

PACTOS DE CONVIVENCIA EN PAREJAS DE HECHO, EN
RECIPROCIDAD CON LAS UNIONES MATRIMONIALES:
OTRA “VUELTA DE TUERCA”*

COEXISTENCE AGREEMENTS IN DEFACT COUPLES, IN
RECIPROCITY WITH MARRIAGE UNIONS:
ANOTHER TWIST

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 320-349

* El presente estudio supone un compendio, extendido y actualizado, de dos trabajos anteriores de su autor: por un lado, el de «Parejas de hecho, pactos de convivencia y en previsión de posible ruptura, en España: "status quaestionis"», publicado en la obra colectiva internacional *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, que él mismo coordinaba con los profesores L. AGUILAR RUIZ Y J.L. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, Navarra, 2014, pp. 61-81; y, por el otro, el más reciente titulado: "De nuevo, sobre las parejas de hecho y su pertinaz voluntad de someterse a un régimen económico matrimonial. Comentario a la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y de la Fe Pública de 21 de junio de 2021", *Revista Jurídica del Notariado*, 2021, núm. 113º, pp. 287-308.

Guillermo
CERDEIRA
BRAVO DE
MANSILLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: En este trabajo, su autor, conforme a la doctrina oficial española y frente a la doctrina científica mayoritaria, niega la posibilidad de que las parejas de hecho puedan mediante pacto someterse en bloque o por su simple nombre a cualquier régimen económico matrimonial, porque al no haber matrimonio, ni unión semejante, no puede haber los efectos económicos, ni personales, propios del matrimonio; aunque propone una solución más sutil, con igual resultado, si tal remisión se hace cláusula por cláusula, lo que también pueden hacer, a la recíproca, las uniones matrimoniales si quieren acordar alguna de las reglas que la leyes autonómicas prevén para las parejas no casadas. Todo ello fundado en el progresivo acercamiento que, desde la legislación autonómica y desde las más recientes reformas estatales, se ha producido entre ambos tipos de uniones, matrimoniales y extramatrimoniales.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; parejas de hecho; gananciales; régimen económico matrimonial; autonomía de la voluntad; seguridad jurídica; orden público.

ABSTRACT: In this work, its author, in accordance with the official Spanish doctrine and against the majority scientific doctrine, denies the possibility that de facto couples can, through an agreement, submit themselves in bloc or by their simple name to any marital economic regime, because by not There can be no marriage or similar union, there cannot be the economic or personal effects of marriage; although it proposes a more subtle solution, with the same result, if such referral is made clause by clause, which marital unions can also do, reciprocally, if they want to agree on any of the rules that the regional laws provide for unmarried couples. . All of this is based on the progressive rapprochement that, since regional legislation and the most recent state reforms, has occurred between both types of unions, marital and extramarital.

KEY WORDS: Marriage; couples in fact; earnings economic matrimonial regime; autonomy of the will; legal security; public order.

SUMARIO.- I. COMO DETONANTE: ¿PUEDEN LAS PAREJAS DE HECHO PACTAR SOMETERSE AL RÉGIMEN DE GANANCIALES, O A CUALQUIER OTRO?- II. COMO PREMISA: LAS PAREJAS DE HECHO Y SU CONSABIDA FALTA DE ANALOGÍA CON EL MATRIMONIO-III. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA DIMENSIÓN PERSONAL O CONVENCIONAL DE LAS PAREJAS DE HECHO: SU NATURAL MORALIDAD —¿JURIDIFICABLE CONVENCIONALMENTE?- IV. AUTONOMÍA PRIVADA EN LA DIMENSIÓN ECONÓMICA O PATRIMONIAL DE LAS PAREJAS DE HECHO.- 1. Sus consabidas diversas opciones: entre comunidad y sociedad.- 2. La imposible remisión convencional —en bloque o por su “nomen”— al régimen económico matrimonial.- 3. La hipotética -y sutil- remisión convencional -cláusula por cláusula- a un régimen económico matrimonial.- 4. La matizable remisión —aceptada por el Tribunal Constitucional— al régimen legal autónomo sobre parejas de hecho y una posible última “vuelta de tuerca”: la remisión convencional de las parejas casadas al régimen patrimonial de las no casadas.

I. COMO DETONANTE: ¿PUEDEN LAS PAREJAS DE HECHO PACTAR SOMETERSE AL RÉGIMEN DE GANANCIALES, O A CUALQUIER OTRO?

En España¹, no hace mucho que la Dirección General de la Seguridad Jurídica y la Fe Pública (en adelante, DGSGyFP), vino a resolver en su Resolución de 21 junio 2021² un caso de una pareja de hecho registrada conforme a la legislación gallega sobre parejas no casadas, a que los convivientes estaban aforados, y que, conforme permite la propia legislación gallega (en su Disposición adicional 3^a), pretendía inscribir un inmueble adquirido por compraventa como ganancial, a lo que el Registrador de la Propiedad se había opuesto.

Idéntico caso, aunque referido a una pareja de hecho registrada en Andalucía, conforme a su legislación, fue hace un tiempo resuelto por el mismo organismo, por entonces llamada Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRyN), en su Resolución de 7 febrero 2013³, y luego, sobre un caso en que se aplicaba la ley vasca de parejas no casadas, en la RDGRyN 11 junio 2018⁴, cuya misma solución ha sido reiterada como doctrina oficial por la más reciente de 2021, todas ellas contrarias a la pretensión de inscribir un bien común como ganancial de una unión no casada.

1 Para una visión comparatista de la cuestión, entre otros, ALARCÓN PALACIO, Y.: “Capitulaciones y rupturas de pareja en Colombia: una revisión de la autonomía privada y sus límites frente al desarrollo en España, Estados Unidos e Inglaterra”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 39, 2019, pp. 45-108.

2 Resolución 21 junio 2021 (BOE 8 julio 2021).

3 Resolución 3 febrero 2013 (RAJ 2013, 2908).

4 Resolución 11 junio 2018 (JUR 2018, 176586).

• Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: gcerdeira@us.es. ORCID: 0000-0003-3988-9233.

No es, sin embargo, tal doctrina oficial la mayoritaria aún hoy en la doctrina científica⁵, lo que abunda en la necesidad de su estudio a fin de saber cuál de ambas, en nuestra opinión, parece la más acertada.

II. COMO PREMISA: LAS PAREJAS DE HECHO Y SU CONSABIDA FALTA DE ANALOGÍA CON EL MATRIMONIO.

Existe aún hoy en España un problema no resuelto satisfactoriamente, al menos en mi opinión, que por extensión también afecta al matrimonio y, por tanto, al propio concepto de familia nuclear: el fenómeno de las parejas no casadas.

Ya hace tiempo que la práctica unanimidad de la doctrina y de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional⁶, niega esa analogía entre el matrimonio y las uniones de hecho, y niega también, por ello, que se deban equiparar en sus efectos⁷.

- 5 Según puede verse, recientemente expuesta, por BARRIO GALLARDO, A.: "Parejas de hecho, autonomía privada y régimen económico-matrimonial", en AA.VV.: *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Comares, Granada, 2017, pp. 127-142; y en su otro trabajo, del mismo año, «La organización económica de las parejas de hecho y sus límites institucionales», *RGLJ*, núm. 3, 2017, pp. 447-482; mostrándose en ambos conforme a que por pacto la pareja no casada se someta a un régimen económico matrimonial (vgr., en pp. 473-475).
- 6 Para una visión de conjunto sobre la jurisprudencia constitucional en materia de uniones de hecho, vid. EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a.A.: "Las parejas de hecho y el Tribunal Constitucional", en AA.VV.: *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional* (dir. por C. BAYOD LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 91-106.
- 7 Adviértase, así mismo, la elephantiasis doctrinal habida sobre el tema -entonando por ello el *mea culpa*-, de la que, sin embargo, merecen recordarse aquí, al menos, citados trabajos pioneros, a veces ya hoy olvidados, en la materia. Entre otros, y todo ello sin demérito de las obras omitidas injustamente, por nuestro olvido o ignorancia: ALONSO PÉREZ, M.: "La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho Civil", en *Actualidad Civil*, 1998; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: "Las parejas de hecho", en *Aranzadi Civil*, 1993, pp. 1823-1837; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., en sus dos trabajos: "Hacia una nueva concepción del matrimonio", *La Ley*, 1983-2; y "Lo que sí es y lo que no es el matrimonio", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1996, pp. 259-280; ESPINAR VICENTE, V.: "Sobre la urgente necesidad de reformar la regulación jurídica del matrimonio", en *Actualidad Civil*, 2003, pp. 477-493; ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Civitas, Madrid, 1991; GAVIDIA SÁNCHEZ, J., con sus múltiples trabajos: "¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?", *RJN*, 1999, pp. 199-235; *La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; "Matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual (Consideraciones de política legislativa)", *La Ley*, 2001; y "Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones no matrimoniales", *La Ley*, 2003; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., en sus obras: *La familia, el Derecho y la libertad*, Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba Córdoba, 1987; "La familia sin matrimonio...", *Actualidad Civil*, 1990; *Uniones de hecho y pensiones de la seguridad social*, Trivium, Madrid, 1992; y "El matrimonio y la familia en la sociedad actual", en *RDP*, 2003, pp. 147-165; JORDANO BAREA, J.B.: "Matrimonio y unión libre", *Actualidad Civil*, 1999, pp. 181-198; LACRUZ BERDEJO, J.L.: "Convivencia «more uxorio». Estipulaciones y presunciones", en AA.VV.: *Centenario del Código Civil, Tomo I*, Centro de Estudios Ramón Areces (CEURA), Madrid, 1990, pp. 1061-1069; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1995; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, C.: "Las uniones de hecho: Derecho aplicable", en *Actualidad Civil*, 1999; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, CGPJ, Madrid, 1998; PANTALEÓN PRIETO, A.F.: *La autorregulación de la unión libre*, en Poder Judicial, 1986, pp. 119-125; PUIG PEÑA, F.: "Las uniones maritales de hecho", *Revista General de Derecho*, 1949; ROCA I TRIAS, E.: "Familia, familias y Derecho de familia", *Anuario de Derecho Civil*, 1990, pp. 1055-1091; TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: "La institucionalización de las uniones homosexuales en España", *La Ley*, 2001; y *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Comares, Granada, 2001.

Dentro de la jurisprudencia constitucional, pueden citarse, entre otras, para casi todo lo que a continuación se va a decir, las SSTC 15 noviembre 1990, 14 febrero 1991, 14 diciembre 1992, 18 enero 1993, 8 febrero 1993, 17 junio 1999, 15 febrero 2001, o, más recientemente, la STC 23 abril 2013, que, precisamente por negar la semejanza entre las uniones de hecho y las casadas, acepta la constitucionalidad de la Ley navarra. Dentro del Tribunal Supremo, se pueden citar, entre muchísimas otras, las SSTS 18 mayo 1992, 21 octubre 1992 y 11 diciembre 1992, 18 febrero y 22 julio, ambas de 1993; las SSTS 27 mayo, 12 octubre y 24 noviembre, las tres de 1994, 18 marzo 1995, de 27 octubre 1997, de 27 mayo y 4 junio, ambas de 1998, 22 enero 2001, 17 enero 2003, ... O, como las más importantes, dictadas ambas en Pleno (aunque no exenta de votos particulares la primera), la STS 12 septiembre 2005⁸, y, más recientemente, ante la terquedad de muchos de los juzgados inferiores, la STS (también en Pleno) 15 enero 2018⁹.

Ciertamente, no se puede cifrar ya la diferencia en la licitud del matrimonio frente a la ilicitud de las parejas no casadas por su inmoralidad (por ser ilícitos en su causa ex art. 1275 CC¹⁰), como antes de nuestra Constitución de 1978 (en adelante,

8 STS 12 septiembre 2005 (RAJ 2005, 7148).

9 STS 15 enero 2018 (RJ 2018, 76). No fue, sin embargo, esta posición unánime en el Tribunal Supremo desde un principio. Hubo, al comienzo, algunos pronunciamientos que, sobre todo, para resolver las consecuencias económicas tras la ruptura de la pareja, permitieron aplicar, ora directamente, ora por analogía, determinadas normas del matrimonio a las parejas de hecho. Así, por ejemplo, la STS 27 marzo 2001 aplicó el régimen económico matrimonial de separación de bienes, aplicando en concreto, por analogía "legis", la compensación del trabajo doméstico del art. 1438 CC. La STS 16 diciembre 1996, por su parte, tras negar la aplicación por analogía de los regímenes matrimoniales, aplicaría en cambio, por analogía "legis", el art. 96.3 CC, sobre vivienda familiar. Por otro lado, las SSTS 5 julio 2001 y 16 julio 2002 aplicarían, también por analogía "legis", el art. 97 CC sobre pensión compensatoria prevista para el caso de separación o divorcio conyugal. Finalmente, las SSTS 10 marzo 1998 y la ya citada STS 27 marzo 2001, al amparo de los arts. 1 y 4 del art. 1 CC, establecerán una compensación económica a favor de uno de los convivientes separados por aplicación del principio general del Derecho «de protección del conviviente injustamente perjudicado por la situación de hecho», que extraen, por analogía *iuris*, de los principios constitucionales de dignidad (art. 10 CE), de igualdad (art. 14 CE), y de protección de la familia (art. 39 CE), y, descendiendo, de los arts. 96 CC y 16.1.b) LAU-1994 (y de la jurisprudencia constitucional -antes citada- que aplicaba el art. 58.1 LAU-1964 al conviviente "more uxorio").

También hoy hay algunos pronunciamientos dentro del propio Tribunal Supremo que aún hablan de la aplicación analógica, cuando rectamente se trata de aplicar directamente ciertas normas, no tanto a las parejas de hecho como tales, sino como progenitores, tratándose, entonces, de aplicar directamente tales normas a los hijos habidos en tales parejas, todo lo cual resulta ser así no por una supuesta analogía habida entre parejas casadas y no casadas, sino por la exigencia de igualdad y no discriminación de filiación, sea esta matrimonial o extramatrimonial, que imponen los arts. 14 y 39 de nuestra Constitución española (en adelante, CE), y así refleja el art. 108 CC, y que exigen la aplicación directa y sin más de tales normas a todo tipo de hijos cualquiera que sea el estado civil y la relación entre sí de sus progenitores. Aplíquese, por ejemplo, lo dicho en materia de atribución del uso de la vivienda tras la ruptura de la pareja "ex" art. 96 CC, donde, al principio, la jurisprudencia hablaba de su aplicación analógica a las parejas de hecho con hijos (así, las SSTS 16 diciembre 1996 y 10 marzo 1998, recurriendo esta, no a la analogía, sino a la aplicación supletoria de un -pretendido- principio general del Derecho de protección del conviviente más débil perjudicado por la ruptura), para luego entender que se aplicaba analógicamente a los hijos habidos en tales uniones no maritales (así, según las SSTS 28 marzo 2008, 1 y 14 de abril 2011 y 6 octubre 2011, entre otras), para, finalmente, dejar ya de hablar de analogía (según puede verse, por ej., en las SSTS 31 mayo 2012, 16 enero 2015 y 25 abril 2016). Para mayor detalle al respecto, me remito a mi estudio, actualizado y completado en su referencia al Derecho foral por GARCÍA MAYO, M.: "Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura", en AA.VV.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Editorial Reus, Madrid, 2017, pp. 239-276.

10 Cuando dice: "Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral".

CE) se decía¹¹. Actualmente, el matrimonio no es ya la única vía legal, ni lícita para la cohabitación y la procreación. Equiparada hoy toda filiación (matrimonial, extramatrimonial y adoptiva), y permitidas la adopción y la reproducción asistida a matrimonios y a uniones de hecho, cualquiera que sea el sexo, o el género, de sus componentes, dice el Tribunal Constitucional que la posibilidad de fundar una unión extramatrimonial, en cuanto posible comunidad de vida diversa del matrimonio, constituye una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE¹²) y, también, una manifestación de la libertad en general (art. 16 CE¹³), y, en particular, del derecho —o la libertad— a no casarse que, como integrante del “*ius connubi*” en sentido pleno, consagra el art. 32.1 CE¹⁴, interpretado este “*a contrario sensu*». Hoy no sólo el matrimonio sirve para fundar una familia; no sólo existe ya la familia matrimonial, amén de la parental y la afín. Cierto que el art. 32 CE se refiere a la familia fundada en el matrimonio. Pero no es la única. Separado, no por casualidad, de esa norma, el art. 39 CE hace referencia a una familia más amplia en su referencia, a.e., a las madres, cualquiera que sea su estado civil, a los hijos habidos fuera del matrimonio, que en sus derechos y deberes deben equipararse a los hijos matrimoniales¹⁵. Y más allá de su letra, hay también otros vínculos familiares, que ni siquiera menciona: como la afinidad, el parentesco, ... Cabría hoy, pues, como legítima, la posibilidad de una familia extramatrimonial. Y es ahí donde tienen encaje según el Tribunal Constitucional las parejas no casadas, como fundamento de una familia extramatrimonial. Nuestro Derecho, pues, puede “familiarizar” las uniones de hecho como vía alternativa —cohabitadora y procreadora, si se quiere— al matrimonio; pero no debe también “matrimonializarlas” sin más, esto es, equipararlas como tales uniones al matrimonio, porque, como dice el propio Tribunal Constitucional, el matrimonio y las parejas no casadas no son situaciones idénticas, ni siquiera equivalentes. Es

11 En la jurisprudencia preconstitucional, amén de estimarse que tales uniones eran de suyo ilícitas por su inmoralidad y por ser contrarias al Orden Público, también los pactos que en ellas se acordasen se estimaban nulos, por igual razón, por ser ilícitos en su causa “*ex*” art. 1275 CC (así, entre otras, las SSTs 16 octubre 1906, de 8 marzo 1918 y 2 abril 1941).

12 Que dice: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

13 Que dispone íntegramente: “1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. (...) 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. (...) 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

14 Que dice en sus dos apartados: “1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. (...) 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

15 Que —recuérdese— dispone: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. (...) 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. (...) 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. (...) 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

su consideración como familia, como comunidad de vida, lo único que identifica el matrimonio con las parejas no casadas; todo lo demás, se dice, son diferencias:

En primer lugar, el matrimonio es una institución constitucional, y el “ius connubi” es un derecho —una libertad— constitucional, reconocidos ambos de forma expresa (en el art. 32.1 CE). Tan es así que al respecto se consagra un principio de reserva legal; sólo por ley puede, debe, regularse el matrimonio (art. 32.2 CE). Nada de esto sucede con las parejas no casadas, porque, aunque expresen la libertad de no casarse (32.1 CE), y se amparen genéricamente en aquellos arts. 10, 16 y 39 CE, no hay para ellas un reconocimiento constitucional expreso, ni un principio de reserva de ley que obligue a regularlas. Así lo vuelve a recordar la STC 23 abril 2013, estableciendo que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2) mientras que nada de ello ocurre con la unión de hecho «more uxorio», que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”. Sería, por tanto, una cuestión de política legislativa el legislar, o no, sobre ellas¹⁶. De ahí, incluso, —como dice la STS 30 diciembre 1994— el peligro de que por vía jurisprudencial se llegue a crear un régimen completo para las parejas de hecho.

Y la segunda gran diferencia. El matrimonio se caracteriza por someterse a una formalidad y solemnidad —que la ley debe regular—, a una serie de requisitos, no sólo en su constitución, sino también en los supuestos de crisis, de separación o de disolución por divorcio (art. 32.2 CE y cfr., arts. 49 y ss. y 81 y ss. CC). Y es esa formalidad la que “ope legis” va a generar —o a extinguir en caso de divorcio— un estatuto jurídico, una serie de derechos y deberes —personales y económicos— que los cónyuges —en igualdad— contraen —o dejan de contraer, en caso de disolución— entre sí, de forma recíproca e imperativa (cfr., entre otros, los arts. 66 a 70, 90 a 106 y 1315 a 1324 CC). Nada de esto sucede de suyo con las parejas no casadas. De ahí la denominación que muchas veces se les da: como uniones de hecho, parejas libres o matrimonios sin papeles. Se caracterizan por su libertad, por su informalidad —dicho esto sin tono peyorativo—, tanto en su creación como en su posible ruptura. Ciertamente que en su formación puede haber un compromiso de comunidad plena y estable de vida; pero ese compromiso es, a lo más, moral o natural, pero aformal, extrajurídico, no contractual, ni vinculante¹⁷. Dicho compromiso no genera “natura sua” un estatuto jurídico-civil parecido

16 Aun admitiendo, sin agrardarle, que no hay tal deber constitucional, a GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: “Matrimonio y uniones libres”, *ult. loc. cit.*, le parece conveniente una ley estatal de parejas de hecho ex arts. 9.2, 39.1 y 53.3 de la Constitución española.

17 Es un compromiso jurídicamente irrelevante, advierte, desde hace tiempo, GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: “Pactos entre convivientes”, *cit.*, pp. 1849-1855.

al del matrimonio; no impone de suyo derechos y deberes, ni personales, ni económicos, para los convivientes de hecho¹⁸. ¿Acaso cabría acaso pactarlos? Lo veremos en seguida (en el siguiente epígrafe).

Como última diferencia destacable entre ambas uniones, en las extramatrimoniales en cualquier momento cabe su disolución o la ruptura de la pareja sin necesidad de formalidad alguna, por mutuo acuerdo o incluso por voluntad unilateral -mediante el abandono- de uno de los convivientes, sin que ello deba generar consecuencias jurídicas. En el matrimonio, en cambio, al margen de la posible separación de hecho, la legal y, en todo caso, el divorcio, por muy "agilizado" que haya quedado tras sus últimas reformas en 2005 y en 2015 (con su "descausalización" y "desjudicialización", respectivamente), sigue sujeto a un control y a unas formalidades (judicial, notarial y registrales) que responden a las exigencias de seguridad jurídica, precisamente por la relevancia jurídica que tales actos, como el antagónico de las nupcias, tiene para los terceros.

Cierto es que a veces la ruptura de una pareja de hecho puede generar un desequilibrio económico para uno de los convivientes. Pero para dar solución justa a tal caso no es necesario acudir a las normas que regulan el matrimonio. De esas normas (como son los arts. 97, 1438 CC, ...) puede extraerse un principio general del Derecho, pero sin necesidad de crearlo "ex novo" (como aquel pretendido principio de protección del conviviente más perjudicado), sino uno ya consolidado desde hace siglos y que hoy se extrae con alcance general del art. 1901 CC: el principio del enriquecimiento injusto, sin causa o torticero. ¿No se llega así a la misma solución -justa-, pero por el camino más recto (derecho o justo)? No en vano, forman -cada vez más- legión las SSTS que aplican esta doctrina del enriquecimiento injusto para solucionar los casos de ruptura de las parejas de hecho, en que se hace necesario compensar o resarcir al conviviente de hecho que tras la separación sufre un perjuicio económico, otorgándole una indemnización por el servicio, por el trabajo o por el dinero que gratuitamente -o en menor medida que lo retribuido- ha prestado -o sacrificado por no obtenerlo- durante la convivencia en el trabajo del otro conviviente, en el hogar (en las tareas domésticas) o en el cuidado de los hijos de ambos o de este¹⁹.

18 Ni siquiera puede llegar a estimarse como estado civil, según defiende fervientemente RAMOS CHAPARRO, E.: *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, CEDECS, Barcelona, 1999.

19 Así lo ha mantenido últimamente nuestra jurisprudencia, en SSTS como las de 17 enero y 17 junio, ambas de 2003, que precisamente por aplicación del -supuesto- principio general de protección del conviviente económicamente perjudicado acuden a la doctrina del enriquecimiento injusto. Como recopiladora de tal jurisprudencia, resulta de imprescindible lectura la STS, aprobada en pleno (aun con votos particulares, de la propia ROCA I TRIAS), 12 septiembre 2005 (RAJ 2005, 7148); así como la STS 15 enero 2018 (RJ 2018, 76), también aprobada en Pleno (aunque también con algún voto particular). De hecho, como luego veremos, así lo prevén casi todas las leyes autonómicas en lo que llaman "compensación económica por enriquecimiento injusto", aunque como acumulable a la "pensión periódica". Tan sólo las leyes andaluza y extremeña, con acierto en este extremo, aluden únicamente al enriquecimiento injusto. Y en la doctrina, entre otros muchos, así opinaban desde hace tiempo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Las parejas de hecho", cit., pp. 1823-1837, y GAVIDIA SÁNCHEZ, J., de entre sus múltiples trabajos: "¿Es la unión libre", ult. loc. cit.), para quien

* * *

A la vista de todas las diferencias -indicadas- que existen entre el matrimonio y las parejas no casadas, concluirá la jurisprudencia, casacional y constitucional, que no debe haber igualdad de trato entre ellos. Así lo imponen razones de justicia, de igualdad proporcional (art. 14 CE), porque al ser situaciones desiguales, de desigual forma han de tratarse. Más aún. Por estar el matrimonio consagrado constitucionalmente (en el art. 32 CE), dice el TC que su trato ha de ser más favorable y beneficioso, más proteccionista, que el otorgado a las parejas no casadas, lo que, con buen sentido, demuestra que aunque la CE indirectamente, por interpretación amplia de los arts. 32 y 39 CE, permita uniones no casadas como familiares, no las ansía. Esto, por supuesto, no quiere decir que éstas sean reprobadas, prohibidas o perseguibles, ni que la mayor protección dispensada a las uniones matrimoniales sea caprichosa o arbitraria. Lo impiden los arts. 10 y 39 CE, pues la represión de las parejas no casadas o la ultraprotección injusta de las casadas iría contra la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad y contra la libertad de fundar una familia dentro o fuera del matrimonio.

No sólo razones de justicia imponen esa desigualdad no discriminatoria de trato. También lo aconsejan razones de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Tratándose de uniones fácticas o de hecho, que no se someten a formalidad, ni a publicidad segura y cierta ninguna, ni para su constitución, ni para su disolución, ¿cómo equipararlas al matrimonio en sus efectos frente a terceros, si éstos no tienen medio fiable para conocerlas? Sería un atentado contra el principio de seguridad jurídica. Ni siquiera gozan de estricta publicidad aquellas parejas que acceden a los Registros de Parejas de Hecho que en todas las leyes autonómicas se instaura (según insistiremos luego). Son tales unos registros públicos, pero más administrativos que civiles, que ningún efecto de validez ni de eficacia u oponibilidad tienen frente a terceros, frente a los particulares -sólo lo tienen frente a la Administración pública autonómica o municipal-. Son, podría decirse, el “catastro» de las uniones de hecho²⁰.

tal principio del enriquecimiento injusto habrá de ser respetado en caso de que los convivientes lleguen a un acuerdo -previo o coetáneo- para el caso de ruptura. No obstante, por la necesaria concurrencia de todos los requisitos propios del enriquecimiento injusto, hay quien opone objeciones a esta solución (como M^a.P. GARCÍA RUBIO); pero todas ellas son superables, pues sólo demuestran que el enriquecimiento injusto no siempre se aplicará a los casos de ruptura de las parejas no casadas. Será o no ello posible según las circunstancias de cada caso. Para una visión reciente y -meramente- expositiva de la cuestión, FARIÑA FARIÑA, R.: “Algunas consideraciones sobre la aplicación del enriquecimiento sin causa para resolver controversias patrimoniales entre convivientes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° extra-8, 2018, pp. 275-288.

20 Así lo dijo hace ya una década la STC 81/2013, 11 abril, al declarar solo parcialmente inconstitucional la Ley madrileña de parejas de hecho, dejando como válida su regulación sobre el Registro de uniones de hecho al tratarse, precisamente, de un registro meramente administrativo, cuya regulación no es por tanto competencia exclusiva del Estado “ex” art. 149.1. 8° CE.

Por último, como termina diciendo nuestro TC, la equiparación entre matrimonio y unión libre iría también en contra de la propia libertad en general (art. 16 CE) y, en concreto, de la libertad de casarse o no (art. 32.1 CE), como expresión ésta del libre desarrollo de la personalidad. ¿Por qué vincular -casar- por obra de la ley (autonómica) o por la del juez a los que pudiendo casarse por su propia voluntad, no quisieron casarse? ¿Por qué legalizar lo querido como alega? ¿Por qué coartar legalmente la libertad -el libre albedrío, incluso- que la propia Constitución reconoce? En palabras de LACRUZ (p. 1063), “se institucionalizaría lo que, en sí, no constituye una institución”. O como dice JORDANO BAREA (p. 190), “hay que respetar esa quasi-ajenidad al Derecho que algunos legítimamente desean”. Incongruente sería que los convivientes de hecho, pudiendo, no se hayan casado, pero luego reclamen -sin legitimidad- los derechos y las ventajas propias del matrimonio. Si las quieren, que se casen con todas las consecuencias, como hace tiempo decía con su gracejo JORDANO, para las duras (los deberes) y las maduras (los derechos)²¹. No cabe, en fin, admitir un matrimonio a la carta o “ad gustum”. Pues, como al parecer dijo NAPOLEÓN del Code: “Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d’eux”.

Aunque en “obiter dictum”, la famosa ya y acertadísima STS 12 septiembre 2005²², que asienta la radical diferencia entre el matrimonio y las parejas no casadas y defiende la aplicación del principio del enriquecimiento injusto para los casos de ruptura de tales parejas, dice en parte de su Fundamento de Derecho 3º: “Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”, y para así concluir diciendo: “Por ello debe huirse de la aplicación por «analogía legis» de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”²³.

21 O como decía GONZÁLEZ PORRAS, J.M.: “El matrimonio y la familia”, cit., p. 163: “Es demasiado, creo, pues por una parte rechazan con todas sus fuerzas que el Derecho entre en sus vidas y lo estiman como una invasión ilegítima y no constitucional que limita su libertad individual y los diferencia. Pero por otra parte exigen al Gobierno que su unión... tenga relevancia jurídica y piden la protección del Estado y de sus leyes; piden eso mismo que rechazan”. También interesantes eran las reflexiones al respecto de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Las parejas de hecho”, cit., pp. 1834-1836.

22 STS 12 septiembre 2005 (RAJ 2005, 7148).

23 Esta sentencia ha sido seguida por otras, especialmente por las SSTS 22 febrero 2006, 19 octubre 2006, 27 marzo 2008, así como la de 6 octubre 2011, de la que, como en el caso de la anterior citada, fue su Ponente ROCA I TRIAS, a pesar de que en su día suyo fue uno de los votos particulares a aquella STS de 2005, aprobada en Pleno. En esta última, terminará diciéndose: “De acuerdo con ello, esta Sala ha abandonado algunas posturas que la citada STS 611/2005 llama «disímiles», para acogerse a la no aplicación por analogía a las parejas no casadas, de las normas reguladoras de los efectos del matrimonio y del divorcio”.

* * *

Al margen de estas genuinas -por auténticas- parejas de hecho, en nuestra abundante legislación autonómica existe una especie de “tertium genus”, híbrido entre aquellas uniones y las matrimoniales, de parejas no casadas pero sometidas, a veces, a ciertas formalidades²⁴:

En efecto, en la mayoría de las leyes autonómicas, para constituir una pareja de hecho basta con la convivencia por un tiempo ininterrumpido (de 1 o 2 años, según cada ley), o, en su defecto, con la tenencia de descendencia común; previéndose la forma escrita (en documento público o notarial, generalmente), como algo voluntario y “ad probationem” (para la “acreditación”, se suele decir), pues en general cabe cualquier medio de prueba. De ahí que también la posible inscripción en los Registros de Parejas de Hecho suela regularse como voluntaria y declarativa, y sólo con efectos administrativos (“inter partes” y frente a la Administración Pública), pero sin eficacia civil “erga omnes”. En este punto, sin embargo, la STC 23 abril 2013 declaró en buena parte inconstitucional la Ley navarra por someter a su régimen aquellas uniones no casadas, ni registradas, por la sola convivencia anual de sus integrantes o por tener una descendencia común, lo que, según entiende el Tribunal Constitucional, es contrario a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (que consagra, recuérdese, el art. 10 CE), por no respetar que tales uniones se sometan o no voluntariamente a dicha Ley. Son menos, en cambio, las leyes autonómicas que imponen una formalidad constitutiva, por escritura pública o por inscripción en aquellos Registros, aunque sin dejar de ser meramente administrativa (vgr., Aragón, Valencia y Extremadura).

Por lo que a su posible extinción afecta, para casi todas las leyes autonómicas, junto a la disolución o extinción de la pareja de hecho por matrimonio o por muerte o declaración de fallecimiento (en cuyo caso suelen concederse unos derechos sucesorios y una especie de predetracción iguales a los del cónyuge

24 En España, hace mucho ya que muchas Comunidades Autónomas se habían apresurado a establecer, casi a calcar las unas de las otras anteriores (siendo pionera la catalana), un régimen legal, más o menos completo, de las parejas no casadas, equiparándolas casi plenamente a las uniones matrimoniales. Al respecto, destacaron en un principio las Comunidades Autónomas de tradición foralista, como Cataluña, Aragón, Navarra. Pero también muchas Comunidades Autónomas sin tradición foral han terminado legislando sobre esta materia (razón por la cual algunas ha sido declaradas inconstitucionales, como la madrileña o la valenciana). Por puro orden cronológico son: la Ley foral 6/2000, de 3 julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, de Navarra; la Ley 11/2001, de 19 diciembre, de uniones de hecho, de Madrid; la Ley 18/2001, de 19 diciembre, de parejas estables, de las Islas Baleares; la Ley 4/2002, de 23 mayo, de parejas estables, de Asturias; la Ley 5/2002, de 16 diciembre, de parejas de hecho, de Andalucía; la Ley 5/2003, de 6 marzo, para la regulación de las parejas de hecho, de Canarias; la Ley 5/2003, de 20 marzo, de parejas de hecho de Extremadura; la Ley 2/2003, de 7 mayo, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco; la Ley 1/2005, de 16 mayo, de parejas de hecho de Cantabria; la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia; los arts. 234.1 a 234.14 del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010, de 29 julio; los arts. 303 a 315 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 marzo, por el que se aprueba el -llamado- “Código de Derecho Foral de Aragón”; la Ley 5/2012, de 15 octubre, de uniones de hecho formalizadas, de Valencia; o, más recientemente, la Ley de parejas de hecho de 3 julio 2028, de Murcia. A todo lo cual se han de unir los Reglamentos de las Ciudades Autónomas de Ceuta reguladores del Registro Público de parejas de hecho residentes en tales municipios.

viudo), también cabe la extinción por separación de hecho (por un período que, según cada ley, oscila entre seis meses, 1 ó 2 años), por mutuo acuerdo, o incluso por voluntad unilateral, exigiéndose en este último caso la notificación —muchas veces, fehaciente— al otro conviviente. A veces incluso, como sucede en las leyes navarra y asturiana, cabe que los propios convivientes regulen las causas de disolución. Y sólo en el caso de haberse documentado públicamente o inscrito la constitución de la pareja de hecho en el Registro administrativo existente al efecto, por ser o no ello obligatorio, será necesario dejar sin efecto aquel documento y proceder a la cancelación registral.

Este acercamiento de las parejas no casadas previstas en esa legión de leyes autonómicas a la institución matrimonial, antes que negar la falta de analogía habida entre ambas, demuestra la ilegitimidad e innecesidad de las primeras. Pero sin entrar, aquí y ahora, en tal cuestión, que no es la que aquí nos ocupa, agudiza la cuestión -que aquí se trata- de si por tal acercamiento en tal tipo de uniones paramatrimoniales cabría, tal vez con más razón, pactarse el sometimiento a algún régimen económico matrimonial. Veámoslo.

III. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA DIMENSIÓN PERSONAL O CONVIVENCIAL DE LAS PAREJAS DE HECHO: SU NATURAL MORALIDAD —¿JURIDIFICABLE CONVENCIONALMENTE? —

Es muy común en las leyes autonómicas, muy laxas en este asunto, conceder a los convivientes libertad para regir su convivencia y su posible cese, imponiéndose, sólo a veces, como límites: la ley y el respeto a los derechos fundamentales de los cónyuges (sobre todo, a su igualdad e intimidad), así como al de los menores. Sólo algunas leyes impiden el pacto sobre los aspectos personales de la convivencia, ora en términos absolutos (como sucede en Valencia, o en Madrid), ora cuando dicho aspecto sea contenido exclusivo del acuerdo (como sucede en Canarias, o en Extremadura). En defecto de pacto, nada se dice en esas leyes autonómicas sobre lo personal; sólo se regula el aspecto económico de la pareja de hecho, para presumir —“iuris tantum” o “iuris et de iure”, según cada ley— una especie de régimen de separación de bienes —según la ley vasca— sujeto a los deberes de alimentos y de contribución proporcional al levantamiento de las cargas familiares, imponiendo al respecto una responsabilidad “solidaria” (conjunta), y exigiendo, a veces, la gestión también conjunta de la vivienda común.

Sin entrar en mayores pormenores, la cuestión de fondo que aquí interesa ante tal abanico de opciones es preguntarse: ¿son legítimas, y factibles, tales previsiones legales autonómicas? Y, ¿qué sucede, más allá de tal previsión autonómica, para el Derecho común, o para las verdaderas parejas de hecho que ni se casan ni se registran ni someten voluntariamente a la legislación autonómica prevista para ellas?

A tal respecto, conforme a lo que empieza a ser ya opinión común, no hace mucho, aunque antes de ser Magistrada del TS, M^a ÁNGELES PARRA LUCÁN²⁵, vino a defender la posibilidad de que las parejas de hecho se obliguen convencionalmente a los deberes propios del matrimonio (cfr., arts. 66 ss. CC²⁶), incluso con la opción de excluir alguno de ellos (permitiendo, por ejemplo, la infidelidad), modalizando en general el pacto (sometiendo, por ejemplo, la relación a término o a condición), o, en el extremo opuesto, pactando penas o sanciones (como pudiera ser una indemnización), para el caso de incumplimiento de las obligaciones voluntariamente asumidas (como pudiera suceder, sin más, en caso de ruptura, o de abandono de la convivencia por parte de uno solo de los convivientes).

No me parece, en cambio, aceptable sin más que las uniones de hecho puedan pactar sobre tales aspectos personales (que los arts. 66 y ss. del CC refieren de modo imperativo, sin ningún margen para su disposición, al matrimonio), pues éstos sólo se originan como deberes jurídicos, por imperativo legal y al amparo del art. 32.2 CE, mediante el contrato de matrimonio. Como hace tiempo dijo el maestro LACRUZ²⁷: “No pueden determinar los convivientes con eficacia jurídica su propio estatuto personal, al no ser ello posible en el matrimonio. Los partidarios agresivos de la unión libre se niegan a tener en cuenta esta verdad insoslayable: que si en el matrimonio los deberes de fidelidad, ayuda y socorro impuestos por la ley se hallan sustraídos al pacto, menos se podrían pactar fuera de él, de donde tales deberes, al no ser posible su creación voluntaria, no pueden tener eficacia jurídica en la unión libre”.

Además²⁸, tales pactos serían nulos por ser contrarios a los arts. 1271 y 1275 del CC (sobre el objeto y la causa de los contratos, respectivamente²⁹), e incluso por ser inconstitucionales -inmorales- al afectar a la indisponibilidad de los derechos fundamentales de la persona (la dignidad, la intimidad, la libertad, ...), especialmente, como advierte hace tiempo también ESTRADA ALONSO, por ir “en contra de la

25 “Autonomía de la voluntad y el Derecho de la familia”, en AA.VV.: *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado (Estudios en Conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado)*, Tomo I: Derecho de la persona, familia y sucesiones, Wolters Kluwer España, Madrid, 2012.

26 Art. 66: “Los cónyuges son iguales en derechos y deberes”. Art. 67: “Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”. Y art. 68: “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

27 En su conocido trabajo “Convivencia «more uxorio». Estipulaciones y presunciones”, en AA.VV.: *Centenario del Código Civil*, Tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces (CEURA), Madrid, 1990, pp. 1061-1069 y con él otros, como ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Civitas, Madrid, 1991; MESA MARRERO, C.: *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

28 Y, siguiéndome en todo cuanto sigue, GARCÍA MAYO, M.: *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, JM Bosch Editor, Madrid, 2023, pp. 61 y 62.

29 Art. 1271: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras... Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”. Y art. 1275: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

libertad individual y de la libertad para contraer matrimonio” (art. 32 CE), o por separarse y romper la pareja, habría que añadir (art. 32.I CE “a contrario sensu”), si pensamos en las penalizaciones fundadas en el incumplimiento de algún deber o por el simple hecho de romper la unión³⁰.

Así también, la STS 8 marzo 1998, que declaró nulo un contrato de unión libre por ilicitud -inmoralidad (arts. 1255 y 1275 CC)- de su causa, pues en él se había acordado la prestación de una pensión periódica a cambio de prestaciones sexuales, igualmente periódicas. El sexo pudiera ser motivo subjetivo, pero jamás la causa —ni el motivo causalizado, siquiera— de un contrato. Además, como ya advirtiera tiempo ha EMMANUEL KANT (en sus *Principios metafísicos del Derecho*), el concubinato, como supuesto contrato de alquiler, momentáneo o duradero, de una persona (“pactum fornicationis”, “pactum torpe” o “locatio-conductio”)³¹, sería en cualquier caso incoercible si se incumple y, en todo caso, libremente resoluble.

Máxime si solo se acuerda la asunción de algunos de los deberes del matrimonio, rechazando o condicionando otros (como el deber de fidelidad, o que el consentimiento sea puro y libre, según exigen, para el matrimonio, los arts. 45 y 66 CC; una prohibición a condición o a término que también para las parejas no casadas recogen -tan solo- algunas leyes autonómicas, como la aragonesa y la vasca). De lo contrario, se estaría permitiendo un claro pacto en fraude de ley, un pacto constitutivo de un pseudo-matrimonio “ad gustum”, a la carta, probablemente siempre más flexible que el verdadero matrimonio, lo que, además, resultaría discriminatorio, porque en la desigualdad que aquellos pactos generan entre las uniones pseudo-libres y el matrimonio, este siempre quedaría perjudicado, discriminado, cuando, al contrario, como tal institución, ha de ser privilegiada frente a aquéllas. Es, recuérdese, una exigencia constitucional, según interpretación que el propio Tribunal Constitucional hace a la vista de todas las diferencias —indicadas antes— que existen entre el matrimonio y las parejas no casadas, concluyendo por ello mismo que no debe haber igualdad de trato entre ellos. Así lo imponen razones de justicia, de igualdad proporcional (impuestas por el art. 14 CE), porque al ser situaciones desiguales, de desigual forma han de tratarse.

30 Así también, ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales*, cit., p. 159 y DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 11, p. 48.

31 Aunque OSSORIO SERRANO, J.M.: “Relaciones y otros efectos puramente personales o no patrimoniales que se derivan de la convivencia de parejas de hecho”, en AA.VV.: *Parejas de hecho: cursos de verano de la Universidad Complutense en Almería*, (coord. por R. HERRERA CAMPOSO), Ilustre Colegio Notarial, Madrid, 1996, p. 44, parece insinuar tal posibilidad, aunque pareciendo también negarla por tratarse de un arrendamiento hecho de forma vitalicia, en contra, por tanto, del art. 1583 CC.

Más aún. Por estar el matrimonio consagrado constitucionalmente (en el art. 32 de nuestra Constitución), dice el Tribunal Constitucional que su trato ha de ser más favorable y beneficioso, más proteccionista, que el otorgado a las parejas no casadas, lo que, con buen sentido, demuestra que aunque la Constitución permita indirectamente, por interpretación amplia de sus arts. 32 y 39, uniones no casadas como familiares, no las desea. Esto, por supuesto, no quiere decir que dichos modos de convivencia “more uxorio” deban de ser reprobados, prohibidos o perseguidos, ni que la mayor protección dispensada a las uniones matrimoniales pueda ser caprichosa o arbitraria. Lo impiden los arts. 10 y 39 de la Constitución, pues la represión de las parejas no casadas o una desmedida protección de las casadas iría contra la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad y contra la libertad de fundar una familia dentro o fuera del matrimonio.

En definitiva, y así las cosas, cualquier acuerdo habido entre los convivientes relativo a su propia convivencia habría de ser admitido para permanecer tan solo en el ámbito de la moralidad (de las obligaciones naturales, a lo más), pero fuera del estricto Derecho. De ahí que cualquier penalización acordada para el caso de incumplir los deberes pactados —que no dejan de ser éticos, incoercibles jurídicamente— o resultante del simple hecho de romper la pareja resultaría estéril. Diverso es que, producida la ruptura, esta provoque algún perjuicio o daño reparable o compensable (según habría que ver según cada caso, ex arts. 1901 o 1902 CC³²), o que previamente se hayan adoptado acuerdos en previsión de compensaciones por desequilibrios tras la ruptura (según ha dicho recientemente la STS 15 enero 2018). Solo como equivalente a tal indemnización o a tal compensación cabría admitir la validez de un pacto penal, pero jamás previéndose la pena como consecuencia inmediata o automática por el mero hecho de la ruptura de la pareja, derivado de incumplir un deber —solo— natural de convivencia, fidelidad, ... que, como tal obligación natural, solo voluntariamente puede observarse y que solo moralmente resulta reprochable en su inobservancia³³.

IV. AUTONOMÍA PRIVADA EN LA DIMENSIÓN ECONÓMICA O PATRIMONIAL DE LAS PAREJAS DE HECHO.

I. Sus consabidas diversas opciones: entre comunidad y sociedad.

En lo estrictamente económico, al margen de las leyes autonómicas (antes vistas), las posibilidades en el Derecho estatal español, al amparo del principio de

32 Art. 1901: “Se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa”. Y at. 1902 CC: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

33 Según ya decía LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Convivencia «more uxorio»”, cit., p. 1067 y hoy, con detalle y cita de numerosos y diversos casos tomados de la jurisprudencia, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Pactos de carácter patrimonial”, cit., pp. 48-53.

autonomía privada (que consagra el art. 1255 CC³⁴ —sin necesidad de apoyarse en su trasunto el art. 1328 CC³⁵—), son muchas; mas como algo adicional, añadido, que no es innato a la unión. Así lo advierte nuestro Tribunal Supremo³⁶, así como nuestro Tribunal Constitucional³⁷, señalando expresamente alguna de tales posibilidades, como son las que siguen:

Una opción de los convivientes es someterse al régimen de sociedad universal de los arts. 1665 y 1675 CC³⁸ (al que expresamente alude la ley andaluza de parejas de hecho); y ello, aunque los bienes estén a nombre de uno sólo de ellos, pues en tal caso se estimará que tal titularidad es fiduciaria (según aclaran las SSTs 18 mayo 1982 y 3 julio 1984)³⁹.

Otra alternativa es pactar la aplicación del régimen de copropiedad (arts. 392 y ss. CC); precisamente, es éste el acuerdo aconsejado por la casi unanimidad de la doctrina (desde el propio LACRUZ hasta ESTRADA ALONSO, que incluso aconseja su presunción judicial «iuris tantum»), y así indicada por la STS 18 febrero 2003, porque es difícil que en las parejas no casadas se den la “affectio societatis” —¿comparable tal vez con la “affectio maritalis”?— y la contribución de bienes y

34 Art. 1255: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

35 Que dice: “Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”.

36 Según han venido a recordar las RRDGRyN 7 febrero 2013 (RAJ 1013, 2908) y 11 junio 2018 (JUR 2018, 176586), así como la Resolución de la DGSJyFP 21 junio 2021 (BOE 8 julio 2021). Así lo indicó la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución 11 de junio de 2018, recordando que ya el Tribunal Supremo, en la STS 27 de mayo de 1988, confirmada por otras posteriores (como son las SSTs 18 febrero 1993, 12 septiembre 2005, 8 mayo 2008, o 15 enero 2018), ya afirmó: “Naturalmente que cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1255 CC; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter pateticen que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes”.

37 En efecto, en el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 23 abril 2013, dictada a propósito del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra, que declara expresamente: “[...] consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta. Así, el art. 1255 del Código civil plasma el principio de autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales privadas, y dispone que los contratantes pueden establecer todos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente «siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público» [...] Pues bien, este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones —antes, durante y al extinguirse esa unión —conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional; y esta libertad debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso, salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su restricción”.

38 Art. 1665: “La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.» Y art. 1675: «La sociedad universal de ganancias comprende todo lo que adquieran los socios por su industria o trabajo mientras dure la sociedad. (...) Los bienes muebles o inmuebles que cada socio posee al tiempo de la celebración del contrato, continúan siendo de dominio particular, pasando sólo a la sociedad el usufructo”.

39 Para mayores detalles al respecto, ANGUIA RÍOS, R.M^a: “Autorregulación de las relaciones patrimoniales durante la convivencia de las parejas de hecho”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2025, 2006, pp. 4801 ss.

servicios con el ánimo de lucro propios de cualquier sociedad, cuando normalmente en las uniones de hecho subyace una economía doméstica y consumista. Aunque tal vez el inconveniente de aquella opción, la de la comunidad de bienes, sea que no constituye un pacto general en previsión futura, para toda posterior adquisición, siendo tan solo actualmente hábil caso por caso. Buena prueba de tal inconveniente es la insuficiencia de cualquier documento público (como pudiera ser una homologación judicial del acuerdo de separación de la pareja), para inscribir la disolución y liquidación de la copropiedad, al ser, en cambio, necesario una particular escritura pública dirigida a tal efecto (según declaró hace ya un tiempo la RDGRyN 16 junio 2010).

Por último, como compendio de las dos fórmulas anteriores —según nos dice la STS 18 marzo 1995—, también cabría pactar el régimen de sociedad irregular universal del art. 1669 CC⁴⁰.

También quedaría, a fin de cubrir las necesidades cotidianas, la posibilidad de celebrar un contrato de alimentos (arts. 1791 ss. CC)⁴¹.

En fin, y como ha venido a decir la STS 26 enero 2006, “es posible que, por la voluntad de los convivientes, se cree un sistema de comunicación de bienes parecido a cualquiera de los admitidos para el matrimonio o bien se utilicen otras fórmulas para hacer comunes todos o algunos de los bienes que se adquieran durante la convivencia. Es también posible crear comunidades sobre bienes determinados”.

* * *

En cualquiera de los casos, en principio, no es necesario que el acuerdo, cualquiera que sea su contenido, sea expreso, ni siquiera formal, ya que, al no constituir convencionalmente un estricto régimen económico matrimonial, ni tratarse de estrictas capitulaciones matrimoniales (cuya escrituración exige “ad solemnitatem” el art. 1327 CC⁴²), no ha de elevarse a escritura pública, salvo que las partes convivientes decidan tal formalización (art. 1279 CC⁴³). No parece admisible entender aplicable por analogía el art. 1327 CC ante la semejanza que se pretende ver entre el pacto entre convivientes y las capitulaciones matrimoniales

40 Art. 1669: “No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. (...) Esta clase de sociedades se registrará por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes”.

41 O de pactar una renta vitalicia, según ANGUIA RÍOS, R.M^a: “Autorregulación de las relaciones patrimoniales”, cit., p. 4800, aunque pensando más para el caso de extinción de la pareja.

42 Al decir que “Para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública”.

43 Cuando dice: “Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”.

(como, entre otros, pretende REBOLLEDO VARELA⁴⁴, cuando, previa y radicalmente, no hay analogía entre la unión de hecho y la matrimonial. Negada, pues, la premisa mayor, debe ser también negada la menor. Salvo el posible caso, advertido hace tiempo por ESTRADA ALONSO, de la sociedad universal de gananciales, en que, no obstante el art. 1667 CC⁴⁵, pudiera ser conveniente la forma escrita para dejar clara la voluntad de constituir tal sociedad (difícilmente deducible tan solo de la mera convivencia o cohabitación), y, sobre todo, para fijar la proporción de las aportaciones (y de sus posibles consecuentes beneficios); de lo contrario, no fijada dicha proporcionalidad, los repartos, hechos al modo de una sociedad de gananciales, serán igualitarios, por mitad, lo que podría suponer: por un lado, el enmascaramiento del régimen matrimonial de gananciales, y, por otro, un enriquecimiento injusto a favor del conviviente que menos haya aportado a la unión.

No obstante tal conveniencia de formalizar el pacto por escrito, en general cabe que el pacto entre convivientes sea tácito, siempre que se deduzca de los "facta concludentia", de hechos concluyentes e inequívocos (por ejemplo, mediante la aportación de ganancias o trabajo al acervo común, por la cotitularidad de cuentas bancarias -no ya si la cuenta es individual y el otro conviviente aparece en ella solo como autorizado-, por la compra conjunta de un bien, por el trabajo conjunto en la misma actividad profesional, empresarial o industrial para deducir que hay sociedad civil, o que hay simple comunidad de bienes si no se comparte tal actividad en iguales condiciones, y solo se hace como mera ayuda por uno de los convivientes,...⁴⁶); aunque en ningún caso sin poderse presumir ninguno de tales regímenes, ni siquiera el de copropiedad, debiendo ser cada cual así probado para regir efectivamente en la pareja⁴⁷.

44 En su trabajo: "El contrato de unión civil: la regulación de su contenido y efectos", en *Revista de derecho de familia*, núm. 43, 2009, pp. 23-54. En contra, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Pactos de carácter patrimonial", cit., p. 34, nota 57), afirma, con contundencia: "No estamos ante capitulaciones matrimoniales, por lo que no es aplicable el art. 1327 CC".

45 Art. 1667: "La sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública".

46 Para un estudio pormenorizado, y con cita de abundantes casos tomados de la propia jurisprudencia y de numerosas sentencias de Audiencias Provinciales, véase DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Pactos de carácter patrimonial", cit., pp. 26 a 33), así como a BARRIO GALLARDO, A.: "La organización económica de las parejas de hecho", cit., pp. 462 a 468.

47 Como así lo advertía hace tiempo ANGUIA RÍOS, R.M³: "Autorregulación de las relaciones patrimoniales", cit., p. 4797. No obstante, como ella misma advierte (en la nota 6), para el caso de cuentas corrientes bancarias la STS 21 noviembre 1994 establece un criterio especial para las parejas de hecho, ya que, si bien es doctrina general que las titularidades indistintas en las cuentas bancarias permiten disponer del saldo pero no determinan la existencia de una comunidad, que sólo existirá atendiendo a la originaria pertenencia de los fondos (STS 7 junio 1996), sí se presume la cotitularidad del saldo cuando existe una unión estable. Por otra parte, la jurisprudencia se suele mostrar reacia a considerar tácitamente constituida una sociedad universal de ganancias por el simple hecho de la convivencia "more uxorio", así, entre otras, las SSTS 11 diciembre 1992, 17 enero 2003 y 27 mayo 2004, según tomo de DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Pactos de carácter patrimonial", cit., p. 25, con nota 33.

Con todo, ¿cabría, también como una opción más, acordar la sumisión “in abstracto” a un régimen legal económico matrimonial (de gananciales, de separación de bienes, ...)?

2. La imposible remisión convencional —en bloque o por su “nomen”— al régimen económico matrimonial.

En un inicio, la STS 18 mayo 1992 pareció insinuar aquella posibilidad (suscitada al final del epígrafe anterior, de poder someterse las uniones de hecho por pacto a un régimen económico matrimonial), aunque lo hizo en “obiter dictum”, al simplemente afirmar que “... no ha de rechazarse de plano la posible aplicabilidad de la normativa que disciplina el régimen ganancial matrimonial, si expresamente se pacta”. La sentencia de 23 de julio de 1998 lo expresa de la siguiente forma: “Sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por «analogía legis», que aquí no se da, sino por «analogía iuris», de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio, regula el citado Título del CC, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo”. También de pasada pareció admitirlo la STS 16 junio 2011, al negar la existencia de un régimen económico matrimonial en las parejas no casadas, “salvo que se haya pactado por los convivientes”, terminaba diciendo. Y así también algunos autores, cada vez más, parecen admitirlo⁴⁸, destacando incluso que se pacte un régimen de gananciales, con inclusión del régimen primario (como, por ejemplo, el relativo a la potestad doméstica o de las llaves del art. 1319 CC⁴⁹, o la regla concerniente a la protección de la vivienda familiar del art. 1320 CC⁵⁰), cuya inscripción registral, en tanto el pacto se eleve previamente a escritura pública, asegurará la eficacia frente a terceros de dicho régimen pactado.

48 Como TORRES LANA, J.A.: “Relaciones patrimoniales a la conclusión de la convivencia «more uxorio»”, en AA.VV.: *Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, vol. V, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988. Y en su otro trabajo: “De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas”, *Aranzadi Civil*, 1993, pp. 9-23; BAYOD LÓPEZ, C.: “Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial”, *RCDI*, 1995, pp. 129-153; MESA MARRERO, C.: *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 125 y 126; BUSTOS GÓMEZ-RICO, M. DE: “La relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, p. 483; POU DE LA FLOR, M^a.P.: “Crisis de parejas: consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho”, *RCDI*, núm. 712, 2009, p. 818; o los ya citados REBOLLEDO VARELA, MESA MARRERO, PARRA LUCÁN, o BARRIO GALLARDO.

49 Art. 1319 CC: “Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma. (...) De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge. (...) El que hubiere aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial”.

50 Art. 1320 CC: “Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. (...) La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”.

Hasta tiempos cercanos, sin embargo, la “communis opinio” había venido negando tal convención por ser contraria al Orden Público (art. 1255 CC), porque, aparte de la falta de analogía habida entre el matrimonio y las parejas no casadas, si los convivientes rechazaron su sujeción al matrimonio es porque rechazaron también con él su régimen económico-matrimonial. Admitir aquel pacto fuera del matrimonio sería como casarse sólo a medias, en lo económico, renunciando a los derechos y deberes personales que el matrimonio impone (sin permitir, por tanto, su renuncia, ni otra forma de disponibilidad). Así lo ha reiterado una más reciente -aunque minoritaria- doctrina⁵¹, y así lo ha terminado diciendo, clara y tajantemente, la DGRyN en sus Resoluciones de 7 febrero 2013⁵², y siguiéndola la de 11 junio 2018⁵³, así como la más reciente de 21 junio 2021⁵⁴, concluyendo aquella primera para subrayar la “imposibilidad de crear una sociedad de gananciales — que es un régimen económico del matrimonio— sin matrimonio”.

Íntegramente, se dice en tales Resoluciones: “Ciertamente no está regulada en las Leyes una aplicación genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, incluso cuando haya sido objeto de un pacto expreso de remisión. En este sentido, resulta difícil extender una organización jurídica basada en el carácter público del estatuto conyugal a unas relaciones personales que, desde el punto de vista jurídico —no así desde el social—, destacan precisamente por lo contrario. Esto es así por los siguientes motivos: 1. La imposibilidad de crear una sociedad de gananciales —que es un régimen económico matrimonial— sin matrimonio; 2. Falta de publicidad de la misma frente a terceros; y, 3. La imposibilidad de pactar entre los convivientes capítulos matrimoniales y, dado que los regímenes económicos matrimoniales sólo pueden establecerse a través de capitulaciones matrimoniales, de ello se derivaría que los convivientes no pueden pactar que entre los mismos rijan las normas reguladoras de un régimen económico como es el de la sociedad de gananciales. Así pues, carece de sentido aplicar a las uniones extramatrimoniales el régimen legal supletorio de la sociedad de gananciales, incluso mediante pacto expreso de los convivientes”.

Añadirá, no obstante, la Resolución de 21 junio 2021⁵⁵: “Los convivientes pueden alcanzar pactos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión, siempre que no sean contrarias a los referidos límites generales -los consabidos del art. 1255 CC (Ley, Moral y Orden Público)-. Así, podrán pactar válidamente entre ellos que les sean de aplicación las normas que disciplinan,

51 Como MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “Acuerdos entre convivientes «more uxorio»”, en AAMN, 2000, p. 36 ss.; o como LÓPEZ AZCONA, A.: *La ruptura de las parejas de hecho*, Aranzadi, Navarra, 2002; o DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Pactos de carácter patrimonial”, cit., pp. 34 ss.

52 Resolución 3 febrero 2013 (RAJ 2013, 2908).

53 Resolución 11 junio 2018 (JUR 2018, 176586).

54 Resolución 21 junio 2021 (BOE 8 julio 2021).

55 Resolución 21 junio 2021 (BOE 8 julio 2021).

en general, los distintos regímenes económicos matrimoniales, y en concreto el de la sociedad de gananciales, bien por remisión a los artículos que regulan dicho régimen económico matrimonial, bien por la adopción de pactos concretos que tradujeran en el convenio entre convivientes las normas de la sociedad de gananciales”.

3. La hipotética -y sutil- remisión convencional -cláusula por cláusula- a un régimen económico matrimonial.

Aun pareciéndome aquella última solución (contraria a la remisión en bloque o por su nombre a un entero régimen económico matrimonial), la solución más acertada, según creo⁵⁶ hay que matizarla por lo burda que es la opuesta, que lo es por pretender una remisión genérica, en bloque y sin matices, ni salvedades, a un entero régimen económico matrimonial, lo que lógicamente no cabe al no tratarse de una pareja casada.

En parte recuerda tal pretensión a la que, precisamente, prohibía el Proyecto de CC de 1851, y así el CC de 1889 (hasta 1981), de que un matrimonio sometido al régimen común pactara someterse a un régimen económico foral por su solo nombre (especialmente, si ya estaba en desuso), aun careciendo de la pertinente vecindad civil. El propio GARCÍA GOYENA advertía que tan solo sería posible pactar tal sujeción si se trataba de pactos concretos y detallados, referidos a determinados aspectos o efectos patrimoniales del matrimonio, que no se contradijeran con el régimen económico común en lo que de éste resultara imperativo⁵⁷. Era el art. 1317 CC —hoy, tras 1981, ya derogado—, que decía: “Se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos —matrimoniales o capitulares— las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los fueros y costumbres de las regiones forales y no a las disposiciones generales de este Código”. Tal precepto era fiel trasunto del artículo 1237 del Proyecto isabelino de Código Civil, de 1851, que decía: “No pueden pactar los esposos de una manera general que sus bienes han de gobernarse por los fueros o costumbres que hasta ahora han regido en diferentes provincias o comarcas del Reino”.

56 Y siguiéndome, de nuevo, en esta propuesta tan particular, esperemos que más por convicción que por obediencia (que no me debe), mi discípulo GARCÍA MAYO, M.: *Pactos prematrimoniales*, cit., pp. 71 y 72.

57 Lo decía, en sus *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo I, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial. Madrid, 1852, p. 256, comentando el art. 1237 del Proyecto de CC de 1851 (que se reproduce a continuación en texto, y del que decía lo siguiente): “Referirse de una manera general á costumbres y Fueros abolidos, tendría visos de una resurrección: aquellos continuarían en el concepto vulgar como leyes del Estado; seguiría la misma confusión que hasta aquí, y quedaría frustrad el objeto de este Código, ó la unidad constitucional: sería echar nuevamente á los españoles al laberinto de que se les quiere sacar, y ensanchar el abismo que el Código civil debe cerrar. No podrán, pues, los contrayentes pactar en términos generales que sus capitulaciones se regirán por los antiguos Fueros de esta o la otra provincia: si hay en ellos alguna disposición que se quiere que rija, habrán de pactarla especialmente y transcribirla”, terminaba diciendo, en lo que aquí más interesa destacar.

El contenido de ambos preceptos no debe, sin embargo, llevar al error, ni mucho menos al engaño. No se prohibía en ellos, en general, el sometimiento a un sistema económico-matrimonial foral. De haberse así interpretado el artículo 1317 CC-1889 —vigente hasta 1981—, entonces, el artículo 12 CC-1889 —actual art. 13 CC— y el respeto a los Derechos Forales en él consagrado serían pura ilusión o quimera. Según la común opinión doctrinal, incluido don FLORENCIO GARCÍA GOYENA en sus comentarios al Proyecto de 1851, en aquellas normas — art. 1317 del Código Civil de 1889 y su inspiradora de 1851— se prohibía que los cónyuges regularan los efectos económicos de su matrimonio de forma especial, o distinta a cómo se regulaba en el Código Civil, aludiendo sólo en su “nomen” o denominación a un fuero que, tras la entrada en vigor del Código Civil, estuviese ya abolido o derogado por su desuso; por el contrario, hubiera sido necesario escriturar el contenido completo de dicho fuero abrogado.

“Mutatis mutandis” algo parecido, me parece, sucede con el caso que nos ocupa, relativo a las parejas de hecho: cabría por ellas pactar efectos económicos que son los propios, aunque “ex lege”, del matrimonio, aunque, cuando menos, respetando dos límites: el primero, que no cabría sin más remitirse a todo un régimen económico matrimonial, sino tan solo a aquellas normas que, según cada caso, sean trasladables a una pareja no casada, y que tal remisión sea puntual en cuanto al fondo de la norma, no a la norma misma (a tal o cual precepto), sino redactando su contenido en el propio acuerdo; de tal modo que no se pacte, sin más, un efecto matrimonial, sino un efecto patrimonial con entidad propia, estén o no casados entre sí los que así lo acuerdan.

Como muestra de lo dicho, un par de ejemplos: si, como algunos pretenden mediante una remisión al art. 1319 CC, se quiere pactar el régimen de responsabilidad doméstica, siguiendo la opinión de LACRUZ y ESTRADA ALONSO, convendría más bien pactar una especie de mandato recíproco, que incluso en su caso podría estimarse tácitamente (cfr., art. 1710 CC); o para proteger la vivienda de la pareja, no cabría sin más remitirse a lo dispuesto en el art. 1320 CC (o al art. 96 CC, para el caso de ruptura), sino que más bien habría que pactar una especie de prohibición de disponer (o también de administrar, si también se quiere cubrir el caso del arrendamiento).

Y es en tales ejemplos donde brota el segundo límite a respetar en tales pactos: el de su posible eficacia frente a terceros, que no parece tan sencillo asegurar como propone aquella doctrina favorable a la remisión en bloque al régimen económico matrimonial y simplemente pactada en documento público. Para empezar, dicho documento carece de acceso al Registro Civil, al no formar matrimonio quienes así han pactado. Sabido es, por otra parte, que no gozan de estricta publicidad aquellas parejas que acceden a los Registros de Parejas de

Hecho que en todas las leyes autonómicas se instaura. Son tales unos registros públicos, pero más administrativos que civiles, que ningún efecto de validez ni de eficacia u oponibilidad tienen frente a terceros, al menos frente a los particulares—sólo lo tienen frente a la Administración pública autonómica o municipal—(según dicen insistentemente las RRDGRyN 7 febrero 2013⁵⁸ y 11 junio 2018⁵⁹, así como la Resolución 21 junio 2021⁶⁰ que venimos citando reiteradamente⁶¹). Son, como dijimos arriba, el “catastro” de las uniones de hecho. Es la propia seguridad jurídica, y la del tráfico jurídico como expresión de Orden Público, lo que está en juego⁶². Así lo dijo hace ya una década la STC 81/2013, 11 abril, al declarar solo parcialmente inconstitucional la Ley madrileña de parejas de hecho, dejando como válida su regulación sobre el Registro de uniones de hecho al tratarse, precisamente, de un registro meramente administrativo, cuya regulación no es por tanto competencia exclusiva del Estado “ex” art. 149.1.8° CE⁶³.

Solo quedan, por tanto, el Registro Mercantil y el Registro de la Propiedad (o el de Bienes Muebles, en su caso), pero siempre que se cumplan sus más elementales condiciones: para el primero, que al menos uno de los miembros de la pareja de hecho sea empresario, y para el segundo, la trascendencia real del pacto documentado públicamente (cfr. arts. 2.2°, 9 LH, 7 y 51.6ª RH), cuando, en efecto, en cada caso lo tenga (lo que difícilmente sucederá, por ejemplo, en el caso de la prohibición de disponer de la vivienda, al no parecer que sean aplicables por analogía los arts. 26 y 27 LH⁶⁴, tanto por su necesaria interpretación restrictiva, al

58 Resolución 3 febrero 2013 (RAJ 2013, 2908).

59 Resolución 11 junio 2018 (JUR 2018, 176586).

60 Resolución 21 junio 2021 (BOE 8 julio 2021).

61 Y en la doctrina ya advertido por ANGUIA RÍOS, R.Mª.: “Autorregulación de las relaciones patrimoniales”, cit., p. 4796.

62 Según advirtió GALLEGU VEGA, J.A., en su lacónico, pero brillante “Comentario a la RDGRyN 7 febrero 2013 (RAJ 1013, 2908)”, en AA.VV.: *Autonomía privada, Familia y Herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 83-90. Y, por supuesto, déjese el problema de la publicidad del estado posesorio, pues, ¿es hoy estado civil el del conviviente de hecho? Lo niega RAMOS CHAPARRO, E.: *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, CEDECS, Barcelona, 1999, quien incluso, en contra de LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.: *La posesión de estado familiar*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1971, cuestiona para el matrimonio la viabilidad probatoria de la posesión de estado.

63 Que dice en su integridad: “1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 8ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

64 Artículo 26: “Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas: (...) Primera. Las establecidas por la Ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio. (...) Segunda. Las que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa serán objeto de anotación preventiva. (...) Tercera. Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez”. Y art. 27 LH: “Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso

tratarse de cargas que limitan la libertad del dominio, como por la falta de analogía habida entre los pactos celebrados entre convivientes y las estrictas capitulaciones matrimoniales a que se refiere el art. 27 LH, cuando, previa y radicalmente, no hay -según venimos diciendo- analogía entre la unión de hecho y la matrimonial).

4. La matizable remisión —aceptada por el Tribunal Constitucional— al régimen legal autonómico sobre parejas de hecho y una posible última “vuelta de tuerca”: la remisión convencional de las parejas casadas al régimen patrimonial de las casadas.

Como otra “vuelta de tuerca”, por lógica, lo dicho sobre la sumisión pactada y puntual de las parejas de hecho a parte de un régimen matrimonial, cabe aplicarlo recíproca e inversamente al matrimonio, que podría tomar como modelo algún aspecto de los regímenes legales autonómicos sobre parejas de hecho. Lo permiten en abstracto los arts. 1315 y 1328 CC⁶⁵ siempre que, en particular, tales regímenes respeten los mínimos imperativos del régimen matrimonial, especialmente, en lo que afecta a su régimen primario, común a todo matrimonio (contenido en los arts. 1317 ss CC), así como a su contenido personal (impuesto en los arts. 66 ss CC).

En efecto, ese acercamiento convencional (o “ex voluntate”) y recíproco entre ambos tipos de parejas, casadas y de hecho, no solo viene auspiciado por la configuración de las parejas de hecho a modo de para-matrimonios, aunque más libres y menos solemnes (que, según vimos antes, han venido a regularizar la legión legislativa autonómica), sino también por el mayor grado de libertad y el menor de solemnidad, o de rigurosidad cuando menos, que el propio legislador estatal, en este caso, ha conferido a la institución matrimonial misma, facilitando no solo el acceso a ella a parejas integradas por personas del mismo sexo (con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio), permitiendo su celebración, en todo caso, ante otras muy diversas autoridades diversas de la judicial, sino, sobre todo, facilitando su separación o su disolución mediante divorcio, primero descausalizándolo, con el -mal- llamado divorcio “express” (en la Ley-2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio), y, luego, desjudicializándolo al permitir el divorcio notarial por mutuo acuerdo (con la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, de 2 de julio); reformas todas ellas que han aproximado aún más las uniones de hecho en su regulación

al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento”.

65 Art. 1315: “El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código». Art. 1328 CC: «Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”.

contenida en la legislación autonómica a la institución matrimonial estatal por acercamiento de esta a aquellas. Con tales reformas, en efecto, ha sido el matrimonio el que se ha asimilado, o aproximado cuando menos, a las uniones no casadas, dando por resultado, entre ambos legisladores, estatal y autonómico, un acercamiento mutuo y recíproco que, a nuestro parecer, justifican también este acercamiento voluntario entre sus regímenes -al menos- patrimoniales. Todo ello sin que la aproximación desdibuje la existencia de dos instituciones con sus diferencias, ya muy tenues, que, mantenidas intencionadamente por la ley, sigan impidiendo el recurso a la analogía entre ellas (como así sucede con otras figuras, muy próximas, pero no análogas “*stricto sensu*”, como por ejemplo sucede con la prescripción y la caducidad, con la fianza y la hipoteca dada por tercero, o con el usufructo y el arrendamiento, ...) ⁶⁶.

Tal es la posible disponibilidad de los regímenes matrimonial y de las parejas de hecho, que la STC 93/2013, 23 abril, tras declarar en buena parte inconstitucional la Ley navarra por someter a su régimen aquellas uniones no casadas, ni registradas, por la sola convivencia anual de sus integrantes o por tener una descendencia común, lo que, según entiende el Tribunal Constitucional, es contrario a la libertad (que consagra el art. 10 CE), por no respetar que tales uniones se sometan solo voluntariamente a dicha Ley, añade que el régimen legal autonómico, previsto como imperativo en la Ley navarra —solo— para las parejas no casadas registradas y sometidas expresa y voluntariamente a dicha ley, debe entenderse como meramente dispositivo para las parejas no casadas, ni registradas, que podrán someterse a él mediante pacto al amparo del principio de autonomía de la voluntad (que, en general, consagra el art. 1255 CC), hasta el punto de que cabría admitir, según ejemplifica el propio Tribunal Constitucional, que la unión se acuerde sometida a término o a condición, contra la prohibición que al respecto establece la Ley navarra para las parejas no casadas registradas (o el art. 45 CC impone al matrimonio, habría que añadir). Considera incluso el Tribunal Constitucional que de haber una ley estatal de parejas de hecho, debería contener un régimen dispositivo, por respeto a la libertad y la dignidad que impone el art. 10 CE. Así, en efecto, lo hacía la Ley valenciana de parejas de hecho, previendo un régimen como dispositivo, en cuanto supletorio, para las propias uniones formalizadas (una ley, no obstante, que fue también declarada inconstitucional en la STC 110/2016, 9 junio). Y es solución que desde hace un tiempo defendía también PARRA LUCÁN ⁶⁷.

En mi opinión, con ello el Tribunal Constitucional llega demasiado lejos en la concesión de juego a la autonomía privada. ¡No se percata, acaso, aquella sentencia

66 Y que yo mismo he estudiado en diversas ocasiones, que pueden verse compendiadas en mi libro *Analogía e interpretación: sus confines conceptuales y su realidad práctica en Derecho privado*, con prólogo de L.B. PÉREZ GALLARDO, Ediciones Olejnik, Chile-Argentina, 2017.

67 En “Autonomía de la voluntad y derecho de familia”, *La Ley*, 2011-3, p. 1800, y que reitera posteriormente en su colaboración en el 150 aniversario de la Ley del Notariado, *cit.*, pp. 297 y 298.

del Tribunal Constitucional de que, con su interpretación, frente a lo que ha sido la propia jurisprudencia constitucional, se privilegia a las uniones de hecho, no solo frente a las matrimoniales, sino también frente a las no casadas pero registradas debidamente; todo ello en contra de una mínima exigencia de seguridad jurídica? ¿No se contiene en aquella idea una discriminación, no solo frente al matrimonio, sino dentro de las propias parejas de hecho favoreciendo, precisamente, a las que no se sujetan a las formalidades de la Ley (autonómica)? Si una pareja decide voluntariamente no casarse ni registrarse como unión estable, ¿por qué permitir que por pacto se someta al régimen legal de las parejas registradas? La STC 23 abril 2013 lo admitió, cuando en cambio la coetánea RDGRyN 7 febrero 2013⁶⁸, sobre un caso de pareja de hecho registrada en Andalucía, había afirmado, con toda razón, la “imposibilidad de crear una sociedad de gananciales —que es un régimen económico del matrimonio— sin matrimonio”. ¿O acaso hay que rechazar esta última resolución por ser inconstitucional (contraria a la libertad que proclama aquella sentencia), y hay que admitir que las uniones libres pueden someterse por su simple voluntad al régimen matrimonial o al de parejas registradas sin necesidad de casarse ni de registrarse? En mi opinión, constituiría tal opción un flagrante atentado contra el Orden Público (en contra del límite que al respecto establece el art. 1255 CC). Con aquella última sentencia el Tribunal Constitucional ha trasladado al dilema entre pareja no casada registrada o no registrada el mismo que antaño se suscitó entre el matrimonio y las genuinas parejas de hecho, pero dándole ahora a aquel otro una solución diversa y, en mi consideración, equivocada, al no afirmar la falta de semejanza y negar la aplicación pactada de su régimen legal. Esa es, al menos, mi opinión que aquí, por fin, concluye.

68 Resolución 3 febrero 2013 (RAJ 2013, 2908).

BIBLIOGRAFÍA

ANGUITA RÍOS, R. M^a.: "Autorregulación de las relaciones patrimoniales durante la convivencia de las parejas de hecho", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2006, pp. 4793-4805.

BARRIO GALLARDO, A.: "Parejas de hecho, autonomía privada y régimen económico-matrimonial", en AA.VV.: *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Comares, Granada, 2017, pp. 127-142.

BARRIO GALLARDO, A.: "La organización económica de las parejas de hecho y sus límites institucionales", *RGLJ*, 2017, núm. 3, pp. 447-482.

BAYOD LÓPEZ, C.: "Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial", *RCDI*, 1995, núm. 626, pp. 129-153.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Las parejas de hecho", *Aranzadi Civil*, 1993, pp. 1823-1837.

BUSTOS GÓMEZ-RICO, M. DE.: "La relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros", *Cuadernos de Derecho Judicial (Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho)*, 1997, pp. 419-498.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Parejas de hecho, pactos de convivencia y en previsión de posible ruptura, en España: «status quaestionis»", en AA.VV.: *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, (dir. por L. AGUILAR RUIZ Y J.L. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO), Navarra, 2014, pp. 61-81.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "¿Pueden las parejas de hecho someterse convencionalmente a un régimen económico matrimonial? (Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de junio de 2018)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2018, núm. 47.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "De nuevo, sobre las parejas de hecho y su pertinaz voluntad de someterse a un régimen económico matrimonial. Comentario a la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y de la Fe Pública de 21 de junio de 2021", *Revista Jurídica del Notariado*, 2021, núm. 113º, pp. 287-308.

DE VERDA Y BEAMONYE, J.R.: "Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 11, 2019, pp. 12-63.

ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Civitas, Madrid, 1991.

GALLEGRO DOMÍNGUEZ, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995.

GALLEGRO VEGA, J.A.: "Comentario a la RDGRyN 7 febrero 2013", en AA.VV.: *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, (dir. por L. AGUILAR RUIZ Y J.L. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO), Navarra, 2014, pp. 83-90.

GARCÍA MAYO, M.: *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, JM Bosch Editor, Madrid, 2023.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: "¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?", *RJN*, núm. 32, 1999, pp. 199-235.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: *La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: "Matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual (Consideraciones de política legislativa)", *La Ley*, núm. 7, 2001.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: "Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones no matrimoniales", *La Ley*, núm. 4, 2003, pp. 1849-1855.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: "Convivencia «more uxorio». Estipulaciones y presunciones", en AA.VV.: *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces (CEURA), Madrid, 1990, pp. 1061-1069.

LÓPEZ AZCONA, A.: *La ruptura de las parejas de hecho*, Aranzadi, Navarra, 2002.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "Acuerdos entre convivientes «more uxorio»", *AAMN*, núm. 40, 2000, pp. 205-249.

MESA MARRERO, C.: *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2006.

OSSORIO SERRANO, J.M.: "Relaciones y otros efectos puramente personales o no patrimoniales que se derivan de la convivencia de parejas de hecho", en AA.VV.: *Parejas de hecho: cursos de verano de la Universidad Complutense en Almería*, (coord. por R. Herrera Camposo), Ilustre Colegio Notarial, Madrid, 1996, pp. 37-50.

PARRA LUCÁN, M^a.A.: “Autonomía de la voluntad y el Derecho de la familia”, en AA.VV.: *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado (Estudios en Conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado)*, Tomo I: Derecho de la persona, familia y sucesiones, Wolters Kluwer España, Madrid, 2012, pp. 97-454.

POUS DE LA FLOR, M^a.P.: “Crisis de parejas: consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho”, *RCDI*, núm. 712, 2009, pp. 805-832.

REBOLLEDO VARELA, A.L.: “El contrato de unión civil: la regulación de su contenido y efectos”, *Revista de derecho de familia*, núm. 43, 2009, pp. 23-54.

TORRES LANA, J.A.: “Relaciones patrimoniales a la conclusión de la convivencia «more uxorio»”, en AA.VV.: *Homenaje a JB. Vallet de Goytisolo*, Vol. V, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 771-793.

TORRES LANA, J.A.: “De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas”, *Aranzadi Civil*, 1993, pp. 9-23.

