

La práctica francesa del pacto de tontina entre coadquirentes: utilidad y posibilidad (1)

SUMARIO: \. LA TONTINA.—2. LA COMPRAVENTA CON PACTO DE TONTÍN: a) CONFIGURACIÓN DE LA CLÁUSULA POR EL JUEGO DE CONDICIONES, SUSPENSIVA Y RESOLUTORIA; b) LA COMUNIDAD *PENDENTE CONDITIONE*.—3. CAUSA DE LA ATRIBUCIÓN PATRIMONIAL Y NATURALEZA DEL PACTO.—4. POSIBILIDAD EN DERECHO ESPAÑOL: a) POSIBILIDAD EN DERECHO CIVIL COMÚN; b) REFERENCIA AL PACTO DE SOBREVIVENCIA CATALÁN.—5. UTILIDAD.

Entre las preocupaciones de los convivientes *more uxorio*, y también entre las de otras personas, ligadas por singulares lazos de solidaridad, pero de cuya comunidad de vida no surge o no puede surgir una comunidad patrimonial al modo ganancial, ni especiales derechos sucesorios derivados de la convivencia (2), la de beneficiar al sobreviviente, sea uno u otro, asegurándole ciertas atribuciones patrimoniales o ciertos derechos, al tiempo de la primera muerte, es una de las principales. Y tal preocupación se residencia, fundamentalmente, en la conservación de la vivienda (3).

El problema, para los convivientes *more uxorio*, en el supuesto de que la vivienda esté arrendada por uno de ellos, ha sido resuelto, entre nosotros, por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, con la concesión, al supérstite, del derecho de subrogación (art. 16.1.b). Sin embargo, el problema subsiste con relación a la vivienda que es propiedad exclusiva del premuerto con anterioridad a la unión, porque, en el Código Civil no hay derechos suceso-

(1) Este trabajo lo ofrecí al profesor DIEZ-PICAZO, en su homenaje: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, IV, Madrid, 2003.

(2) Casos como los que la legislación catalana ha denominado «situación convivencial de ayuda mutua» (situación contemplada por la Ley catalana 19/1998). Supuestos como el de convivencia de hermanos a lo largo de toda su vida.

(3) También en la del inmueble destinado a la actividad profesional.

rios entre los convivientes (sean *more uxorio* o no) (4); y respecto a la vivienda que haya sido adquirida por uno, constante la unión, porque no existe norma, como la del artículo 1.361 del Código Civil, que permita presumirla común de la pareja; y con relación a la vivienda que haya sido adquirida por los dos, porque la comunidad que resulta es ordinaria, sobre la vivienda concreta, y, tras la muerte de uno, no hay liquidación de un patrimonio común con posibilidad de adjudicarse la vivienda al sobreviviente, en virtud de una atribución preferencial como la del artículo 1.406 del Código Civil (5).

La solución pasa, evidentemente, en los casos de propiedad o de adquisición individual, por la previsión testamentaria, y con respeto a la legítima que pueda existir. Pero, en el caso de la adquisición conjunta, además de la disposición testamentaria, pueden hacerse otras previsiones, que ofrecen a cada coadquirente, además, la seguridad (que no ofrece el testamento, por su carácter revocable) de conservar el inmueble a la muerte del otro.

Una de ellas es la compra del inmueble conjuntamente con los legitimarios; adquiriendo, éstos, la nuda propiedad y, los convivientes, el usufructo, sin necesidad de hacer más previsiones, pues siendo naturalmente vitalicio el usufructo (art. 513.1 del Código Civil), a la muerte del primer conviviente, se produce acrecimiento del usufructo a favor del sobreviviente, sin que su cuota entre a formar parte del caudal hereditario. Pero esta solución, que suele darse entre los cónyuges y sus hijos comunes, sirve en la práctica, únicamente para los convivientes *more uxorio* que tengan descendencia y la tengan común, pero no para el resto de los supuestos.

Junto a esta posibilidad (y otras que ofrece la «ingeniería» patrimonial) (6), puede explorarse una previsión que es corriente en Francia, entre los convi-

(4) Otra cosa sucede en algunos Derechos territoriales. Así, en Cataluña, el conviviente sobreviviente tiene un derecho, que no es propiamente sucesorio, semejante al año de viudedad del artículo 36 del Código de Familia (art. 18.2 de la Ley de Uniones Estables de Pareja); y, si la unión estable es homosexual, existe llamamiento a la sucesión intestada del conviviente premuerto, que, en defecto de descendientes, ascendientes o colaterales privilegiados, alcanzará a la totalidad de la herencia (art. 34). En Aragón, el conviviente supérstite tiene derecho a residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año (art. 9 de la Ley de Parejas Estables no Casadas). Y en Navarra, el conviviente sobreviviente tiene en la actualidad (tras la reforma introducida por la Ley 6/2000) los mismos derechos que el cónyuge viudo: usufructo de fidelidad y derecho a la sucesión intestada (leyes 253 y 304.5 del Fuero Nuevo).

(5) Por el contrario, al ingresar en dicha comunidad los herederos, la única posibilidad que el sobreviviente tiene es la de comprar la cuota de éstos, si ellos quieren, porque en su mano tienen, ante la indivisibilidad material de la vivienda, provocar la subasta del bien.

(6) Para un estudio sobre los actos dispositivos que pretenden ordenar en vida del disponente determinadas atribuciones patrimoniales por cauces distintos al testamento, estipulación a pacto sucesorio, vid.: ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Negocios atributivos post mortem*, Barcelona, 1998.

vientes (7), además de entre los esposos, que es el pacto de tontina incorporado a la compraventa del inmueble; práctica que no existe en España, y que tampoco ha interesado a nuestra doctrina, aunque su empleo tiene, en nuestro sistema, la misma posibilidad —desde luego, la misma dificultad— y la misma utilidad que en el francés.

1. LA TONTINA

En efecto, la *tontine* (*pacte de tontine, clause tontinière o clause d'accroissement*) (8), es un medio empleado por la práctica notarial francesa para permitir al concubino sobreviviente conservar la vivienda objeto de la adquisición, pues el bien sometido a tontina es transferido al beneficiario de la cláusula sin que tenga que transitar por la masa hereditaria del premuerto.

Esta tontina es una subespecie de la operación ideada en el siglo XVII por el banquero napolitano LORENZO TONTI (1630-1695) (9), sobre el precedente de los *monti delle doti*, como instrumento de financiación del Estado francés en tiempos de Mazarino. Consistía en un fondo común formado por las contribuciones de varios suscriptores que, mediante su aportación, adquirirían el derecho a una renta anual vitalicia (garantizada por el Estado), aplazada a un cierto término y pagadera sólo a los sobrevivientes dentro de ese plazo. Desde ese momento, a la muerte de cada partícipe, su parte era adquirida proporcionalmente por los restantes, incrementando su renta, hasta que, muerto el último beneficiario, cesaba la obligación del Estado, que desde el principio había dispuesto del capital. Los primeros proyectos de tontina real fueron

(7) La posibilidad de establecer entre los convivientes un *pacte civil de solidante* (PACS), introducida en el *Code Civil* (arts. 515-1 a 515-7) por la Ley núm. 99-944, de 15 de noviembre de 1999, no modifica el interés de esta práctica porque el referido pacto no puede servir encauzar una transmisión de bienes *monis causa* (DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., «Pacs et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* [2001], núm. 3, pág. 539).

(8) Sobre esta práctica, vid.: AA.VV., «84.º Congrès des Notaires de France», en *La Baule*, 1988, págs. 403 y sigs.; DELMAS SAINT-HILAIRE, P., «Variations sur le pacte tontinier», en *Droit & Patrimoine* (1998), págs. 52 y sigs.; MORIN, M., «La clause d'accroissement», en *Recueil Dalloz-Sirey* (1971), *chronique*, 55; DAGOT, «L'acquisition faite au profit du survivant des acquéreurs», en *Jurisclasseur périodique* (1972), I, pág. 2442; GOULLETQUER et TALÓN, «Le pacte tontinaire», en *Gazette du Palais* (1981) I, *doctr.*, 318; HENRY, M., «Une pratique critiquable; la clause d'accroissement en fraude du régime matrimonial», en *Jurisclasseur périodique, édition notariale* (1987), I, pág. 415.

(9) Sobre TONTI: TORRIANI, T., *Lorenzo Tonti geniale avventuriero italiano del Seicento*, Verona, s.d.; RATTI, «Lorenzo Tonti», en *Enciclopedia Italiana Treccani*, vol. XXXIII, 1950, pág. 1053; BAUCHY, J. H., «De Tonti aux tontines», en *Jurisclasseur périodique, édition notariale* (1994), I, pág. 368 y sigs.

de 1653 y 1656 (10). En 1689 se crea una nueva tontina, destinada a financiar las guerras que marcaron el final del reinado de Luis XIV, y que no se extinguió hasta 1796, con la muerte de una viuda, a la edad de noventa y seis años, que disfrutaba, al momento de su muerte, de una renta anual de 73.000 francos. Las tontinas reales se sucedieron en Francia hasta 1770, en que fueron suprimidas y convertidas, las existentes, en rentas puramente vitalicias. La Revolución acabó de quebrar, por un tiempo, la expansión de la institución, que volvió bajo diversas formas, desconectadas ya de la financiación del erario público, sobre la base de un contrato que tiene por objeto la puesta en común de un fondo, destinado a ser distribuido entre los partícipes sobrevivientes o atribuido al último de ellos (11).

La originaria operación derivó en otras que, participando de su esencia, tenían finalidad diversa: la denominada combinación tontina sobre la vida para auxilios a la vejez, a que se refiere el Código de Comercio, en su artículo 124; una forma particular de ahorro y de crédito, también llamada «tontina», que se emplea en la actualidad en los países en desarrollo, especialmente en África y en Asia, sobre la base de la formación de un fondo común del que se benefician los partícipes (12); la cláusula que puede insertarse en el contrato de sociedad por la que se prevé la continuación de la sociedad tras la muerte de un socio con los sobrevivientes (cláusula de continuación) sin liquidar a los causahabientes del socio difunto su parte en el fondo social (cláusula

(10) La fórmula se extendió a otros países: Holanda (1671), Inglaterra (1692) y Prusia (1698).

(11) Sobre el origen y la evolución de la tontina: CUILLERON, M., «Une institution hybride: la tontine», en *Revue historique de Droit français et étranger*, LXXI-2 (1993), págs. 185 a 209; DE SANTIS, G., «Tontine», en *// Digesto Italiano*, vol. XXIII-1.^a, págs. 1555 a 1565; DI RENZO, F., «Tontine», en *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, págs. 408 y sigs.

(12) «La forme la plus elementaire de la tontine consiste en une formule mixte d'épargne et de credit qui fonctionne comme suit. Les participants versent regulierement des cotisations de montant fixe a un fonds commun qui est distribue tour a tour a chacun des membres, designe en general par tirage au sort. Quand chaque membre a recu le fonds une fois, le cycle doit normalement recommencer. Il faut noter que le premier membre a recevoir le fonds beneficie d'un pret sans interet, tandis que le dernier a le recevoir epargne tout au long du cycle sans etre remunere (voire meme un taux d'interet negatif si l'inflation est forte) pour toucher a la fin le meme montant qu'il aurait accumule en epargnant regulierement a titre individuel. Les autres membres se trouvent, selon leur rang d'acces au fonds, en position de debiteur ou de creditur: leur participation leur permet neanmoins de benefier de la somme totale plutot que s'ils avaient epargne par eux-memes»; estas tontinas pueden ser «mutuelles» o «financieras» (tomado de la página web que mantiene, bajo la denominación «Les tontines dans les pays en developpement», M. MATTHIEU GASSE-HELLIO (<http://www.gdrc.org/icm/french/matthieu/contents.html>). Dentro de la amplia bibliografía que ofrece: LELART, M., «Les informalite financieres: le phenomene tontinier», en J.-L. LESPEDES, *Les pratiques juridiques, économiques et sociales informelles*, Paris, 1991, págs. 249-267; ADAMS, D. W., et FITCHETT, D. A., *Finance informelle dans les pays en developpement*, Lyon, 1994.

íontina), la cual acrece a las de los demás socios (13); o, en fin, el pacto de tontina incorporado a la compraventa, que es de lo que tratamos aquí.

2. LA COMPRAVENTA CON PACTO DE TONTINA

La compraventa con cláusula tontina ha conocido una amplia difusión en Francia, gracias a un trato fiscal favorable —que ha disminuido desde 1980— y también, como advierte DAGOT, a la propaganda realizada por ciertos *journalistes non spécialisés* entre sus lectores (14). La práctica de insertar en el contrato de compraventa de un inmueble una cláusula en cuya virtud el más longevo de los compradores habrá de resultar propietario único del bien, no se ha limitado a supuestos excepcionales, sino que ha tenido un uso corriente entre esposos, entre convivientes, incluso (en casos que llegaron a la *Cour de Cassation* a mediados del siglo XIX) dentro de comunidades religiosas (15), y entre extraños.

A la adquisición con pacto de tontina se le puede hacer una objeción, lo mismo en Francia que, por hipótesis, en España: que supone un pacto que, como sucesorio, está prohibido por el artículo 1.130 del *Code Civil* y por el 1.271 de nuestro Código, aunque no sólo. También se le puede objetar que, aun en el supuesto de que pudiera configurarse de tal forma que el bien adquirido en tontina quedase, a la muerte del primero, fuera de su herencia, debería considerarse, la operación, como una donación *mortis causa*, prohibida en el Derecho francés (cfr. art. 893 del *Code*), y prácticamente inútil, como tal, en el Derecho español, al necesitar de la forma testamentaria y ser revocable (art. 620 del Código Civil) (16); o, en todo caso, que debería tenerse por donación *inter vivos*, susceptible, por tanto, de ser reducida como toda liberalidad (arts. 920 y sigs. del *Code*; arts. 654 y 655 del Código Civil),

(13) Sobre esta cláusula, en Derecho español, vid. PAZ-ARES, «Comentario al artículo 1.704», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia (ed.), Madrid, 1993, t. II, pág. 1502; CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a los artículos 1.665 a 1.708 del Código Civil», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, al cuidado de MANUEL ALBALADEJO, t. XXI, vol. 1, Madrid, 1986, págs. 657-658. En Derecho francés: DUMORTIER, «Cote la rétroactivité de la clause de tontine insérée dans les statuts d'une société», en *Jurisclasseur périodique* (1995), I, págs. 3857 y sigs.; RAFFRAY, «Tontine et contrat de société», en *Jurisclasseur périodique, édition notariale* (1996), I, págs. 373 y sigs.

(14) Dagot, «Observations», en *Jurisclasseur périodique* (1987), II, págs. 20763 y sigs.

(15) Arrêts de la *Cour de Cassation*, 15 de junio de 1847, 7 de enero de 1850 y 19 de noviembre de 1851.

(16) En pro de la donación *mortis causa* y en contra de que ésta requiera forma testamentaria, recientemente: BELUCHE RINCÓN, I., «La donación *mortis causa* (desde la perspectiva de los pactos sucesorios)», en *ADC*, LII (1999), III, págs. 1057 y sigs.

y necesitada de la forma escrituraria pública (arts. 633 del Código Civil y 931 del *Code*), por referirse a un inmueble.

a) CONFIGURACIÓN DE LA CLÁUSULA POR EL JUEGO DE CONDICIONES,
SUSPENSIVA Y RESOLUTORIA

Hoy por hoy, y con la excepción, en el caso español, de los territorios con Derecho especial, que admiten con carácter general el pacto sucesorio (17), la compraventa con pacto de tontina es un negocio que ha de superar la prohibición relativa al pacto sucesorio. Tal prohibición puede salvarse configurando algún medio que impida el ingreso de la cuota del premuerto en su caudal hereditario, y que produzca la adquisición, por el otro, antes de ese momento. El medio encontrado por la práctica francesa consiste en realizar la venta del bien bajo condición suspensiva de sobrevivencia; o mejor dicho, bajo dos condiciones suspensivas de sobrevivencia, porque son dos las adquisiciones condicionadas de este modo. Aunque también podría pensarse en otros, como el de la renuncia abdicativa de cada coadquirente a su cuota bajo condición suspensiva de su premoriencia. Mecanismo en el que se produce el acrecimiento en el mismo momento de la muerte sin ser *mortis causa*, y en el que la cuota no ingresa en el caudal relicto (18). Pero este procedimiento

(17) En Aragón (donde los convivientes tienen [inútilmente] reconocido de modo expreso el derecho a otorgar pactos sucesorios [art. 16 de la Ley de Parejas Estables]; derecho que se reconoce de modo general a todos los aragoneses en la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte [arts. 62 y sigs.]), ni en Navarra (leyes 172 y sigs. del Fuero Nuevo), ni en Baleares (arts. 72 y sigs. de la Compilación), a diferencia de otros territorios que acogen la sucesión contractual con otro alcance (Cataluña [heredamientos], País Vasco [para ordenar la sucesión de caserío]). Desde luego tampoco sería un obstáculo en la línea de la Proposición de Ley Orgánica de Contrato de Unión Civil presentada por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso en la legislatura anterior (la VI), que prevé, en su artículo 1.5, que «las partes del contrato de unión civil podrán establecer en el mismo efectos sucesorios». Posibilidad esta que, al afectar al Código Civil, reabre la discusión sobre la conveniencia de mantener la prohibición del pacto sucesorio, pues de ser eliminada la prohibición para los convivientes, debería serlo con carácter general. Sobre la conveniencia o no de mantener la prohibición: AA.VV., 72.^a *Congrès des notaires de France*, Deauville, 1975, págs. 533-720; LUCAS, A., «Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (1975), págs. 455-491; PALAZZO, «Declino del divieto dei patti successori, alternative testamentarie e centralita del testamento», en *Jus* (1997), págs. 289 y sigs.; y RESCIGNO, «Attualità e destino del divieto dei patti successori», en AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, págs. 1 y sigs.

(18) «La renuncia abdicativa, es decir, la hecha pura y simplemente, provoca el acrecimiento de la porción renunciada a los demás titulares, como ponen de relieve entre otros preceptos del Código Civil, el artículo 395, relativo a la renuncia de cuota hecha por el copropietario; el 544, al establecer que el que no quiera contribuir a las cargas de la

plantea, tal vez, más problemas de los que resuelve: límite a la renuncia de derechos; existencia de comunidad ordinaria con acción divisoria *pendente conditione*; ¿revocabilidad de la renuncia?, etc.

En Francia, como decimos, para salvar la prohibición del artículo 1.130 del *Code*, se emplea el mecanismo de la condición suspensiva en la configuración de la coadquisición con pacto de tontina. En el mismo momento de la compra, y no en un momento posterior, se inserta en el contrato una cláusula por la que el sobreviviente «sera réputé avoir été le seul propriétaire des le jour de l'acquisition» (19); y por contra, que «le bien sera considéré comme n'étant jamais entré dans le patrimoine du premier décédé» (20). La adquisición del bien con carácter retroactivo, como efecto de la condición suspensiva de sobrevivencia, permite al supérstite sostener que su derecho nació antes de la apertura de la sucesión del premuerto; que no ha habido acrecimiento en la cuota; que nada ha recibido del difunto.

La validez de la cláusula parece depender de la sagacidad del redactor, pues ella será eficaz siempre que la redacción no induzca a pensar en reversión, acrecimiento o transmisión (21). Para MALAURIE y AYNÉS, la existencia de la condición se funda, por eso, en elementos puramente formales: en la inserción, en la cláusula, de unas palabras prácticamente mágicas (estos autores hablan de la existencia de un *truc*), referidas al sobreviviente, y que nunca deben faltar: «il sera seul acquéreur» (22). La generalidad de la doctrina, con la excepción de algunos críticos (23), acepta la validez de esta cláusula, a condición de que esté bien redactada. Y la jurisprudencia, salvo el *arrêt* de la *Cour de Cassation*, de 24 de enero de 1928, que declaró nula una cláusula tontina porque entendió que tenía por objeto «d'attribuer un

servidumbres podrá eximirse renunciándola en provecho de los demás; el 575, que contiene idéntica norma respecto de la medianería, y los artículos 981 y siguientes, que regulan el derecho de acrecer y las condiciones en que podrá tener lugar». Incluso, se produce dicho acrecimiento por renuncia de los herederos del premuerto a los gananciales de éste, con lo que la cuota no ingresa en el caudal relicto ni es objeto de sucesión. La escritura de renuncia es inscribible en el Registro de la Propiedad. RDGRN de 2 de febrero de 1960.

(19) LUCAS, *Le recul de la prohibition*, cit., pág. 481.

(20) MAZEAUD, H. et L., et al., *Leçons de Droit Civil*, t. IV, vol. 2.º, 5.ª ed., París, 1999, pág. 30. Vid. también: MAZEAUD, J., «Les clauses d'accroissement ou de réversion», en *Reertoire. du notariat Defrénois* (1961), art. 28080.

(21) He aquí la fórmula que ofrecen MALAURIE y AYNÉS: «le premier mourant sera considéré comme n'ayant jamais eu la propriété de l'immeuble, laquelle sera censée avoir toujours reposé sur la tête du survivant» (MALAURIE, PH., et AYNÉS, L., *Cours de Droit Civil. Les successions. Les libéralités*, 3.ª ed., París, 1995, pág. 320).

(22) *Ibid.*

(23) CAPITANT, H., *Note al arrêt de la Cour d'appel de Dijon de 3 de mayo de 1929 (Recueil Dalloz-Sirey [1931] II, 1)*; BEUDANT, R., et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, P., *Cours de Droit Civil française*, t. VII, 2.ª ed., París, 1934, núm. 406; LUCAS, *Le recul*, cit., pág. 481.

droit privatif sur une succession non ouverte» (24), también la admite. El *arrêt* de la *Cour de Cassation*, de 3 de febrero de 1959, ha asumido el argumento de la retroactividad de la condición suspensiva para negar a la cláusula la calificación de pacto sobre sucesión futura.

La cláusula o pacto forma parte del contrato de compraventa porque es el efecto traslativo de la propiedad que, en Derecho francés, produce el mismo contrato, el que queda sometido a la doble condición: «la vente est analysée comme faite sous la condition suspensive de survie» (25). Para ello, hace falta que el vendedor consienta en incluirla, aunque la cláusula, luego, no le afecte (26).

b) LA COMUNIDAD PENDENTE CONDITIONE

La doctrina que analizó el *arrêt* de 1928 se dividió en dos concepciones relativas al mecanismo de la condición suspensiva. NAST, para evitar la prohibición del pacto sucesorio, creía necesario unir a la condición suspensiva una condición resolutoria expresa (27): «l'immeuble appartiendra, sa vie durant, a chacun d'eux, indivisément avec les autres». Así, cada adquirente resultaba propietario de su cuota, bajo condición resolutoria de su premoriencia, y propietario del todo (o de la otra cuota), bajo condición suspensiva de su supervivencia (28); dos series de condiciones suspensivas y resolutorias llamadas a aplicarse alternativamente, como dice PATARIN (29). Para SAVATIER, en cambio, no debía haber adquisición a nombre de los dos interesados, sino sólo a nombre del sobreviviente (30).

La *Cour de Cassation*, por su parte, desde el *arrêt* de 1959, ha extraído consecuencias únicamente de la retroactividad de la condición suspensiva, y exprimiendo hasta la última consecuencia de ella, ha deducido el régimen de

(24) En la cláusula inserta en el contrato se decía que la parte el premuerto debía *revenir* al sobreviviente, lo que puede explicar que la decisión de la *Cour de Cassation*. Sobre esta sentencia: SAVATIER, R., «Successions et donations», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (1928), págs. 458 y sigs.; y NAST, M., «De l'acquisition conjointe d'un immeuble avec clause d'accroissement au profit du survivant», en *Répertoire du Notarial Defrénois* (1928), art. 21759, págs. 417 y sigs.

(25) MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, t. IV, vol. 2.º, cit., pág. 30.

(26) El pacto, no obstante, no le es absolutamente indiferente: piénsese en el supuesto de fallecimiento de uno de los adquirentes, sin haberse pagado el precio, o sin haberse pagado en su totalidad.

(27) La suspensiva, de por sí, también tiene efectos resolutorios, pero de la titularidad del vendedor.

(28) NAST, *De l'acquisition conjointe*, cit., págs. 417 y sigs.

(29) PATARIN, *La anticipation successorale. Cours de doctorat 1973-74*, pág. 135 (citado por SERIAUX, A., *Les successions. Les liberalités*, Paris, 1986, pág. 213).

(30) SAVATIER, *Successions et donations*, cit., pág. 459.

pertenencia del bien, *pendente conditione*: cada adquirente, desde el mismo momento de la compra del bien, deviene propietario del mismo *tout entier*, pero *sous condition suspensive de survie* (31); los derechos de cada uno son incompatibles entre sí hasta la muerte del primero (32), por lo que entre ellos no es posible configurar una situación de comunidad durante la pendencia de la condición (33); los *tontiniers* son titulares, en ese tiempo, sólo de una propiedad condicional sobre el todo (34) (o sea, de la expectativa de llegar a ser propietarios exclusivos del bien); y el bien, al no estar integrado, ni en todo ni en parte, *pendente conditione*, en el patrimonio de ninguno de los adquirentes, no puede ser agredido por los acreedores de cada uno (35). Por último, y como conclusión implícita de este planteamiento, resulta que, hasta la muerte del primero, hay un propietario único indeterminado, aunque determinable, y que, por tanto, nadie detenta la propiedad del bien.

Lo artificioso (y absurdo) de esta construcción jurisprudencial contrasta con la realidad. Como señala CALOGERO —que, dentro de la doctrina italiana, se ha ocupado recientemente del tema—, en la mayor parte de los casos, los adquirentes en tontina, lejos de excluir la comunidad, lo que precisamente quieren es esa situación, si bien, sólo hasta la muerte de uno de ellos (36). Los adquirentes lo que quieren excluir, en la práctica, no es la comunidad, sino la comunidad después de la muerte con los herederos del premuerto.

La *Cour de Cassation*, en un caso en el que su construcción ha sido puesta a prueba, ha tenido que afirmar la existencia, junto al derecho expectante a la propiedad, de un *droit de jouissance* de cada uno, compatible con el del otro: o sea, la existencia de un *droit de jouir indivisément du bien*; lo que supone, al menos, reconocer la existencia de una comunidad de goce entre los *tontiniers* (37). Pero, por este camino, no se resuelve la más grave consecuencia del planteamiento jurisprudencial: ¿quién detenta la propiedad si sólo hay comunidad sobre el goce? Además de que por esa vía surgen nuevas

(31) *Arrêts de la Cour de Cassation: 1.^{re} Chambre*: 3 de febrero de 1959, 7, 9 de febrero de 1994; *Chambre Mixte*: 27 de noviembre de 1970.

(32) *Arrêt de la Cour de Cassation* de 27 de mayo de 1986.

(33) *idem.* Y *arrêt* de 9 de febrero de 1994.

(34) *Arrêt* de 27 de mayo de 1986.

(35) En el *arrêt* de 18 de noviembre de 1997, la *Cour de Cassation* ha resuelto que «le droit de gage general del créanciers», o sea, el derecho reconocido por el 2092 del *Code*, semejante al 1.911 de nuestro Código, puede ser ejercido sólo respecto a los bienes de los que el deudor sea propietario, y que no habiéndose cumplido la condición de sobrevivencia, el deudor no es titular de un aderecho *privatif* de propiedad sobre el bien o sobre parte de él. Sobre esta cuestión, vid. MAZERON, H., «Un bien acquis en tontine peut-il être saisi par le créancier de l'un des acquéreurs», en *Répertoire du Notariat Defrénois*, (1998), pág. 377.

(36) CALOGERO, M., «Tontine e achat tontinier. Ovvero, di una interessante vicenda francese», en *Rivista di Diritto Civile*, XLVI (2000), pág. 759.

(37) *Arrêt* de 9 de febrero de 1994.

dudas: ¿en qué consiste ese derecho de goce?, ¿es real o personal?, ¿es personalísimo?, etc.

La última doctrina, por eso, ha procedido a revisar, en este punto, las consecuencias obtenidas por la *Cour de Cassation*, para venir a afirmar la existencia de una situación de comunidad entre los *tontiniers*, salvando en todo momento la eficacia de la cláusula. Bien, como en el caso de GRIMALDI, para el que durante «les droits sous condition suspensive sont reputes inexistantes et les droits sous condition résolutoire reputes purs et simples», y «tout se passe comme si chacun avait acquis une moitié» (38); bien, como en el de DUMORTIER, que considera que cada *tontinier* hace cesión al otro de su cuota bajo condición recíproca de su muerte que, al llegar, purifica su obligación de transmitir y extingue la obligación del otro (39); bien con abandono de toda referencia al mecanismo de la condición, configurando la tontina como auténtica cláusula de acrecimiento, de la que se niega suponga adquisición externa, sino «l'apparition ou l'augmentation d'un bien par génération spontanée», como es el caso de ZENATI (40).

Aceptando el juego de condiciones (suspensiva y resolutoria), no se puede hacer derivar la inexistencia de comunidad, como situación actual, desde el momento de la compra, de una supuesta incompatibilidad de derechos proveniente de la condición suspensiva, porque, como dice GRIMALDI, estos derechos «son reputes inexistantes». Otra cosa es que esa comunidad, *pendente conditione*, no sea una comunidad incidental (existe un acuerdo entre los partícipes), ni esté sometida a la acción divisoria, pues este pacto la excluye implícitamente: la división hace ilusorio el derecho expectante que cada uno tiene sobre la totalidad del bien. En este punto, la jurisprudencia francesa (porque parte de la inexistencia, en todo momento, de comunidad) es muy clara: ninguno de los convivientes puede provocar la división del bien, ni demandar la venta en pública subasta, ni atribuirse la cuota-parte del precio (41). Los partícipes pueden resolver el pacto y devolver el bien a una situación comunitaria puramente ordinaria, en la que, a falta de división en vida de los comuneros, la partición habrá de ser hecha a la muerte de uno de ellos.

(38) GRIMALDI, M., *Note al arrêt de 9 de febrero de 1994 (Recueil Dalloz-Sirey [1995], somm., pág. 51).*

(39) DUMORTIER, B., «Le tontine en face a la saisie ou comme se revele l'indision», en *Jurisclasseur périodique, édition notariale*, (1998), pág. 1501.

(40) ZENATI, F., «Propriété et droits réels», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, (1995), pág. 154.

(41) *Arrêts de 27 de noviembre de 1970 y 27 de mayo de 1986.*

3. CAUSA DE LA ATRIBUCIÓN PATRIMONIAL Y NATURALEZA DEL PACTO

Como consecuencia de lo anteriormente dicho, no puede hablarse de atribución *monis causa* porque, por el juego de condición resolutoria, a la muerte del primer conviviente, no existe ya, en su caudal relicto, cuota alguna sobre el bien; y porque, por efecto de la condición suspensiva, el sobreviviente no adquiere del premuerto, sino del vendedor, o sea, por causa del contrato. La adquisición de la totalidad del bien, por el sobreviviente, se retrotrae al tiempo de comprar el bien, y por tanto, no puede ser *mortis causa*. El que, durante la pendencia de la condición de sobrevivencia, el titular definitivo del todo haya estado indeterminado entre dos posibles dueños, y el que con la muerte se produzca el efecto retroactivo y la adquisición definitiva, no dice nada en contra del carácter *inter vivos* de la atribución.

Por otro lado, con relación a la naturaleza de la tontina, en las relaciones entre los adquirentes, la jurisprudencia francesa, desde mediados del siglo XIX (42) hasta el presente, ha decidido que la mutación operada por efecto de la cláusula tontina no presenta carácter gratuito (43); y, en concreto, que no hay donación alguna en la compra de un inmueble con esta cláusula (44).

Según la opinión más difundida en la doctrina civilista francesa, el contrato a título gratuito es aquél por el que una persona se *dépouille* sin buscar un equivalente económico; aquél en el que hace una atribución patrimonial no compensada por un sacrificio objetiva o subjetivamente equivalente (45). La tontina, en cambio, está caracterizada por el hecho de que cada uno de los *tontiniers* adquiere la *chance* de resultar propietario exclusivo del bien, contra el riesgo de no llegar a serlo nunca; cada uno, por tanto, soporta un sacrificio (la pérdida de su parte) en la expectativa de obtener un provecho (la adquisición del derecho de propiedad sobre el bien entero). Por tanto, la tontina, en la relación entre los coadquirentes, lejos de constituir un acto a título gratuito, supone un pacto oneroso; siendo así que existe equivalencia entre el sacrificio de cada uno, pudiendo decirse lo mismo del riesgo. Entre los adquirentes no existe liberalidad (con independencia del motivo íntimo que lleve a cada uno a realizar el negocio): «chacun espérant survivre par tirer bénéfice de l'opération; dans ces conditions les héritiers réservataires n'avaient pas d'être protégés» (46).

(42) Desde la perspectiva fiscal: *arrét* de 26 de abril de 1854.

(43) *Arrét* de 3 de febrero de 1959.

(44) *Arrét* de la *Cour de Cassation*, 1.^{re} *Chambre*, \ 1 de enero de 1983: en el caso de una compraventa por un hombre casado conjuntamente con su amante.

(45) Como explica CALOGERO (*Tontine e achat tontinier*, cit., pág. 755).

(46) LUCAS, *Le recul*, cit., pág. 483.

Más concretamente, si se tiene en cuenta la incertidumbre del momento en que sobrevendrá la muerte de cada uno de los adquirentes (y de la que depende la realización del provecho esperado por las partes), es necesario reconocer, como reconoce la *Cour de Cassation* (47), que se trata de un pacto aleatorio (48). Porque «chacune des parties court donc un chance de gain et un risque de perte entre lesquels il y a réciprocité; le même événement détermine le gain d'un contractant et la perte de l'autre» (49).

Ello, no obstante, la legislación fiscal francesa atribuye, desde 1980, a la tontina, carácter gratuito, porque considera que cada *tontinier* es propietario de una cuota que transmite al otro si premuere (50). Desde aquel año, el sobreviviente está obligado a pagar el impuesto sobre donaciones, salvo que se trate de la vivienda principal, común, de los adquirentes y tenga un valor inferior a 500.000 francos (cantidad que no ha sido revalorizada desde 1980); siendo el tiempo en que ambas condiciones de exoneración han de darse, el de la muerte del primero de los adquirentes, no el de la adquisición.

Sin embargo, la tontina puede disimular (con o sin el conocimiento del vendedor) una liberalidad. Ahora bien, la simulación en nuestro caso no hay que buscarla sólo en la apariencia de aportación igualitaria en el pago del precio, sino en la apariencia de *alea* sobre la primera muerte. Si, para los *tontiniers*, la condición suspensiva no es un evento absolutamente incierto y no existe, entre ellos, reciprocidad en el riesgo; si, por alguna razón, ha podido prever, con cierta seguridad, la premoriencia de uno, entonces es que lo verdaderamente querido ha sido un desplazamiento patrimonial gratuito de éste hacia el sobreviviente. En ese sentido, la jurisprudencia francesa ha tenido en cuenta, como indicativas de liberalidad, dos circunstancias: la considerable diferencia de edad entre los coadquirentes y el que uno de ellos padeciera una enfermedad cuyo resultado sólo pudiera ser fatal (51). Por eso, y para no incurrir en la calificación de donación disimulada, hace falta, aunque cada conviviente haya pagado la mitad del precio, que la diferencia de edad o la grave enfermedad de uno, no permita suponer que, prevista la

(47) *Arrêt* de 3 de febrero de 1959.

(48) MALAURIE, P., et AYNÈS, L., *Les contrats spéciaux*, 3.^a ed., Paris. 1989, pág. 464.

(49) *Ibid.*, pág. 463.

(50) El artículo 69 de la Ley número 80-50, de 18 de enero de 1980, modificó el régimen fiscal de la tontina. Hasta entonces la situación de los coadquirentes había sido considerada como comunidad (*indivisión*), y, a la muerte de uno, había estimado la existencia de transmisión de cuota al sobreviviente, pero con carácter oneroso (este régimen se mantiene, no obstante, para las adquisiciones con pacto de tontina anteriores al 5 de septiembre de 1979). El citado precepto incluyó un artículo (el 754-A) en el *Code Général des Impôts*, por el que la transmisión pasó a ser considerada como hecha a título gratuito, lo que hizo perder a la tontina el atractivo fiscal que tenía hasta ese momento.

(51) *Jugement* del Tribunal de Grande Instance de Villefranche-sur-Saône de 10 de noviembre de 1989 (*Recueil Dalloz* [1991], 7).

muerte próxima de uno, hubo realmente un acto de liberalidad encubierto. Ahora bien, se trata de un indicio que, para que sea efectivo, necesita de la premoriencia (52).

4. POSIBILIDAD EN DERECHO ESPAÑOL

Respecto a la posibilidad, en Derecho español, de una adquisición a través del mecanismo de la doble condición (suspensiva y resolutoria), se pueden y deben hacer dos afirmaciones. La primera: que nuestro Derecho —además de ser propicio a la libertad de pactos— contiene los elementos necesarios para configurar, y poder comprender, una adquisición como la que venimos hablando. Y la segunda: que dicha forma de adquisición ya existe, bajo la denominación de «pacto de sobrevivencia», en Derecho catalán.

a) POSIBILIDAD EN DERECHO CIVIL COMÚN

Nuestro Derecho admite que una transmisión —y la correspondiente titularidad—, derivada de contrato o de disposición testamentaria a título universal o particular, pueda quedar sometida a condición resolutoria (arts. 1.113, 1.114, 1.504, 1.507, 641, 790 y 791 del Código Civil). Y también a condición suspensiva (arts. 1.114, 1.122, 759 y 799 del Código Civil); en cuyo caso, lo adquirido es, «*pendente conditione*, una expectativa, un derecho eventual que «participa de la naturaleza misma del derecho al que tiende, de modo que puede hablarse, desde luego, de una titularidad condicional» (53).

Por otra parte, la conjunción de una condición resolutoria con una suspensiva es tan natural que, de por sí, toda condición resolutoria produce también una expectativa en la persona en la que ha de recaer la titularidad; y, también, toda condición suspensiva condiciona resolutoriamente el derecho del titular actual (54). Aunque, en nuestro caso, para que el vendedor desaparezca definitivamente de la escena, hace falta la simultánea y recíproca sujeción a Jas condiciones resolutoria y suspensiva, y la también simultánea adquisición del derecho actual y del derecho expectante. Así como que el evento futuro (e incierto) que define cada condición sea, como es, el mismo: la premoriencia de uno es la supervivencia del otro.

En la hipótesis que contemplamos, el derecho transmitido bajo condición resolutoria es la propiedad plena a dos personas, y la titularidad que cada uno

(52) CALOGERO, *Tontine e achat tontinier*, cit. pág. 755.

(53) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II, 7.^a ed., Barcelona, 1979, pág. 747.

(54) Vid. *ibíd.*, págs. 747 y 751.

adquiere es la cuota. El derecho transmitido bajo condición suspensiva es, igualmente, la propiedad plena, pero la titularidad adquirida por cada uno es un derecho expectante sobre el todo. Entre las dos titularidades condicionadas suspensivamente no hay incompatibilidad, y por eso no hay doble venta, porque la condición de supervivencia a la que cada una está sometida excluye necesariamente a la otra: sólo puede cumplirse una de las dos: sólo puede sobrevivir uno. A su vez, ambas titularidades pueden coexistir con la titularidad actual (la comunidad) bajo condición resolutoria, pues se complementan entre sí (55). Por su parte, todas ellas (las actuales y las expectantes sobre el mismo derecho) pueden convivir en el Registro (en un mismo asiento o en varios).

Para cada una de las adquisiciones, el evento futuro (la supervivencia) no es el acontecimiento que sirve para determinar la persona del adquirente definitivo en un negocio *per relationem*, sino una verdadera condición suspensiva a la que cada una de las transmisiones hechas (a persona determinada) está sometida. La incertidumbre reside en si morirá antes uno u otro; en si se consumará una venta o la otra, pero no en la subsistencia de la misma venta, por lo que, propiamente, la venta no es condicional. Aunque para cada adquirente resulte temporalmente incierta su adquisición, la venta no lo es; la venta nunca pueda resultar ineficaz, y la cláusula nunca puede producir reversión al vendedor. Una vez cumplida una condición suspensiva, el derecho condicionado se transforma, para su titular, en derecho actual, automáticamente. Por contra, la otra condición resulta imposible y la expectativa correspondiente desaparece automáticamente, y los actos dispositivos que de él se hubieran realizado quedan sin efecto.

La situación creada por la coadquisición sometida a la doble condición, resolutoria y suspensiva, puede acceder al Registro: la condición no sólo no impide la inscripción del contrato en el que consta, sino que accede a él junto con el negocio condicionado, y aparece en su misma inscripción (arts. 9.2.^a y 23 LH). La condición resolutoria implica una carga o gravamen real del derecho al que afecta (56), y desde el momento en el que accede al Registro, al igual que la suspensiva, es eficaz frente a terceros (art. 37 LH y art. 51.6.^a RH).

La realización del evento condicionante (la primera muerte) puede tardar mucho tiempo en producirse, sin que, como es de esperar, en la cláusula se haya marcado un tiempo dentro del cual deba de realizarse (cfr. arts. 1.117 y 1.118 del Código Civil), más ello no afecta a la eficacia indefinida de la condición porque ese período indefinido es «verosímilmente» querido por las coadquirentes (57).

(55) Vid. *ibíd.*, pág. 750.

(56) *Ibíd.*, pág. 682.

(57) Cfr. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, 1993, pág. 359.

Mientras no se cumpla la condición, existe, en nuestra opinión, entre los coadquirentes, una comunidad, que es indivisible por destino, es decir, sin que ninguno pueda pedir la división (58). Se trata de una comunidad estable, en la que el ejercicio de la acción de división sería, además, contraria a la buena fe (59).

Por otro lado, aunque puede entenderse que hay acuerdo tácito, entre los adquirentes, de no enajenar la respectiva cuota, no parece que dicho acuerdo pueda impedir la eficacia de una enajenación de cuota hecha por uno de ellos a un tercero (de buena fe), al no existir norma que la impida (a diferencia de lo que sucede con el pacto de sobrevivencia). La enajenabilidad de la cuota es, desde luego, un inconveniente (aunque temporal), pues permite introducir en la comunidad a un extraño por el tiempo de pendencia. Pero también es cierto que el otro partícipe puede ejercer el retracto y adquirir el todo, haciendo inútil la condición; y, sobre todo, que el tercer adquirente de cuota (que no goza de la posición de tercero hipotecario, si la condición consta en el Registro) tiene un derecho gravado y sometido a la contingencia de que la condición resolutoria se cumpla.

También la expectativa es enajenable, a diferencia, igualmente, de lo que sucede en el pacto de sobrevivencia, que, por circunscribirse al ámbito de los esposos, tiene carácter personalísimo (60), pero dicha transmisión no parece que pueda ser inscrita en el Registro (61).

Por lo mismo, la cuota (sometida a condición resolutoria inscrita) de cada uno es embargable, así como el derecho expectante que engendra la condición suspensiva inscrita. O sea, la totalidad de derechos que ostenta cada partícipe —por formar parte de su patrimonio—, son embargables, sin que ello pueda afectar al derecho expectante del partícipe no deudor. El acreedor que traba el embargo no tiene condición de tercero hipotecario (62).

(58) No en el sentido que lo entiende nuestra jurisprudencia, sino, como literalmente dice el artículo 401 del Código Civil, en el de no poder exigir, los copropietarios, la división de la cosa común (la disolución de la comunidad). Para esta interpretación, vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario al título III, libro II del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, al cuidado de MANUEL ALBALADEJO, t. V, vol. 2. Madrid, 1985, págs. 469 y sigs.

(59) Cfr. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, Madrid, 1995, pág. 927.

(60) Vid. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1983, pág. 479.

(61) Vid. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II, cit., pág. 751.

(62) «No puede invocar tal condición de extraño adquirente quien anota la traba con pleno conocimiento del contenido registral y por lo tanto de la pendencia de una condición resolutoria que precisamente por su constancia tabular impediría todo posible juego del artículo 34 de la propia Ley al tratarse de la pérdida del derecho de afección por causa que figura en el Registro» (STS de 30 de octubre de 1983).

La realización del evento condicionante produce automáticamente la resolución de la adquisición de la cuota del premuerto y la consumación de la adquisición del todo por el sobreviviente, retroactivamente, desde el día de la compra. El automatismo se refleja registralmente en que, al amparo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria, basta una nota marginal para hacer constar el cumplimiento del evento, que es, a la vez, condición suspensiva y resolutoria, sin necesidad de realizar nueva inscripción a favor de quien corresponda, porque ese ya tenía inscrito su derecho, aunque suspensivamente.

El embargo trabado por deuda del premuerto, si aún no estaba ejecutado, se extinguirá, puesto que su premoriencia era condición resolutoria de la cuota y del derecho expectante embargados. El sobreviviente tendrá condición de tercerista y la anotación respectiva deberá cancelarse (63). Si el embargo ya estaba ejecutado, el subadquirente, que no gozaba de la condición de tercero, y que tenía una posición supeditada al cumplimiento de la condición resolutoria (que conste en el Registro) verá extinguir su titularidad condicionada, «con la plena retroacción de efectos prevista en los artículos 1.120 y 1.123 del Código Civil y, por lo tanto, la ineficacia de los actos realizados *medio tempore* en la medida que limiten el derecho que surge con el cumplimiento de la condición», incluida la enajenación por ejecución del embargo (64).

En cambio, si el embargo fue trabado por deuda del sobreviviente, el mismo se extenderá a todo el bien; y si ya estaba ejecutado, la enajenación resultará firme, alcanzando, igualmente, a todo el objeto.

Por último, en una operación de este tipo se puede distinguir el contrato de compraventa del acuerdo por el que los adquirentes deciden condicionar su adquisición; aunque la incorporación de la condición o condiciones al contrato, consentida por el vendedor, hace que forme parte, si bien accesoria, del mismo: cláusula, pacto. Y ese pacto, aislado dentro del contrato, no es un pacto sucesorio, porque no produce una adquisición definitiva del premuerto sino que mantiene la que es propia de la compraventa: la adquisición del vendedor. Ni *monis causa*, porque no reviste la esencial característica de los actos *monis causa*, que es el ser plenamente revocables, pues la especial situación creada por dicho pacto no puede extinguirse sino por el concurso de los partícipes (sin contar con el vendedor). Ni gratuito, pues, muy al contrario, se trata de un pacto aleatorio (oneroso, por tanto) que tiñe de aleatoriedad a todo el contrato, en el que cada adquirente arriesga la pérdida de su mitad contra la posibilidad de ganar la del otro; y el riesgo de ambos es, en principio, equivalente.

(63) «Cuando la titularidad embargada se halla sujeta a posible resolución que consta explícitamente en el Registro, el efectivo desenvolvimiento de ésta comportará la extinción del embargo y consiguiente cancelación de la anotación respectiva», siempre que «la resolución del derecho embargado [...] se produzca en los términos registralmente constatados» (RDGRN de 5 de abril de 1990).

(64) STS de 30 de octubre de 1983.

b) REFERENCIA AL PACTO DE SOBREVIVENCIA CATALÁN

Como es bien sabido, existe en el Derecho catalán, para los esposos de vecindad catalana que estén en régimen de separación, una figura que es, en cuanto a su finalidad, estructura y efectos prácticos, idéntica a la que venimos hablando: el pacto de sobrevivencia, o pacto al más viviente, de los artículos 44 a 47 del Código de Familia. Es decir, el pacto establecido en el mismo título de adquisición conjunta del bien por el que, al fallecer uno de los cónyuges, el sobreviviente quedará como único titular.

De entrada, obedece a la misma inspiración que el pacto de tontina francés, aunque en un ámbito muy determinado —el de los cónyuges—: la de proteger al sobreviviente, corrigiendo los inconvenientes que se derivan de la separación de patrimonios (65). En cuanto al contenido, la semejanza es igualmente evidente: el artículo 44 del Código de Familia dice que «los cónyuges que, en régimen económico de separación, comprenden bienes conjuntamente y por mitad pueden pactar en el propio título de adquisición que, cuando se produzca el fallecimiento de cualquiera de ellos, el sobreviviente resulte único titular de la totalidad» (66). La diferencia entre este pacto y la tontina es que el redactor de esta última habrá de insertar necesariamente el mecanismo de la doble condición expresamente, para salvar la prohibición del pacto sucesorio, mientras que el redactor del pacto de sobrevivencia, por ser un pacto admitido expresamente por el legislador (catalán), no.

Especialmente ilustrativo de la similitud es la caracterización que del pacto de sobrevivencia hacen la jurisprudencia y la doctrina:

1. Respecto al mecanismo de la doble condición, la resolución de la DGRN, de 24 de abril de 1918, consideró, en una compraventa con pacto de sobrevivencia inscrita en el Registro, que cada uno de los adquirentes era titular de una mitad indivisa de la finca comprada, bajo condición resolutoria de premoriencia y de la otra mitad, bajo condición suspensiva de sobrevivencia.
2. De la existencia de comunidad hasta la primera defunción, aparte de que se deduce del citado artículo 44 del Código de Familia, y de que es reconocida en la anterior resolución, la doctrina [VALLET (67), ROCA (68)] no hay duda que, mientras penda la condición de sobre-

(65) CABRERA HERNÁNDEZ, J. M.^a, «De nuevo sobre la venta con pacto al más viviente», en *RJC*, (1980), pág. 597.

(66) En la STSJ de Cataluña, de 14 de junio de 1990, aparece la siguiente fórmula: los cónyuges «compran por mitad, en común y proindiviso, y el sobreviviente de los dos a solas».

(67) VALLET DE GOYTISOLO, «La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia», en *RDP* (1944), pág. 716.

(68) ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Civil*, cit., pág. 467.

vivencia, hay, establecida entre los adquirentes, una comunidad *pro indiviso*, de tipo romano (69), aunque entre los partícipes no haya disponibilidad de la cuota ni acción de división, como establece el citado artículo 44.2.

3. De que la compra *pro indiviso* con pacto de sobrevivencia es inscribible en el Registro, da cuenta, además de la anteriormente citada Resolución, la RDGRN de 19 de mayo de 1918.
4. Con relación a la embargabilidad de la cuota, como consecuencia de la existencia de comunidad, para el artículo 47 del Código de Familia, la cuota de cada adquirente es susceptible de embargo, pero «la adjudicación de la mitad del bien como consecuencia del embargo» produce la extinción del pacto [art. 46.1.d)]. Así, pues, en virtud de esta norma [que no existía en la antigua Compilación (arts. 61 y 62), y que fue introducida en ella por la Ley 8/1993, de 30 de septiembre], además de que no resulta embargable el derecho expectante, la ejecución del embargo produce automáticamente la purificación de los derechos actuales (las cuotas). Anteriormente, el embargo no disolvía el pacto, y la doctrina entendía que era susceptible de embargo, también, el derecho expectante de cada uno sobre la parte del otro, y todo «en espera de que la premoriencia se produzca» (70).

Y la misma solución aparece en la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio): el bien se considera divisible en el concurso de cualquiera de los cónyuges, debiéndose integrarse en la masa activa del concurso «la mitad correspondiente al concursado» (art. 78.3). Por tanto, la declaración de concurso del cónyuge deudor supone, igualmente, la extinción anticipada del pacto de sobrevivencia.

(69) La considera germánica la SAP de Lleida de 17 de marzo de 2000.

(70) ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Civil*, pág. 480. La SAP de Girona, de 6 de febrero de 1996, explica lo que sucedía: «admitir el embargo de la mitad indivisa perteneciente al cónyuge ejecutado y su derecho expectante sobre la otra mitad, de manera que el ejecutante adjudicatario adquiere la titularidad de ambos, pero sin que pueda ejercitar la acción de división de la cosa común, y una vez producido el evento de la muerte de un cónyuge, si el sobreviviente es el no deudor, el adjudicatario perderá todo derecho sobre la cosa que pasará a pertenecer en su integridad al consorte sobreviviente, y si aquél premuriese, entonces el adjudicatario pasará a ser propietario en exclusiva del bien, desapareciendo la condición resolutoria en cuanto a una mitad y operar por cumplimiento la condición suspensiva respecto de la otra mitad». Por otro lado, «el hecho de que la adquisición con pacto de supervivencia tenga reflejo en la inscripción registral de la finca, enerva la posibilidad de desconocimiento por parte del tercero acreedor, cuyo derecho sobre la cosa derivado del embargo trabado sobre la misma, lo asume con el gravamen de la facultad expectante que impone el pacto de sobrevivencia, por lo que en circunstancias normales no queda defraudado su derecho más allá de lo que indica la publicidad registral, quedando circunscrita la responsabilidad patrimonial del deudor, en cuanto al bien trabado, a los términos en que figura inscrita la titularidad del dominio».

5. Por último, la doctrina, además de negar la existencia de acrecimiento [VALLET (71), ROCA (72)] porque la adquisición del todo no tiene como causa la previa titularidad de una cuota, sino que procede de una causa ajena, es en general conforme en alejar al pacto de sobrevivencia del campo de los negocios *mortis causa* y también del de las liberalidades:
 - a) Con relación a la naturaleza *inter vivos* del pacto, también la generalidad de la doctrina (73), ha entendido que esa es la que debe atribuírsele: para VALLET (74) y ROCA (75), que el pacto no sea revocable excluye que se trate de una donación *mortis causa*, posibilidad que ya había sido negada por la RDGRN de 19 de mayo de 1917.
 - b) Respecto al carácter oneroso y aleatorio del pacto de sobrevivencia, se han pronunciado SANAHUJA (76), VALLET, a pesar de que niega la diferencia negocial entre el pacto y el contrato de compraventa (77), DE PRADA (78) y ROCA SASTRE, para el que «hay aleatoriedad porque uno de los cónyuges se expone a perder y el otro cónyuge se predispone a ganar [...] (aunque en definitiva, en nuestro caso, los que pierden sean los herederos y demás beneficiarios *mortis causa* del cónyuge predifunto)» (79). En contradicción con esto parece estar el artículo 44.3 que establece que «la adquisición de la participación del premuerto debe computarse en la herencia de éste, a efectos del cálculo de la legítima», lo que supone considerar como *donatum* del cónyuge predifunto la cuota que tenía sobre el bien. Pero como señala ROCA SASTRE (sobre el art. 61.2 de la Compilación), ello no tiene más eficacia que aumentar el *quantum* legitimario, sin considerar que haya donación, porque, de hecho, la mitad adquirida por el sobreviviente no es reducible por inoficiosidad (80). Y sobre lo también preceptuado por el artículo 44.3 de que la parte que fue del premuerto, deba, en su caso, «imputarse en pago a cuenta de la

(71) VALLET DE GOYTISOLO, *La compraventa por mitades indivisas*, cit., pág. 717.

(72) ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Civil*, cit., pág. 468.

(73) En contra: SAGUER, *Institución de los fideicomisos y sus efectos en Cataluña*, 1913, pág. 16 (cit. por ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 468).

(74) VALLET DE GOYTISOLO, *La compraventa por mitades indivisas*, cit., pág. 712.

(75) ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Civil*, cit., pág. 470.

(76) SANAHUJA SOLER, *Tratado de Derecho notarial*, 1945, II, pág. 385.

(77) VALLET DE GOYTISOLO, *La compraventa por mitades indivisas*, cit., pág. 714.

(78) DE PRADA, «La onerosidad y la gratuidad de los actos jurídicos», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1968, pág. 385.

(79) ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Civil*, cit., pág. 474.

(80) *Ibid.*, pág. 484.

cuarta viudal», la conclusión es la misma: no tiene más efecto que el de minorar o eliminar el derecho a la cuarta marital, pero no la consideración de transmisión alguna, ni *inter vivos* ni *mortis causa* (81).

5. UTILIDAD

Una cláusula tontina, incorporada a la compraventa —configurada por el juego de condiciones que la libera de la prohibición del pacto sucesorio—, es un medio, entre otros posibles, que permite a determinados coadquirentes (cónyuges en separación de bienes o convivientes, *more uxorio* o no), poder usar y disfrutar del bien (singularmente, la vivienda habitual), en vida de ambos, en comunidad; pudiendo, a la muerte de uno, ser conservado por el sobreviviente. Pero este medio singular presenta, frente a otros, ciertas ventajas: fundamentalmente, que, al consistir en un acto *Ínter vivos*, no reviste la incertidumbre, para el sobreviviente, que el testamento o que la donación *mortis causa*. Y también, que, al ser oneroso, los riesgos que gravitan sobre la donación, principalmente, colación, reducción y presunción de fraude de acreedores, quedan descartados: el bien adquirido se sitúa fuera de la sucesión y no puede ser aprehendido por los legitimarios del difunto, pero tampoco por sus acreedores, cuyo embargo, si existió, sobre los derechos del premuerto, se habrá extinguido; además de que su fiscalidad, salvo norma contraria como sucede, en la actualidad, en Francia, no puede ser la correspondiente a las liberalidades.

ALVARO NÚÑEZ IGLESIAS
Titular de Derecho Civil
Universidad de Almería

(81) *Ibíd.*, pág. 485.