los compradores desde el mismo instante de la compra, limitándose al evento de la sobrevivencia la libre disposición, tanto *mortis causa* como *inter vivos*, de los bienes comprados. Por lo tanto, su contenido dispositivo no es el de un pacto sucesorio.»

56. Propugnava la nul·litat, per il·licitud, del pacte establert per estranys, Álvaro CALVO SORIANO, «Adquisiciones con pacto de sobrevivencia», p. 383. L'argument adduït és la semblança del contingut aleatori del pacte amb les juguesques prohibides en els articles 1798 i 1799 del Codi civil. La rèplica als dits arguments es pot consultar a Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «Las compras con pacto», p. 385.

exemple, convivents *ex* Llei 19/1998, de 28 de desembre, sobre situacions convivencials d'ajuda mútua). Àdhuc admetem que el règim obeeixi a l'acord establert entre comuns. La possibilitat que els cotitulars d'un bé, que ho siguin en règim de proindivisió ordinària, puguin pactar de manera sobrevinguda o no simultània a l'adquisició mateixa de la cosa, un règim de supervivència, ha estat automàticament rebutjada per la doctrina per raó de la mateixa literalitat de l'article 44 del Codi de família, que sembla exigir que el pacte consti en el títol d'adquisició mateix. Així, la dita constància s'ha erigit de manera recurrent per als autors en requisit de validesa del pacte.⁵⁷ Al nostre entendre, els preceptes legals que successivament han fet referència a la constància del pacte en el títol adquisitiu s'han d'interpretar, en aquest punt, no tant en sentit imperatiu, sinó en sentit permissiu.⁵⁸ Es voldria simplement significar que no cal un document a part a l'efecte de deixar constància del compromís, sinó que, per contra, es pot aprofitar el mateix document que recull la voluntat negocial de qui transmet i qui adquireix. A part d'això, no arribem a copsar a quin interès protegible podria arribar a obeir el fet de convertir en requisit de validesa del pacte la seva formalització en el mateix títol adquisitiu del bé.

Generalitzat, en els termes exposats, l'àmbit subjectiu dels pactes de supervivència, no es troba tampoc cap obstacle a fer trànsit de la seva bilateralitat tradicional a una possible plurilateralitat. La singularitat d'aquest darrer supòsit vindria donada pel fet que la mort d'un dels comuns no determinaria la concentració de la titularitat en l'únic supervivent, sinó la incrementació de les quotes dels supervivents per mitjà de l'adquisició de la quota del premort; adquisició que caldria fer en proporció al nombre dels concurrents.⁵⁹

Segons el nostre parer, al marge de les relacions establertes entre els titulars del pacte (conjugals, familiars, d'amistat...), el règim aplicable al bé serà, per ana-

57. Vegeu, per tots, Encarna ROCA TRIAS i Lluís PUIG FERRIOL, «Les compravendes amb pacte de supervivència», p. 357, i Juana MARCO MOLINA, comentaris als articles 44-47, p. 266.

58. Vegeu, en aquest sentit i sobre el principi d'economia documental, el que hem dit en la pàgina 135. A part d'això, no creiem que la dicció literal dels preceptes que han regulat la institució estableixi, de manera indiscutible, la constància imperativa del pacte en el títol adquisitiu, a mode de condició de validesa. Així, mentre que en el projecte de Juan B. Vallet de Goytisolo no es deia res sobre aquesta qüestió, l'article 103 del Projecte de 1955 establí simplement que els cònjuges «[...] podran pactar entre si en el propi títol d'adquisició [...]». La mateixa dicció es reproduïx quasi literalment en l'article 61 de la Compilació, en l'article 24.1 de la Llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges, i, per acabar, en l'article 44 del Codi de família.

59. Sobre la relació entre el pacte de supervivència i l'efecte «increment» de quotes, vegeu l'apartat següent d'aquest treball.

logia, el previst en els articles 44 i següents del Codi de família.^{60, 61} En aquest sentit, cal destacar que, llevat de disposicions particulars que sols adquireixen sentit en el marc d'un vincle matrimonial (art. 44.3, 46.1c i 46.2 CF), la resta de regles que configuren el règim de les adquisicions amb pacte de supervivència atenen la finalitat objectiva que persegueix el dit pacte, al marge de qui en són els titulars. Des d'aquesta perspectiva, l'aplicació per analogia a pactes celebrats entre familiars o estranys no planteja cap inconvenient.

3.3. DEL PACTE DE SUPERVIVÈNCIA AL RÈGIM DE SUPERVIVÈNCIA

S'ha anticipat que, més enllà del debat doctrinal i jurisprudencial relatiu a la naturalesa del negoci que amaga tota adquisició amb pacte de supervivència i a la naturalesa de la comunitat subsegüent que es constitueix sobre el bé adquirit, preval la vigència del règim establert en la llei (art. 44 i seg. CF). En aquest sentit, amb independència del negoci al qual acompanyi (així, compravenda, permuta...),⁶² al marge de la naturalesa, onerosa o gratuïta, que s'atribueixi al

60. Admet la possibilitat que s'estableixi un pacte de supervivència entre persones no casades, a l'empara de l'article 1255 del Codi civil, Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La compraventa», p. 160. Segons aquest autor, es tracta d'una institució paccionada que es regeix per allò establert per les parts i que no resta sotmesa als articles 44 i següents del Codi de família. Es remet també a l'article 1255 del Codi civil per a justificar la celebració del pacte entre estranys Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentari als articles 24 i 25», p. 211. Fa esment de la dita possibilitat, sense pronunciar-se obertament sobre la seva validesa i el seu règim, Manuel BALLESTEROS ALONSO, «Los requisitos del pacto», p. 454. Es considera el pacte entre persones no casades com a «utilización impropia y desorbitada» de la institució, a Josep Maria QUINTANA, «La compraventa», p. 877.

61. Sobre aquest particular, Juan B. VALLET DE GOYTISOLO manifesta: «Sin embargo, no cremos posible, dogmáticamente, configurar ese pacto, si se otorga entre extraños, como donación *inter vivos*. No concebimos que dos prestaciones recíprocas y subordinadas entre sí constituyan dos donaciones independientes. No alcanzamos a ver el *animus donandi* y sí vemos en cada parte un fin de lucro aleatorio, previsto para el caso de ser el sobreviviente, que se enfoca hacia la participación de la otra parte [...]», («El pacto de supervivencia», p. 333, nota 10; «Teleología y dogmática», p. 360; «Las compras con pacto», p. 390, nota 13).

62. Álvaro CALVO SORIANO, «Adquisiciones con pacto de supervivencia», p. 361, admet el pacte a l'empara de qualsevol negoci de naturalesa onerosa. Per contra, Jesús LALINDE ABADÍA, «Regímenes comunitarios», p. 347, només l'admet en el marc d'un contracte de compravenda. En el mateix sentit, vegeu Ramón M. ROCA SASTRE, «Las compras con pacto», p. 477. Per la seva banda, Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentari als art. 24 i 25», p. 216, proposa *de lege ferenda* l'extensió del règim a altres contractes onerosos. Recentment, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 17 de març de 2003 (RJ 2003/4578) ha admès la validesa d'un pacte de supervivència incorporat a un contracte de renda vitalícia (així, a canvi de l'adquisició de la propietat d'una finca, els cònjuges es van comprometre a satisfer una pensió periòdica al trans-

mateix pacte de supervivència, amb independència de com es configuri el seu àmbit subjectiu d'aplicació..., més enllà de tot plegat, regeixen les regles de l'article 44.2 del Codi de família, vigent la comunitat especial que origina el pacte, i pel que fa a la seva extinció, cal atendre els articles 46 i 47 del mateix codi. És per això que es defensa que la particularitat de les adquisicions amb pacte de supervivència no ha de recaure tant en el *pacte* que genera un règim especial, sinó en el mateix *règim* que, considerat objectivament, podria obeir no sols al dit pacte, sinó a l'atribució lucrativa que un tercer fa amb règim de supervivència.

Segons el nostre parer, certament, l'adquisició *amb règim de supervivència* pot respondre a un negoci atorgat a títol lucratiu: així, a una donació en propietat de la qual són beneficiàries més d'una persona (cfr. art. 31 CF, relatiu a les donacions fetes per tercers per raó del matrimoni), o a una disposició *mortis causa* a títol particular en la qual siguin cridats, també, més d'un subjecte. Interessa destacar que, en aquest supòsit, la clàusula de supervivència o, dit d'una altra manera, l'adquisició de la quota del cònjuge premort pel cònjuge supervivent, és un règim que imposarà el donant o transmetent a títol lucratiu, i no pas els adquirents per mitjà d'un *pacte* que determini la manera en què es vol adquirir. I això es defensa per la raó següent: ja s'ha deixat dit que, en el contracte a títol oneros, l'interès legítim de l'adquirent es concreta en el pagament del preu o la contraprestació que li és deguda, i que, per aquest mateix motiu, li és aliè el mode en què els cònjuges vulguin organitzar l'adquisició de la propietat que reben; és més: no pot imposar un règim determinat. Succeeix, però, que, en el negoci a títol lucratiu, l'autonomia de la voluntat del qui transmet és, pel que fa a la qüestió que es debat, molt més àmplia: és només ell qui pot, i, de fet, estableix, el règim de l'adquisició. I això se segueix, en primer lloc, de la constatació elemental que qui disposa a títol lucratiu, podent no disposar, és obvi que pot fer-ho d'una manera determinada o amb un règim particular; en segon lloc, de la típica configuració de la donació com a negoci jurídic unilateral que no requereix, per a la seva perfecció, l'acceptació del donatari;⁶³ així, doncs, no és possible que la voluntat d'aquells que ni tan sols han d'intervenir en el negoci a l'efecte d'assolir-ne la perfecció, pugui condicionar o modelar l'adquisició

metent). Segons assenyala la Sentència, «[...] l'expressió compres no equival necessàriament a contracte de compravenda, sinó que [...] es pot referir igualment a qualsevol altra transmissió fonamentada en una causa onerosa, que el llenguatge pot assimilar a una compravenda, perquè la compravenda és sens dubte el prototipus del contracte transmissiu que es fonamenta en una causa onerosa [...]» (FJ 4t).

63. Vegeu Ferran BADOSA COLL, p. 261, apartat c, i Elena LAUROBA LACASA, p. 322, a Ferran BADOSA COLL (dir.), *Manual de dret civil català*, Barcelona, Marcial Pons, 2003.

que se'n derivi establert, per exemple, un règim de supervivència.⁶⁴ No modifica el que es diu el fet que el dit règim s'hagi proposat pels donataris i el donant hagi disposat en el sentit proposat: en aquest cas, el règim de l'adquisició continua obeint únicament a la voluntat del que disposa. L'argument que es pot aduir a l'efecte de justificar la viabilitat de la donació en propietat amb règim de supervivència, ens el facilita, en el marc del Codi civil, l'article 641, que permet que el donant pugui establir la reversió de la cosa donada a favor de terceres persones en els mateixos casos i amb les mateixes limitacions que es preveuen per a la substitució fideïcomissària;⁶⁵ es tracta, doncs, de concebre el nostre supòsit com un cas de reversió de la meitat indivisa donada a cadascun dels cònjuges a favor del supervivent. En el marc del dret civil català, la possibilitat és propiciada per la regulació de les substitucions fideïcomissàries, que, en aquest punt, es tractaria d'aplicar per analogia.⁶⁶

Més enllà de la identificació del règim de supervivència amb una modalitat especial de comunitat ordinària indivisa o per quotes, interessa atendre ara els efectes que es generen quan mor un dels comuns. L'adquisició automàtica de la quota del premort pel supervivent ens recorda l'«increment» que, per impe-

64. L'article 531-8 del Projecte de llibre cinquè del Codi civil de Catalunya estableix: «La donació és un acte dispositiu pel qual el donant atribueix a títol gratuït la titularitat del dret de propietat o de qualsevol altre dret al donatari, el qual per a la seva adquisició ha d'acceptar-la en vida del donant.»

65. Un supòsit diferent és el que preveu l'article 637 del Codi civil, que, pensant en una comunitat en formació, preveu l'acreciment entre els donataris per al cas que algun o alguns d'ells no puguin o vulguin adquirir. El precepte assenyala: «Cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa. [...] Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiere dispuesto lo contrario.» Pel que fa al seu àmbit d'aplicació, vegeu José María MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, tom V, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1951, p. 159; Manuel ALBALADEJO GARCÍA, comentari a l'article 637, a Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tom VIII, vol. 2, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1986, p. 230 i 231. Vegeu-ne també el comentari a Esteve BOSCH CAPDEVILA, «L'«acreciment»», p. 407.

66. L'article 531-21 del Projecte de llibre cinquè del Codi civil de Catalunya estableix en el seu primer apartat: «A l'hora d'efectuar la donació, el donant pot establir, per al moment en què arribi cert temps o si ocorre algun succés determinat, la reversió dels béns al donant, al cònjuge, al membre de la unió estable de parella o als seus hereus.» El precepte no preveu expressament la possibilitat, en cas de donació conjunta, de revertir la quota d'un dels codonataris en l'altre. El cert és que tampoc no ho exclou; de fet, la hipòtesi es trobaria emparada en el que es disposa en l'article 531-24.1, segons el qual: «Tret que el donant disposi una altra cosa, les donacions efectuades i les reversions previstes conjuntament i simultània a favor de diverses persones s'entenen fetes per parts iguals, amb l'acreciment proporcional respecte de la part de les persones que no acceptin.»

ratiu legal, experimenten, en supòsits excepcionals, les quotes dels qui són cotitulars d'un dret quan mor un dels membres de la dita comunitat (art. 30.3 Llei 6/1990, de 16 de març, dels censos; art. 10.1 Llei 13/2000, de 20 de novembre, de regulació dels drets d'usdefruit, d'ús i d'habitació; art. 13.4 Llei 6/2000, de 19 de juny, de pensions periòdiques).⁶⁷ La identificació del supòsit previst en l'article 44 CF amb un cas particular d'increment —que, en qualsevol cas, seria convencional—, estaria propiciada per l'existència d'una comunitat formada, i no sols per la d'una comunitat en formació, que es correspon millor amb l'anomenat *acreixement* (cfr. art. 38 CS). El supòsit, però, no acaba d'acomplir la resta de pressupòsits que reclama l'«increment»: d'una banda, aquest actua generalment en supòsits en què el dret adquirit és vitalici, mentre que l'article 44 CF és, naturalment, aplicable a negocis pels quals es pretén transmetre la propietat; de l'altra, l'increment reclama una crida conjunta o solidària, de manera que les quotes es determinen, *a posteriori*, per la concurrència inicial efectiva dels comuns presents. La desaparició sobrevinguda d'un d'ells fa que augmentin les quotes dels restants. Per contra, en el marc de l'article 44 del Codi de família les quotes no són el resultat de la concurrència inicial dels adquirents (de manera que, si són dos, l'adquisició és forçosament per meitat), sinó que obeeixen a una determinació prèvia. La desaparició d'un dels comuns no determinarà, per tant, l'increment o l'augment de la quota pròpia (que restava contreta per les restants), sinó l'adquisició de la vacant. Des d'aquesta perspectiva, l'article 44 del Codi de família s'acosta molt més a l'increment forçós *ex* article 41 del Codi de successions, que també pressuposa quotes inicials prefixades. La diferència entre ambdós supòsits, però, rau en el supòsit de fet del qual es parteix: comunitat en formació, en l'article 41 del Codi de successions, i comunitat ja formada, en l'article 44 del Codi de família.

És el règim de supervivència un règim jurídic real especial? Un cop constatat que les adquisicions amb pacte de supervivència generalment obeeixen a negocis amb els quals, amb la tradició o el mode, es persegueix obtenir la titu-

67. Vegeu, sobre els conceptes d'*acreixement* i *increment*, Esteve BOSCH CAPDEVILA, «L'«acreixement» i l'«increment» en el dret patrimonial català», *La Notaria*, núm. 11-12 (2001): *Primer Congrés de Dret Civil Català: El Dret Patrimonial en el Futur Codi Civil de Catalunya*, Tarragona, dies 6, 7 i 8 de novembre de 2001, p. 405 i seg. Aquest autor considera trets característics de l'«increment» els següents: «[...] 1) La vacant té lloc una vegada s'ha adquirit el dret, és a dir, quan la comunitat ja ha estat formada; 2) El dret té, per regla general, caràcter vitalici, i per tant no és transmissible als hereus. L'excepció seria l'usdefruit constituït a termini final [...]; 3) La quota ja ha estat concretada a conseqüència de la concurrència inicial dels cridats, per la qual cosa no tindrà lloc una «retenció» de la totalitat, sinó un augment de la quota; 4) En alguns casos, s'atén al negoci constituït del dret, en concret a si hi ha o no una crida conjunta, per determinar la procedència o no de l'«increment», que suposa la preferència dels cotitulars sobre el gravat [...]», p. 406.

laritat dominical dels béns (per exemple, la compravenda) i que el règim descrit en l'article 44.2 del Codi de família apareix com a configuració especial d'una comunitat de béns, sembla evident que cal donar, tot seguit, una resposta positiva a aquesta qüestió. La dita resposta estaria avalada, per tant, per la tipicitat social i la tipicitat legal de la institució. Si s'escaigués, l'adquisició d'un dret de crèdit amb règim de supervivència reclamaria l'establiment, per mitjà d'un pacte, d'una mancomunitat indivisible especialíssima.

4. EL RÈGIM JURÍDIC DE LES ADQUISICIONS AMB PACTE DE SUPERVIVÈNCIA EN CAS DE CONCURS DE QUALSEVOL DELS CÒNJUGES. L'ARTICLE 78.3 DE LA LLEI CONCURSAL

4.1. ANTECEDENTS: CONTINGUT I SISTEMÀTICA

Els antecedents del vigent article 78.3 de la nova Llei concursal s'han de cercar en el tercer apartat de l'article 263 de l'Avantprojecte de llei concursal de 1983, on es deia el següent: «Los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de uno de los cónyuges.»⁶⁸ Es dona

68. L'article 264 de l'Avantprojecte de 1983 establia: «Declarado el concurso de un cónyuge con régimen de separación de bienes, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de la masa, que fueron donados por él los bienes adquiridos por el otro cónyuge, constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, siempre que la adquisición haya tenido lugar en el año anterior a la admisión a trámite de la solicitud de concurso o en el período a que alcance la retroacción, si éste fuese superior a aquél. Si el cónyuge del concursado justifica la adquisición, pero no la del precio con que la hubiese verificado, se presumirá que el bien procede de donación del concursado. Se tendrá por justificada la procedencia del precio cuando el cónyuge titular percibiera sueldo, ejerciera profesión o, en general, tuviera a su disposición dinero suficiente para la adquisición en el momento de realizarla. [...] Esta presunción no regirá si en el momento de la adquisición los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho. [...] Los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de uno de los cónyuges.» Vegeu l'Avantprojecte de llei concursal de 1983, redactat per una ponència especial de la Comissió General de Codificació, presidida per Manuel Olivencia, i revisat i aprovat per la Secció de Dret Mercantil, amb la col·laboració de les seccions de Dret Civil i Dret processal, a «La reforma del derecho concursal», *Cuadernos de Derecho y Comercio* (monogràfic), Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1987, p. 282. Sobre l'article 264, vegeu Montserrat CASALS I GENOVER, «Las compraventas con pacto de sobrevivencia en el Anteproyecto de ley concursal (Un nuevo supuesto de protección de los acreedores)», *Revista General de Derecho*, núm. 513 (1987), p. 3359-3369.

En el precedent de l'Avantprojecte de 1983, l'anomenat *Avantprojecte de llei de concurs de creditors de 1959*, no es feia cap referència a les adquisicions amb pacte de supervivència. En l'article 25 es tractava la integració de la massa activa del concurs; s'hi deia el següent: «Todos los bienes, derechos y acciones que constituyen el patrimonio del deudor común y aquellos que durante el

aquesta mateixa redacció a l'article 79.4 de l'esborrany de l'Avantprojecte de llei concursal de 12 de desembre de 1995.^{69, 70} Esdevenia el darrer apartat d'un precepte rubricat «Presunción muciana» i, pel que fa al seu contingut, com ja va fer l'article 263 de l'Avanprojecte de 1983, només establia la consideració dels béns adquirits amb pacte de supervivència com a divisibles.⁷¹

Va ser en el nou avantprojecte de llei concursal de març de 2001, redactat per la Secció Especial per a la Reforma Concursal, de la Secció de Dret Mercantil de la Comissió General de Codificació, que es va ampliar el contingut de la disposició i es va establir, més enllà de la divisibilitat del bé adquirit amb pac-

concurso pudiera adquirir, quedarán afectos a la ejecución colectiva de los acreedores y formarán la masa del concurso. [...] No integrarán la masa del concurso: 1) Los bienes y derechos de naturaleza estrictamente personal; 2) Los bienes y derechos inembargables; 3) Los bienes privativos del cónyuge del concursado y los gananciales y demás comunes, salvo cuando legalmente respondan de las obligaciones del deudor común; 4) Los frutos procedentes del usufructo legal sobre los bienes de los hijos.» L'Avantprojecte de llei de concurs de creditors de 1959 va ser redactat per una subsecció de la Secció de Justícia de l'Institut d'Estudis Polítics presidida per Joaquín Garrigues. Vegeu-ne la reproducció a «La reforma del derecho concursal», p. 100. El silenci sobre les adquisicions amb pacte de supervivència pot considerar-se lògic si es té en compte que l'Avantprojecte es va redactar temps abans que es promulgés la Compilació per mitjà de la Llei 40/1960, de 21 de juliol.

69. Aquesta proposta va ser redactada per Ángel Rojo Fernández-Río, catedràtic de Dret Mercantil i vocal permanent de la Comissió General de Codificació. Es pot consultar aquest text íntegre en el suplement del *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior* núm. 1768, de 15 de febrer de 1996, i a Gonzalo AGUILERA ANEGÓN, *El Anteproyecto de ley concursal y el Registro de la Propiedad (Borrador del Anteproyecto de 1995)*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1997, p. 237 i seg. Vegeu la referència a aquest treball, també, a Fernando CERDÁ ALBERO i Ignacio SANCHO GARGALLO, *Curso de derecho concursal*, Colex, 2000, p. 42.

70. Es reproduceix el text íntegre del precepte: «Artículo 79. Presunción muciana. 1. Declarado el concurso de un cónyuge con régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que fueron donados por él los bienes adquiridos por el otro cónyuge, constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, siempre que la adquisición haya tenido lugar en el año anterior a la admisión a trámite de la solicitud. 2. Si el cónyuge justifica la adquisición pero no la procedencia del precio satisfecho, se presumirá que el bien procede de donación del deudor. Se tendrá por justificada la procedencia del precio cuando, en el momento de la adquisición, el cónyuge titular recibiera sueldo, ejerciera profesión o tuviera a su disposición dinero suficiente. 3. La presunción a que se refiere el apartado primero no registrará cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho. 4. Los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de los cónyuges.»

71. A part d'això, la doctrina que va comentar l'Avantprojecte tampoc no va fer altre comentari que el d'assenyalar la novetat que representava el precepte. Vegeu Javier MEJÍAS GÓMEZ, «La formación de la masa en la propuesta de anteproyecto de ley concursal de 1995», a *La reforma del derecho concursal* (monogràfic), Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1997, p. 52.

te de supervivència, la facultat del cònjuge del concursat de fer seva la totalitat del bé satisfent a la massa la meitat del seu valor. A aquest efecte, s'hi afegien criteris de valoració: si es tractava de l'habitatge habitual del matrimoni, el seu valor es corresponia amb el preu d'adquisició actualitzat; en relació amb qualsevol altre bé, la fixació del seu valor s'encomanava al cònjuge del concursat i a l'Administració concursal, que havien de procedir de mutu acord; si no, el valor seria establert per l'autoritat judicial, un cop escoltades les parts i, si escaigués, amb l'informe previ d'un expert. Aquest era el contingut de l'article 77.3 de l'Avantprojecte de 2001.⁷² Aquesta regulació es reproduïx, en els mateixos termes, en l'article 77 del Projecte de llei concursal de 2002,⁷³ que, tret d'un afegit relatiu a la valoració de l'habitatge conjugal,⁷⁴ ha passat literalment a l'article 78.3 de la llei concursal vigent.

Des d'un punt de vista estrictament sistemàtic, d'això anterior es desprèn que ha estat una constant, al llarg d'aquest període d'intents successius de reforma concursal, la menció de les adquisicions amb pacte de supervivència amb motiu de la determinació de la massa activa quan el concursat és una persona casada; més concretament, aquella regulació s'ha realitzat a l'empara del precepte destinat a regular, en primer terme, les presumptes donacions que el cònjuge concursat va fer en benefici de l'altre i en detriment dels seus creditors. Intuïm que el punt de connexió entre ambdós supòsits (presumpció de donacions entre cònjuges i adquisicions amb pacte de supervivència) és, en la *mens legislatoris*,

72. Vegeu, sobre el contingut de la disposició, Emilio M. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», a Rafael GARCÍA VILLAVARDE, Alberto ALONSO UREBA i Juana PULGAR EZQUERRA, *Estudios sobre el Anteproyecto de ley concursal de 2001*, Almería, Dilex, 2002, p. 165 i 166.

73. Vegeu-ne el text al *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congrés dels Diputats, VII legislatura, sèrie A: «Proyectos de ley», 23 de juliol de 2002, núm. 101-1. Cal assenyalar que, en relació amb el contingut de la disposició, no hem trobat cap referència ni a l'*Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de ley concursal*, de 10 d'octubre de 2001, ni al *Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de ley concursal y el Anteproyecto de ley orgánica para la reforma concursal*, de 7 de novembre de 2001, ni al *Dictamen del Consejo de Estado: Anteproyecto de ley concursal*, de 21 de març de 2002. Aquests textos es poden consultar a Àngel ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal: Jornadas sobre la Reforma de la Legislación Concursal: Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

74. En l'article 78.3 s'afegeix que el valor de l'habitatge conjugal s'haurà d'actualitzar de conformitat amb l'índex de preus al consum específic, sense que pugui superar el del seu valor de mercat. Aquesta addició obeeix a una esmena de modificació del Projecte de llei proposada pel grup parlamentari Coalició Canària a l'efecte de millorar la redacció del precepte i establir els criteris i els límits de la valoració (vegeu l'esmena núm. 622 al *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congrés dels Diputats, VII legislatura, sèrie A, de 2 de desembre de 2002, núm. 101-15).

la modalitat particular de règim econòmic matrimonial en què adquireixen sentit, que és el de separació de béns. Aquest fet justificaria la seva regulació en un mateix precepte. Seria agosarat i inversemblant pensar que el legislador ha organitzat sistemàticament el contingut de la dita disposició per raó del caràcter gratuït dels negocis que s'hi consideren: d'una banda, les donacions que es presumeixen celebrades entre els cònjuges; de l'altra, les adquisicions amb pacte de supervivència, en la mesura que impliquen, també, una donació entre cònjuges: així, un compromís recíproc de donació per al cas de mort de qualsevol d'ells. Amb tot, en la mesura que aquesta concepció es fixa, sobretot, en el que succeeix quan mor un dels cònjuges, i que l'article 78.3 LC pressuposa la vida d'ambdós i tendeix, aparentment, a fer inviable aquesta transmissió de la totalitat a un d'ells, amb la qual cosa declara la divisibilitat del bé, no sembla que fos això el que pensava el legislador. Adquireix sentit de nou, doncs, la idea d'atendre el règim econòmic matrimonial de separació de béns com a denominador comú de les dites institucions.⁷⁵ Des d'aquesta perspectiva, la menció, en l'apartat 4 de l'article 78 LC, a l'habitatge conjugal com a bé de guany o comú, apareix com quelcom asistemàtic,⁷⁶ atès que és l'article 76 LC el que fa referència al concurs d'una persona casada en règim econòmic matrimonial de *gananciales*, i no pas el 77 LC,⁷⁷ que faria referència al de separació de béns.⁷⁸

75. La disciplina que s'analitza seria també aplicable als pactes celebrats entre cònjuges sotmesos al règim de participació per raó de la remissió prevista en l'article 1413 del Codi civil.

76. I ens sembla també excessivament forçat pensar que la ubicació de la norma en el darrer apartat de l'article 78 LC obeeix al fet que, en l'apartat anterior, apareix una menció relativa a l'habitatge conjugal i es vol que els criteris de valoració que s'hi contenen siguin d'aplicació al cas de dissolució de la societat de guanys o comunitat conjugal.

77. L'article 77, després d'assenyalar que la massa activa s'integra pels béns privatis del cònjuge concursat, estableix, en el seu apartat segon, que també en formaran part els béns comuns o de guanys, sempre que hagin de respondre dels deutes personals del concursat. En aquest cas, afegeix que el cònjuge podrà sol·licitar la dissolució de la societat o comunitat conjugal, que caldrà dur a terme de manera coordinada amb el resultat del conveni o de la liquidació del concurs. El contingut de la dita disposició ens recorda l'article 1373 del Codi civil. Vegeu, sobre aquest particular, l'article 144 del Reglament hipotecari i l'article 541 de la Llei d'enjudiciament civil.

78. El vigent article 78.4 de la Llei concursal no té precedents en els avantprojectes de 1983, 1995 i 2001. Ni tan sols apareix en el Projecte de llei de 1995. Sembla que el seu origen es troba en el Dictamen de la Comissió del Senat (vegeu-lo al *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, VII legislatura, de 4 de juny de 2003, núm. 120, p. 397).

Adverteixen de la ubicació incorrecta de l'apartat 4 de l'article 78: Ricardo CABANAS TREJO, «Ley concursal (Exposición sistemática y comentarios)» [monogràfic], *La Notaria*, núm. 7-8 (2003), vol. 1, p. 97; Edorta HERRERA CUEVAS, *Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal y Ley orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal: Comentarios, textos legales y esquemas*, Bilbao, Europea Temática, 2003, p. 386; Francisco MERCADAL VIDAL, «Comentario al artículo 78», a A. SALA, F. MER-

4.2. EL RÈGIM: LA CONSIDERACIÓ DELS BÉNS COM A DIVISIBLES,
LA INTEGRACIÓ DE LA MEITAT DE LA MASSA EN EL CONCURS
I EL DRET DEL CÒNJUGE A ADQUIRIR LA TOTALITAT DEL BÉ

L'article 78.3 de la Llei concursal ens fa pensar que, en establir el seu contingut, el legislador era força conscient dels interessos que s'hi veien afectats: no sols va pensar en els creditors i en la mesura i la manera en què el bé adquirit amb pacte de supervivència hauria d'integrar la massa del concurs, sinó que, a més, tenia present el cònjuge del concursat, cotitular del bé. La raó del primer pensament és òbvia i el que s'estableix en aquest sentit ens sembla encertat: l'adquisició amb pacte de supervivència no pot anar contra el principi de responsabilitat patrimonial universal (art. 1.911 CC) per raó de l'adquisició eventual de la meitat indivisa del cònjuge concursat pel cònjuge no deutor. Dir el contrari seria afavorir el frau. Una altra cosa és fins a quin punt cal sacrificar l'interès del cònjuge no deutor. Com hem dit, el legislador també hi ha pensat, i no sols determinant el grau d'aquest sacrifici, sinó, a més, atorgant-li el dret a fer seva la cosa satisfent a la massa la meitat del seu valor. I això sorprèn una mica si es pensa que la finalitat de la norma és regular els estats d'insolvència del deutor. Des d'aquesta perspectiva, el segon paràgraf del precepte sembla un afegit, una disposició que no té res a veure amb l'afecció dels béns del deutor a la satisfacció dels seus deutes i que, per contra, incideix en l'ordenació civil de la institució. Dit d'una altra manera, el que s'hi estableix no persegueix fer efectiva la responsabilitat patrimonial del deutor; en primer terme, l'afavorit pel que s'hi diu és el cònjuge del concursat, i no pas el conjunt de creditors, als qui, en principi, els serà indiferent disposar del valor realitzable de la meitat de la cosa «[...] integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado [...]» (art. 78.3.1 *in fine*) o disposar del seu valor ja realitzat «[...] satisfaciendo a la masa la mitad de su valor [...]» (art. 78.3.2 LC).

CADAL i J. ALONSO-CUEVILLAS, *Nueva ley concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio: Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, Barcelona, Bosch, 2003, p. 406 i 407; Sebastià SASTRE PAPIOL, «Composición de la masa activa. Comentario al artículo 78», a Miguel Ángel FERNÁNDEZ-BALLES-TEROS (coord.), *Derecho concursal práctico*, p. 424.

Sobre la preferència del cònjuge a incloure l'habitatge en el seu haver, vegeu l'article 1406.4 CC.

4.2.1. *L'àmbit d'aplicació de l'article 78.3 de la Llei concursal*

Des d'un punt de vista objectiu, el precepte és aplicable als «béns adquirits» amb pacte de supervivència, sigui quin sigui el negoci del qual es derivi la dita adquisició. Generalment es tractarà d'un contracte de compravenda; així, el «preu d'adquisició» (art. 78.3.2 LC) s'haurà d'identificar amb el preu cert en diners que esdevé prestació típica del contracte de compravenda (art. 1.445 CC). El que sembla que és segur és que el legislador pensa, en tot cas, en béns adquirits en virtut d'un *negoci oneros*. *Quid* en un supòsit d'adquisició a títol gratuït? Hom podria plantejar-se si l'adquisició amb pacte de supervivència pot obeir a un negoci gratuït i de quina manera el règim previst en l'article 78.3 de la Llei concursal li seria aplicable. A la primera qüestió, ja s'hi ha donat una resposta afirmativa,⁷⁹ i afavoreix una resposta també positiva a la segona el fet que, amb independència de la naturalesa onerosa o gratuïta del negoci al qual és deguda l'adquisició, els cònjuges adquireixen o reben el mateix en ambdós supòsits: la titularitat de la meitat indivisa del bé i una expectativa d'adquisició de l'altra meitat. Aquesta identitat entre el que es rep en un cas i el que es rep en l'altre, ens porta a parlar d'altres supòsits en què l'adquisició rebuda o feta pels cònjuges també es podria descriure com de cotitularitat de proindivisió ordinària i d'expectativa d'adquisició de la porció corresponent a l'altre per al cas de sobreviure'l. Volem fer referència, en concret, a determinats supòsits en què l'increment de la quota inicial del cotitular per raó de la mort de l'altre no té com a origen la voluntat de les parts (dels cònjuges, en les adquisicions oneroses; del donant, en les gratuïtes), sinó una disposició legal; norma legal que, d'altra banda, no distingeix si el dret s'ha adquirit en virtut d'un negoci oneros o en virtut d'un negoci gratuït. Així, l'article 30.3 de la Llei 6/1990, de 16 de març, dels censos, estableix que «[e]n el supòsit de cotitularitat del dret de cens, quan la designació dels beneficiaris ha estat conjunta, si un d'ells no accepta o, havent acceptat, es mor, la seva quota en el dret de cens incrementa la dels altres beneficiaris». Per la seva banda, l'article 10.1 de la Llei 13/2000, de 20 de novembre, de regulació dels drets d'usdefruit, d'ús i d'habitació, disposa que, per al cas d'«[...] usdefruit vitalici constituït conjuntament i simultània a favor de cònjuges, de persones en situació d'unió estable de parella, o de fills o germans del constituent, no s'extingeix fins a la mort de tots els titulars, de manera que la quota dels qui premorin incrementa la dels supervivents en la proporció corresponent». Aquest increment, però, no regeix «[l]levat que el títol ho estableixi altrament». I trobem una disposició similar en l'article 13.4 de la Llei 6/2000, de 19 de juny, de pensions periòdiques: «Quan

79. Vegeu l'apartat 3.3 d'aquest estudi.

la pensió s'ha constituït a favor d'una pluralitat de creditors o beneficiaris, la designació pot ésser simultània o successiva. Si la designació és simultània, la part o quota de cadascuna de les persones que mori incrementa la de les altres. Si la designació és successiva, s'apliquen les limitacions establertes per a la substitució fideicomissària».⁸⁰ Es propugna l'aplicació per analogia de l'article 78.3 de la Llei concursal a aquests supòsits, malgrat que, a diferència de les adquisicions amb pacte de supervivència, obeeixen a una crida o disposició conjunta o solidària. La identitat de raó que justificaria el recurs a l'analogia s'explicaria, com ja s'ha anticipat, pel fet que els comuns gaudeixen d'una quota en la cotitularitat d'un dret i d'una expectativa d'adquisició de les quotes restants.

El precepte es declara aplicable al cas de concurs d'una persona casada i sols respecte als béns adquirits amb pacte de supervivència. Des d'un punt de vista subjectiu, per tant, el règim que s'estableix en l'article 78.3 pressuposa l'existència d'un vincle matrimonial.⁸¹ La jurisprudència que ha declarat vàlid el pacte quan els adquirents són persones unides per un vincle estable,⁸² obliga a plantejar-se si el precepte també serà aplicable a aquest supòsit. Convé assenyalar que la realitat representada per les unions estables de parella és reconeguda en la llei. Mereix una menció especial en aquest sentit l'article 93 de la Llei concursal, que considera persona especialment relacionada amb el concursat persona física, entre altres, el cònjuge del concursat o qui ho era durant els dos anys

80. Sobre l'article 13.4 de la Llei 6/2000, vegeu Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ i Esperança GINEBRA MOLINS, «Les pensions periòdiques a la Llei catalana 6/2000, de 19 de juny», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2 (2002), p. 353; Esperança GINEBRA MOLINS, «Les pensions periòdiques de caràcter personal i voluntari», a Ferran BADOSA COLL, *Manual de dret civil català*, Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 281 i 282.

81. Pel que fa a la subsistència del vincle en el moment en què es declara el concurs, interessa assenyalar que el precepte no fa cap referència a l'estat eventual de separació dels cònjuges o als supòsits de declaració de divorci o nul·litat del matrimoni. En aquest sentit, el segon apartat de l'article 78 sí que estableix, per exemple, que la presumpció de donacions que es regula en el primer apartat no regeix quan els cònjuges es trobin separats legalment o de fet. En l'àmbit del dret civil català, la qüestió es resol en l'article 46c del Codi de família, que preveu, com a causa extintiva del pacte, la declaració de nul·litat del matrimoni, la separació judicial, el divorci i la separació de fet acreditada fefaentment.

82. Així, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 13 de febrer de 2003 (RJ 2003/4576). La possibilitat reconeguda als membres d'una unió estable de parella d'adquirir amb pacte de supervivència implica desvincular la institució d'un règim econòmic matrimonial particular, atès que, en matèria d'unions de fet, cal parlar, més que no pas de règim econòmic pròpiament dit, de règim d'adquisició de béns. En aquest sentit, vegeu Juan Luis GIMENO GÓMEZ-LA FUENTE, «El embargo de los bienes conyugales», ponència corresponent al Cicle de Conferències sobre Dret de Família i Registre de la Propietat, Barcelona, Centro para la Investigación y el Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil, 17 de març de 2004.

anteriors a la declaració de concurs i «les persones que convisquin amb anàloga situació d'afectivitat o haguessin conviscut habitualment amb ell dins dels dos anys anteriors a la declaració del concurs» (art. 93.1.1 LC).⁸³

Enfront de l'estricta literalitat de la norma, que es diu aplicable sols als cònjuges, creiem que ha de prevaldre el criteri teleològic a l'hora de fixar el seu àmbit d'aplicació. Dit d'una altra manera, en l'article 78.3 LC el propòsit del legislador només és i només pot ser assenyalar què succeeix amb les adquisicions amb pacte de supervivència; entre altres, les qüestions relatives a qui pot adquirir de tal manera (per exemple, només cònjuges o només cònjuges sotmesos a un determinat règim econòmic; cònjuges i també unions estables de parella; cònjuges, unions estables de parella i, àdhuc, tercers sense vincles d'afectivitat...) són matèria essencial i bàsica de la regulació civil de la institució, que, òbviament, no pertoca regular a la norma concursal, encara que d'aquesta se'n pugui predicar una naturalesa civil.⁸⁴ Atès això, en l'article 78.3 LC cal entendre que es fa una remissió a les normes que descriuen l'àmbit subjectiu de les adquisicions amb pacte de supervivència. Seran aquestes normes (les que siguin segons qui tingui la competència legislativa en matèria civil en aquest particular) les que diran qui pot adquirir amb el dit pacte; i, un cop pressuposada l'adquisició, l'article 78.3 LC estableix el règim a què cal sotmetre-la en cas de concurs d'un dels adquirents. En aquest sentit, s'ha argumentat la possibilitat que tenen les persones no casades entre si d'adquirir amb pacte de supervivència.

4.2.2. *La divisibilitat dels béns i la integració de la quota del concursat en la massa activa*

D'acord amb l'article que es comenta, els béns «es consideraran divisibles en el concurs de qualsevol d'ells, integrant-se en la massa activa la meitat cor-

83. D'acord amb l'article 71 de la Llei concursal, relatiu a les accions de reintegració, seran rescindibles els actes perjudicials contra la massa realitzats pel deutor durant els dos anys anteriors a la declaració del concurs. Aquest perjudici es presumeix, *iuris et de iure*, quan es tracti de disposicions a títol gratuït (art. 71.2) i també, llevat que hi hagi una prova en sentit contrari, quan es tracti de disposicions a títol onerosos realitzades a favor d'algunes de les persones especialment relacionades amb el concursat (art. 71.3). A part d'això, interessa destacar que els crèdits dels quals eventualment sigui titular el cònjuge o parella del concursat, tenen la consideració de crèdits subordinats (art. 92.5; vegeu també, sobre la manca de dret de vot a la junta de creditors, l'art. 122; sobre com els pot afectar el contingut del conveni, l'art. 134; i, en fase de liquidació, sobre l'ordre de pagament d'aquests crèdits, l'art. 158).

84. Al nostre entendre, la naturalesa de les normes previstes en l'article 78 és civil, en la mesura que aquestes incideixen en la regulació civil de les institucions que s'hi consideren.

responent al concursat». Tot i que l'expressió *es consideraran* té certes connotacions presumptives (així, el precepte hagués pogut assenyalar, simplement, que els béns «seran» o «són» divisibles), creiem que la disposició és imperativa i que l'efecte legal que s'hi estableix, la divisibilitat del bé, no admet cap prova en sentit contrari. De fet, en el marc del precepte que es comenta, això anterior, si fos admès, no tindria cap sentit, atès que el precepte ni pretén interpretar la voluntat de les parts ni pretén establir una regulació supletòria per al cas que no hi hagi pacte; estableix, per contra, un efecte legal que provoca la declaració de concurs, i, per tant, és evident que en aquest punt no té cabuda cap presumpció.⁸⁵ El precepte pressuposa una situació de cotitularitat sobre la cosa no susceptible de ser extingida per mitjà de la divisió. És obvi que el supòsit no es correspon amb la proindivisió ordinària: en el marc de la comunitat ordinària o per quotes, és essencial el dret dels comuns a sol·licitar la divisió de la cosa (arg. ex art. 400 CC, 43 CF i 552-11.1 Projecte de llibre cinquè del Codi civil de Catalunya). Per tant, si es tractés d'aplicar el precepte a un supòsit de cotitularitat per quotes, la dita disposició esdevindria redundant, atès que el bé, al marge del concurs, ja és divisible per raó de la mateixa naturalesa de la comunitat constituïda.⁸⁶ En la mateixa línia, interessa destacar la dicció literal de la norma: se'ns diu que els béns adquirits amb pacte de supervivència «es consideraran divisibles», i no pas que, pel concurs, es procedeixi a la seva divisió. Admetre aquesta darrera possibilitat donaria sentit a l'aplicació de la norma en supòsits de comunitat de proindivisió ordinària, però, alhora, implicaria alterar el règim jurídic d'aquesta manera d'organitzar la concurrència d'una pluralitat de titulars sobre una mateixa cosa. I, això, perquè, en aquest règim, els legitimats per a sol·licitar la divisió només són els comuns (art. 400 CC i 552-11.1 Projecte de llibre cinquè del Codi civil de Catalunya). Una altra cosa és que els administradors, un cop establert per llei el caràcter divisible dels béns, puguin sol·licitar la divisió de la cosa (art. 21.1.2 i 40 Llei concursal) o que pugui fer-ho el cònjuge del concursat.

En el marc de la comunitat especial que aquí es defensa que comporta el pacte de supervivència (comunitat romana o per quotes amb règim particular d'acord amb l'art. 44.2 CF), la divisibilitat de què parla l'article 78.3 de la Llei concursal adquireix sentit: implica negar una de les notes que caracteritzen el seu

85. Sobre l'expressió genèrica «es considerà» com a indicativa d'una presumpció *iuris tantum*, vegeu Lluís PUIG FERRIOL, comentari a l'article 40 del Codi de família, a Joan EGEA I FERNÁNDEZ i Josep FERRER I RIBA, *Comentaris al Codi de família*, p. 227.

86. Només tindria sentit en cas d'estipulació d'un pacte d'indivisió i que la declaració de concurs recaigués mentre dura el període pactat (art. 400.2 CC i 552-11.2 Projecte de llibre cinquè del Codi civil de Catalunya).

règim jurídic (art. 44.2c): «Cal mantenir necessàriament la indivisió dels béns.» Per tant, de la «indivisibilitat» imposada pel règim de supervivència, hom fa trànsit a la «divisibilitat» del bé per raó del concurs.

Sembla que en la *mens legislatoris* la consideració del bé com a divisible obeeix a la necessitat de fer viable la integració de la quota del concursat en la massa activa del concurs. Per això estableix, primer, la divisibilitat del bé, i, després, la integració de la quota en la massa. D'aquesta manera es dona aplicació, en aquest particular, al principi de responsabilitat patrimonial universal, que en la Llei concursal es recull en l'article 76. D'acord amb el principi d'universalitat, «constitueixen la massa activa del concurs els béns i drets integrats en el patrimoni del deutor a la data de la declaració dels concurs i els que es reintegrin al mateix o adquireixi fins a la conclusió del procediment». Succeeix, però, que no s'acaba d'entendre la concatenació que el precepte estableix entre ambdues declaracions (la de divisibilitat i la d'integració), atès que, al nostre entendre, són independents: la divisibilitat no pressuposa ni comporta la integració, i a l'inrevés. Així, la integració de la quota del concursat en la massa del concurs obeeix, certament, al que es disposa en l'article 76, i hauria de regir en tot cas, al marge de la divisibilitat o indivisibilitat del bé. En aquest sentit, l'article 47 del Codi de família permet l'embargament de la quota, vigent la comunitat especial presidida pel principi d'indivisió (art. 44.2c CF).

L'Administració concursal haurà d'avaluar la meitat corresponent al concursat d'acord amb el seu valor de mercat, a l'efecte d'incloure-la en l'inventari dels béns i drets que integren la massa activa (art. 82.1 i 3). En aquest punt del procediment, la quota indivisa del concursat esdevé una quota comptable.

4.2.3. *El dret del cònjuge a fer seva la totalitat del bé*

El paràgraf segon de l'article 78.3 de la Llei concursal ofereix al cònjuge del concursat la possibilitat d'adquirir la titularitat exclusiva del bé satisfent a la massa la meitat del seu valor.⁸⁷ Davant l'expectativa d'adquisició gratuïta però aleatòria que amaga tot pacte de supervivència, la Llei ofereix l'opció d'adquirir a títol oneros i de manera certa la quota del concursat.

87. El precepte pressuposa, no se sap per què, que els béns adquirits amb pacte de supervivència són més d'un. Així, el recurs a la forma plural és comú al paràgraf primer i al paràgraf segon («els béns adquirits per ambdós cònjuges [...]»; «[e]l cònjuge del concursat tindrà dret a adquirir la totalitat de cadascun dels béns [...]).

Una primera lectura de la norma ens fa pensar que si cadascun dels cònjuges té una quota, igual per a ambdós, corresponent a la meitat de la cosa, la meitat del valor del bé de què parla aquest segon paràgraf equival al preu de la quota del concursat.⁸⁸ Per tant, el que s'ofereix al cònjuge del concursat és la possibilitat d'esdevenir titular exclusiu de la cosa mitjançant l'adquisició de la quota del cotitular.⁸⁹ No hi ha dubte que si el cònjuge fa ús d'aquesta facultat, el títol adquisitiu d'aquesta meitat indivisa serà oneros, atès que la farà seva pagant el seu preu. La comunitat s'extingirà per mitjà de la reunió de la titularitat del bé en un dels comuners (art. 552-10*d* Projecte de llibre cinquè del Codi civil de Catalunya), i la quota adquirida quedarà exclosa de la massa activa del concurs, a mode de dret especial de separació (arg. *ex* art. 80 Llei concursal).⁹⁰

88. Pel que fa a la intervenció del cònjuge del concursat en el procediment del concurs, les referències que es poden trobar en la Llei són disperses i mancades de sistemàtica. Cal fer esment de l'article 6, relatiu a la sol·licitud de concurs feta pel mateix deutor, que estableix que si el deutor és una persona casada, cal que s'indiqui la identitat del seu cònjuge i el règim econòmic del matrimoni. Per al cas de concurs necessari, serà la resolució declarativa del concurs la que inclourà un requeriment al deutor a l'efecte que faciliti aquelles dades (art. 21.1.3). En la vista prevista en l'article 19, que s'ha de celebrar abans de resoldre sobre l'admissió de la sol·licitud del concurs, no es preveu la intervenció del cònjuge, tot i que, creiem, és una de les persones «amb interès legítim» que podria impugnar la resolució declarativa del concurs (art. 20.3). El cònjuge del concursat, però, no és cap dels subjectes als qui la Llei ordena comunicar la declaració del concurs de manera individualitzada (art. 21.4 i 5). En matèria d'aliments, la reclamació eventual del cònjuge a l'efecte que aquells li siguin satisfets a càrrec de la massa activa, caldrà dirigir-la al jutge del concurs en els termes previstos en els articles 47.3 i 84.4. L'article 77.2, per al cas d'un matrimoni sotmès al règim econòmic de *gananciales*, atorga al cònjuge casat la facultat de sol·licitar la dissolució de la societat quan els béns comuns hagin de respondre dels deutes del concursat; aquesta responsabilitat, cal que consti en la llista de creditors (art. 86.3 i 94.2.2). En aquest mateix supòsit i per al cas que l'habitatge sigui un bé *ganancial*, el dit cònjuge tindrà dret que l'immoble s'inclouï preferentment en el seu haver (art. 78.4). Com a persona que pot arribar a personar-se en el procediment, caldrà que al cònjuge li sigui notificada la resolució d'obertura i convocatòria de la junta de creditors (art. 111.3). Per al cas que el cònjuge sigui, alhora, creditor del concursat, vegeu la nota 75 *in fine* d'aquest treball.

89. En el mateix sentit, vegeu Francisco MERCADAL VIDAL, «Comentario al artículo 78», p. 406.

90. L'article 80 de la Llei concursal estableix: «1. Els béns de propietat aliena que es trobin en poder del concursat i sobre els quals aquest no tingui dret d'ús, garantia o retenció, seran lliurats per l'administració concursal als seus titulars legítims, a sol·licitud d'aquests [...]» El supòsit previst en l'article 81, que és el d'impossibilitat de la separació per disposició prèvia del bé a favor d'un tercer a qui no es pugui reivindicar la cosa, no té cabuda en el cas que comentem, atès que abans de la declaració del concurs cap dels cònjuges podia transmetre el seu dret a tercers (art. 44.2 *b* CF).

Entenen que el supòsit previst en el segon paràgraf de l'article 78.3 de la Llei concursal configura un dret especial de separació Emilio M. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones», p. 166, i Edorta HERRERA CUEVAS, *Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal*, p. 390. En general, sobre la delimitació de la massa activa, vegeu Faustino CORDÓN MORENO, «Los aspectos procesales del

Des d'aquesta perspectiva, doncs, la facultat reconeguda al cònjuge del concursat apareix com un *dret d'adquisició preferent* d'origen legal. Les seves condicions d'exercici apareixen, però, lleugerament difoses. El precepte s'ubica en el camp de la determinació de la massa activa; sembla, per tant, que en aquest punt del procediment es desconeix l'ús o la destinació que pertocarà donar al bé; dit d'una altra manera, no se sap si el concurs podrà resoldre's a l'empara d'un conveni (art. 98 i següents) o bé caldrà obrir la fase de liquidació (art. 142 i seg.). En qualsevol cas, com que no sembla que l'alienació de la cosa sigui imminent (òbviament, no s'ha realitzat, però ni tan sols sembla projectada), el tipus de dret concebut per al cònjuge s'acosta al d'*opció*; així, el cònjuge del concursat pot obligar l'Administració concursal a transmetre-li la meitat corresponent al deutor. Pel que fa a les condicions d'exercici del dret, el mateix article 78.3, segon paràgraf, deixa clar quin és el seu preu o la seva contraprestació («la meitat del seu valor»), però no diu res en relació amb el termini. Les opcions, extremes, podrien ser: o bé limitar temporalment el dret d'adquisició a la fase de determinació de la massa activa, de manera que, una vegada elaborat l'inventari (art. 82), decauria la facultat de fer seva la totalitat de la cosa, o bé, a manca d'una norma en sentit contrari, entendre subsistent l'opció mentre subsisteixi la mateixa situació de fet que descriu la norma, o, dit d'una altra manera, mentre no s'adjudiqui o es liquidi la quota. Al nostre entendre, no hi ha cap inconvenient a admetre aquesta darrera possibilitat, atès que no perjudica en absolut la massa activa del concurs. Succediria, però, que en l'inventari *ex* article 82 caldria fer constar, en relació amb la quota de titularitat corresponent al concursat, l'existència d'un dret d'adquisició preferent a favor del cònjuge.

En aquest estadi d'indivisió de la cosa, més enllà d'aquest dret d'adquisició del cònjuge, regeix la disciplina general aplicable a les situacions de comunitat. És per això que es creu que, si per raó del compliment del conveni (art. 100 Llei concursal) o de l'obertura de la fase de liquidació (art. 149.3a Llei concursal) es disposa l'alienació de la cosa (en aquest cas, de la quota del concursat), serà reconegut al cònjuge un dret de tempteig i, si escau, de retracte (arg. *ex* art. 1522 CC i 51 CS).⁹¹

concurso», a R. GARCÍA VILLAVARDE, A. ALONSO UREBA i J. PULGAR EZQUERRA, *Derecho concursal: Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Procesal*, Madrid, Dilex, 2003, p. 583.

91. Per la seva banda, l'article 552-5 del Projecte de llibre cinquè del futur Codi civil de Catalunya estableix: «1. L'alienació del dret a títol oneros a favor d'una tercera persona estranya a la comunitat atorga als altres comuners el dret de tanteig per adquirir-la pel mateix preu o valor i en les condicions convingudes amb l'adquirent. 2. El tanteig es pot exercitar en el termini d'un mes comptat des de la notificació de la decisió d'alienar el dret i de les circumstàncies de la transmissió

La generalitat dels termes amb què s'expressa l'article 78.3 LC permet plantejar-se si el que s'hi diu també és aplicable al supòsit d'exercici de l'acció de divisió promoguda per l'Administració concursal. Així, si es tracta d'una cosa indivisible (arg. *ex art.* 404 i 1062 CC)⁹² o àdhuc d'un bé divisible (l'art. 78.3 no ho distingeix), el cònjuge tindria preferència per a fer seva la totalitat de la cosa. Més dubtós és si succeiria el mateix quan, per mitjà de l'adjudicació de la quota del concursat a un tercer (per exemple, a conseqüència de la liquidació del concurs), la comunitat s'establís entre aquest darrer i el cònjuge del concursat, i, per iniciativa de l'un o l'altre, se sol·licités la divisió de la cosa. Segons el nostre parer, en aquest supòsit el cònjuge del concursat no pot fer ús de la facultat reconeguda en l'article 78.2 i imposar al comuner el dret a quedar-se la integritat de la cosa.⁹³ En aquest sentit i des d'un punt de vista estrictament literal, és evident que en el cas que es planteja ja no hi ha «la massa» de què parla el segon paràgraf de l'article 78.3, a la qual caldria satisfer la meitat del valor de la cosa. El dret preferent del cònjuge s'hauria extingit per manca d'exercici.

El segon paràgraf de l'article 78.3 estableix, a més, els paràmetres que cal tenir en compte a l'hora de valorar el bé adquirit amb pacte de supervivència: com s'ha dit, l'adquisició de la seva titularitat exclusiva pel cònjuge del concursat se supedita al fet que aquest satisfaci a la massa la meitat del dit valor. I, en aquest punt, el precepte distingeix segons el tipus de bé de què es tracti: si es tracta de l'habitatge habitual del matrimoni, el valor serà el preu d'adquisició actualitzat d'acord amb l'índex de preus al consum específic,⁹⁴ sense que pugui superar, en cap cas, el del seu valor de mercat. En la resta de supòsits, el valor serà el que fixin de comú acord el cònjuge i l'Administració concursal, o, subsidià-

o cessió. Si no hi ha notificació o es fa per preu o valor o circumstàncies diferents a les que hi consten, el tanteig comporta el retracte, que es pot exercitar en el termini de seixanta dies comptat des de la data de la inscripció registral o des del coneixement de l'alienació i de les seves circumstàncies. Si la comunitat recau sobre un immoble la notificació ha de ser notarial [...]»

Admet que els drets reals d'adquisició preferent concedits per al cas de venda de la cosa puguin exercitar-se en els supòsits de *venda o execució forçosa*, Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil III: Derecho de bienes*, Barcelona, Bosch, 2002, p. 808.

92. Vegeu també l'article 552-12-5 del Projecte de llibre cinquè del futur Codi civil de Catalunya.

93. En relació amb el que s'indica en el text, interessa afegir que dels articles 404 i 1062 del Codi civil es desprèn que l'adjudicació del bé indivisible a un dels comuners no pot dur-se a terme a desgrat de la resta.

94. La doctrina posa de manifest la inexistència d'un índex de preus al consum específic en matèria d'habitatge. Vegeu, per exemple, Sebastià SASTRE PAPIOL, «Composició de la masa», p. 424. Aquest autor proposa que s'agafin com a índex indicatiu les dades publicades per societats de taxació de prestigi reconegut o els criteris previstos per a la valoració de la resta de béns.

riament, el que com a valor de mercat determini el jutge, un cop escoltades les parts i amb l'informe previ d'un expert quan s'estimi convenient. Es parteix, per tant, del valor actualitzat o real de la cosa, per bé que sempre prevaldrà el que determinin de mutu acord les parts interessades.⁹⁵

L'exercici del dret que s'analitza pot plantejar certa complexitat en els supòsits de concurs d'ambdós cònjuges, concursos que serien acumulables d'acord amb allò previst en l'article 25.3 de la Llei concursal. Què succeiria en el cas de voluntat concurrent d'adquirir íntegrament la cosa? És cert que l'article 78.3 LC no diu literalment que només és beneficiari del dret el cònjuge que no es troba també, ell mateix, en una situació de concurs; no obstant això, es fa impossible pensar que no hagi de ser així. Al marge que ambdós cònjuges, per raó del concurs, podrien veure les seves facultats dispositives suspeses o sotmeses a fiscalització (art. 40.1 i 2 LC, segons si es tracta de concurs voluntari o de concurs necessari); en aquest cas, el principal motiu de la manca d'operativitat del dit precepte obehirà a l'estat d'insolvència, actual o imminent, dels seus patrimonis, estat que farà econòmicament inviable l'adquisició de la quota del cònjuge. En qualsevol cas, si s'admetés⁹⁶ l'adquisició de la totalitat del bé per un d'ells, és cert que serviria a l'efecte de sostreure aquest bé de la massa del concurs del seu cònjuge, però amb l'ineludible contrapartida que es veuria inclòs en la massa del propi concurs (art. 76.1 Llei concursal).

En darrer terme, intuïm que el dret d'adquisició atorgat al cònjuge del concursat no obeeix a un intent del legislador de compensar la declaració de divisibilitat del bé, sinó a la major funcionalitat que per a l'Administració concursal i per al mateix concurs pot arribar a representar el valor liquidat de la quota del concursat, que no pas la dita quota en un règim de condomini.

95. Creiem que no hi ha cap inconvenient a admetre la possibilitat de fixació convencional del valor de l'habitatge habitual, no obstant la remissió que fa l'article a un índex de preus específic. Aquest pacte serà vàlid sempre que el valor atribuït a l'immoble no superi el valor de mercat; límit que, sembla, s'estableix en el precepte amb caràcter imperatiu. El cert és, però, que es fa impensable que l'Administració concursal accedeixi a fixar un valor inferior al determinat per aquell paràmetre.

D'altra banda, el criteri del valor real apareix de manera explícita en l'article 6 LC, relatiu a la sol·licitud de concurs plantejada pel mateix deutor (art. 6.2.3: «A la sol·licitud s'acompanyaran els documents següents: [...] Un inventari de béns i drets, amb expressió de la seva naturalesa, lloc on es trobin, dades d'identificació registral, si escau, valor d'adquisició, correccions valoratives que escaiguin i estimació del valor real actual [...]»), i en l'article 82, que tracta de la formació de l'inventari per l'Administració concursal (art. 82.3: «La valoració de cadascun dels béns i drets es realitzarà d'acord amb el seu valor de mercat [...]»).

96. Per exemple, perquè l'Administració concursal considera més operativa la concentració de la titularitat exclusiva del bé en un dels cònjuges, que no pas el manteniment de l'estat d'indivisió.

5. LES ADQUISICIONS AMB PACTE DE SUPERVIVÈNCIA I ELS CRÈDITORS EN EL DRET CIVIL CATALÀ. L'APLICACIÓ DE L'ARTICLE 78.3 DE LA LLEI CONCURSAL A CATALUNYA

Tradicionalment, la possible agressió de les adquisicions amb pacte de supervivència pels creditors dels cònjuges ha estat analitzada a l'empara de tres situacions; així, teòricament, aquells poden tenir interès a atacar l'adquisició perquè, mentre eren creditors d'un dels cònjuges, va ser aquest el que va pagar íntegrament el preu. Aquesta situació, que pren com a referència el mateix moment de la celebració del negoci, ens acosta cap a la qüestió més complexa de les presumpcions de donació (cfr. art. 78.1 Llei concursal, 1442 CC i 12 CF).

En segon lloc, s'ha valorat el possible exercici de l'acció pauliana per raó del negoci jurídic entre cònjuges que amaga el pacte de supervivència. Dit d'una altra manera, l'atac dels creditors podria obeir a l'eventual naturalesa fraudulenta del pacte en virtut del qual el cònjuge supervivent adquireix automàticament la quota del cònjuge premort en un intent de sostreure-la de l'agressió dels creditors del primer.⁹⁷

Es planteja, per acabar, en quina mesura és possible l'agressió de la quota de cadascun dels cònjuges pels seus respectius creditors i quines són les conseqüències que de tot plegat es deriven per al pacte de supervivència. Quan la dita agressió obeeix a un procediment concursal, són sabuts els termes en què resol la qüestió l'article 78.3 de la Llei concursal: els béns es consideren divisibles i la quota del concursat s'integra en la massa activa del concurs. Succeeix, però, que en el Codi de família els efectes de les insolvències declarades respecte de les adquisicions amb pacte de supervivència no es regulen de manera explícita, per bé que de la seva disciplina hom pot donar resposta al supòsit.

5.1. L'EXTINCIÓ DEL PACTE PER MITJÀ DE L'EXECUCIÓ FORÇOSA DEL BÉ (ART. 46.1D DE LA LLEI CONCURSAL)

El legislador català no va prestar cap atenció especial a la qüestió que es planteja fins a la Llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges, que va preveure l'embargament fet efectiu sobre la quota del cònjuge i la consegüent adjudicació a un tercer com a causa o motiu d'ineficàcia del pacte de supervivència (art. 25.1.4).

97. És en aquest sentit que es parla dels drets dels creditors davant de les adquisicions amb pacte de supervivència a Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «La compraventa por mitades», p. 320, i «El pacto de sobrevivencia», p. 335.

Aquesta ineficàcia es concretava en l'establiment, llevat que hi hagués un pacte en sentit contrari, d'una proindivisió ordinària entre el cònjuge de l'executat i el tercer adquirent (art. 25.2). Aquesta mateixa regulació va passar essencialment al Codi de família, per bé que, en comptes d'«ineficàcia», es va qualificar aquella adjudicació com a causa o motiu d'«extinció» del pacte (art. 46.1d i 3), i es va esmerçar un precepte, l'article 47, a assenyalar que «1. *El creditor d'un dels cònjuges per deutes propis o per deutes familiars pot demanar l'embarcament sobre la meitat que el deutor té sobre els béns comprats amb pacte de supervivència.* 2. *L'embarcament s'ha de notificar al cònjuge que no sigui part en el litigi.*»^{98, 99} En els preceptes ressenyats no es distingeix si l'atac obeeix a un procediment d'execució universal o a un procediment d'execució singular.

98. Aquesta necessitat de notificar al cònjuge de l'embarcat la pràctica de la trava apareixia també en l'article 25.4 de la Llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges.

99. S'ha assenyalat que l'opció del legislador català és respectuosa amb el principi de responsabilitat patrimonial universal (vegeu Juana MARCO MOLINA, comentaris als articles 44-47, p. 277). Segons el nostre parer, el dit principi ja es respecta quan es permet l'embarcament de la meitat indivisa del deutor. El que succeeix és que l'article 46 va molt més enllà del que exigeix l'article 1911 del Codi civil: en primer lloc, no sols garanteix que el patrimoni del deutor respongui dels seus deutes, sinó que jurídicament modifica el dit patrimoni i en millora les circumstàncies amb vista als creditors, atès que es disposa l'extinció de la condició resolutòria que gravava la meitat indivisa de l'executat; en segon lloc, s'expropia gratuïtament al cònjuge la seva expectativa d'adquisició de la dita meitat, de manera que el deute li és aliè.

Interessa afegir, sobretot per al cas de les execucions per crèdits posteriors a l'adquisició de béns immobles amb pacte de supervivència, que molt probablement el pacte constarà en el Registre de la Propietat i que, en conseqüència, els creditors hauran pogut conèixer les condicions i les circumstàncies que envolten el patrimoni del deutor i, per tant, de quina manera queden garantits patrimonialment els seus crèdits. No s'acaba d'entendre per què, no obstant això, cal afavorir la seva situació fent com si el dit pacte no s'hagués celebrat. Des d'aquesta perspectiva, es discriminen positivament els creditors del copropietari d'un immoble adquirit amb pacte de supervivència respecte dels creditors de qualsevol altre propietari amb la titularitat sotmesa a una condició resolutòria.

Sobre els efectes de les condicions suspensives i resolutòries registrades, vegeu Ramón M. ROCA SASTRE i Luís ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, tom III, Barcelona, Bosch, 1998, p. 371-376.

D'altra banda, de l'article 210 del Codi de successions es dedueix un règim diferent a l'establert en l'article 46 del Codi de família en relació amb les titularitats resolubles; així, s'hi estableix que: «[l]'execució forçosa per deutes propis del fiduciari solament és procedent contra el seu dret de llegítima i trebel·liànica i contra els fruits i les rendes del fideïcomís que li corresponen, llevat que en la substitució fideïcomissària condicional el creditor prefereixi que s'alienin els béns amb subjecció al que disposa el paràgraf segon de l'article 217.» I el dit precepte disposa que «[e]n les substitucions fideïcomissàries condicionals, en cas de no haver imposat el fideïcomitent una especial prohibició de disposar, el fiduciari pot realitzar vàlidament actes dispositius o de gravamen de tals béns, però llur eficàcia resta supeditada a la possible efectivitat de la dita substitució, encara que en ésser atorgats aquells actes hom hagi silenciado el gravamen.»

La previsió legal expressa de l'extinció del pacte de supervivència per a l'adjudicació de la quota indivisa del cònjuge executat i l'establiment, entre el tercer i el cònjuge no deutor, d'una proindivisió ordinària, van posar fi a un ençès debat doctrinal i jurisprudencial endegat temps enrere i relatiu a la sort que corria el pacte de supervivència en aquests supòsits. En aquest sentit, els articles ressenyats van deixar clar que:¹⁰⁰ mentre el pacte és vigent, les quotes dels cònjuges són embargables, ja sigui per deutes propis o per deutes familiars; mentre el pacte és vigent, per a procedir a l'embargament de la quota indivisa del deutor no cal establir processalment un litisconsorci passiu necessari, sinó que és suficient la notificació al cònjuge no deutor; i, finalment, l'adjudicació de la meitat indivisa del cònjuge deutor a un tercer adquirent determina l'extinció del pacte i l'establiment sobre el bé d'una proindivisió ordinària entre el dit tercer i el cònjuge no deutor. Més enllà d'aquest efecte (que, com és sabut, s'estableix de manera expressa en l'art. 46.2), l'extinció del pacte implica l'extinció de l'expectativa que tenia el cònjuge no deutor d'adquirir, en cas de supervivència, la meitat indivisa del seu consort, la qual ara és titularitat d'un tercer.

Val a dir que abans que fossin vigents les disposicions ressenyades, la doctrina i la jurisprudència no sempre s'havien manifestat en el sentit recollit després en la Llei. Mereix una menció especial la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de 14 de juny de 1990, que, després de relacionar les possibles maneres de concebre els efectes que produeix l'execució del bé sobre l'expectativa del cònjuge no deutor, es manifesta partidària d'entendre que s'ha constituït sobre la cosa una cotitularitat especial i defensa el manteniment del pacte.¹⁰¹ La

100. En aquest punt, seguim Juana MARCO MOLINA, comentaris als articles 44-47, p. 276 i 277.

101. El Tribunal, després de posar de manifest la manca de regulació en el dret civil català de les conseqüències del pacte de supervivència respecte dels creditors dels cònjuges (FJ 3r, principi), exposa les alternatives possibles: «[...] Una primera admite el embargo de la mitad indivisa y su plena realización en vía de apremio, de modo que al ser adjudicada a un tercero se produce una transformación de la situación existente, de comunidad germánica o *sui generis* de indivisibilidad, en comunidad romana con extinción del pacto de sobrevivencia y posibilidad para el adjudicatario de ejercitar la *actio communi dividundo*. Este criterio no parece sostenible, habida cuenta que conduce a la inestabilidad y práctica desprotección jurídica de la institución, tanto más si no se valora la eventual actitud fraudulenta del cónyuge deutor, dirigida teleológicamente, aunque de forma indirecta, a obtener la inefectividad del pacto. Una segunda solución sería *a prima facie* igual a la anterior, pero con un importante correctivo: privación de la *actio communi dividundo*. Equivaldría a crear una comunidad ordinaria temporal entre el tercero adjudicatario y el cónyuge no deutor sujeta en su duración a un plazo incierto —muerte de alguno de los cónyuges— y producido este evento actuaría en toda su plenitud el efecto expansivo del pacto. El embargo comprendería la titularidad de la mitad indivisa sujeta a condición resolutoria y también podría comprender el derecho expectante sobre la otra mitad sujeto a condición suspensiva. A favor de esta solución cabría aducir que la posición o situación jurídica —conjunto de derechos y facultades— objeto de embargo tendría un valor económico

particularitat del condomini s'explicaria pel fet que el tercer, ara cotitular del bé, no podria sol·licitar la divisió de la cosa. D'altra banda, la mort del deutor determinaria la resolució del dret del tercer adquirent i l'adquisició de la totalitat per part del supervivent; en cas contrari, la premoriència del cònjuge no deutor

apreciable, sin incidir para nada en el efecto sucesorio del pacto, y en contra se piensa que el pacto presupone que durante la vigencia del mismo ningún tercero puede ostentar derecho alguno (inmediato) sobre la cosa comprada; en definitiva, que es reluctante a la introducción del tercero en la comunidad. Una tercera solución circunscribe el embargo a los derechos que el deudor pueda tener —mitad indivisa y derecho expectante— pero sin otra posibilidad que su cabal efectividad en el momento en que aquél sea el sobreviviente, produciéndose por lo tanto la muerte de su esposa. Por último hay quienes entienden [...] que el objeto comprado con pacto de sobrevivencia queda a salvo de la acción de los acreedores particulares de uno de los cónyuges [...].» I conclou: «[...] De las diversas opciones expuestas a grandes rasgos, pues siempre cabría añadir matices, parece la más acertada al caso de autos (en el que la compra con pacto de sobrevivencia se hizo constar en el Registro de la Propiedad y tuvo lugar varios años antes de concertarse el crédito determinante de la ejecución correspondiente a deuda privativa del esposo), la que admite el embargo de la mitad indivisa perteneciente al cónyuge ejecutado y su derecho expectante a la otra mitad, de tal modo que el adjudicatario adquiere la titularidad de ambos, pero sin que pueda ejercitar la división de la comunidad, y producido el evento de la muerte 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 de 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 deudas ajenas, y cuando menos dificultar notoriamente la operatividad en su día de los derechos sobre la cosa. Empero esa posición jurídica no es obstáculo a la introducción del tercero en la comunidad pues son compatibles los respectivos derechos de disfrute, utilización y administración, en el ámbito de una propiedad plúrima total, sin que a ello se opongan los preceptos contenidos en las normas primera y segunda del artículo 62 de la Compilación, pues el contenido básico del pacto radica en garantizar que al fallecer uno cualquiera de los dos cónyuges compradores el sobreviviente de ellos hará suya la totalidad de lo comprado; y abundan en la solución que se mantiene evidentes razones de índole práctica que repudian que la institución pueda servir de escudo protector de la economía de un cónyuge en perjuicio de sus legítimos acreedores [...]» (FJ 3r).

Comenten aquesta sentència Maria YSÁS SOLANES, «La compraventa con pacto»; Lluís PUIG FERRIOL, «La jurisprudència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i la complementació del dret civil català», a ÀREA DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *L'exercici de les competències sobre Dret Civil de Catalunya (Materials de les Onzenes Jornades de Dret Civil Català a Tossa)*, València, Universitat de Girona i Tirant lo Blanc, 2002, p. 72 i 73. La posició mantinguda en la sentència, partidària del manteniment del pacte més enllà de l'adjudicació del bé a un tercer, ja havia estat propugnada per la RDGRN de 24 d'abril de 1918 (*Anuari*, p. 163).

També són anteriors a la STSJC de 14 de juny de 1990 la RDGRN de 29 de desembre de 1977 (*Anuari*, p. 48) i la STS de 23 de febrer de 1971 (RJ, p. 1345). Aquesta última es pronuncia només en relació amb la necessitat de constituir processalment un litisconsorci passiu necessari i manifesta que la demanda ha de dirigir-se contra ambdós cònjuges (comenta aquesta resolució Xavier

faria que l'adquirent esdevingués titular únic de la integritat del bé. La Sentència admet i pressuposa, per tant, la possible transmissió de les posicions jurídiques resultants de l'adquisició amb pacte de supervivència; diríem que s'hi defensa la pervivència del pacte *malgrat i després* de l'adquisició del tercer.

Tot i que, *de lege lata* són indubtables la conversió de la comunitat especial en comunitat romana ordinària i l'extinció dels drets expectants que genera el pacte (l'art. 46.1 CF és contundent: «El pacte de supervivència s'extingeix per [...]»), el cert és que l'opció legal no deixa de plantejar certs interrogants, i, fonamentalment, un de política legislativa: per què se sacrifiquen els drets del cònjuge no deutor a favor dels creditors? Que això és així és evident: la desaparició del règim de supervivència determina que la quota indivisa del deutor s'allibera de la condició resolutòria de la seva premoriència, cosa que afavoreix l'aparició de tercers interessats en l'adquisició de la seva quota i, en la mateixa mesura, facilita al creditor el cobrament del seu crèdit. En aquest sentit, l'establiment *ex lege* d'un condomini ordinari entre el cònjuge no deutor i el futur adquirent no ha de desincentivar el tercer que hi estigui interessat, ja que si la situació no li és còmoda o profitosa sempre pot recórrer a la divisió del bé comú i a la conversió de la seva cotitularitat en un domini exclusiu.

La doctrina s'ha fet ressò dels dubtes i els perills que pot comportar la tria feta pel legislador; per exemple, de la possibilitat d'un acord fraudulent entre un tercer i un dels cònjuges a l'efecte d'extingir el pacte per la via d'un embargament per un deute fictici.¹⁰²

Amb tot, sembla que la voluntat del legislador és clara i que les alternatives de regulació només poden fer-se a títol de propostes *de lege ferenda*. Ni tan sols sembla que la Llei, en permetre el pacte contrari a l'establiment d'una proindivisió ordinària entre l'adjudicari i el cònjuge no deutor (art. 46.3 CF: «[...] llevat que s'estipuli altrament [...]»), pensi en la possibilitat de deixar subsistents, en el supòsit previst en l'article 46.1*d*, els efectes del pacte de supervivència respecte del cònjuge no deutor, o, dit d'una altra manera, el manteniment de la seva expectativa. Per contra, sembla que en el dit precepte la possibilitat d'acord fa referència, no tant a l'efecte extintiu dels supòsits que es relacionen en l'article 46, sinó a la manera d'organitzar la nova titularitat o cotitularitat sobre l'objecte;

O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La compraventa»). Per la seva banda, la RDGRN de 29 de desembre de 1977 es declara a favor de l'embargabilitat de la meitat indivisa dels béns dels cònjuges i de l'extinció del pacte en cas d'adjudicació de la cosa a un tercer (vegeu-ne el comentari a Tirso CARRETERO GARCÍA, «Comentario a la R.D.G.R.N.», i a Pedro J. AMENGUAL PONS, «Las compras con pacto»).

102. Aquest perill, ja l'anticipava Tirso CARRETERO GARCÍA, «Comentario a la R.D.G.R.N.», p. 818 *in fine*. S'hi fa referència també en la STSJC de 14 de juny de 1990. I en parla Juana MARCO MOLINA, comentaris als articles 44-47, p. 277.

per exemple, establint una comunitat germànica, adjudicant la totalitat del bé a un o rescabulant a l'altre el valor de la seva part.

Si bé ens sembla qüestionable, en els termes que han estat exposats, el sacrifici de les expectatives del cònjuge del deutor en benefici dels creditors, també genera dubtes que l'adjudicació de la meitat indivisa del deutor a un tercer comporti l'extinció de les expectatives que l'executat tenia sobre la quota del seu cònjuge (expectatives concretades, d'altra banda, a mode de condició suspensiva sobre la dita quota). Si, com defensa la doctrina majoritària, l'àmbit subjectiu d'aplicació del pacte de supervivència es redueix als cònjuges, aquella mesura s'ha de propugnar com a forçosa. D'altra manera, hi hauria el risc que, per via de la transmissió a tercers, el contingut del règim es fes extensiu a supòsits no previstos en l'article 44 del Codi de família; o, dit d'una altra manera, que de les posicions jurídiques resultants del negoci esdevinguessin titulars d'aquest persones que no són cònjuges. Nogensmenys, si es defensa com a possible l'establiment del règim entre persones no casades, l'argument trontolla i no escau l'oportunitat de justificar l'extinció de les expectatives del cònjuge executat sobre la quota de l'altre.

5.2. L'APLICACIÓ A CATALUNYA DE L'ARTICLE 78.3 DE LA LLEI CONCURSAL

Les adquisicions amb pacte de supervivència fetes per cònjuges sotmesos al dret civil català (art. 16.3 CC) queden sotmeses, en el cas de declaració de concurs d'algun dels cònjuges, a l'article 78.3 de la Llei concursal?

Una qüestió prèvia és la relativa al títol competencial que legitima la regulació de les adquisicions amb pacte de supervivència en una llei estatal en matèria concursal. Si es tracta d'una adquisició realitzada per cònjuges sotmesos al dret estatal (en concret, al règim econòmic matrimonial de separació de béns previst en els art. 1435-1444 CC), l'aplicació de la norma és indubtable.¹⁰³ La qüestió sembla més discutible quan es tracta d'adquisicions sotmeses als articles 44 i següents del Codi de família.

La disposició final trenta-dosena de la Llei concursal assenyala que la Llei es dicta a l'empara de la competència que correspon a l'Estat d'acord amb l'article 148.1.6 i 8 de la Constitució espanyola (CE), i afegeix, en relació amb la

103. Parlen de les adquisicions amb pacte de supervivència en el marc del règim econòmic matrimonial de separació de béns previst en el Codi civil, Ángel Luis REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código civil)*, Madrid, Montecorvo, 1983, p. 51, i Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL, *Instituciones de derecho privado*, tom IV, *Familia*, vol. 1, Madrid, Civitas, 2001, p. 266.

competència processal, que es dicta «[...] sens perjudici de les necessàries especialitats que en aquest ordre es derivin de les particularitats de dret substantiu de les comunitats autònomes [...]». L'article 148.1.6 CE atribueix a l'Estat competència exclusiva sobre la legislació mercantil, penal i penitenciària, i processal, amb la limitació del respecte de les particularitats dels territoris amb dret propi. A més d'això, el contingut de l'article 149.1.8 CE és prou conegut per tots: es reconeix a l'Estat competència legislativa en matèria civil «[...] sens perjudici de la conservació, modificació i desenvolupament dels drets civils, forals o especials per part de les Comunitats Autònomes allà on n'hi hagi [...]».^{104, 105}

La naturalesa civil de les adquisicions amb pacte de supervivència fetes pels cònjuges és indubtable. L'afirmació, aparentment supèrflua per la seva mateixa evidència, adquireix rellevància en la mesura que determina el tipus o la categoria de la norma que pot regular la institució i, per extensió, limita l'àmbit dels qui la poden dictar, que es reduirà als qui tinguin atribuïdes competències legislatives. Així, a l'empara dels articles 148.1.8 de la Constitució espanyola i 9.2 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, és el Parlament de Catalunya, com a institució de dret propi, qui té competència exclusiva per a legislar en matèria d'adquisicions amb pacte de supervivència, sens perjudici de la regulació eventual estatal d'aquesta o d'una institució semblant. Atès tot això, no sembla agosarat assenyalar que la regulació que es fixi en la llei estatal relativa a una institució pròpia és aliena a l'ordenament territorial.¹⁰⁶

Dit això anterior, pertoca afegir que la regulació que es fa en l'article 78 de la Llei concursal sobre les adquisicions amb pacte de supervivència, mereix un comentari força diferent segons quin sigui el paràgraf que s'analitzi. Pel que fa

104. El grup parlamentari de Convergència i Unió va presentar una esmena d'addició al Projecte de llei concursal a l'efecte d'afegir-hi una nova disposició addicional amb el contingut següent: «Lo dispuesto en la presente Ley será aplicable sin perjuicio del carácter preferente de la legislación que, en desarrollo de su Derecho civil propio, puedan dictar en este ámbito las Comunidades Autónomas con competencias en materia de conservación y modificación de su Derecho civil, especial o foral». Vegeu l'esmena número 579 al *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congrés dels Diputats, VII legislatura, sèrie A, de 2 de desembre de 2002, núm. 101-15, p. 314.

105. Pel que fa als possibles conflictes en matèria de competència legislativa que es poden derivar de la nova llei concursal, la veritat és que la doctrina ha dit poca cosa. Només anticipa problemes de «convivència» en relació amb la preferència i la prelación que la legislació dels territoris amb dret propi podria atorgar a determinats crèdits en funció de les particularitats del dret material, Miguel Àngel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Derecho concursal práctico: Comentarios a la nueva ley concursal*, Madrid, Iurgium, 2003, p. 1045 i 1046.

106. Sobre els termes en què es planteja la qüestió a l'empara de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, Primera llei del Codi civil de Catalunya, vegeu Ferran BADOSA COLL, «La situació del dret civil català», a Ferran BADOSA COLL, *Manual de dret civil català*, Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 61 i seg.

al primer, recordem que estableix que els béns adquirits amb el pacte es consideren divisibles en el concurs de qualsevol dels cònjuges, de manera que la meitat corresponent al concursat s'integra en la massa activa. Aquesta disposició encaixa amb la regulació que se segueix dels articles 46 i 47 del Codi de família. Aquest darrer estableix l'embargabilitat de la meitat corresponent al cònjuge deutor. De la dita regulació es desprèn, doncs, que les adquisicions amb pacte de supervivència, tot i que impliquen un estat d'indivisió i que no és permesa la transmissió —voluntària, s'entén— a terceres persones del dret que es tingui sobre els béns (art. 44.2*b* i *c*), no representen una esclatxa al principi de responsabilitat patrimonial universal del deutor (art. 1911 CC). Succeirà, però, que l'actiu patrimonial estarà determinat, en aquest supòsit, per una quota en el condomini del bé. Des d'aquesta perspectiva, el fet que el primer paràgraf *in fine* de l'article 78.3 assenyali que s'integrarà en la massa activa del concurs la meitat corresponent al concursat, esdevé una conseqüència del mateix principi (art. 76.1 Llei concursal).

El primer paràgraf de l'article 78.3 LC disposa també que en el concurs de qualsevol dels cònjuges els béns es consideraran divisibles. La mesura implica desconèixer la prohibició de divisió que, d'acord amb l'article 44.2 del Codi de família, caracteritza la comunitat sorgida del pacte. Certament, el règim descrit d'aquesta manera és indubtablement més rigorós que el previst en el Codi de família. Allà, l'embargament de la quota no implica *per se* la divisibilitat del bé:¹⁰⁷ la quota s'adjudica a un tercer, i és aquesta adjudicació, i no la trava prèvia, el que determina l'extinció del pacte i la constitució d'una proindivisió ordinària de la qual és un tret característic el reconeixement de l'acció de divisió (art. 400 CC).

Fora d'això, si a la possible divisió de la cosa (art. 78.3 Llei concursal *versus* art. 44.2*c* CF) hi afegim que és inherent a la declaració de concurs el risc de liquidació del patrimoni i, per tant, de transmissió forçosa dels drets del deutor (art. 142 i seg. Llei concursal *versus* art. 44.2*b* CF) i que la regla del mutu acord *ex* article 44.2*a* CF, més que no pas una norma especial en matèria de pacte de supervivència, és també la regla general en matèria de comunitat ordinària per quotes (art. 398 CC i 552-8 Projecte de llibre cinquè), arribem a la conclusió que la declaració de concurs implica la negació del règim especial que imposa el pacte (art. 44.2 CF). Instaura, de fet, una proindivisió ordinària. I com que aquesta darrera és la mesura que preveu el Codi de família per al cas

107. En el marc del Codi de família, el possible embargament de la quota del cònjuge deutor evita, encara que només sigui indirectament i parcial, la prohibició establerta en l'article 44.2*b*. En aquest sentit, el principi de responsabilitat patrimonial universal reclama la possible transmissió forçosa a tercers del dret del deutor sobre la cosa.

d'extinció del pacte, és inevitable que ens preguntem si, de fet, el que preveu l'article 78.3 de la Llei concursal és una nova causa d'extinció del pacte de supervivència. Literalment no ho estableix, per bé que, com acabem d'assenyalar, es desconeixen els trets que caracteritzen el règim que instaura aquest tipus d'adquisició. Recordem, però, que més enllà d'aquesta disciplina especial i molt més important és el contingut del pacte; de fet, les condicions de l'article 44 del Codi de família s'expliquen i es justifiquen, no *per se*, sinó per raó del contingut del pacte: per a fer viable l'adquisició de la quota del cònjuge premort pel supervivent. Plantejada així la qüestió, no pot descartar-se el supòsit que, un cop declarat divisible el bé, ni l'Administració concursal ni el cònjuge del deutor sol·licitin la divisió de la cosa i, un cop resolt el concurs en un conveni, no hagi estat necessària l'adjudicació forçosa de la quota del concursat. Segons el nostre parer, res no impedeix en aquest cas entendre subsistent l'expectativa dels cònjuges. Admetre el contrari o, el que és el mateix, configurar la declaració de concurs com a nova causa d'extinció del pacte, intuïm que seria una mesura contrària als principis que inspiren la regulació establerta en els articles 44 i següents del Codi de família, atès que, segons el que s'hi diu, no extingeix el pacte el simple risc d'execució, encara que sigui imminent, sinó l'embargament consumat.

Altres problemes planteja el dret d'adquisició preferent previst en el paràgraf segon de l'article 78 LC,¹⁰⁸ del qual no es diu res en la regulació catalana de la institució. En aquest marc, és cert que per al cas d'execució forçosa de la quota del cònjuge deutor seria plantejable autointegrar la dita regulació amb normes que, previstes per a altres supòsits de comunitat, reconeixen al cotitular un dret d'adquisició preferent (art. 51 CS i 552-5 Projecte de llibre cinquè). Succeix, però, que el segon paràgraf de l'article 78.3 LC, considerat literalment, no pressuposa ni preveu l'alienació del bé. L'aplicació a Catalunya de la dita disposició ens sembla discutible, per bé que no dubtem de la bondat i la justícia de la mesura. La raó seria que es tracta d'una facultat que obeeix més aviat poc a les finalitats del concurs; així, no es tracta de garantir el principi de responsabilitat patrimonial del deutor ni el d'unitat procedimental, ni de fer efectiu el de *par conditio creditorum*...¹⁰⁹ Des d'aquesta perspectiva, en la mesura que es dirigeix fonamentalment al cònjuge del concursat, incideix de ple en la regulació estrictament civil de la institució, i, en aquest àmbit, les competències

108. Anuncia les dificultats d'encaixar el dret d'adquisició preferent del cònjuge no deutor en la regulació catalana de les adquisicions amb pacte de supervivència, Esther FARNÓS AMORÓS, «Compres amb pacte», p. 11 *in fine*.

109. Tret que, forçant molt l'argumentació, diguem que es tracta d'un mecanisme dirigit fonamentalment a obtenir major liquiditat per fer front als creditors.

corresponen al Parlament de Catalunya. Ni tan sols seria defensable la seva aplicació a les adquisicions sotmeses al dret civil català per raó de la supletorietat del dret estatal (art. 149.3 CE, 26.2 EAC i 111-5 Primera llei del Codi civil de Catalunya). Admetre el contrari seria igual que permetre que el legislador estatal, respecte d'institucions *no tipificades* en el dret estatal però sí previstes en el dret propi d'altres territoris, pogués dictar normes per als casos no considerats en les normes autonòmiques.¹¹⁰

110. Respecte de la «supletorietat externa» del dret estatal, vegeu Ferran BADOSA COLL, «La situació del dret civil», p. 67 i 68.