

# InDret

## *Compras con pacto de sobrevivencia y uniones estables de pareja*

*Comentario a la sentencia del TSJC de 13.2.2003  
y al auto de 3.12.2003 del Presidente del TSJC*

**Esther Farnós Amorós**  
Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper de Derecho Catalán n°: 10  
Barcelona, enero de 2004

[www.indret.com](http://www.indret.com)

## *Sumario*

1. **Introducción: las compras con pacto de sobrevivencia en la jurisprudencia**
2. **El caso resuelto por el TSJC: extensión del pacto a las uniones estables de pareja**
3. **Confirmación del criterio: el auto de 3 de diciembre de 2003 del Presidente del TSJC**
4. **Cuestiones abiertas: fiscalidad del pacto y situaciones concursales**
5. **Conclusiones**
6. **Bibliografía**
7. **Tablas de jurisprudencia citada**

## *1. Introducción: las compras con pacto de sobrevivencia en la jurisprudencia*

Las compras con pacto de sobrevivencia se han configurado tradicionalmente como una institución propia del régimen de separación de bienes, de raíz consuetudinaria y desarrollada por la práctica notarial. Mediante este pacto, en el mismo contrato de compraventa, los cónyuges adquirentes de un bien por mitades indivisas acuerdan que, a la muerte de uno de ellos, el sobreviviente pasará a ser titular único de la totalidad. El régimen jurídico de esta institución está en los artículos 44 a 47 del Código de Familia de Cataluña (CF).

El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya se ha pronunciado en tres ocasiones en pleitos de casación que tenían por objeto un contrato de compraventa con pacto de sobrevivencia. De las Audiencias Provinciales catalanas constan seis sentencias civiles que expresamente se pronuncian sobre el pacto. A su vez, la Sala Contenciosa Administrativa del mismo TSJC ha tenido la oportunidad de decidir sobre la fiscalidad de la institución. Esta actividad jurisdiccional sobre el pacto de sobrevivencia parece reflejar su poca utilización en la práctica.

En la sentencia de **14 de junio de 1990**, el TSJC se pronunció sobre los **efectos del pacto en relación con terceros**, en concreto, por lo que se refiere a las consecuencias del embargo sobre una de las mitades indivisas. La Compilación del Derecho Civil de Cataluña (CDCC) no contemplaba la eficacia del pacto en relación con los derechos de los acreedores de los cónyuges. En el caso, los cónyuges habían adquirido con pacto de sobrevivencia un solar. Una empresa textil interpuso demanda ejecutiva contra el marido, a consecuencia de la que se embargó la mitad indivisa de la finca con anotación del embargo en el Registro de la Propiedad. El Tribunal **admitió el embargo sobre la mitad indivisa del cónyuge ejecutado y el mantenimiento de su derecho expectante a la otra mitad** de modo que, producida la muerte del cónyuge, si el sobreviviente era el no deudor, el adjudicatario perdía todo derecho sobre la cosa, que pasaba a pertenecer en su integridad al consorte sobreviviente. Contrariamente, si el cónyuge sobreviviente era el deudor, el adjudicatario entonces pasaba a ser propietario en exclusiva del bien. Con esta decisión, el TSJC mantuvo el criterio recogido en la sentencia del TS de 23 de febrero de 1971. Con todo, la misma DGRN, en su resolución de 29.12.1977 se había pronunciado en sentido contrario, a favor de los derechos de los acreedores. En la actualidad la cuestión se regula de forma expresa en los artículos 46.1.d y 47 CF, que admiten la embargabilidad del bien adquirido conjuntamente con la consecuente extinción del pacto para el caso de adjudicación a un tercero de la mitad indivisa del cónyuge deudor.

En la sentencia de **13 de febrero de 2003** el TSJC se pronunció sobre el **ámbito subjetivo** de la figura, es decir, si es admisible su pacto por parte de las parejas de hecho. El Tribunal entendió que las **uniones estables sí pueden adquirir bienes con pacto de sobrevivencia**, con el argumento que encajan en el concepto de familia que se deriva de la CE. En la medida que las compras con pacto de sobrevivencia son una de las instituciones que protegen determinados intereses patrimoniales de la Familia matrimonial, su extensión a la familia no matrimonial debe ser admisible.

En último lugar, en la sentencia de **17 de marzo de 2003**, el TSJC hace referencia al **ámbito objetivo** de las compras con pacto de sobrevivencia. Para el TSJC, **la expresión "compras" no equivale de manera excluyente a un contrato de compraventa, sino que puede referirse a cualquier acto de transmisión fundamentado en una causa onerosa**. Por este motivo, el Tribunal declaró la validez del pacto convenido en un contrato de renta vitalicia.

Las Audiencias Provinciales –sólo las de Barcelona y Girona- han coincidido con los temas resueltos por el TSJC pero también han puesto de relieve la polémica tradicional acerca de la

naturaleza jurídica del pacto, como también que la regulación legal de la institución no aclara todas las cuestiones que pueden plantearse en la práctica.

En su sentencia de **6 de febrero de 1996** la **AP de Girona** reprodujo el criterio de la de 14 de junio de 1990 del TSJC en materia de embargo, de modo que éste, antes de la reforma del CF, no comportaba la extinción del pacto ni la ejecución de la cosa. Por otro lado, la **AP de Barcelona**, en las sentencias de **3 de mayo de 2000** y **31 de julio de 2002**, afirmó que el efecto del pacto es la adquisición automática de la mitad del bien, sin necesidad de aceptación expresa ni de adjudicación por parte del cónyuge sobreviviente. La de la **AP de Girona** de **31 de enero de 2002** excluyó el pacto de los efectos patrimoniales que tiene la reconciliación de los cónyuges. En este caso, la AP estableció que el pacto de sobrevivencia, que se había extinguido por declaración judicial de separación, no podía revivir en el mundo del derecho por la reconciliación entre los cónyuges (reconciliación que, además, en este supuesto no se había probado). La sentencia de **18 de septiembre de 2002 de la AP de Girona** dio lugar y fue confirmada por la de 17 de marzo de 2003 del TSJC. La AP aprovechó para calificar el pacto de donación *mortis causa* y consideró posible la ampliación de su ámbito al amparo del art. 1255 CC. En contra, la sentencia de **11 de abril de 2003** de la **AP de Girona** entendió que la adquisición derivada del pacto en ningún caso podía calificarse de donación *mortis causa* y afirmó que los herederos legitimarios del cónyuge sobreviviente, a la muerte de éste, tienen derecho a una única cuarta parte de la totalidad de los bienes adquiridos con el pacto por parte de este cónyuge. En las sentencias de la **SAP Girona** de **11 de julio de 2000** y **8 de febrero de 2002** la referencia al pacto es incidental y no fue objeto de la decisión.

En estas sentencias, a pesar de no ser muchas, tanto el TSJC como las AP han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre algunos de los aspectos centrales en la práctica sobre el pacto de sobrevivencia. Los Tribunales han evidenciado que algunos de estos aspectos no quedan expresamente resueltos en su régimen legal. En este comentario analizo la sentencia del TSJC de 13.2.2003, relativa a la extensión del pacto a las uniones estables. A esta decisión se le suma el auto del Presidente del TSJC de 3.12.2003 que, en materia registral, se pronuncia en el mismo sentido y siguiendo expresamente el criterio de la sentencia de 13.2.2003.

## ***2. El caso resuelto por el TSJC: extensión del pacto a las uniones estables de pareja***

El caso resuelto por el TSJC tiene su origen en una compraventa con pacto de sobrevivencia celebrada el 21 de marzo de 1985 sobre un inmueble sito en Girona. En el contrato, los adquirentes manifestaban, en contra de la realidad, que se habían casado en régimen de separación de bienes. Con todo, la mujer había contraído matrimonio el 18 de diciembre de 1951 y, una vez producida la separación de hecho, hacía unos veinte años que vivía con el hombre adquirente.

La conviviente murió intestada el 16 de diciembre de 1985. El marido, que había sido declarado heredero intestado por acta de notoriedad de 25 de abril de 1997 en la que había omitido la situación de separación de hecho de su esposa, demandó al compañero sentimental de la premuerta solicitando la nulidad del contrato de compraventa celebrado el año 1985, con el argumento que los adquirentes no tenían la condición de cónyuges y, por este motivo, no podían acogerse al pacto de sobrevivencia.

La sentencia de 29 de julio de 1998, del Juzgado de Primera Instancia (JPI) nº 6 de Girona desestimó la demanda por falta de legitimación activa del marido, así como por considerar que la normativa catalana sobre compras con pacto de supervivencia podía ser aplicada por analogía a las situaciones de uniones estables de pareja.

La sentencia de la AP de Girona de 6 de noviembre de 1999 confirmó la de primera instancia por falta de legitimación activa del marido. El acta de notoriedad que lo declaraba heredero, como documento público, sólo probaba la fecha del mismo y el hecho del otorgamiento. Para la AP era claro que la separación de hecho de más de quince años (treinta cuando el actor instó la declaración de heredero) le impedía interponer la demanda como cónyuge heredero intestado, dado que acreditaba de forma sobrada el cese de la vida en común. Lo anterior conducía a incluir la situación concurrente en las previsiones del art. 14 a) y b) de la Llei 9/1987, de 25 de maig, de Successió Intestada, y del art. 945 CC, que excluyen de la llamada a la sucesión intestada del causante al cónyuge separado judicialmente, así como al separado de hecho por mutuo acuerdo que conste de modo fehaciente (FJ 6º). De este modo, la AP no se pronunció sobre la validez del pacto.

Con posterioridad, la hermana de la causante fue declarada heredera intestada por auto de 9 de marzo de 2000 del JPI núm. 8 de Girona. Como había hecho previamente el marido, interpuso demanda contra el compañero sentimental de la causante, en la que interesaba la nulidad del contrato celebrado entre los convivientes.

En este caso, el JPI nº 3 de Girona, por sentencia de 19 de marzo de 2002, desestimó la demanda con el mismo argumento del JPI nº 6: la normativa catalana sobre compras con pacto de sobrevivencia podía aplicarse por analogía a las situaciones de uniones estables de pareja.

La AP de Girona, en sentencia de 20 de septiembre de 2002, desestimó el recurso de apelación, con el argumento que el pacto se puede extender a las uniones estables de pareja, de acuerdo con el principio de libertad contractual del art. 1255 CC. Según la AP este precepto permitiría tanto a cónyuges catalanes como no catalanes y a las parejas de hecho sometidas o no a la normativa catalana concluir un pacto de sobrevivencia plenamente eficaz y, en cualquier caso, válido como donación *mortis causa* a la muerte de uno de los adquirentes, según el art. 620 CC. Es claro que, en este punto, la sentencia de la AP obvió la regulación propia del derecho civil catalán prevista, en aquel momento, en los arts. 245 a 247 de la CDCC.

La hermana de la premuerta recurrió en casación la sentencia de la Audiencia alegando infracción de los artículos 61 y 97 de la CDCC de 1984, relativos a las compras con pacto de sobrevivencia y nulidad de los pactos sucesorios, respectivamente. Ésta era la legislación aplicable al supuesto de hecho por cuestiones temporales dado que el contrato en cuestión se celebró en 1985.

Según la recurrente, la Audiencia hacía una interpretación “contra legem” del art. 61 de la CDCC, que posibilitaba el pacto únicamente a los “*cònjuges que en règim econòmic de separació de béns comprin béns conjuntament i per quotes iguals*”. Respecto de la interpretación de este artículo versa buena parte del razonamiento del TSJC que, por vez primera, se enfrenta al problema de determinar si el pacto de supervivencia lo pueden convenir también personas que han formado una situación de pareja estable y, por tanto, no tienen la condición de cónyuges ni están sujetas a ningún régimen económico matrimonial.

El TSJC resolvió el recurso de acuerdo con el interés casacional de la cuestión que se suscitaba con el argumento central de la naturaleza familiar de la institución, lo que determinaba la posibilidad práctica de extenderla a otras formas de familia diferentes de la matrimonial. El pacto se presenta así como una institución de naturaleza familiar, directamente relacionada con el régimen de separación de bienes:

“que opera com un correctiu d’aquest règim econòmic matrimonial establert pels cònjuges a l’empara del principi d’autonomia privada” (FJ 2n)

A continuación, el TSJC lleva a cabo una interpretación sociológica y analógica del art. 61 de la CDCC de 1960 que le sirve para desestimar el motivo de la recurrente (se refiere a la norma de 1960 porque su redacción era sustancialmente idéntica a la del Texto Refundido de 1984). El Tribunal se pronuncia sobre las compras con pacto de sobrevivencia en los términos siguientes:

“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 família matrimonial, fet que fonamentaria el criteri dels compiladors de limitar als cònjuges la possibilitat de pactar unes compres amb pacte de supervivència” (FJ 2º)

Acto seguido, se introduce el que será el argumento básico para posibilitar que las uniones estables de pareja hagan uso de las compras con pacto de sobrevivencia:

“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 art. 39.1 estableix que «els poders públics asseguruen la protecció social, econòmica i jurídica de la Família»” (FJ 2º)

Con el fin de justificar dicha extensión el Tribunal recurre también a la jurisprudencia constitucional sobre el concepto de familia. En concreto, se refiere a la sentencia del **Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de septiembre**, confirmada por resoluciones posteriores del propio TC y seguida por el Tribunal Supremo.

De lo anterior, con un claro ánimo protector hacia la familia y siguiendo el mandato del art. 5.1 de la LOPJ sobre interpretación conforme a la Constitución, el TSJC extrae la consecuencia siguiente:

“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 2º).

En el caso, además de la manifiesta injusticia material a la que se podía llegar, a la hora de extender los efectos del pacto a las uniones estables de pareja es determinante la larga duración de la convivencia, que se había prolongado durante unos veinte años.

Parece que la sentencia del TSJC resuelve, de forma implícita, basándose en el impedimento que existía entre los convivientes para contraer matrimonio hasta 1981, año en que se promulgó la Ley del Divorcio. Asimismo, el TSJC no tiene en cuenta que la mujer podía haberse divorciado de su marido entre 1981 y 1985 y, en cambio, no lo hizo.

Como se observa, el TSJC tampoco lleva a cabo una aplicación analógica y retroactiva del art. 1 de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella (LUEP), de acuerdo con el que una convivencia ininterrumpida de dos años hubiese sido suficiente (o, incluso, una convivencia inferior con descendencia común o debidamente escriturada).

Una vez dados a conocer los argumentos esenciales que llevan a desestimar el recurso, el Tribunal aprovecha para criticar alguno de los argumentos esgrimidos *obiter dictum* por la sentencia de la Audiencia, así como para delimitar la debatida cuestión de la naturaleza jurídica de la institución.

En primer lugar, el TSJC niega el argumento de refuerzo que utiliza la Audiencia para considerar válido el pacto por la vía de la conversión en una donación *mortis causa* del art. 620 CC: este precepto no rige en el derecho civil catalán (art. 1.2 y DF 4ª CDCC), que en el momento de los hechos regulaba este tipo de donaciones en los arts. 245 a 247 de la CDCC (el propio TSJC seguirá en la misma línea en la sentencia de 17 de marzo de 2003). A lo anterior, el TSJC añade el argumento que la donación por causa de muerte es revocable por el donante en cualquier momento mediante escritura pública (art. 247 CDCC), mientras que esta posibilidad no existe en el pacto de sobrevivencia, que sólo puede ser revocado en vida de los dos cónyuges por mutuo acuerdo [art. 46.1. a) CF].

A pesar de que el TSJC no lo explicita, el argumento que utiliza es el mayoritario desde el punto de vista doctrinal, que toma como base la RDGRN de 19 de mayo de 1917: las donaciones *mortis causa* son revocables en tanto que son unilaterales, mientras que el pacto de sobrevivencia exige una esencial bilateralidad (O'CALLAGHAN MUÑOZ, p. 104; ROCA SASTRE, p. 469; PUIG FERRIOL - ROCA TRÍAS, p. 201; QUINTANA, p. 880; CALVO SORIANO, p. 386). En sentido contrario, J. MARCO MOLINA (p. 269) se pronuncia a favor de la configuración como donación *mortis causa* ya perfecta *inter vivos*, en base al efecto automático de la adquisición.

No analizamos aquí la discutida naturaleza onerosa o lucrativa del pacto, aunque si se sostiene la tesis de la onerosidad (O'CALLAGHAN MUÑOZ, p. 104; QUINTANA, p. 880; PUIG I FERRIOL, p. 538; en contra, J. MARCO MOLINA, p. 269), tenemos un argumento adicional que refuerza el del TSJC, lo que aleja a la figura de la donación.

En segundo lugar, el TSJC desestima el argumento de la recurrente según el cual el pacto de sobrevivencia se configura jurídicamente como un pacto sucesorio y, por tanto, no resulta admisible de acuerdo con la prohibición general de pactos o contratos sobre sucesión no abierta en el derecho civil catalán (art. 97.2º de la CDCC y art. 7 CS). En esta sentencia, el TSJC afirma la naturaleza familiar y no sucesoria de la institución (como ya había subrayado en la sentencia de 11 de febrero de 1997, FJ 2º):

“les compres amb pacte de supervivència són una institució de naturalesa familiar, que opera com a correctiu del règim econòmic matrimonial de separació de béns voluntàriament establert pels interessats i, per tant, el seu règim jurídic és familiar i no successori, amb la conseqüència que la institució no s'ha de veure afectada per la posició del legislador català sobre àmbit de la validesa dels pactes successoris” (FJ 4º).

A pesar de la declaración general de nulidad de los pactos sucesorios no debe olvidarse que el art. 7 del [Codi de Successions](#) (en el mismo sentido que el anterior art. 97 CDCC) posibilita los pactos de

este tipo que sean admitidos por la ley, lo que puede hacernos plantear si el pacto de sobrevivencia, que en la actualidad se halla regulado en los artículos 44 a 47 CF, es uno de los pactos admitidos por ley. De ser así, el anterior razonamiento del TSJC sería irrelevante.

Finalmente, el TSJC desestima el motivo de la recurrente con base al cual en la actualidad los artículos 44 a 47 del CF siguen el mismo criterio que la CDCC, y limitan a los cónyuges que viven en régimen de separación de bienes la posibilidad de celebrar compras con pacto de sobrevivencia. Además, es claro que la LUEP no permite a los convivientes celebrar compras con pacto de sobrevivencia. Para el TSJC no es posible, con base al principio constitucional de irretroactividad de las leyes (art. 9.3 CE), que el CF y la LUEP regulen una compraventa con pacto de sobrevivencia que se acordó y surgió efectos en 1985. A lo anterior se le puede añadir que, en el supuesto, la mujer estaba separada de hecho y no divorciada, de modo que en ningún caso podía constituir una unión estable en los términos que prevé la LUEP.

En este punto de la sentencia se puede cuestionar si la resolución hubiese sido la misma (aplicación analógica de la institución a las uniones estables de pareja) si los hechos originadores del litigio hubiesen tenido lugar con posterioridad a 1998, una vez ya vigentes el CF y la LUEP. En este momento nada impedía a los convivientes heterosexuales contraer un nuevo matrimonio, previa disolución del anterior. Como veremos a continuación por lo que se refiere al Auto de 3 de diciembre de 2003, incluso en este supuesto se hace prevalecer la finalidad protectora de los intereses familiares, de acuerdo con un concepto amplio de familia.

### ***3. Confirmación del criterio: el auto de 3 de diciembre de 2003 del Presidente del TSJC***

El criterio favorable a extender el pacto de sobrevivencia, de los arts. 44 a 47 CF, a las uniones estables de pareja ha sido confirmado por el reciente auto 8/2003, de 3 de diciembre, del Presidente del TSJC que, de forma expresa, se fundamenta en la sentencia objeto de este comentario.

El Presidente del TSJC, en funciones gubernativas, resuelve un recurso interpuesto por un notario contra la negativa del Registrador de la Propiedad nº 14 de Barcelona a inscribir el pacto de sobrevivencia convenido el 30.7.2003, al adquirir un inmueble, entre los miembros de una unión estable heterosexual que hacía más de dos años que convivían de forma continuada. Por lo que hace referencia al pacto, se estableció expresamente en la escritura que quedaría regulado por "las normas y condiciones establecidas por los cónyuges en régimen económico de separación de bienes en el Código de Familia de Catalunya (Ley 9/98)". El Registrador, eso sí, inscribió la compraventa.

En el recurso, el Notario que había autorizado el negocio invocaba la amplia libertad sucesoria y la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad de las partes en el derecho catalán, así como la necesidad de aplicación analógica del art. 44 CF a las uniones estables de pareja. El Registrador de la Propiedad, a su vez, fundamentaba la negativa a la inscripción en el hecho que el pacto de sobrevivencia entre los adquirentes era contrario al mencionado art. 44 CF.

El Presidente del TSJC recorre la sentencia de 13 de febrero de 2003 con el fin de contradecir la decisión denegatoria del Registrador de la Propiedad y estimar el recurso, admitiendo que los dos casos tratan supuestos de hecho distintos. Con todo, se otorga a los argumentos de la sentencia



precedente un valor determinante para concluir, en este caso, que el pacto de sobrevivencia puede ser aplicado a las uniones estables de pareja.

La argumentación del Presidente del TSJC se basa en los fragmentos más significativos de la sentencia anterior, que reproduce expresamente. Así, reitera que si las uniones no matrimoniales tienen cabida en el concepto constitucional de familia, las instituciones pensadas para la protección patrimonial de la familia matrimonial deben extenderse al concepto de familia que deriva de las uniones estables de pareja (FJ 2º).

En el auto se aprovecha la vigencia del CF y la LUEP para recordar que dentro del régimen de participación también pueden convenirse compras con pacto de sobrevivencia (art. 48.2 *in fine* CF):

*“les compres amb pacte de supervivència es poden qualificar de benefici derivat del règim econòmic matrimonial de separació de béns [cita de la STSJC 13.2.2003], a lo que hay que añadir: hoy extendido por la legislación catalana al régimen de participación;”* (FJ 2º)

Con todo, una razón de índole formal determina que la estimación del recurso sea parcial. Para el Presidente del TSJC los compradores no habían acreditado su condición de unión estable, de modo que se decretó la suspensión de la inscripción del pacto hasta que se cumpliera dicho requisito.

Aunque en la doctrina no existían muchos pronunciamientos al respecto, sí que algún autor se ha manifestado expresamente a favor del establecimiento del pacto entre los miembros de una unión estable *more uxorio* (GARRIDO MELERO, p. 212).

Esta generalización puede comportar efectos útiles en la práctica en el seno de estas uniones, especialmente porque, comparativamente con los matrimonios, los beneficios sucesorios legales son, o bien prácticamente inexistentes, o muy reducidos (arts. 18 i 34 LUEP).

#### ***4. Cuestiones abiertas: fiscalidad del pacto y situaciones concursales***

Se afirma de manera recurrente que, pese a sus ventajas, el pacto de sobrevivencia no es una institución especialmente extendida en la práctica de los matrimonios catalanes. Además de sus efectos civiles de vincular sucesoriamente uno de los bienes de los cónyuges, en los términos tradicionales en que se definía como el heredamiento del pobre, el régimen de tributación del pacto lo podría hacer especialmente atractivo.

Con todo, dada la tradicional polémica sobre su naturaleza de negocio sucesorio, entre vivos, a título gratuito o a título oneroso, su calificación a efectos tributarios también es incierta y polémica. En función de esta calificación, el pacto estará sometido al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados o al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En esta normativa vigente no existe ninguna referencia expresa al pacto de sobrevivencia. Sí que se podía deducir una referencia en el art. 63.4 del derogado Decreto de 6 de abril de 1967, nº 1018/67 (B.O.E. 18.5.1967, nº 118), sobre Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones

Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que permitía entender que el pacto tributaba como donación:

“Cuando a virtud de un pacto aleatorio establecido en la adquisición de bienes en común haya de refundirse sucesivamente en cada uno de los condóminos la parte que correspondía al premuerto, se liquidará en concepto de donación la transmisión a favor de los sobrevivientes”.

Del mismo modo que esta disposición, C. MARTÍN RETORTILLO (p. 439) había defendido y aplicado la tesis que se trataba de una donación entre cónyuges, ya que si bien no podía calificarse de donación el pacto de sobrevivencia acordado entre cónyuges al comprar, “el examen de las circunstancias y fines que caracterizan a la institución encaminada en la generalidad de los casos a favorecer al cónyuge, poniéndole a salvo de toda discusión de los herederos del cónyuge que premuere, demuestra el acierto con que vienen procediendo los liquidadores al apreciar que existe una donación entre cónyuges, una adquisición graciosa”.

El art. 7.1.b), apartado 2º, del Texto Refundido vigente del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre), permite encuadrar el pacto de sobrevivencia, pero de una forma mucho menos concluyente que la anterior disposición derogada:

“Se liquidará como constitución de derechos la ampliación posterior de su contenido que implique para su titular un incremento patrimonial, el cual servirá de base para la exigencia del tributo”.

De este modo, el pacto no obligaría a autoliquidar ningún impuesto en el momento de su celebración, que es cuando se realiza la compraventa. Con la muerte de uno de los cónyuges o convivientes y la adquisición de la cuota vacante correspondiente al premuerto, el sobreviviente debería autoliquidar la cantidad correspondiente a esta cuota conforme a las tarifas del impuesto.

La tributación por ITP comporta un trato fiscal más favorable debido a que tanto las transmisiones de bienes inmuebles como las de bienes muebles, así como la constitución y cesión de derechos reales tributan a un tipo fijo diferente en cada caso (en el caso de Cataluña la transmisión de bienes inmuebles tributa a un tipo fijo del 7 por ciento, conforme al art. 32.1 de la *Llei 25/1998, de 31 de desembre, de Mesures Fiscals i Administratives*, modificada por la *Llei 4/2000, de 26 de maig, de Mesures Fiscals i Administratives*). Esta forma de tributación beneficia al contribuyente, que no ha de padecer los efectos derivados de un impuesto progresivo como el de sucesiones y donaciones.

La Sala Contencioso Administrativa del TSJC, en sentencia de 11 de febrero de 1997, se pronunció sobre esta cuestión considerando que las compras con pacto de sobrevivencia no podían asimilarse a las donaciones porque no se apreciaba causa gratuita. Además, se trataba de un negocio jurídico independiente del negocio sucesorio y ubicado legalmente en el régimen familiar:

“El fallecimiento del cónyuge no supone que su cuota ideal en la cosa adquirida se transmita al otro cónyuge y éste la adquiera «mortis causa», sino que supone que la colectividad conyugal, constituida sobre aquel bien, desaparece para dar lugar a un titular único, pues ahora no ha de compartir su derecho de propiedad con otra persona”.

Para el TSJC lo anterior determina que, al no encontrarnos ante un negocio sucesorio, sino ante una adquisición “inter vivos” y onerosa, ésta se encuentre sujeta a ITP.

De las sentencias analizadas y de la mayor parte de la doctrina consultada al respecto, se desprende que la adquisición derivada del pacto de sobrevivencia es de naturaleza familiar y que no puede configurarse como una donación. Este planteamiento alejaría la figura de la tributación por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

Immaculada BARRAL (p. 93 y ss.) considera injustificado el trato fiscal como donación, debido a que hace soportar a los cónyuges una injustificada carga impositiva teniendo en cuenta la finalidad especialmente previsora (y no esencialmente lucrativa) que se atribuye al pacto.

La misma cuestión se plantea en el derecho francés en relación con la llamada “clause tontinière ou clause d’accroissement” equivalente al pacto de sobrevivencia. El pacto se entiende como una facultad que tienen los cónyuges para asociar sus patrimonios en uso de su autonomía de la voluntad. Esta “clause de tontine” se halla en clara regresión por razones fiscales. De hecho, la doctrina francesa (BOUSSOUGOU-BOU-MBINE, p. 48 y ss.) señala que el derecho fiscal realiza un análisis diferente del que lleva a cabo el derecho civil, que considera la adquisición con la cláusula acrecimiento o tontina como un acto oneroso y aleatorio.

Desde la perspectiva fiscal, el pacto se ve como un acto a título gratuito (MARTÍNEZ CORTÉS, p. 325). Aunque la jurisprudencia francesa no ha corroborado este análisis, la Administración fiscal lo ha hecho triunfar por la vía del art. 69 de la ley de finanzas de 18 de enero de 1980. El objetivo es claro: impedir que los coadquirientes eludan el pago de los derechos de mutación a título gratuito. En virtud de su texto, el adquirente que sobrevive ha de pagar los impuestos sucesorios por la mitad que recibe: por una parte, de acuerdo con la tarifa en vigor en el momento de la muerte del causante y, por otra, la correspondiente al grado de parentesco que exista entre él y el premuerto. Se trata pues de un régimen fiscal claramente disuasorio que, como tal, sólo tiene interés en el caso de los esposos en régimen de separación de bienes que deciden recurrir a la cláusula de acrecimiento para atenuar los rigores derivados del funcionamiento normal de su régimen matrimonial.

En cuanto al *Common Law* americano, la institución equivalente, la “tenancy by the entirety”, domina en las adquisiciones de inmuebles entre cónyuges por sus ventajas fiscales y para evitar el procedimiento sucesorio de la *probate*.

La “tenancy by the entirety” sólo puede convenirse entre marido y mujer e incorpora un derecho de sobrevivencia, sin que las mitades indivisas puedan transferirse a un tercero en vida de los adquirentes si no es por mutuo acuerdo. Deriva de la evolución de las diferentes formas de propiedad compartida (“tenancy in common” y “joint tenancy”), que se distinguen, entre otros factores, porque la primera no incorpora el “right of survivorship”. Aunque la “joint tenancy” sí que incorpora este derecho, los copropietarios pueden ser más de dos personas, lo que da sentido a la figura más allá del ámbito conyugal y la aleja de la “tenancy by the entirety” (BLACK’S LAW DICTIONARY).

En el marco de las situaciones concursales, el art. 47 del *Codi de Família* puso fin a las incertidumbres sobre los efectos del pacto de sobrevivencia en relación con terceros, en concreto, en casos de embargo. Con base en este precepto, el embargo sólo puede solicitarse sobre la mitad que el deudor tiene sobre los bienes comprados con pacto de sobrevivencia, habiéndose de notificar al cónyuge que no sea parte en el litigio. A partir de esta nueva regulación, el legislador, en una línea contraria a la de las sentencias que se habían pronunciado sobre la cuestión y que habían hecho prevalecer el derecho expectante del cónyuge no deudor a la otra mitad del bien (STSJC de 14.6.1990 -en el mismo sentido que la sentencia, véase ROCA SASTRE, 480- y SAP de Girona de 6.2.1996), se inclina a favor de una mayor protección de los acreedores.

La solución normativa actual se inspira en la RDGRN de 29 de diciembre de 1977. Aunque los artículos 61 y 62 de la CDCC de 1960, aplicables al supuesto de hecho de la resolución, no hacían referencia a la posibilidad de ejecución del bien adquirido por parte de los acreedores del cónyuge deudor, la Dirección General lo hizo posible utilizando el antiguo art. 1449 de la LEC (arts. 605 a 607 de la actual LEC) como *ratio decidendi*. Este artículo, que enumeraba el listado de bienes inembargables, era un “*numerus clausus*” que no incluía los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia. Este argumento se reforzó con el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del CC, claramente a favor de la tutela del crédito:

“sería inadmisibles el hecho de que un matrimonio catalán pueda constituir un patrimonio invulnerable para los acreedores particulares de cada cónyuge, mediante la utilización adecuada a este fin del pacto de sobrevivencia;”.

La línea seguida por esta resolución se expresaba en los términos siguientes:

“1º la mitad indivisa de un bien sujeto a un pacto de sobrevivencia entre esposos puede ser objeto de embargo, y en su caso de adjudicación a un extraño por obligaciones contraídas por el cónyuge propietario; 2º caso de consumarse la adjudicación se extingue el pacto de supervivencia, pues de no ser así no se respetaría la esencia de la institución, ya que existiría el pacto de sobrevivencia entre un extraño y un solo cónyuge”.

Por otro lado, en el *Common Law* americano, la “*tenancy by the entirety*” también presenta la ventaja de que los acreedores de uno solo de los cónyuges no pueden hacer efectivo su crédito en la totalidad del bien.

Sobre estos antecedentes la nueva [Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal](#) también ha regulado el pacto de sobrevivencia desde la perspectiva de la insolvencia. Su art. 78, apartado 3º, al tratar de las consecuencias del concurso sobre los cónyuges deudores establece que:

“Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado”.

“El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor”.

Aunque la primera parte del precepto encaja bien con la regulación que el CF hace de los casos de embargo (en concreto, con su art. 47.1), por lo que se refiere a la segunda parte, el CF no ha establecido nada al respecto. Se consagra así un derecho de adquisición preferente por parte del

cónyuge no deudor que no se prevé en la regulación general del CF y que plantea la cuestión de la competencia legislativa en materia de derecho privado cuando entran en juego el derecho civil estatal y los derechos civiles territoriales. También se evidencia la posible descoordinación que puede existir entre dos ordenamientos jurídicos diferentes como son el estatal y el autonómico. Ulteriormente, el precepto no realiza una referencia expresa que indique que el pacto es exclusivo del régimen de separación de bienes.

## 5. Conclusiones

A partir de las dos resoluciones comentadas, las parejas de hecho en Cataluña deben poder celebrar contratos de compraventa con pacto de sobrevivencia. La extensión de esta figura tradicional a las uniones estables está de acuerdo con la concepción no estrictamente matrimonial de la familia y con la protección de todas sus formas con equiparación progresiva de efectos.

Esta extensión de la figura creo que responde a los efectos tradicionales de mitigación del rigor de la separación de bienes entre los cónyuges catalanes que, en defecto de pacto, es predicable también de las parejas de hecho. La LUEP equipara estas uniones a los matrimonios en muchos de sus efectos, en los que se da una situación similar a la de separación de bienes. Además, en todos los aspectos relativos a gastos comunes de la pareja (arts. 4 y 23), alimentos (arts. 8 y 26), disposición de la vivienda común (arts. 11 y 28) y compensación económica y pensión periódica (arts. 13, 14 y 31), que regulan expresamente las relaciones patrimoniales entre los convivientes, se sigue el modelo del matrimonio. En el caso específico de las parejas de hecho, además, el efecto correctivo del pacto se refuerza por la falta de beneficios sucesorios en las heterosexuales y su escasez en las homosexuales (arts. 18 y 34 LUEP).

Las resoluciones comentadas, con todo, no resuelven las distintas cuestiones prácticas abiertas en relación con el pacto de sobrevivencia. En concreto, no queda claro si el pacto es extensible a otras formas de convivencia reguladas por el derecho civil catalán (situaciones convivenciales de ayuda mutua y acogimiento de personas mayores), ni tampoco si en virtud del principio de libertad civil (art. 111-6 del Codi civil de Catalunya) también puede convenirse el pacto entre extraños. Esta extensión vendría favorecida por el hecho que el pacto no tiene efectos ante terceros en situaciones de insolvencia, ya que los bienes se someten a las reglas generales en caso de embargo y ejecución.

La aplicación del art. 111-6 CCC haría posible la celebración de una compra con pacto de sobrevivencia con independencia del régimen económico matrimonial correspondiente a los contratantes e, incluso, con independencia del vínculo que los uniera -ya fuera matrimonial o no-. Sólo lo anterior permitiría que el pacto pudiera llegar a ser efectivo entre extraños.

A pesar que de modo recurrente se afirma el poco uso del pacto en la práctica notarial, creo que presenta importantes ventajas para los intereses de los cónyuges y uniones estables catalanes. En primer lugar, debe pensarse que el pacto responde a una necesidad sentida en la práctica de la adquisición de inmuebles por parte de los cónyuges en Cataluña, posibilitando su vinculación sucesoria y, en este sentido, la recomendación por parte de los notarios sería clave para incrementar su uso. Si el pacto llegara a convertirse en una cláusula de estilo o bien a formar parte de los

formularios notariales de los contratos de compraventa, su utilización sería, seguramente, general. El pacto es revocable, puede dejarse sin efecto en cualquier momento si los adquirentes así lo acuerdan. No presenta problemas para el tráfico jurídico ni para la tutela del crédito. Resulta atractivo desde el punto de vista fiscal. Permite vincular los otros bienes de la familia, en términos parecidos a la vinculación de la vivienda familiar como dispone el art. 9 CF. Todo ello parece que debería conducir a la revitalización de la figura. El tiempo lo dirá.

## 6. Bibliografía

- Immaculada BARRAL (1992), *La compra-venta amb pacte de supervivència*, Fundació Jaume Callís, Barcelona.
- BLACK'S LAW DICTIONARY (1999). Seventh Edition, St. Paul, Minn.
- Farafina L. BOUSSOUGOU-BOU-MBINE (1999), *La pénétration des idées communautaires dans les régimes séparatistes*, T. 324, Bibliothèque de Droit Privé, Paris.
- William BURNHAM (2002), *Introduction to the law and legal system of the United States*, West Group, St. Paul.
- Álvaro CALVO SORIANO (1952), "Adquisiciones con pacto de sobrevivencia", en *Revista de Derecho Privado*, n.º. 422, Any XXXVI.
- Martín GARRIDO MELERO (1999), *Derecho de Familia*, Marcial Pons, Barcelona.
- Juana MARCO MOLINA (2000), "Comentari a les compres amb pacte de supervivència", en Joan EGEA i FERNÁNDEZ / Josep FERRER i RIBA (dir.) / Albert LAMARCA i MARQUÈS / Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (coord.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*. Tecnos, Madrid.
- Cirilo MARTÍN RETORTILLO (1945), "El impuesto de Derechos reales aplicado a instituciones forales", en *Revista de Derecho Privado*.
- Jesús MARTÍNEZ CORTÉS (2002), "El régimen económico de separación de bienes", en DELGADO DE MIGUEL, J. Francisco, *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, Vol. II. Civitas, Madrid.
- Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ (1990), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXVII-2. Edersa, Madrid.
- Lluís PUIG i FERRIOL (1971), "Cómputo de la legítima", en *Revista Jurídica de Catalunya*.

- Luis PUIG FERRIOL / Encarna ROCA TRÍAS (1979), *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, T. II, Bosch, Barcelona.

- Ramon M.<sup>a</sup> ROCA SASTRE (1983), *Estudios de derecho civil especial de Catalunya*, Bosch, Barcelona.

## 7. Tablas de jurisprudencia citada

### Tribunal Constitucional

Sala y fecha	Repertorio	Magistrado Ponente
Pleno, 11.12.1992	Ar. 222	Vicente Gimeno Sendra

### Tribunal Superior de Justicia de Catalunya

Sala y fecha	Repertorio	Magistrado Ponente
Civil-Penal, 17.3.2003	Ar. 4578	Lluís Puig i Ferriol
Civil-Penal, 13.2.2003	Ar. 4576	Lluís Puig i Ferriol
Cont-Adm., 11.2.1997	Ar. 364	Joaquín Vives de la Cortada Ferrer-Calbetó
Civil-Penal, 14.6.1990	Ar. 2577 (1992)	Jesús Corbal Fernández

### Audiencias Provinciales

Sección, fecha y Audiencia	Repertorio	Magistrado Ponente
1ª, 18.9.2003, Girona	Ar. 41346	Fernando Ferrero Hidalgo
1ª, 11.4.2003, Girona	Ar. 150500	Carles Cruz Moratones
1ª, 31.1.2002, Girona	Ar. 134895	Carles Cruz Moratones
1ª, 8.2.2002, Girona	Ar. 113634	Fernando Lacaba Sánchez
16ª, 31.7.2002, Bcn	Ar. 275647	Remei Bona Puigvert
2ª, 11.7.2000, Girona	Ar. 295264	Miquel Garcías Miquel
16ª, 3.5.2000, Bcn	Ar. 210016	Inmaculada Zapato Camacho
2ª, 6.11.1999, Girona	Ar. 2244	José Isidro Rey Huidobro
2ª, 6.2.1996, Girona	Ar. 508	José Isidro Rey Huidobro