

El régimen de separación de bienes

Immaculada BARRAL VIGNALS
Profesora Titular de Derecho Civil
Universitat de Barcelona

1. Introducción

El régimen económico matrimonial de separación de bienes es el que rige para los matrimonios en Cataluña en el caso de que no usen de la libertad de escoger otro mediante capitulaciones (art. 10.2 CF) o bien que, habiendo variado el régimen, los capítulos resulten ineficaces. Podemos deducir, por tanto, que es el régimen económico matrimonial supletorio. Este régimen se caracteriza por la no formación de un patrimonio especial por el hecho de que no se altera la titularidad individual de los bienes de cada cónyuge ni con relación a los adquiridos antes del matrimonio, ni en las adquisiciones posteriores a la unión, con lo que los bienes de los cónyuges se califican como propios (art. 38 CF).

En algunos preceptos, especialmente los dedicados a la atribución de titularidades (arts. 39 y 40), la ley intenta construir una separación perfecta de patrimonios; pero este sistema ni parece deseable ni ha regido históricamente ya que la separación de bienes nunca ha sido absoluta porque venía mitigada por la existencia de un sistema dotal, que era la base económica de la familia. En la actualidad, el sistema dotal ha caído en desuso y se intenta corregir la rígida incomunicación de patrimonios mediante tres tipos de medidas:

- En primer lugar, la posibilidad de acudir a instituciones de previsión voluntaria como las compras con pacto de supervivencia (art. 44 a 47 CF).
- En segundo lugar, con normas de aplicación general a todos los matrimonios con independencia de su régimen, pero que tienen su finalidad

más evidente en el de separación de bienes, como el consentimiento del cónyuge no titular en la disposición de la vivienda conyugal (art. 9 CF); y la responsabilidad solidaria por las deudas domésticas (art. 8 CF).

— En tercer lugar, con normas propias del régimen de separación como la compensación por el trabajo hecho en casa por uno de los cónyuges (art. 41 CF).

Todas ellas desdibujan la separación total de bienes que en realidad siempre venía mitigada por la existencia del sistema dotal.

2. Los «bienes propios»: gestión y enajenación

El régimen de separación de bienes implica una separación de patrimonios de forma que tanto los bienes que cada cónyuge tiene al inicio del matrimonio como los que después adquiere por cualquier título constituyen lo que el art. 38 CF califica como «bienes propios», y las masas patrimoniales permanecen separadas sin crear un patrimonio especial ni configurar un caudato distinto para los bienes adquiridos durante la unión. A pesar de que el CF se refiere a «bienes», la expresión debe entenderse en sentido amplio, como comprensiva de bienes en sentido estricto o de derechos sobre los bienes —usufructo, derecho de tanteo...—, y también comprende los frutos y las rentas que los cónyuges obtengan con ellos, que pertenecen, pues, a la misma masa patrimonial.

Los bienes se califican como propios en el art. 38, pero se mantiene la expresión «bienes privativos» en el título del mencionado artículo. Esta terminología se vincula al régimen dotal donde en la mujer podían distinguirse los bienes dotales —los aportados al matrimonio en concepto de dote— de los parafdotales, es decir, extradotales, y sólo estos últimos podían ser considerados bienes privativos. Prescindiendo de esta idea, cuando el CF habla de bienes privativos se refiere a aquellos que son de cada cónyuge según el criterio del art. 38 CF.

Para los bienes propios de cada cónyuge, el art. 37 CF determina que corresponden a su titular todas las facultades dominicales, dentro de los límites legales. Así, tiene el goce y la administración, aunque pueda coexistir con otro cónyuge si así lo desea. Por lo que se refiere a la disposición, es decir, a la posibilidad de enajenarlos o gravarlos, también le es onérrica; pero en este caso, la propia existencia del matrimonio puede limitar esta facultad, ya que el art. 9 CF impone un complemento de legitimación del cónyuge no titular que debe consentir a la enajenación y

esta norma, que contradice el espíritu de la separación de patrimonios, se aplica a todos los matrimonios con independencia del régimen económico conyugal.

La rígida separación entre los bienes propios de cada cónyuge se ve respaldada por la existencia de normas de determinación de la titularidad de los bienes que analizaremos a continuación.

3. La determinación de los bienes de cada cónyuge

Determinar de qué cónyuge son los bienes, o si pertenecen a los dos en comunidad y en qué proporción, es un tema de máximo interés en el régimen de separación tanto para decidir a quién corresponde la gestión del bien, y por tanto, la percepción de los frutos, o la facultad de enajenarlo, como especialmente en situaciones de crisis para saber el titular de cada uno de los bienes, y es en estas situaciones donde el problema de atribución de titularidad es más intenso (MIRAMBELL ABANCO, A., en *Comentarios a la modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges*, Barcelona, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 1995, p. 190). A esta cuestión se refieren los arts. 39 y 40; el primero plantea el caso de que exista un título formal a favor de uno de los cónyuges o de ambos; el segundo regula los casos de titularidad dudosa.

3.1. El artículo 39 CF: la titularidad formal

La rúbrica de este artículo se refiere a las adquisiciones mediante título oneroso y para éstas diseña un sistema de atribución de titularidades en las que prima el principio de titularidad formal de los bienes por encima del principio de subrogación real a partir de demostrarse la procedencia de la contraprestación. Por este motivo, no se refiere a las adquisiciones a título gratuito que no ofrecen problema al respecto.

El art. 39 CF parte del supuesto de la existencia de un título adquisitivo oneroso a favor de uno de los cónyuges o de ambos, en lo que la norma denomina «constancia del título». La constancia del título supone la existencia de un documento del que resulte la titularidad formal del adquirente. Ello no significa que el título no pueda ser controvertido, ya que cabe plantear en juicio la destrucción del título de adquisición —por ejemplo, por considerar que se trata de un negocio fiduciario—, en cualquier otro caso,

estaremos ante un supuesto de constancia del título del art. 39 CF, y deberemos aplicar sus presunciones, sin que quepa acudir a la solución que el art. 40 propone en caso de titularidades dudosas.

Con todo, el tema del negocio fiduciario es el supuesto de la STSJ de 19 de enero de 2000, en la que se considera probado que, a pesar de existir un título formal que atribuía la propiedad de un bien exclusivamente a la mujer, existía con posterioridad un documento privado en el que se reconocía que el bien pertenecía a los dos por mitad; a pesar de ser plausible esta afirmación, no puede olvidarse que el documento privado no alteraba la titularidad formal, porque no podía hacerlo, y se limitaba a recoger la manifestación de que el bien no debía considerarse como aparecía en el título formal.

En cualquier caso, a partir de la titularidad formal constarada, el artículo 39 contiene dos presunciones *iuris iantum* (art. 385 LEC) que actúan como mecanismos procesales que invierten la carga de la prueba (S TSJC 19-X-93, FJ 3.º, aunque se refiere al antiguo art. 49 CDO).

— *Presunción de la titularidad privativa de la controprestación*: si existe un título de adquisición onerosa suficientemente probado, el art. 39 CF presume que la controprestación pagada por quien consta como titular proviene de su patrimonio, por lo que el bien adquirido pasa a tener esa misma característica: es un bien propio de quien consta como titular. Se pretende establecer un sistema en el que la determinación de la titularidad se realiza a partir de la constancia del título material y prescindiendo de que la controprestación efectivamente provenga del patrimonio de quien consta como adquirente. No actúa, pues, el principio de subrogación real, según el cual el bien adquirido encaja en el lugar de la controprestación, es decir, se integra en el mismo patrimonio que aquella. Siguiendo este principio, la titularidad formal decaerá en aquellos casos en los que se demostrare que quien consta como adquirente no pagó, en realidad, la controprestación. La presunción que ahora estamos analizando impide, pues, que se pueda llegar a esa conclusión. Así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña [SS TSJC 10-V-93, FJ 2.º, 21.1.94, FJ 3.º y 9-III-98 (Ponente Puig Ferrer)]. FJ VII.

— *Presunción de donación de la controprestación*: La ley 8/1993 (art. 21), y ahora el CF, ha llevado a sus últimas consecuencias el rechazo del principio de la subrogación real, añadiendo una segunda presunción: si llega a demostrarse que la controprestación pagada por quien consta como titular procede del otro cónyuge, se presume entonces que este se la donó. De esta

forma, el principio de titularidad formal se mantiene aun en los casos en que se ha demostrado que el titular no pagó la controprestación: prima la titularidad formal por encima de la titularidad de la controprestación (MIRAMBLA, *op. cit.*, p. 193). La presunción limita su ámbito al caso en que la controprestación provenga del patrimonio del otro cónyuge; puesto que es este supuesto donde podría argumentarse la aplicación del principio de controprestación real de forma que el bien pasase a ser propiedad del cónyuge subrogación real de forma que el bien pasase a ser propiedad del cónyuge que pagó la controprestación. Si esta proviene del patrimonio de tercero, el problema no se planteará.

Esta segunda presunción también admite prueba en contrario, de forma que es posible demostrar que el cónyuge que pagó no tenía voluntad de la donar; pero la inexistencia de la donación no altera la adquisición de la propiedad *domanii* dada lugar solamente a un crédito de reembolso de la controprestación a favor del cónyuge que la pagó, pero nunca éste se convertirá en titular de todo o parte del bien.

En este sentido, dos sentencias del TSJ de Cataluña han calificado el pago de todo o parte de la controprestación por el otro cónyuge como un supuesto de préstamo entre cónyuges, de forma que, resuelta la titularidad a favor de quien conste en el título, el otro cónyuge tiene derecho al reintegro de la cantidad anticipada en el momento de la adquisición más intereses legales; pero no al valor del bien adquirido en el momento del litigio, ya que, habiendo determinado la titularidad desde el inicio, corresponden al titular los aumentos de valor que genere la cosa (STSJC 31-4-94, FJ 4.º y FJ 6.º; por lo que respeta a la calificación como préstamo, STSJC 19-X-93, FJ 3.º).

En cambio, la más reciente sentencia de 5 de marzo de 1998 incide en que las cantidades anticipadas para el pago de la controprestación pueden provenir de una relación contractual anterior de préstamo o similar, pero también es posible considerar que, al margen de toda relación contractual, la necesidad de restituir proviene de la aplicación de las reglas del empujamiento que aprovecha al cónyuge que aparece como titular de todo o parte del bien y en contra del que efectivamente pagó la controprestación. Así, la deuda entre los cónyuges es de valor y debe calcularse actualizando el valor de la controprestación. Esta línea de argumentación parece más justa, ya que entra que el cónyuge que no pagó legítimamente parece más justa, ya que entra que el cónyuge que le obligue a devolver la cantidad, y permite la actualización del valor que en algunos casos puede constituir una diferencia apreciable.

3.2. Los supuestos de titularidad dudosa (art. 40 CF)

Todos los supuestos en los que exista un título formal deben resolverse a través del juego de presunciones que establece el art. 39 CF, y, por tanto, respetando en todo caso la constancia de la titularidad. De esta forma, vemos cómo el art. 40 se refiere a casos ciertamente residuales: aquellos en los que no exista constancia del título, y que por ello pueden ser calificados como de titularidad dudosa. En este caso, la regla es determinar que existe una situación de comunidad ordinaria —en proindiviso— por mitades. La solución proviene de constatar una situación posesoria común que, por la falta de título pasa a ser de copropiedad, y por ello la norma del art. 40 CF dificulta la aplicación de las presunciones posesorias de los arts. 448 CC —presunción de que el poseedor tiene título— y 464.1 CC —título por equivalencia del poseedor de bienes muebles de buena fe—, ya que se crea un régimen especial para los bienes de los cónyuges en régimen de separación que impone la cotitularidad en caso de ausencia de título, partiendo de la coposesión.

El CF ha incorporado una novedad importante en relación con las titularidades dudosas ya que permite excepciones al sistema de cotitularidad en función del destino de ciertos bienes manifestado en su uso. Así, a pesar de ser de titularidad dudosa, no pasan al sistema de cotitularidad, sino que se consideran propios del cónyuge que los usa, los bienes muebles de uso personal y los destinados a desarrollo de la actividad de uno de los cónyuges (ex art. 40 final). La idea es evitar conflictos acerca de estos bienes que tienen utilizados sólo por uno de los cónyuges y el límite es que no se trate de bienes de extraordinario valor; así, no cabe atribuir en propiedad exclusiva las joyas de valor o las obras de arte que decoran el despacho profesional de uno de los cónyuges, porque en este caso, el destino de la cosa es irrelevante.

La existencia de normas rígidas acerca de la atribución de titularidad en el régimen de separación de bienes plantea el problema de si es posible que los cónyuges establezcan pactos al respecto en capitulaciones matrimoniales (ex art. 15.1 CF). Recientemente, la Dirección General de Registros y del Notariado de 15 de marzo de 1999 se ha pronunciado acerca de nulidad de un pacto contenido en capitulaciones matrimoniales. En las citadas capitulaciones los cónyuges, tras haber determinado que su régimen económico matrimonial sería el de separación, establecían una norma acerca de la atribución de titularidades según la cual el marido pasaba a ser propietario único de la vivienda familiar, para lo cual la mujer le transmitía su mitad

indivisa, y el motivo de tal atribución era compensar las mayores aportaciones al matrimonio realizadas por el otro cónyuge. El pacto se considera sin causa, ya que no se justifica por la posibilidad de hacer aportaciones de bienes a un patrimonio común, que puedan compensarse con las hechas por el otro cónyuge, ya que el régimen es de separación de bienes. En este caso, la atribución patrimonial de la mitad indivisa de la vivienda habitual carece de causa.

Se observa, pues, como la citada resolución no resuelve el problema de la validez de tal pacto, sino el mecanismo jurídico utilizado. En este sentido, parece que no debe haber incoherente en admitir inventarios de los bienes de cada cónyuge, o atribuciones de titularidad que no contradigan las normas del CF, por ejemplo, en el caso visto, si la atribución de la titularidad de la vivienda habitual constase como donación del otro cónyuge.

4. La «liquidación» del régimen de separación de bienes

En puridad de conceptos, en el régimen de separación no puede hablarse de liquidación del régimen en el momento de la extinción del matrimonio: de la radical interdependencia de los patrimonios de los cónyuges deriva que no sufran variaciones durante el matrimonio, ni deba liquidarse un patrimonio especial que no existe. Lo que puede ocurrir es que existan créditos y deudas recíprocos por distintos conceptos como, por ejemplo, una contribución desigual a los gastos familiares que se resolverán por vía de compensación; pero este efecto no obedece a la liquidación del régimen. Además, la extinción del matrimonio por muerte genera los llamados derechos viudales (arts. 35 y 36 CF) que no se vinculan al régimen de separación sino a la propia existencia del matrimonio ya que se incluyen el Título I del CF dedicado a los efectos del matrimonio.

4.1. La «compensación económica por razón del trabajo» (art. 41 CF)

A pesar de que no sea posible hablar de liquidación del régimen de separación, debe tenerse en cuenta la previsión del art. 41 CF, que concede el derecho a una compensación económica por el trabajo doméstico o en la empresa del otro cónyuge en caso de nulidad, separación o divorcio que es un efecto patrimonial derivado del régimen de separación.

Esta norma encaja mal en el contexto del régimen de separación de bienes ya que contradice la total incommunicación de patrimonios que le es

propia y que los arts. 37 a 40 CF quieren llevar a sus últimas consecuencias y responde al objetivo político de la reforma de la CDC mediante la Ley 8/1993, es decir, hallar un remedio a las situaciones injustas creadas por la disolución del régimen de separación absoluta de bienes en caso de que uno de los cónyuges fuera económicamente muy débil. En realidad, el tema central de la reforma era decidir si se operaba por variar el régimen legal Mixt-ABENT, I. (Comentario al art. 23 CDC en *Comentarios... op. cit.*, p. 199), la opción escogida por el Gobierno al encargarse el Proyecto a la Comisión Jurídica Assessora fue permitir la liquidación del régimen de separación de bienes del de participación en caso de nulidad, separación o divorcio. Esa idea no prosperó en el mundo jurídico, pero ayudó a comprender que debía protegerse al cónyuge económicamente más débil de las rigidas consecuencias de la separación absoluta de bienes y el instrumento fue la aparición de este derecho de compensación económica por razón del trabajo, que finalmente recoge también el CF. Por este contexto, se ve acertada la previsión legal de reducir la compensación económica a los matrimonios en régimen de separación de bienes, pues en los otros regímenes pierde su razón de ser.

4.1.1. Requisitos de la compensación económica por el trabajo: el enriquecimiento objetivo

Tal como establece el art. 41 CF, el nacimiento del derecho a la compensación depende de tres requisitos

1. Que uno de los cónyuges se haya dedicado «a la casa», es decir, haya operado por no trabajar y encargarse de las tareas domésticas o haya trabajado para el otro cónyuge y se refiera a los casos en los que uno de los cónyuges colabora en la actividad comercial, agraria o profesional del otro.
2. Que estas tareas se hayan realizado sin percibir remuneración o con remuneración insignificante. En el caso del trabajo hecho en casa, la falta de remuneración es fácil de constatar, pero presenta a la dificultad de calcular los supuestos en los que el cónyuge percibe un sueldo inferior a aquél que recibiría si fuese un extraño, o que percibe un sueldo de categoría inferior al trabajo que realiza en la empresa, por ejemplo.
3. Que como consecuencia de la dedicación a la casa o al negocio del otro cónyuge con insuficiente remuneración, se cree una situación de desigualdad entre los patrimonios de los cónyuges. El CF ha añadido un requi-

sto a esta desigualdad y es que genere enriquecimiento injusto, con lo que se desiguala antes mencionada debido a tener los elementos que caracterizan el enriquecimiento injusto: aumento en el patrimonio de uno de los cónyuges, disminución en el del otro, falta de causa y ausencia de requisito legal que excluya el enriquecimiento, como ya se ha visto puesto de relieve en la doctrina (MIR PUIG, C., «Estudi sobre el nou art. 23 i sobre el nou regim de participació en els guanys matrimonials entre cónyuges», *Miris*, 1, p. 325 y ss.; en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, P., «El régimen de la Compilación catalana en contra ORTUÑO MUÑOZ, P., «El régimen de la Compilación catalana después de la reforma de la ley 8/1993», *ibidem*, p. 394).

El tema de la pensión compensatoria ha generado una gran cantidad de resoluciones judiciales, a menudo de signo diferente, por no decir contradictorio, especialmente en las Audiencias Provinciales, donde, además, se aprecia una notable confusión terminológica. En cualquier caso, el TSJ ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de los requisitos antes vistos. Por lo que se refiere a la desigualdad patrimonial, debe observarse del análisis del patrimonio de cada cónyuge en el momento de la crisis, que se vincula al hecho de que haya habido dedicación al hogar por parte de uno de los cónyuges; se desprende el enriquecimiento injusto. El TSJ de Cataluña ha insistido en sus sentencias más recientes en la necesidad de que el enriquecimiento injusto sea objetivo, es decir, constatada la desigualdad de los patrimonios, se evidencia que obedece al hecho de que uno de los cónyuges se haya quedado en casa o trabaje por un salario inferior en la empresa del otro cónyuge; con lo que la concurrencia de los requisitos anteriores se ve simplificada. (STSJ 27-04-2000, Ponente: Vidal Andueza; STSJ 21-10-2002 Ponente: Bassols Muntada; STSJ 23 de Juny de 2003, Ponente: Drugeta Manent). Ello significa que, en línea de principio, si el hecho de que uno de los cónyuges se encargue de las tareas domésticas o trabaje en la empresa del otro cónyuge sin o con escasa remuneración no produce la desigualdad, no habrá derecho a la compensación se vea como un supuesto límite (Cfr. STSJ C 27-IV-2000, Fj. 5^o).

Por otra parte, se considera que no hay que hablar de plus aportación en función de la contribución a los gastos familiares, puesto al hecho de quedarse en casa ya beneficia directamente el otro cónyuge. Así, la idea defendida por la doctrina (SOLÉ FERRÚ, J., «La compensació econòmica per raó del treball de l'art. 41 del nou Codi de Família de Catalunya», *La llei*, 231; y PARÀ MARTÍN, A., «El derecho de compensación económica por razón del trabajo», *RJC*, 1999, 2, p. 325) de considerar la desigualdad patrimonial tiene en cuenta sólo el exceso que el cónyuge económicamente más débil

aporta después de calcular su contribución los gastos familiares (STSJ 14-04-2003 Ponente: Vidal Andreu). De esta forma, debemos entender que cuando el art. 5 CF que computa esas tareas como contribución a los gastos familiares como obligación inexcusable de ambos cónyuges, está generando un eventual derecho de crédito a favor de quien más contribuya, al margen de si el otro cónyuge tiene derecho a la compensación por el trabajo hecho en casa.

4.1.2. La renunciabilidad de la compensación del art. 41 CF

Se ha afirmado que el derecho a la compensación económica es renunciable antes de la extinción del régimen, por ejemplo como un pacto contenido en capitulaciones matrimoniales en previsión de la ruptura del matrimonio que permite el art. 15 CF; pero a mi entender, y a pesar del principio de libertad civil que informa esta materia, pensando en la relación estrecha que este precepto tiene con la protección del cónyuge económicamente más débil, la compensación es irrenunciable antes de su nacimiento, por ser un derecho futuro. Por ello, una vez sobrevinida la situación de crisis, si que podría ser renunciada en unas capitulaciones hechas en este momento, pues ya no es derecho futuro; o bien podrá el cónyuge que la tiene a su favor dejar de solicitarla.

El TSJ de Cataluña ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión (STSJ de 19 de julio de 2003; Ponente Guillem Vidal Andreu), pero la conclusión no es clara por la especificidad del fallo: se considera renunciable, de entrada, para después no dar validez al concreto pacto de renuncia por entender que no era «otra, precisa e inequívoca», según pide el art. 6.2 CC, y arguyendo falta de voluntad.

4.1.3. Determinación de la cuantía y forma de pago

El tema más confuso de esta figura es cómo se calcula la cuantía de la pensión. Coincidimos con JOU *op. cit.*, p. 204) cuando afirma que deben aplicarse las normas del régimen de participación para calcular a la desigualdad patrimonial producida, y la compensación tendría como límite la mitad del enriquecimiento del cónyuge obligado a pagar la compensación, con lo que el efecto económico sería el mismo que la liquidación según el régimen de participación, porque este tipo de módulo parece inherente al contexto de la figura. También es posible que los cónyuges hayan llegado a un acuerdo sobre la cantidad a indemnizar. Con todo, la jurisprudencia del

TSJC niega claramente esta posibilidad. Así, la STSJ de 27 de abril de 2000 (FJ 6.º) rechaza la posibilidad de calcular la cuantía en función de una participación en los bienes del otro cónyuge, por considerar que es una fórmula que desnaturaliza el régimen de separación. También se pronuncia en contra del cálculo de lo que hubiera costado pagar el trabajo realizado por el cónyuge empobrecido según criterios de mercado por su inseguridad. La solución que propone es evitar fórmulas generalistas y someter la cuantía al arbitrio judicial en función de las circunstancias del caso, solución que si bien puede parecer justa por adaptarse a cada situación concreta, es excesivamente indeterminada. Esta confusión da lugar a fallos poco reconciliables en relación a la cuantía y ofrece pocos criterios a la hora de realizar una valoración.

En definitiva, la compensación económica por razón del trabajo puede obedecer a un criterio de justicia material, pero es indiscutible que introduce un factor de comunidad en el ámbito del régimen de separación, aunque sea en un tema muy concreto.

El pago de esta pensión se regula en el art. 41.2 y se admite tanto el pago en dinero como la *dato in soluto*; puede pagarse con bienes del cónyuge deudor a su elección que configure la compensación como una obligación facultativa. También es posible su pago fraccionado en plazos que no pueden exceder de los tres años. En este caso, las cantidades a pagar meritan interés legal y puede acordarse la constitución de garantías que aseguren el cobro de todo a la cantidad indemnizatoria.

4.1.4. La compatibilidad con la pensión compensatoria del art. 84 CF

Uno de los temas más discutidos durante la vigencia de la ley 8/1993 era si la compensación económica por razón del trabajo era compatible con la pensión por descubierto del art. 97 CC en caso de separación o divorcio; y el tema se agravaba por la jurisprudencia contradictoria de las distintas Audiencia Provinciales. El CF ha resuelto este problema en el art. 41.3; de esta forma se ratifica la diferencia esencial que ya existía entre ambas instituciones:

— La pensión por descubierto, que el CF reconoce y regula en el art. 84, se debe a una expectativa de que los cónyuges pierda una situación económica determinada y que unas expectativas futuras, por lo que compensa, para el futuro, el cambio del nivel de vida que la parte más débil sufre con la crisis matrimonial.

— La compensación por razón del trabajo es propia del régimen de separación de bienes y se refiere al pasado, a la desigualdad patrimonial que ha generado el matrimonio y pretende hacer participar al conyuge en las ganancias del otro a las que ha contribuido de forma indirecta con el trabajo doméstico o mal retribuido en la empresa del otro conyuge.

El límite de la comparabilidad se halla en que el Juez debe moderar a la prima intentando en cuenta la seguridad, de forma que la compensación por razón del trabajo se tiene en cuenta a la hora de calcular la pensión por desequilibrio (art. 41.3 y 84.4 CF) y no es posible tener en cuenta para la pensión compensatoria criterios que ya han integrado la compensación por razón del trabajo (sobre la comparabilidad y sus límites cfr. STJC 27-IV-2000, FJ. 4.º).

4.2. Las especialidades procesales de los arts. 42 y 43 CF

El CF contiene dos preceptos que consagran especialidades procesales en relación con el régimen de separación de bienes al amparo del art. 149.1.6 CE, que analizaremos de forma somera.

El art. 42 CF parece que obliga a pedir la compensación económica en el primer procedimiento de crisis matrimonial. Es decir, en el supuesto más frecuente, debería pedirse la compensación económica en el procedimiento de separación judicial y no en el subsiguiente de divorcio (arts. 86, 1.2 y 3.º) y, en sentido inverso, no podía pedirse en el de divorcio si no se ha hecho ya en el de separación. A pesar de que el tenor literal del artículo incluye a esta conclusión, parece más justo interpretar, con ROCA TRIAS, (PUNIC FERRIOL, L., ROCA TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, 7ª, vol. II, *Dret de la persona i llet de família*, Barcelona, 1998, p. 354) que el artículo 42 CF se refiere a que la pensión compensatoria sólo puede pedirse en uno de los procedimientos de crisis matrimonial, ya que una vez concluida la existencia de desequilibrio patrimonial que provoca de un consentimiento injusto y concedida la indemnización, deja de existir el fundamento para una nueva compensación en el segundo proceso. La única posibilidad, como manifiesta el mismo art. 42, es que exista reconciliación (art. 84 CC) ya que este hecho acaba el procedimiento iniciado y recupera la situación de convivencia matrimonial, que puede generar nuevos síntomas de desequilibrio.

Por lo que se refiere a las sentencias de Tribunales Eclesiásticos o Decisiones Pontificias de matrimonio nulo y no consumado (art. 42.3), la com-

pensación debe pedirse en trámite de ejecución de sentencia (art. 80 CC y 954 LEC).

Por su parte, el art. 43 CF regula la posibilidad de ejercitar de forma simultánea la acción de división de la cosa común de aquellos bienes que los conyuges tengan en proindiviso, para que un único juez conozca de la extinción del régimen y de la acción de división y puedan aplicarse criterios homogéneos (en este sentido se había manifestado ya antes del CF, BAYO DELEGADO, J., «Consideracions processals a propòsit de la Llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació en matèria de rebentons patrimonials entre conyuges», *Inst. i adm.*, núm. 1, p. 357). El CF permite, además, que si son varios los bienes a dividir se consideren de forma conjunta y se proceda a su adjudicación por lotes de valor igual, de forma similar a la partición hereditaria, para evitar situaciones antieconómicas.

5. Las compras con pacto de supervivencia

Las compras con pacto de supervivencia son una institución regulada en el Codi de Família (Título II, Capítulo I, concretamente en la Sección II (arts. 44 a 47). Mediante esta figura, los conyuges en régimen económico matrimonial de separación pueden adquirir un bien por mitades indivisas pactando que la totalidad del bien pasará al superviviente. Se trata de una figura de desarrollo notarial que asume la función de beneficio vitalicio voluntario en el sistema de separación de bienes que intenta mitigar la rigidez incommutación de patrimonios que aquel supone.

Las compras con pacto de supervivencia no son una institución tradicional catalana. Su origen no se remonta más allá del último tercio del siglo XIX y se generaliza a principios de siglo, cuando la doctrina cuestiona su validez por considerar que se trata de una donación entre conyuges, aunque se destaca su aspecto de previsión. Finalmente, su reconocimiento llega al incluirse en los arts. 60 y 61 CDC.

5.1. Las compras con pacto de supervivencia y el régimen económico conyugal

Las compras con pacto de supervivencia actúan como un beneficio vital voluntario en el sentido que su eficacia supone conceder un derecho al conyuge superviviente que, en relación con el bien adquirido con el pacto, es preferido a los herederos del causante. Se trata, además, de un sistema de previsión autónoma y no de un efecto legal de la situación de viduez a

imagen de los capitulos. En este sentido, el desuso de la previsión capitular dibujaba los beneficios vitales al inicio del matrimonio, comportó la necesidad de buscar otros mecanismos de protección como este que estamos analizando.

La figura se regula por primera vez en la Compilación de 1960 y a partir de este momento queda limitada en dos aspectos: el objetivo y el sujeto. En efecto, el pacto de supervivencia podrá usarse a una comparetencia, pero también a un préstamo hipotecario o a una penumra; y a favor de cualquier comprador con independencia de que se trate de cónyuges y de cuál fuese su régimen económico conyugal. Individualizada por lo que se refiere al negocio jurídico al que se incorpora: las compras y con relación a los sujetos que pueden pactarlo, los cónyuges en régimen de separación de bienes, aparece de forma clara como un beneficiario vital. A pesar de ello, nada impedirá que al amparo de la autonomía de la voluntad se pactase la supervivencia en otro negocio o entre personas que no sean cónyuges, aunque, en este caso, las reglas que dispone el CF sólo regirán en caso de falta de previsión de los contrantes. En esta línea, al STS de Cataluña, ha considerado válido el pacto de supervivencia entre convivientes de hecho (STSJC de 13 de febrero de 2003; Ponente: Ll. Puig Ferrrol), aunque el argumento se basaba más en la asimilación entre matrimonio y pareja no casada, que en el principio de la autonomía de la voluntad; y el pacto de supervivencia que conlleva a una penumra (STSJ de 17 de marzo de 2003; Ponente: Ll. Puig Ferrrol). La verdad es que lo que destaca del pacto es este juego de la supervivencia, a modo de pacto aleatorio de previsión que no debe limitarse al ámbito del matrimonio, y mucho menos al del régimen de separación de bienes.

En este sentido, la nota más destacable de la figura en estudio es su aspecto de previsión o beneficio vital, más que el hecho de que se trate de un negocio entre cónyuges. Que la institución en estudio sea un beneficio vital no implica, necesariamente, que sólo sea operativa en un régimen económico concreto, el de separación de bienes, aunque el CF así lo presenta. Tal como ya se pone de manifiesto en el título del Capítulo donde se inserta esta figura (Título II. El régimen económico matrimonial. Capítulo I. El régimen de separación de bienes) las compras con pacto de supervivencia) el CF vincula de forma estrecha esta figura al régimen legal supletorio. En contra, la Compilación de 1960 le otorgaba un capítulo propio y se ofrecía como complemento a cualquier régimen. Optamos que la actual sistemática es demasiado parcial ya que, a pesar de convenir perfectamente al régimen de separación, nada parece impedir que sea operativo en el régimen de

participación que, durante el matrimonio, funciona como un régimen de separación, por lo que la eficacia del pacto de supervivencia en el momento de la muerte de uno de los cónyuges se suma al efecto compensatorio inherente al crédito de participación, posibilidad que admite el propio art. 48.2 CF. Por lo que se refiere a los sistemas de comunidad, su eficacia es más reducida, pero sigue distinguiéndose por la posibilidad de que el cónyuge superviviente adquiera la totalidad de un bien. Por todas estas razones, parece preferible que se hubiese mantenido en un capítulo autónomo.

La nueva sistemática no significa, sin embargo, que el pacto de supervivencia no pueda pactarse por matrimonios con régimen distinto al de separación, aunque en estos casos, deberá compaginarse los efectos del pacto a la muerte de uno de los cónyuges con la liquidación del régimen económico.

5.2. Configuración legal

El pacto de supervivencia no es una figura nueva, aunque sí lo es su vinculación a una adquisición por mitades. El pacto proviene de una antigua convención capitular que hemos dado en llamar pacto capitular de supervivencia, consistente en la promesa recíproca de una determinada cantidad que se hará efectiva a favor del superviviente. Ese pacto es un beneficio vital típico de estructura familiar nacida de las capitulaciones matrimoniales que, debidamente transformado, pasa al texto compilado y, finalmente, a los arts. 44 a 47 CF.

Consideramos, pues, que la figura recogida en el art. 44 CF está integrada por dos elementos perfectamente diferenciados, cuya reunión conforma esta especial figura jurídica: existe un primer negocio entre vendedor y comprador, que calificamos como compraventa ordinaria, que genera una situación de copropiedad entre los cónyuges y un segundo acuerdo entre los compradores en virtud del cual la propiedad del bien adquirido por mitades indivisas pasará al cónyuge superviviente; es el llamado pacto de supervivencia.

5.3. El pacto de supervivencia

El pacto de supervivencia ha de pactarse expresamente en el momento de la adquisición del bien por mitades, y a partir de ese momento aparece como una convención entre los esposos que modifica la destinación de la copropiedad generada entre ellos por la adquisición conyugal, directa-

mente condicionada a la situación de supervivencia. Se trata de un negocio bilateral, patrimonial y de disposición en virtud del que cada cónyuge cede al otro su mitad indivisa del bien en caso de premortu, a cambio de recibir la parte del otro si sobrevive. Consideramos que es un negocio de disposición, ya que no existe una mera obligación de transmitir sino efectiva deposición a favor del otro, aunque sometida a un doble juego de condiciones.

Es precisamente este último dato que hemos destacado el que permite afirmar que en el pacto de supervivencia existe un elemento que escapa a la rigida contraprestación de los actos o contratos comutativos: cada cónyuge paga la mitad del precio del bien adquirido y puede llegar a ser propietario del todo, y de la misma forma acepta el riesgo de perderlo todo. Por ello, antes de producirse la situación de supervivencia, las expectativas de cada parte son opuestas y parece inevitable caracterizar este negocio como alatorno. En efecto, cada cónyuge cede la parte indivisa del bien si premuere, suceso incierto; a cambio de la posibilidad de obtener la totalidad del bien si premuere el otro cónyuge. Como sólo existen dos partes contractuales, la premortuena se puede cumplir sólo respecto de una de las disposiciones, y es este dato el que destaca la Compilación que se fija sólo en el resultado final: solamente una de las atribuciones patrimoniales podrá llegar a ser posible de forma que la permanencia de uno de los cónyuges hace que su mitad pase al superviviente que se convierte en titular único de la totalidad.

El pacto de supervivencia no es un negocio *meriti causa*, sino que pertenece al tipo de los negocios inter vivos cuya eficacia se produce después de la muerte de los sujetos. No es *meriti causa* porque su eficacia no es la obtención de un determinado derecho patrimonial en la herencia del premuerto, sino un pacto que retira del poder dispositivo de cada cónyuge un determinado bien que será del otro cónyuge si sobrevive; lo que se difiere al momento de la muerte es la eficacia del pacto.

Hemos calificado el pacto de supervivencia como negocio alatorno, lo que significa que es un acto a título oneroso, sin embargo, aparece confundido en el texto legal con elementos que producen una grave distorsión en su funcionamiento, ya que la participación del premuerto de compra a efectos del cálculo de la legítima y es necesario imputarle en pago de la cuota viudal (art. 44,3 CF). Esta regulación desconoce la esencia del pacto y demerita su importancia como beneficio viudal. En realidad, el CF lo configura en este aspecto como una donación, cuando, en realidad, no existe *animus donandi* sino el juego alatorno de la supervivencia.

El régimen de separación de bienes

153

5.4. La adquisición conjunta de los bienes: reglas de la copropiedad creada

Las compras con pacto de supervivencia son una institución nueva, pero no lo es en absoluto el hecho de que los cónyuges compran bienes por mitades indivisas, ya que es una institución tradicional que crea una comunidad de intereses al lado de la rigida separación el régimen económico. Esta práctica aparece pues reforzada cuando el sistema dotal cae en desuso y la separación de bienes se revela como absoluta.

La comunidad que forma la adquisición conjunta es de tipo romano o por cuotas; y el hecho de añadir a la compra el pacto de supervivencia no varía el sistema de copropiedad. Así, el art. 44,1 CF establece que los cónyuges adquieren el bien conjuntamente y por mitad, de forma que la cuota, signo inequívoco de la comunidad romana, aparece desde el momento de la adquisición y cada cónyuge es propietario de la mitad del bien ya que, por deseo legal, las cuotas deben ser iguales.

En este punto es necesario destacar que los problemas acerca de la procedencia del precio deben solucionarse según las normas propias del régimen de separación de bienes (arts. 39 y 40 CF) y, como se ha expuesto anteriormente, sin que el hecho de que la contraprestación proceda del otro cónyuge varíe el criterio que se deduce de la unidad formal.

La normativa que el art. 44,2 CF contiene acerca del funcionamiento de la copropiedad es parcial y deja sin resolver una parte importante de las cuestiones que genera cualquier copropiedad y que deberemos solucionar cuando presente que se trata de una comunidad romana en la que la cuota es el módulo de la facultad de goce individual y de la percepción de utilidades (ver art. 393 CO). La cuota también permite en el ámbito de la actuación colectiva, administrar el bien según reglas democráticas (ver art. 398 CO). En este aspecto, aunque los actos de administración exigen sólo el acuerdo de la mayoría de los comuneros, al existir sólo dos sujetos, los acuerdos precisaran el acuerdo de ambos, de forma que en la práctica pedirá la unanimidad. Finalmente, la cuota determinará el ámbito del poder de disposición autónomo de cada cónyuge. En efecto, tal como establece el art. 44,2,3 CF, los actos de disposición sobre la cosa común precisan el acuerdo de todos los titulares y este artículo es la manifestación típica del *ius prohibendi* de la comunidad romana que exige la unanimidad en relación a los actos de disposición el derecho para evitar la extirpación en los poderes que confiere la cuota a su titular. La finalidad de la norma es evitar actos unilaterales de disposición de la cosa que atencan contra los demás copropietarios, en este caso, del otro cónyuge.

A pesar de lo ya expuesto, la cuota no confiere al titular todos los derechos que son típicos de la comunidad romana para adaptar el régimen de copropiedad a la existencia del pacto de supervivencia. Así, el art. 44.2 CF prohíbe la enajenación de la cuota y obliga a mantener la indivisión de la cosa común. La imposibilidad de transmitir la cuota no es una señal de que esta no exista y de que existamos ante una comunidad germanica, sino que es una modificación del régimen jurídico de la comunidad romana para evitar que una de las cuotas pase a un tercero, caso en el cual deja de ser un beneficio vital protegido por la ley. En este sentido, la eficacia del pacto de supervivencia se vincula de forma necesaria al hecho de que los sujetos sean cónyuges, como descartaremos más adelante.

Por otra parte, si bien es cierto que la división de la cosa común es un principio esencial de la comunidad romana, en este caso, la indivisión forzosa pretende mantener la eficacia del pacto, ya que la división del bien en copropiedad haría imposible que la totalidad del bien pase al superviviente. La división de la cosa vendría a ser un supuesto de renuncia unilateral que el art. 46.1.a CF no admite, pues significaría que una decisión exclusivamente propia hace cesar las expectativas ajenas.

En definitiva, las especialidades al régimen normal de funcionamiento y disposición de la copropiedad están establecidas legalmente. Tales previsiones intentan evitar que se vulnere la eficacia del pacto y se formen después de haber operado claramente por una copropiedad por cuotas. Su finalidad última es mantener la eficacia de beneficio vital voluntario que tienen las compas con pacto de supervivencia.

5.5. Las causas de extinción del pacto de supervivencia

La idea de la comunidad por cuotas se hace aún más evidente al observar la regulación de las causas de ineficacia del pacto, ya que ésta determina que la comunidad pase a ser en proindiviso ordinario por el hecho de haber cesado las circunstancias que justificaban el régimen especial del art. 44.2 CF, aunque se permite que las partes hayan establecido otro régimen de comunidad para el supuesto de la ineficacia sobrevenida.

La primera causa de ineficacia es la propia voluntad de las partes ya sea como mero diseño (art. 46.1.a CF), es decir, por el acuerdo concertado al inicial, o bien por renuncia unilateral del superviviente, es decir, una vez se conoce quien ha sido el beneficiario. En este caso, el renunciante extinguirá el derecho nacido del juego aleatorio y la mitad indivisa del bien no se separará de la masa hereditaria del premuero (art. 46.1.b CF).

También son causas de ineficacia aquellas situaciones que inciden en el supuesto de hecho impidiendo la condición de cónyuge superviviente. En este sentido, el pacto deviene inútil en el caso de comarcentencia (art. 33 CC) porque falla la condición de la premonición de uno de ellos y, por no haber transmisión de derechos entre ellos, cada mitad indivisa se mantiene en el patrimonio originario. Otro supuesto, específicamente previsto en el CF, es el caso en el que los sujetos dejan de ostentar la calidad de cónyuges por nulidad matrimonial o divorcio (art. 46.1.c CF) a las que la ley amplía el caso de separación judicial que, si bien mantiene el vínculo y la calidad de cónyuge, falta el elemento de la convivencia y decae la consideración del pacto de supervivencia como beneficio vital que ya no responde a la finalidad inicial.

Es una novedad del Cofi de Familia determinar que la ineficacia del pacto en caso de separación de hecho por la misma razón que la separación judicial. Sin embargo, este supuesto plantea importantes problemas de prueba, ya que la ley se limita a exigir acreditación «efectiva» de la separación de hecho, pero no impone un plazo mínimo en la ruptura de la convivencia como en otros casos (cfr. 52.a CF).

También es causa de extinción la adjudicación de la mitad de uno de los cónyuges por sus deudas ya sea en un procedimiento de embargo o dentro de un proceso concursal, pero este tema merece un comentario especial en el epígrafe siguiente.

De lo expuesto puede deducirse que la eficacia del pacto de supervivencia depende de la triple condición de cónyuge, coexistir y superviviente, si alguna de las condiciones no se cumple el pacto deviene ineficaz.

El CF hace referencia a otra causa de ineficacia que opera al margen del funcionamiento propio de la institución. Nos referimos a la ineficacia originada por el hecho de que alguno de los cónyuges haya otorgado herencia a favor de los contrayentes o bien puro a favor de los hijos; (art. 45 CF) y el heredamiento sea eficaz en el momento de su muerte. El primer tipo se refiere a los heredamientos que los contrayentes hayan otorgado a favor de terceros contrayentes y se considera incompatible con cualquier de sus modalidades —simple (art. 79 CS), cumulativo (art. 84.1 CS) o mixto (art. 84.2 CS)—. La limitación se entiende porque este tipo de heredamiento representa un pacto sucesorio que confiere al instituido —heredado— la calidad de heredero con carácter irrevocable y determina el destino de todos los bienes en el momento de la muerte, por lo que el pacto de supervivencia interfiere en la eficacia del heredamiento. Por lo que se refiere al heredamiento puro a favor de los hijos, atribuye un derecho directo a la suce-

sión (art. 92 CSJ), por lo que la expansividad del título de heredero impide la eficacia del pacto de supervivencia.

5.6. *Las compras con pacto de supervivencia y los derechos de los acreedores: embargo y concurso de acreedores*

Para acabar con el estudio de esta institución, debemos referirnos a los problemas de la eficacia del pacto frente a los acreedores cuando uno de los compradores resulta deudor. En estos casos, se ha optado por hacer primar los intereses de los acreedores ante las expectativas del cónyuge no deudor que pudiera resultar superviviente. En efecto, en primer lugar la Ley 3/1993, que modificó la CDC en este tema, reguló qué pasaba en el caso de embargo de la cuota de bien adquirido con este pacto, que hoy se recoge en los arts. 44 a 46 CF; y la Ley concursal reguló ahora también las consecuencias de la declaración en concurso de uno de los cónyuges (art. 78.3). Analizaremos por separado los dos temas propuestos.

5.6.1. Embargo sobre el bien adquirido con pacto de supervivencia

El primer problema a resolver fue si el pacto podía pervivir en caso de embargo de la mitad indivisa de uno de los cónyuges: la regulación de las compras con pacto de supervivencia de la CDC antes de la reforma de 1993 (arts. 61 y 62) no se pronunciaba acerca de la posibilidad y las consecuencias del embargo de una mitad indivisa de uno de los cónyuges en la eficacia del pacto. La doctrina estaba dividida y la jurisprudencia, en algunos casos, había mantenido la eficacia del pacto y la necesidad de conlugar la comunidad entre cónyuges no deudor y tercero remanente a la espera de saber quien era el beneficiado por el pacto, lo cual suponía desconocer por completo el contenido de las compras con pacto de supervivencia (STJC 14/11/1990).

El CF, como ya antes la Ley 8/1993 de modificación de la CDC, se pronuncia sobre el tema y decide permitir el embargo del derecho de uno de los cónyuges sin distinguir el origen de las deudas (art. 47 CF), por lo que el embargo puede estar motivado bien por una deuda propia o por una deuda familiar de la que los dos cónyuges responden de forma solidaria (art. 10 CF).

El embargo se trata sobre el derecho del cónyuge, es decir, su mitad indivisa, que es el derecho existente en el momento del embargo. La adjudicación del bien a un tercero determina la ineficacia del pacto, por lo que el

tercero no cónyuge entra en la comunidad pero no tiene la expectativa de poder adquirir la totalidad del bien por el juego de la supervivencia (art. 76.d CF). Se ha planteado si esta solución no conculca los derechos del cónyuge no deudor, que pueda incluso verse perjudicado por un acreedor fraudulento ante el cónyuge deudor y el acreedor para forzar la ineficacia del pacto. También se ha sugerido la posibilidad de evitar la ineficacia del pacto adoptando una solución similar a la que el art. 210.2 CS prevé en el caso de devencimiento de la cuota de bien con pacto de supervivencia y remanente de deudas del fiduciario, que permite ejecutar sobre los frutos y rentas que le correspondan, o la venta del bien con sujeción del gravamen, a elección del acreedor (PUIG FERRO, L., «La protección del crédito penjudicant en el derecho familiar catalán», *Materiales de las VIII Jornades de Dret català a Tarrà*, Valencia, 1996, p. 353). En todo caso, esta norma es de protección de acreedores y puede resultar perjudicada en el concurso del pacto de supervivencia donde las rentas pueden haberse dedicado al sostenimiento de las cargas familiares, de las que responden solidariamente ambos cónyuges y, en última instancia, no evita la corresponsabilidad entre el cónyuge no deudor y el tercero remanente.

Para garantizar el derecho del cónyuge no embargado, el art. 47.2 CF establece la necesidad de que le sea notificado el embargo para que pueda actuar si lo considera necesario.

5.6.2. La declaración de concurso de uno de los cónyuges

La Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal -LCon- afronta directamente este tema en el art. 78.3, y, en primer lugar, cabe discutir la bondad de que un precepto así se contenga en la ley concursal, ya que, a pesar de ser ésta desarrollada en cumplimiento de la competencia en derecho mercantil reservada al Estado, es evidente que regulación de este tipo de previsiones afecta directamente a una institución de derecho civil, en la que Cataluña tiene competencia exclusiva, de esta forma, la LCon será aplicable en Cataluña siempre y cuando no atente a los principios que inspiran la regulación de esta figura en el CF (ex art. 111.2.1 CC Catalán). Pero el problema es más de planteamiento que de regulación, como veremos al concluir este epígrafe.

La LCon trata dos temas: indica qué es lo que se integra en la masa activa del concurso y ofrece al cónyuge no deudor la posibilidad de renunciar al pacto. En cambio, no se pronuncia sobre su efectividad. Por lo que se refiere al primer tema, la LCon CF indica que tales bienes se considerarían divisibles. La expresión de la ley quizás participe de la lógica concursal,

pero es poco adecuada en el contexto de la instrucción que estamos tratando. Obviamente, no concuerda la prohibición de dividir los bienes mientras el pacto esté pendiente del art. 44.2.c CF porque esta norma sólo impide que los cónyuges ejerzan la *actio communis dividendi*; en realidad, los bienes continúan siendo divisibles por naturaleza o por decisión de la ley, como en este caso. Pero es que además, la norma no dice que se dividan, sino que se *consideren divididos*, es decir, en la reintegración de la masa activa del concurso, sólo puede considerarse del deudor la mitad de tales bienes. Por ello, y a pesar de la literalidad del precepto, entendemos que esta norma participa de la misma lógica que la respuesta en el caso del embargo: lo que es susceptible de integrarse en la masa activa es el derecho que actualmente enfrenta el cónyuge deudor, que es la mitad indivisa de la propiedad. Con todo, esta conclusión ya se obtiene con la aplicación directa del art. 76 LCon, pues tal cuota integra el patrimonio del deudor; lo que aparta de nuevo el art. 76.3 es que la existencia del pacto no lo sustrae de la responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), que se hace efectiva en la cuota, pero la expectativa de la supervivencia queda fuera de la masa activa.

El hecho de que la cuota del cónyuge deudor entre en la masa activa no significa, sin embargo, que ello lleve a la ineficacia del pacto, ni este resultado puede obtenerse del art. 76.3 LCon. La integración en la masa pasiva responde a la eficacia del pacto mientras no se llegue a una solución en el concurso, pues la masa activa está afectada a la finalidad concursal. Pero la ineficacia del pacto, por identidad de razón con el caso del embargo de mitad indivisa, sólo puede tener lugar cuando el concursado entre en fase de liquidación y el bien se adjudique a un tercero: es esa adjudicación y no la integración en la masa pasiva la causa de ineficacia, pues aquello que produce grave disensión en la figura es que un tercero pueda acceder al beneficio patrimonial que supone la expectativa de que se cumpla la supervivencia a favor del cónyuge deudor. Por ello, si el concurso acaba en convenio y el bien no sale del patrimonio del deudor, acabado el concurso, se recupera la posible eficacia del pacto. Nos parece que sólo una interpretación en esta línea respeta la función de las compras con pacto de supervivencia y hace comprensible el texto concursal sin vulnerar el derecho civil catalán.

Sin embargo, es cierto que este planteamiento es arriesgado, pues es muy posible que el bien desaparezca durante el proceso de concurso. Precisamente por ello, la LCon le concede al cónyuge no deudor un derecho de adquisición preferente, a modo de una opción de compra legal, sobre la mitad indivisa del bien, y este es el segundo elemento nominativo que debe

describirse del art. 76.3 LCon. Si el cónyuge utiliza este derecho, se entenderá que renuncia al pacto, prefiere no arriesgarse a perder la expectativa de derecho si el bien se vende en el proceso concursal. Si el bien es la vivienda familiar, el precio de esta adquisición viene notablemente firmado porque la ley establece un módulo de cálculo especial: el valor de adquisición, incrementado con el IPC específico, que puede dar un valor, en la coyuntura inmobiliaria actual, notablemente inferior al de mercado, a favor del cónyuge no deudor.

Bibliografía

- AAVY, *Manerís de les VIII Jornades de Dret Català a Tossa*, Valencia.
- ABELL CANOVY, J. M., «Algunas reflexiones en torno al embargo de bienes adquiridos con pacto de supervivencia», *La Noticia*, 1999, núm. 9, pp. 13 a 50.
- ARNAU RAVENÓS, L., «Les adquisicions amb pacte de supervivència en la llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal», *Revista catalana de Dret privat*, 2004-4, p. 121 y ss.
- BARCEL VIGNALS, I., *La compra-venta amb pacte de supervivència*, Barcelona, 1992.
- BAYO DELGADO, J., «Consideracions processals a propòsit de la Llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges», *Revista catalana de Dret privat*, 1993, núm. 1, pp. 355 a 375.
- DOMÍNGUEZ LOPEMO, A., «Comentari a l'article 76», en SÁNCHEZ-CALERO Y GUILARTE GUTIÉRREZ, J., *Comentarios a la legislación concursal*, T. II, Valladolid, 2004, pp. 1579 y ss.
- FERRÓS AMORÓS, E., «Comparaes amb pacte de supervivència i unions estables de parella», núm. 1/2004, *Papers de treball de Dret Català*, núm. 10, <http://www.indret.com>.
- JOU MARCABET, L., «Comentari a l'art. 23 CDC», en AAVY, *Comentarios a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Barcelona, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 1995, pp. 198 a 206.
- MACCÓ MOLINA, J., «Comentari a los arts. 44 y 45», en EGCA FERNÁNDEZ, J., FERRER REBA, J. (Coord.), *Comentarios al Código de Familia, a la ley 7 uniones estables de pareja, i a la ley de sinistros conyugales*, Madrid, 2002, pp. 261 y ss.
- MIR PUIG, C., «Nota sobre el nou art. 23 i sobre el nou règim de participació en els guanys introduïts per la llei de modificació de la CDC en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges», *Jurít.*, 1, p. 325 a 355.

- MIRAMBELL ABANCÓ, A., «Comentario a los arts. 49 y 50 CDC» en AAVV, *Comentarios a la modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges*, Barcelona, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 1995, pp. 181 a 205.
- ORTUÑO MUÑOZ, P., «El régimen de la Compilación catalana después de la reforma de la ley 8/1993», *Iuris*, 1, pp. 377 a 400.
- PARA MARTÍN, A., «El derecho de compensación económica por razón del trabajo», *RJC*, 1999, 2, pp. 313 a 350.
- PUIG FERKICL, L., «La protecció del crèdit perjudicat en el dret familiar català», *Materials de les VIII jornades de Dret català a Tossa*, Valencia, 1996, pp. 307 a 356.

CAPÍTULO 8

El régimen de participación en las ganancias

Carlos J. MALUQUER DE MOTES BERNET
*Catedrático de Derecho Civil
 Universitat de Barcelona*

1. El régimen de participación

El régimen de separación de bienes comportó siempre la consideración de que constituía un régimen excesivamente cerrado en el que se destacaba en exceso la separación absoluta de bienes entre los cónyuges. Por ello, siempre se consideró que era necesario proceder a la creación de un sistema correctivo que mitigara la dureza de una falta de comunicación tan tajante entre los patrimonios de los cónyuges. Con esta idea, surgió la consideración de hacer participar recíprocamente a los cónyuges en las ganancias producidas en sus respectivos patrimonios creando un régimen que pudiera ser establecido por los cónyuges por medio de pacto.

Con esta finalidad se estableció en la ley 8/1993, de 30 de septiembre, que modificaba la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, un nuevo régimen económico denominado participación en las ganancias, estructurado en tres apartados importantes, a saber: el primero, que contempla las disposiciones generales del régimen; el segundo, que se refiere a las normas relativas a la liquidación del mismo y la correspondiente determinación de las ganancias, y el tercero, que se refiere al pago del crédito de participación.

Con este mismo sentido se contempla en el CF, en sus artículos 48 a 60, y en los arts. 1411 a 1434 del CC, no pudiendo ser considerado como un nuevo régimen matrimonial sino más bien que se trata de un sistema de liquidación final con una finalidad de servir de corrector del régimen de separación absoluta. No se liquida, ni como un régimen de comunidad por el hecho de distribuirse las ganancias obtenidas (PEÑA BERNALDO DE

Carlos J. Maluquer de Motes
Catedrático de Derecho Civil
Coordinador

DERECHO DE FAMILIA

Análisis desde el derecho catalán

2.ª EDICIÓN

[BOSCH]

Barcelona, 2005

