

LOS EFECTOS PATRIMONIALES DERIVADOS DE LAS RUPTURAS EN LAS UNIONES DE HECHO: UNA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL ANTE LA INEXISTENCIA DE UNA NORMATIVA ESTATAL QUE REGULE DICHA INSTITUCIÓN DE DERECHO DE FAMILIA

Rafael Pérez Castillo

*Funcionario de carrera del Cuerpo Superior de Administradores Generales de la Junta de Andalucía
Asesor Técnico Jurídico de la Dirección General de Personas Mayores, Infancia y Familias.
Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales
Profesor asociado de Derecho Constitucional. Universidad Pablo de Olavide. Sevilla*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña Josefina BOQUERA MATARREDONA, don Manuel BROSETA DUPRÉ, don Juan GRIMA FERRADA, don Jorge MARTÍ MORENO y don José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE.

EXTRACTO

En el presente trabajo se tratan de analizar las resoluciones jurisprudenciales que la jurisdicción ordinaria, tanto del Tribunal Supremo como de las audiencias provinciales, se ha visto abocada a dictaminar para paliar los principales conflictos que surgen de la ruptura en las uniones de hecho, que son tanto los concernientes a la liquidación y atribución de bienes adquiridos como el reparto de la ganancia generada por ambas partes o una sola durante el tiempo de convivencia. Y ello debido tanto a la ausencia de normativa estatal que prevea estas situaciones como a la verdadera dispersión y diferenciación que las disposiciones normativas autonómicas han dictado al respecto.

Palabras claves: uniones de hecho, estabilidad, permanencia, continuidad y publicidad.

Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 09-07-2013

**ECONOMIC EFFECTS ARISING FROM THE BREAKS
IN THE UNIONS IN FACT: A JURISPRUDENTIAL PERSPECTIVE
BEFORE THE NONEXISTENCE OF STATE REGULATION
THAT REGULATES THE ABOVE MENTIONED INSTITUTION
OF LAW FAMILY**

Rafael Pérez Castillo

ABSTRACT

This survey aims at examining the judgments that have been passed in our courts in order to alleviate the main clashes which appear when a fact couple breaks up. Those clashes refer as much to the liquidation and ascription of joint assets as to the distribution of profits yielded by one or both of the parties during the period of cohabitation. This fact is due as much to the lack of state regulations which could foresee these situations as to the current scattering and differentiation of regulations that regional bodies have promulgated on this matter.

Keywords: unions, stability, retain, continuity and advertising.

Sumario

- I. Consideraciones previas
- II. Requisitos de identificación de una unión de hecho
- III. Las consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho
 1. Inaplicación analógica del régimen económico matrimonial
- IV. Existencia de pactos sobre el régimen económico aplicable a las relaciones patrimoniales de la unión de hecho
 1. Estipulaciones con efectos personales
 2. Estipulaciones con efectos patrimoniales
 3. Aplicación del régimen económico matrimonial a una unión de hecho
 4. Otros ámbitos
- V. Inexistencia de pacto sobre el régimen económico aplicable a las relaciones patrimoniales de la unión de hecho
 1. La aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil
 2. La aplicación analógica del principio de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil
 3. La aplicación analógica de la técnica del enriquecimiento injusto
 4. La protección del conviviente perjudicado por la ruptura
- VI. Conclusiones

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En la sociedad española actual no existe una normativa estatal que aborde las consecuencias patrimoniales derivadas de la extinción de la convivencia en las uniones *more uxorio* o parejas de hecho, por lo que la jurisdicción ordinaria resuelve de forma casuística fundándose en las apreciaciones doctrinales.

Los principales conflictos que surgen de la ruptura en este tipo de uniones son tanto los concernientes a la liquidación y atribución de bienes adquiridos como el reparto de la ganancia generada por ambas partes o una sola durante el tiempo de convivencia, en este último supuesto dada la circunstancia de la colaboración de uno desempeñando labores propias del hogar y otro haciéndose cargo de los gastos familiares con el fruto de su trabajo profesional.

Para paliar estas consecuencias, las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo han ido dirigidas, *prima facie*, en un sentir mayoritario, a negar la equiparación de las uniones de hecho al matrimonio a los efectos de su extinción, por lo que no cabe transponerle las normas preceptivas del régimen económico matrimonial, aunque exista un reconocimiento a nivel constitucional de las parejas de hecho como una modalidad de familia¹, pues hay que tener en cuenta que del mismo modo que la pareja comenzó la convivencia libremente, aceptando crear una unión al margen del matrimonio legalmente establecido, también la ruptura debe ser libre, y no implicar el deber de indemnizar los perjuicios derivados de la misma.

No obstante, curiosamente, se otorga plena validez y reconocimiento a los pactos expresos o tácitos que los miembros de la unión acuerden libre y voluntariamente sobre sus relaciones patrimoniales. Esta es la opinión, cada vez más latente, de nuestra jurisprudencia y del Consejo de

¹ STC 1992/222, de 11 de diciembre: «Aparecen en primer plano ciertas normas de la Constitución Española que, aunque no se refieren específicamente a la unión familiar de hecho, directa o indirectamente pueden afectar a la misma, pues, sobre todo, la protección general que brindan alcanza tanto a la unión familiar matrimonial como a la unión familiar de hecho. En ese sentido, los artículos 9.2, 10.1 y 14 de la Constitución y, sobre todo, el artículo 39 de la misma, cuyo apartado 1 consagra la protección de la familia, que alcanza no solo a la fundada en el matrimonio, sino también a la unión familiar de hecho y, por si hubiera dudas, en su apartado 2, proclama la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil». Y, a mayor abundamiento: «De los artículos 32 y 39 de la Constitución Española se deriva una negativa a la concepción de que la familia se constituye exclusivamente sobre el matrimonio. Ninguno de los artículos citados hacen mención, expresa ni tácita, de la unión extramatrimonial; ni la reconocen ni la rechazan, pero tampoco obligan a que la familia se constituya necesariamente sobre el matrimonio. El concepto de familia debe cimentarse sobre el potenciamiento de la personalidad del individuo, sobre el desarrollo y educación de cada uno de sus miembros y sobre la estabilidad de la relación para conseguir esos fines».

Europa, cuya Recomendación del Comité de Ministros de fecha 7 de marzo de 1988 está orientada «para que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como parejas no casadas o que se regulen las relaciones patrimoniales entre las mismas, ya sea por el periodo ulterior a su casación, no pueden por tenerse como nulas, por la única razón de haberse concertado en dichas situaciones, así, pues, en un terreno tan delicado y complejo como el que se trata, las soluciones, en la medida de lo posible, deben adoptarse caso por caso». No obstante, tal consideración no está exenta de numerosos interrogantes relativos a su duración, efectos respecto de terceros, validez de las sociedades civiles y mercantiles que se creen para autogobernar las cargas y obligaciones derivadas de la convivencia, los pactos que se establezcan de carácter sucesorio, etc.

Sentado lo anterior, ¿qué acaece cuando no existe pacto entre los miembros de una pareja de hecho y se produce la ruptura? Las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo van dirigidas a conceder a una de las partes una compensación económica siempre que la ruptura produzca un desequilibrio o empeoramiento en relación con su anterior situación, con base en la aplicación analógica de la técnica del enriquecimiento injusto, seguida de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil, o de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil. Cualquiera de estas medidas trataría de garantizar el principio general de protección al perjudicado, que nuestra doctrina y jurisprudencia ha aceptado en diversos pronunciamientos, sobre todo para compensar el tiempo dedicado por la mujer, en la mayoría de los casos, a la atención del hogar y cuyo beneficio económico siempre resulta discutible o poco recompensado.

En consecuencia, todas estas cuestiones, expuestas de forma somera, han sido ya objeto de relevantes opiniones doctrinales y jurisprudenciales que constituyen base suficiente para desarrollar este trabajo.

II. REQUISITOS DE IDENTIFICACIÓN DE UNA UNIÓN DE HECHO

En relación con los presupuestos exigidos por la jurisprudencia para identificar una unión o pareja de hecho, llama la atención poderosamente la práctica ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales en los que se admita que puedan formar una pareja de hecho personas del mismo sexo. A nivel jurisprudencial cabe citar varias sentencias en que aparece implicada una pareja homosexual. Una de ellas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga –en adelante, SAP– de 12 de noviembre de 1999, y también la SAP de Baleares de 11 de febrero de 2002. En la primera se declara la validez de las donaciones remuneratorias efectuadas por el miembro de una pareja homosexual premuerto a favor del otro conviviente. No obstante, la Audiencia reduce tales donaciones por inoficiosas a fin de respetar la legítima de la actora –madre del conviviente fallecido–, si bien restringiéndolas a la tercera parte de la herencia, al otorgar al demandado el tratamiento de cónyuge viudo. Por su parte, la SAP de Baleares estima la acción de desahucio interpuesta por el miembro de la pareja propietario de la vivienda donde se ha desarrollado la convivencia contra su expareja, excluyendo la aplicación a las parejas homosexuales del artículo 96 del Código Civil, «lo que en todo caso excluye un agravio comparativo con las parejas de hecho heterosexuales», así como con las matrimoniales.

En este sentido, son también numerosas las resoluciones judiciales que exigen una relación de tipo heterosexual para constatar la existencia de una pareja de hecho. Pueden mencionarse a este respecto las Sentencias del Tribunal Supremo –en adelante, SSTS– de 21 de octubre de 1992, de 27 de mayo de 1994, de 27 de marzo de 2001 y de 5 de julio de 2001, y, en la jurisprudencia menor, las SSAP de Córdoba de 15 de junio de 1992, de Toledo de 2 de noviembre de 1994, de Madrid de 22 de marzo de 1995, de Castellón de 27 de mayo de 1995, de Córdoba de 29 de abril de 1998, de Castellón de 30 de junio de 1998, de Barcelona de 4 de diciembre de 1998 y de Cádiz de 17 de enero de 2002. En cambio, no resulta fácil encontrar exponentes jurisprudenciales que se refieran indistintamente a las parejas heterosexuales y homosexuales. Con todo, puede mencionarse excepcionalmente la SAP de Baleares de 27 de enero de 2000, que califica la unión de hecho como «la formada [...] entre dos personas [...] con independencia de su sexo».

Lo anterior contrasta con el planteamiento de las diferentes leyes autonómicas que admiten a la pareja heterosexual en su ámbito de aplicación sin mayor distinción. Efectuada esta precisión, cuatro son las notas distintivas que aparecen referidas en las decisiones judiciales para identificar una pareja de hecho: estabilidad, permanencia, continuidad y publicidad. A título de ejemplo, cabe citar la STS de 18 de mayo de 1992, según la cual «la convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados». Reproducen estos caracteres en la jurisprudencia menor, entre otras muchas, las SSAP de Córdoba de 15 de junio de 1992, de Asturias de 22 de junio de 1994, de Madrid de 22 de marzo de 1995, de Pontevedra de 29 de abril de 1996, de Asturias de 16 de enero de 1997, de Teruel de 22 de septiembre de 1998, de Las Palmas de 4 de noviembre de 1999, de Vizcaya de 27 de julio de 2000 y de Zaragoza de 7 de marzo de 2002.

Respecto a las dos primeras notas, estabilidad y permanencia, aunque enunciadas de forma autónoma, es obvio que existe entre ellas una evidente conexión, en el sentido de que la relación ha de ser prolongada en el tiempo para poder ser calificada de estable, si bien la estabilidad puede venir dada, asimismo, por la existencia de prole común. En este sentido, del examen de la jurisprudencia se ha podido apreciar que los órganos judiciales solo atribuyen el carácter de permanente a las convivencias que se han prolongado durante varios años. Así, la convivencia de dos años se ha identificado como pareja de hecho (SSTS de 21 de octubre de 1992 y de 10 de marzo de 1998, y, en la jurisprudencia menor, las SSAP de Madrid de 10 de septiembre de 1996, y de Barcelona de 7 de abril de 1999 y de 25 de octubre de 1999), mientras que con tiempos menores de convivencia se ha negado dicha realidad (entre otras, la SAP de 7 de octubre de 1998).

En cuanto a la exigencia de continuidad se traduce en la existencia de una convivencia diaria y, en principio, sin interrupciones. Al carácter ininterrumpido de la convivencia se refiere, por ejemplo, las SSAP de Granada de 28 de junio de 1993 y de Pontevedra de 1 de junio de 1999. Ahora bien, como señala cierto sector doctrinal encabezado por I. Gallego Domínguez y Miguel Martín Casals, no parece que el cese temporal de la convivencia por razones laborales, de enfermedad u otras análogas deba interpretarse como ruptura de la unión de hecho. De hecho, en al-

gunas de las sentencias a que se ha tenido acceso (por ejemplo, las SSAP de Zaragoza de 1999 o de Madrid de 28 de mayo de 2001), se aprecia la existencia de una convivencia *more uxorio* entre los litigantes, pese a que la misma solo se desarrollase durante los fines de semana y periodos vacacionales, al residir aquellos en municipios distintos.

Por último, la publicidad supone, en palabras de la STS de 18 de mayo de 1992, «una convivencia practicada de forma externa y pública, con acreditadas actuaciones conjuntas de los miembros de la pareja [...]», expresión que reproducen en la jurisprudencia menor las SSAP de Asturias de 22 de junio de 1994, de Pontevedra de 29 de abril de 1996, de Vizcaya de 6 de octubre de 1997, de Asturias de 18 de febrero de 1998, de Valencia de 9 de diciembre de 1998 y de Sta. Cruz de Tenerife de 23 de diciembre de 2000.

Ahora bien, estos caracteres referidos solo se predicán de una situación de hecho equivalente a la matrimonial –esto es, de una convivencia *more uxorio*– lo que implica «un modelo de vida que coincide con el que acostumbran a realizar los cónyuges [...]», siendo esta expresión utilizada por la SAP de Madrid de 22 de marzo de 1995. Pueden encontrarse expresiones equivalentes en la STS de 18 de mayo de 1992 («convivieron con apariencia de matrimonio») y las SSAP de Sevilla de 3 de marzo de 1992 («situación similar al matrimonio»), de León de 25 de noviembre de 1993 («han convivido como un verdadero matrimonio»), de Toledo de 2 de noviembre de 1994 («convivencia con vocación matrimonial»), de Asturias de 28 de junio de 1995 («convivencia que se configura como si de un matrimonio se hubiera tratado»), de Baleares de 25 de noviembre de 1996 («convivencia como marido y mujer»), de Pontevedra de 6 de abril de 1998 («convivieron en relación asimilada a la matrimonial»), de Granada de 6 de mayo de 1998 («convivencia a modo de matrimonio»), de Sevilla de 18 de mayo de 1998 («situación de convivencia paramatrimonial»), de Barcelona de 4 de diciembre de 1998 («relación de convivencia marital»), de Álava de 17 de abril de 1999 («coexistencia diaria desarrollada análogamente a las uniones matrimoniales»), de Almería de 24 de enero de 2000 («convivencia paramatrimonial») y de Orense de 14 de mayo de 2002 («convivencia en común similar a la relación matrimonial»).

En esta línea de identificar la convivencia entre los miembros de la unión de hecho con la matrimonial, son numerosas las sentencias que exigen complementariamente que aquellos se encuentren unidos por una relación de afectividad análoga a la del matrimonio. Las expresiones empleadas por los tribunales son similares. Así, se refiere a la *affectio maritalis* la STS de 30 de diciembre de 1994, así como las SSAP de Córdoba de 15 de junio de 1992, de Valencia de 9 de diciembre de 1998 y de Madrid de 24 de marzo de 1999; la STS de 29 de octubre de 1997 habla de *affectio recíproca*; la SAP de Toledo de 2 de noviembre de 1994, de «afecto análogo al matrimonial»; la SAP de Pontevedra de 23 de noviembre de 1994, de «relación de pareja de sentido afectivo»; la SAP de Cantabria de 29 de julio de 1996, de «vínculos de afectividad análogos a la relación conyugal»; la SAP de Madrid de 1 de julio de 1997, de «relación de afectividad análoga a la conyugal»; la SAP de Córdoba de 29 de abril de 1998, de «vínculos de solidaridad y afecto mutuos»; y la SAP de Cáceres de 2 de julio de 1998, de «relación de afectividad similar a la del matrimonio». Con este requisito expuesto se pretende excluir del concepto de unión de hecho las relaciones meramente laborales, de amistad e, incluso, de noviazgo.

En este sentido puede mencionarse la SAP de 29 de abril de 1996, que deniega a la actora el derecho de subrogación mortis causa en el arrendamiento de vivienda regulado en el artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que, aunque no puede negarse la realidad de una convivencia entre la actora y el arrendatario fallecido, «en ningún modo se acredita que pudiera encuadrarse dentro de lo que sería una unión *more uxorio*, sino exclusivamente como una convivencia forjada sobre una relación derivada de la prestación del servicio doméstico». En cambio, la SAP de Vizcaya de 6 de octubre de 1997, que reconoce a la demandada un derecho de uso y habitación sobre la vivienda de su compañero fallecido, frente a las alegaciones de la actora –sobrina del fallecido– acerca de la existencia de una mera relación laboral entre este y la demandada, admite una relación de convivencia *more uxorio*, ya que, si bien es cierto que la demandada prestó su trabajo doméstico al fallecido, no existen datos de que lo hiciera en calidad de asalariada. En cuanto a la relación de amistad, puede traerse a colación la SAP de Madrid de 24 de abril de 1998, que desestima la pretensión de la actora de que se le atribuya el uso de la vivienda familiar, por cuanto que, si bien reconoce la existencia de una relación de amistad entre aquella y el demandado, no se ha acreditado que «esa relación tuviera intensidad tal para integrar una convivencia *more uxorio*». Puede ocurrir lo mismo en una relación de noviazgo, tal y como se indica en la SAP de Cáceres de 2 de julio de 1998. Cabe mencionar, asimismo, la SAP de Zaragoza de 7 de marzo de 2002, que niega la condición de pareja de hecho a la relación sentimental existente entre los litigantes, pues, pese a haberse prolongado en el tiempo, no concurre el requisito de la convivencia permanente y estable.

A los requisitos referidos se añaden por algunas sentencias otros requisitos de índole personal relativos a la capacidad y edad de los convivientes, encontrándose la jurisprudencia dividida en cuanto a la concreción de estos requisitos. Así, por ejemplo, la STS de 30 de diciembre de 1994 exige una «madurez física y mental» en los convivientes; la SAP de Córdoba de 15 de junio de 1992, la mayoría de edad; la SAP de Madrid de 22 de marzo de 1995, «plena capacidad de obrar»; y la SAP de Baleares de 27 de enero de 2000, «capacidad suficiente».

No se exige, en cambio, por la jurisprudencia requisito formal alguno. De hecho, son abundantes las resoluciones judiciales que ponen de relieve la ausencia de formalidad como una de las diferencias más relevantes entre parejas de hecho y matrimonios. Así, la STS de 22 de julio de 1993, entre las considerables diferencias que separan a la unión de hecho del matrimonio, destaca que «mientras las primeras son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial, canónico o civil; las segundas, no». Para la STS de 18 de noviembre de 1997, «[...] la realidad social indica que tales uniones dan las características básicas de la familia jurídica, con la única característica especial de no existir una formalización religiosa o civil de tal unión de hecho». En la jurisprudencia menor, la SAP de Castellón de 30 de junio de 1998 señala, en la misma línea, que «[...] la realidad social nos presenta como la situación normal la relación sexual permanente entre hombre y mujer formalizada por el matrimonio, y como situación anormal la misma relación permanente, libre o no formalizada».

Con todo, esta nota caracterizadora de las parejas de hecho hoy debe matizarse, desde el momento en que las diferentes leyes autonómicas –excepción hecha de la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la comunidad autónoma de Canarias– prevén su constitución formal bien mediante el otorgamiento de escritura pública (Ley 25/2010, de

29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón») o documento público (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables en Navarra, así como la Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables), bien mediante la inscripción en un registro administrativo ad hoc (v. gr., Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía).

Por último, la jurisprudencia adopta un criterio totalmente permisivo en lo que se refiere al estado civil de los convivientes; esto es, resulta indiferente que alguno o ambos miembros de la pareja se encuentren casados con un tercero. Así, para la SAP de Toledo de 2 de noviembre de 1994, a la hora de calificar la convivencia de *more uxorio*, entiende que resulta «intrascendente» la subsistencia del matrimonio anteriormente contraído por uno de los convivientes. En los mismos términos se expresa la SAP de Las Palmas de 4 de noviembre de 1999, que, en relación con el caso enjuiciado, indica lo que sigue: «[...] es irrelevante que el demandado no se divorciara de su esposa hasta el año 1995, pues es frecuente, en los tiempos que corren, que se formen parejas de hecho aunque no se haya disuelto el vínculo matrimonial que une a alguno de los componentes de la pareja con otra persona y es más en algunas ocasiones se produce esta situación de convivencia *more uxorio* en tanto se produce el divorcio para con posterioridad casarse los miembros por no existir ya impedimento para ello». Del mismo modo, la SAP de Castellón de 3 de mayo de 2001 y la SAP de Madrid de 28 de mayo de 2001 no ven obstáculo alguno para calificar la relación entre las partes de unión *more uxorio* el hecho de que uno de ellos estuviese casado. Siempre, claro está, que no se siga conviviendo con el cónyuge.

No obstante, este criterio jurisprudencial se encuentra hoy sujeto a revisión en aquellas comunidades autónomas con regulación propia en la materia, por cuanto exigen la exclusividad de la relación, a excepción de la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, y la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en las cuales se posibilitan que integren la unión de hecho los casados, siempre que se encuentren separados judicialmente.

III. LAS CONSECUENCIAS PATRIMONIALES POR RUPTURA DE LAS UNIONES DE HECHO

La inactividad por promulgar una normativa de carácter estatal que regule los efectos de las uniones de hecho o uniones estables ha provocado que los órganos judiciales se hayan visto en la necesidad de resolver casuísticamente los conflictos de índole patrimonial que cualquier crisis de pareja provoca en nuestra sociedad ante la carencia de un régimen económico que regule la liquidación de los bienes y derechos adquiridos durante la convivencia.

Con todo, cada vez son más las comunidades autónomas que han establecido medidas legislativas sobre la materia, admitiendo la libertad de pactos entre las partes, o, incluso, regulando las con-

secuencias patrimoniales de su extinción, como sucede en Andalucía², Aragón³, Asturias⁴, Baleares⁵, Canarias⁶, Cantabria⁷, Cataluña⁸, Extremadura⁹, Madrid¹⁰, Navarra¹¹, País Vasco¹² y Valencia¹³.

Pero este hecho no responde a una demanda mayoritaria del resto de los ciudadanos que se ven abocados a acudir a los tribunales en defecto de normas aplicables por no disponer de la vecindad civil¹⁴ o residencia habitual¹⁵, o simplemente el empadronamiento¹⁶ en cualquiera de los municipios de las comunidades autónomas, lo que supone un trato discriminatorio de unos frente a otros¹⁷.

1. INAPLICACIÓN ANALÓGICA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Como primer intento de solución, la doctrina científica se mostraba partidaria de equiparar la unión estable o de hecho al matrimonio, de forma que en el supuesto de ruptura de la pareja se le aplicarían las consecuencias patrimoniales que la ley prevé para el de un matrimonio. Tal y como sucede en algunos países europeos, donde prácticamente equiparan la unión de hecho al matrimonio; así, la ley belga, *Loi instaurant la cohabitation légale*, de 23 de noviembre de 1998¹⁸; la ley fran-

² Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho.

³ Ley 6/1999, de 26 de marzo, sobre Parejas Estables no casadas, modificada por Ley 2/2004, de 3 de mayo.

⁴ Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables.

⁵ Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables.

⁶ Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Parejas de Hecho.

⁷ Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho.

⁸ Ley 10/1998, de 15 de julio, sobre Uniones Estables de Pareja, modificada por Ley 3/2005, de 8 de abril.

⁹ Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho.

¹⁰ Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho.

¹¹ Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Igualdad Jurídica de las Parejas Estables.

¹² Ley 2/2003, de 7 de mayo, de Parejas de Hecho.

¹³ Ley 4/2011, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho.

¹⁴ Este requisito se establece en las leyes de parejas de hecho de Cataluña (art. 1.1), Navarra (art. 2.3) y Baleares (art. 2.2).

¹⁵ Se exige en la ley de parejas de hecho de Andalucía (art. 2); si bien, en Cantabria (art. 4.1), Extremadura (art. 2.4) y Madrid (art. 1.2) se requiere, además, de la residencia en que se halle empadronado.

¹⁶ Es el caso de las leyes de parejas de hecho del País Vasco (art. 2.2), Valencia (art. 1.3), Canarias (art. 2.2) y Asturias (art. 2).

¹⁷ Y ello sin entrar a valorar sobre la inconstitucionalidad de estas normas unilaterales contenidas en las leyes autonómicas, como advierte GARCÍA RUBIO, M. P.: «Parejas de hecho y lealtad constitucional», en *Libro homenaje al profesor Javier Serrano García*, Valladolid, 2004, pág. 21, de www.mujeresjuristasthemis.org.

¹⁸ Cuyo artículo 1.479 determina: «Si l'entente entre les cohabitants légaux est sérieusement perturbée. Le juge de paix ordonne, à la demande d'une des parties, les mesures urgentes et provisoires relatives à l'occupation de la résidence

cesa, *Du pacte civil de solidarité et du concubinage*, de 15 de noviembre de 1999¹⁹; la ley alemana, *Lebenspartnerschaftsgesetz*, de 22 de febrero de 2001²⁰; la ley sueca, de 1 de enero de 1995²¹; en Inglaterra hay que anotar, como de gran interés, la presentación en abril de 2004, por el Gobierno británico, de un proyecto de ley donde se equiparan en la práctica sus derechos sociales y económicos con los que disfrutaban los matrimonios²². Y otras que circunscriben tal equiparación a las uniones de homosexuales, sin hacer referencia a las parejas heterosexuales, como la ley danesa, de 7 de junio de 1989, sobre registro de parejas de hecho²³; la ley noruega, de 1 de agosto de 1993, sobre registro de parejas de hecho²⁴; y la ley holandesa, de 1 de enero de 1998, sobre uniones viviles²⁵. Sin embargo, la jurisprudencia española niega la aplicación analógica e indiscriminada de la normativa matrimonial cuando se produce una crisis en la pareja *more uxorio*, por las siguientes razones:

a) Falta de analogía o equivalencia entre matrimonio y pareja de hecho

Es evidente que la carencia de normativa no exime a los tribunales de decidir los casos que se planteen, según la regla imperativa contenida en el artículo 1.7 del Código Civil. Y esto conlleva un vacío legal, pues los efectos que produce este tipo de ruptura tienen una notable trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del derecho del artículo 1.1 del Código Civil. De ahí, que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de noviembre de 2004, determina que, en defecto de ley y costumbre, sea preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema en el ordenamiento jurídico, y no a la analogía *iuris* del régimen matrimonial, pues «la idea no es tanto pensar en un complejo orgánico normativo –hoy por hoy inexistente– sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en

commune, á la personne et aux biens des cohabitants et des enfants, et obligations légales et contractuelles des deux cohabitants.

Le juge de paix fixe la durée de validité des mesures qu'il ordonne. En toute hypothèses, ces mesures cessent de produire leurs effets au jour de la cessation de la cohabitation légale telle que prévue à l'article 1.476, & amp; 2, alinéa 6.

Après la cessation de la cohabitation légale, et pour autant que la demande ait été introduite dans les trois mois de cette cessation le juge de paix ordonne les mesures urgentes et provisoires justifiées par cette cessation. Il fixe la durée de validité des mesures qu'il ordonne. Cette durée de validité ne peut excéder un an.

Le juge de paix ordonne ces mesures conformément aux dispositions des articles 1.253 ter á 1.253 octies du Code judiciaire».

¹⁹ En el artículo 515-7.

²⁰ Entró en vigor el 1 de agosto de 2001 con la denominación Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Partnerschaften.

²¹ En el capítulo II se regula la disolución de la relación de pareja, aplicándose por analogía la normativa matrimonial.

²² Civil Partnership Act 2004.

²³ Así, la ley *The Danish Registered Partnership Act* (Ley de Cohabitación Registrada), en su sección 9, establece: «Una persona que haya contraído matrimonio o que haya sido miembro con anterioridad de una pareja registrada no podrá contraer nuevo matrimonio mientras subsista la anterior relación matrimonial o de pareja registrada».

²⁴ Acton Registered Partnershipso (Ley de Cohabitación Registrada) determina: «La inscripción de dos personas del mismo sexo produce los mismos efectos legales que el matrimonio, salvo la aplicación de las disposiciones de la ley de adopción concernientes a los cónyuges».

²⁵ Hemos de advertir que Holanda aprobó, el 21 de diciembre de 2000, el matrimonio entre personas del mismo sexo.

derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de trascendencia jurídica»²⁶.

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional en Sentencia de 11 de diciembre de 1992²⁷: «Las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hechos iguales sean asimismo iguales, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando el elemento diferenciador introducido por el legislador carece de relevancia para el fin perseguido por la norma. En aplicación de esta doctrina, el Tribunal Constitucional ha declarado de manera general que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible por ello que el legislador, dentro de una amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida».

Y la STS de 22 de julio de 1993 sienta que: «El juego de la analogía radica en la similitud entre el supuesto que ante el órgano judicial –o intérprete– se presente, carente de regulación legal, y aquel al que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de esa semejanza o identidad de razón cual señala el citado precepto, lo que se traduce en que su aplicación lleve implícita la idea del uso razonable del derecho. Pues bien, fijando la atención en el supuesto que la recurrente somete a la consideración de esta Sala a los efectos de la aplicación analógica al mismo de los artículos 1.396 y siguientes del Código Civil, es evidente que esa semejanza no puede admitirse desde el momento que el examen analógico-comparativo de las uniones de hecho y las matrimoniales ofrecen unas considerables diferencias; así, mientras las primeras son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial, canónico o civil; las segundas no, lo que da lugar a que respecto a estas últimas surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones, tal acontece, por ejemplo, con la creación del estatus *iuris* casado/a que tampoco es de aplicación a las uniones *more uxorio*, lo mismo acontece con los requisitos que la disolución de las matrimoniales requiere y no juegan para las de puro hecho»²⁸.

A lo vertido, cabe añadir otras sentencias, más recientes, del mismo tribunal de 22 de enero de 2001, 5 de julio de 2001 y 12 de septiembre de 2005²⁹.

²⁶ (RJ 2004/7385).

²⁷ Véase nota 1. En este sentido destacamos los votos particulares que formulan los magistrados don Álvaro Rodríguez Bereijo y don José Galbaldón López, cuando manifiestan: «Cualesquiera que sean las analogías posibles entre aquellas situaciones e incluso las consideraciones que puedan derivarse (en lo sociológico o en lo histórico) acerca del origen y el carácter eminentemente consensual del matrimonio, lo cierto es que este y la relación extramatrimonial no son situaciones jurídicamente iguales; no son siquiera situaciones equivalentes [...]. Es cierto que la posibilidad de optar entre el estado civil de casado y el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE) de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. Pero lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del artículo 14, sea acreedora del mismo tratamiento [...] que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza».

²⁸ (RJ 6274/1993).

²⁹ (RJ 2001/1678), (RJ 2001/4993) y (RJ 2005/7148).

Además, actualmente, con la existencia del matrimonio por parejas del mismo sexo y el divorcio unilateral, se puede proclamar sin ambages que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huirse de la aplicación por analogía *legis* de normas propias del matrimonio como son los artículos 97, 96 y 98 del Código Civil, 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 continuidad³⁰.

b) Necesidad de garantizar el principio de autonomía de la voluntad de las partes

Si se admite la equiparación matrimonio y unión de hecho, se presume que los convivientes aceptan el régimen económico del matrimonio, cuando puede suceder todo lo contrario, que su deseo sea mantenerse al margen del mismo. La primera STS que se pronunció en este sentido data de 24 de noviembre de 1994³¹: «Es también extensible a la inaplicación de las normas reguladoras del régimen de separación de bienes, pues quienes de tal forma se unieron pudiendo haberse casado lo hicieron precisamente (en la generalidad de los casos) para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Debe respetarse la decisión personal, libremente tomada de unirse, prescindiendo del vínculo legal del matrimonio, y declarar que tales uniones son instituciones sustancialmente diferentes, en cuanto a la generación de derechos y deberes interpersonales y patrimoniales».

Posteriormente, la STS número 927/2005, de 5 de diciembre, declara que: «La unión de hecho se rige primordialmente por la voluntad de los convivientes y, en consecuencia, los efectos que produzca la ruptura de la unión serán efectos jurídicos derivados o propios de la institución que en cada caso proceda y no precisamente del matrimonio»³².

Además, el libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado si los poderes públicos trataran de impedir o reprimir la convivencia *more uxorio* o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial, de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole³³.

³⁰ STS de 5 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10185).

³¹ (RJ 1994/2428) o la STS de 26 de enero de 2006 (RJ 2006/417) en su FJ 4: «Es cierto que la convivencia de hecho no comporta per se la creación de una comunidad de bienes del tipo que sea. Por ello, esta Sala entiende que la unión de hecho se rige fundamentalmente por la voluntad de los convivientes»; la STS de 26 de mayo de 2006 (RJ 2006/3341), FJ 1: «En el desarrollo argumental del motivo la parte recurrente niega la existencia de *affectio maritalis*, porque, si bien reconoce que durante un tiempo existió una unión de hecho entre la demandada y ahora recurrente y el demandante, cada uno decidió desde un principio mantener su independencia en lo privado y en lo económico»; y la SAP de Barcelona de 5 de junio de 2001 (JUR 2001/24666): «Conservando cada uno su total independencia frente al otro, no queriendo contraer obligaciones recíprocas, personales y patrimoniales que nacen del matrimonio».

³² Véase nota 30.

³³ Véase nota 1.

c) Falta de reconocimiento constitucional expreso de equivalencia del matrimonio a la unión de hecho

La Constitución Española de 1978 –en adelante, CE– no reconoce en ninguno de sus preceptos la equiparación del matrimonio a la unión de hecho³⁴. Si bien cabe interpretar que los principios constitucionales que se refieren a la familia, en concreto el artículo 39 de la Carta Magna, deben proteger no solo a la familia matrimonial, tal y como afirma la STC 222/1992, de 11 de diciembre. El matrimonio es la única institución recogida en el artículo 32 de la CE y, aunque la unión familiar de hecho no está prevista, ni tampoco prohibida por el derecho, es ajurídica, pero no antijurídica: «Es evidente que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, lo que significa que no pueden atribuirse a las parejas de hecho todos los efectos del matrimonio, mientras el legislador estatal no decida cuáles serán las consecuencias jurídicas de este tipo de uniones» (Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre)³⁵.

Por tanto, puede deducirse que la protección social, económica y jurídica de la familia que garantiza el artículo 39 de la CE no implica la necesidad de una paridad de trato por el legislador en todos los aspectos y en todos los órdenes entre una institución jurídica reconocida y garantizada constitucionalmente, el matrimonio (art. 32 de la CE), y lo que no lo es. «Las uniones de hecho no son objeto de protección unitaria, sino los derechos de los hijos y de las madres, nacidos de la filiación y de la maternidad»³⁶.

d) Necesidad de garantizar la presunción de independencia económica entre los miembros de unión de hecho

El Tribunal Supremo ha sido tajante al declarar que «no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial, por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad

³⁴ Aunque el ordenamiento jurídico español actual ignora legislativamente a las uniones de hecho, no lo hizo en épocas anteriores con el Fuero Juzgo, Fueros Municipales, Las Partidas y el artículo 27.1 del Anteproyecto de Constitución, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 5 de enero de 1978.

³⁵ En este sentido se viene apoyando la jurisprudencia menor de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de marzo de 1995 (AC 1995/885): «Existen una serie de ordenamientos jurídicos (especialmente países sudamericanos) en los que la propia legislación positiva declara de aplicación a las uniones extramatrimoniales las normas reguladoras del matrimonio. Y al no existir ese expreso mandato legal en nuestro ordenamiento jurídico debe concluirse que la voluntad del legislador ha sido la de no aplicar con carácter general la normativa matrimonial a las uniones extramatrimoniales. Después de la entrada en vigor de nuestra Constitución de 1978, en nuestra legislación se han introducido una serie de preceptos en los que se declaran de aplicación a las uniones extramatrimoniales las normas reguladoras del matrimonio».

³⁶ Por el contrario, al reformarse el Código Civil, en cuanto a la regulación jurídica del matrimonio (arts. 42 a 107) y del régimen económico matrimonial (arts. 1.325 y 1.444), «en el año 1981 no se estableció de aplicación a las uniones extramatrimoniales los efectos que se fijaban para las uniones matrimoniales, con lo que se patentiza una intención inequívoca por parte del legislador de no aplicarse esos efectos propios de las uniones matrimoniales a las uniones extramatrimoniales».

universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma)», tal como afirma en la Sentencia de 21 de octubre de 1992³⁷.

Como advierte la doctrina científica, encabezada por LÓPEZ AZCONA³⁸, se considera que, como regla de principio, existe una independencia económica entre los miembros de una unión estable. Y esta solo puede desvirtuarse cuando se acredite la adopción de un pacto entre los convivientes que revele su voluntad de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos constante la unión.

Por tanto, hemos podido observar cómo la jurisprudencia española rechaza la aplicación analógica y automática de la legislación matrimonial en materia del régimen económico conyugal por las razones anteriormente expuestas. Sin embargo, cabe la posibilidad de considerar que los convivientes de una unión de hecho puedan libremente establecer una serie de pactos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión. Y estos pueden ser previos a la constitución de la unión, y trascender más allá de la misma.

IV. EXISTENCIA DE PACTOS SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO APLICABLE A LAS RELACIONES PATRIMONIALES DE LA UNIÓN DE HECHO

En un primer momento nuestros tribunales consideraban que estos pactos eran nulos por ilicitud de la causa. Actualmente tanto la doctrina³⁹ como la jurisprudencia⁴⁰ admiten que los convivientes de una unión de hecho puedan adoptar este tipo de pactos al amparo del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil⁴¹.

De igual forma, las comunidades autónomas en sus distintas leyes sobre uniones de hecho o parejas de hecho reconocen de forma unánime que los miembros de la pareja podrán establecer válidamente los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia⁴².

³⁷ STC 1992/222, de 11 de diciembre. Véase PONS DE LA FLOR, M. P.: «La institución familiar en las parejas del mismo sexo», en *La Ley*, núm. 6276, 2005.

³⁸ LÓPEZ AZCONA, A.: *La ruptura de las parejas de hecho*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 41; GALLEGU DOMÍNGUEZ, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centros de Estudios Registrales, Madrid, 1995, págs. 170 y 171.

³⁹ ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil*, ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 151 y 152.

⁴⁰ La STS de 18 de mayo de 1992 (RJ 1992/4907), SAP de Baleares de 4 de febrero de 1993 (AC 1993/317); y SAP de Zaragoza de 26 de noviembre de 1999 (AC 1999/6500).

⁴¹ Artículo 1.255 del Código Civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público».

⁴² Andalucía (art. 10); Aragón (art. 5); Asturias (art. 5); Baleares (art. 4); Canarias (art. 7); Cantabria (art. 8); Cataluña (art. 3); Extremadura (art. 6); Madrid (art. 4); Navarra (art. 5); País Vasco (art. 5); y Valencia (art. 4).

Es práctica común que estos pactos no requieran para su plena validez y reconocimiento el cumplimiento de determinados requisitos formales. No obstante, algunas legislaciones autonómicas interesan que los acuerdos se eleven a escritura pública, tal es el caso de Aragón (art. 5), Asturias (art. 5), Cantabria (art. 8), Canarias (art. 7), Extremadura (art. 6.1), Cataluña (arts. 3.1 y 22), Madrid (art. 4.1), Navarra (art. 5.1), País Vasco (art. 5.1) y Valencia (art. 4.1), frente al resto, que admiten el otorgamiento en un simple documento privado, en cualquier forma verbal o escrita admitida en derecho, como son los supuestos contemplados en Baleares (art. 4), Canarias (art. 7) y Cataluña (arts. 3 y 22).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo presume la adopción tanto de pactos expresos como tácitos, sin precisar ningún requisito formal, así cabe citar la STS de 5 de diciembre de 2005: «Habrán de ser los convivientes, a través de un acto expreso o tácito manifestado en la aportación continua y duradera de las ganancias de su trabajo al acervo común, los que evidencien su inequívoca voluntad de hacer comunes todos o alguno de los bienes adquiridos a título oneroso mientras duró la unión de hecho»⁴³. O la STS de 22 de febrero de 2006: «Hay que decir que en la unión de hecho en cuestión no existe una plasmación de un pacto expreso en este sentido. Pero sí se puede afirmar la admisibilidad de unos pactos tácitos *-facta concludentia-* en el presente caso»⁴⁴.

Quizá sea aconsejable que estos pactos se establezcan de manera expresa para evitar posibles conflictos de interpretación en el momento de su disolución o liquidación. En este sentido, López Azcona considera que «del examen de la jurisprudencia cabe presumir que no debe constituir una práctica generalizada la adopción de pactos expresos en las parejas de hecho, centrándose el debate judicial en si es posible colegir un régimen de comunidad entre los convivientes a partir de sus actos concluyentes»⁴⁵.

En relación con el contenido de los pactos, en el momento actual, conviven una tendencia doctrinal mayoritaria a favor de la autorregulación de la unión libre y otra que, por el contrario, limita su contenido. De manera que algunos autores⁴⁶ restringen el contenido de dichos acuerdos a los aspectos económicos, excluyendo los de índole personal. Y otros⁴⁷, basándose en el principio de autonomía de la voluntad, creen que las estipulaciones que acuerden los convivientes en el momento de suscribir estos pactos pueden afectar tanto a los efectos personales como a los

⁴³ Véase nota 30. En igual sentido, las SSTS de 21 de octubre de 1992 (RJ 1992/8589), 18 de febrero de 1993 (RJ 1993/1246), 30 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10391), 23 de julio de 1998 (RJ 1998/6131) y 22 de enero de 2001 (RJ 2001/1678).

⁴⁴ ESTRADA ALONSO, E., *op. cit.*, págs. 151 y 152. PÉREZ VALLEJO, A.: *Autorregulación en la convivencia de hecho*, ed. Universidad de Almería, Almería, 1999, págs. 74 a 76.

⁴⁵ ORTUÑO MUÑOZ, P. y VEGA SALA, F.: *Derecho civil. Constitución de la convivencia more uxorio*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 106 y 107.

⁴⁶ Artículo 8.4 de la Ley de Parejas de Hecho de Canarias y artículo 4.3 y 5 de la Ley de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana.

⁴⁷ Artículo 10 de la Ley de Parejas de Hecho de Andalucía; artículo 8 de la Ley de Parejas de Hecho de Canarias; artículo 5 de la Ley de Uniones de Hecho del País Vasco; y artículos 4 y 5 de la Ley de Parejas de Hecho de Valencia.

posibles efectos patrimoniales reguladores de la convivencia misma, siempre que no sobrepasen los derechos o dignidad de cualquiera de los otorgantes. Respalda esta postura las leyes de pareja de hecho o uniones de hecho de las comunidades autónomas de Baleares (art. 4), Canarias (art. 8, apdo. 3), Cantabria (art. 8, apdo. 3), Extremadura (art. 6, apdo. 3), Madrid (art. 4, apdo. 4) y Valencia (art. 4, apdo. 1), que permiten hacer constar en el Registro Administrativo de Parejas de Hecho, antes o después de la inscripción de su constitución, cualquier pacto regulador de las relaciones personales y patrimoniales entre los miembros de la unión.

Asimismo, debe significarse que la validez de estos acuerdos contractuales de carácter general no puede depender de una posible inscripción registral⁴⁸, si bien algunas legislaciones autonómicas preceptúan: «En cualquier caso las parejas podrán, en el momento de su inscripción, establecer el régimen económico que mantendrán tanto mientras dure la relación como a su término»⁴⁹.

Con ello, tal como asevera LÓPEZ PELÁEZ, «se consagra en este punto una notable evolución en la consideración jurídica de este tipo de acuerdos, pues durante mucho tiempo se han considerado nulos por la jurisprudencia por inmorales, contrarios a las buenas costumbres, o por tener una causa ilícita. Hoy día, la evolución en la consideración social de las convivencias no matrimoniales, y el mayor respeto a la autonomía de la voluntad en estos campos, llevan a afirmar la validez y eficacia de esta clase de convenios, que podrán incluso protocolizarse notarialmente, con excepción de aquellos que restrinjan la autonomía personal, comprendan cosas fuera del comercio o servicios imposibles, o tengan una causa ilícita o inmoral»⁵⁰.

1. ESTIPULACIONES CON EFECTOS PERSONALES

Las uniones estables de pareja pueden concertar solo aquellos efectos personales que no están regulados por ley, tal y como ocurre cuando los cónyuges suscriben capitulaciones matrimoniales al amparo del artículo 1.325 del Código Civil⁵¹, aunque estas puedan incluir estipulaciones de contenido atípico que no tengan un carácter puramente económico⁵².

⁴⁸ «Registros administrativos de parejas de hecho: incidencia en ellos de la nueva regulación del matrimonio», en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, ed. UNED-El Derecho-Idafe, Madrid, 2006, pág. 367.

⁴⁹ Artículo 1.325 del Código Civil: «En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio».

⁵⁰ Advierte LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de derecho civil*, tomo VI, Derecho de familia, ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 184 a 187: «Incluso antes de aprobarse la Ley 11/1981, se había defendido doctrinalmente la necesidad de distinguir entre el contenido típico y el posible contenido atípico de las capitulaciones. La redacción dada al artículo 1.325 por la Ley 11/1981 implica la consagración de dicha perspectiva, dado que admite expresamente las estipulaciones relativas al régimen económico del matrimonio, de una parte, y, de otra, cualesquiera otras estipulaciones pactadas por razón del matrimonio. En consecuencia parece oportuno distinguir entre las estipulaciones de uno y otro carácter».

⁵¹ Regulación y efectos personales en la convivencia *more uxorio*. Tesis doctoral inédita, UNED, Madrid, 2002, pág. 202.

⁵² Frente a Cantabria (art. 8), Extremadura (art. 6), Madrid (art. 4) y Valencia (art. 4), donde no se incluyen.

Y, aun así, existe una notable diferencia en uno y otro caso, pues, aun cuando en ambos casos estamos en presencia de un negocio jurídico consensual, generador de obligaciones, el contenido de las capitulaciones matrimoniales se ve limitado formalmente por las exigencias del Código Civil (escritura pública, registro civil).

Por consiguiente, las personas que concierten este tipo de uniones pueden establecer en sus relaciones internas aquello que no exceda de sus relaciones como pareja, pero está claro que nunca pueden interferir en aquello regulado por la norma, como ocurre en los vínculos que provienen de la filiación, donde es necesaria la intervención judicial.

De este modo, autores como RUIZ JIMÉNEZ manifiestan que «respecto de las relaciones personales podrán los convivientes pactar, allí donde la ley se lo permita, siendo este el caso de los alimentos los cuales se pueden establecer por pacto siguiendo lo estipulado en el artículo 153 del Código Civil, o también podrán pactar si quieren, como se ha puesto de manifiesto, que el otro conviviente sea su representante en un caso de declaración de ausencia. Pero no se pueden establecer pactos sobre los efectos personales, en primer lugar porque la ley ya lo limita, están fuera del alcance de la autonomía de la voluntad, por ejemplo, sobre vecindad, nacionalidad, adopción, fidelidad. Y aquellos efectos que están en la esfera más íntima no son objeto de regulación, porque no pueden serlo ni para el matrimonio»⁵³.

Con todo, debemos señalar que las leyes autonómicas de parejas de hecho o uniones de hecho de Andalucía (art. 7), Aragón (art. 5), Asturias (art. 5), Baleares (art. 4), Canarias (art. 7), Cataluña (arts. 3 y 22), Navarra (art. 5) y País Vasco (art. 5) han incluido, expresamente, en el contenido de los pactos que pueden suscribir las parejas de hecho los aspectos personales de la convivencia⁵⁴.

2. ESTIPULACIONES CON EFECTOS PATRIMONIALES

Al igual que los anteriores, los pactos patrimoniales entre convivientes son plenamente válidos, siempre que no sean contrarios a la moral y al orden público, por consiguiente que no lesionen las libertades y derechos fundamentales protegidos por nuestra Constitución de 1978, por las normas de derecho internacional en la materia, en definitiva, por todo el derecho dispositivo.

⁵³ DÍAZ-AMBRONA, M. D. y HERNÁNDEZ-GIL, F.: *Lecciones de derecho de familia*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007, págs. 245 y 246.

⁵⁴ AGUILAR RUIZ, L. y HORNERO MÉNDEZ, C.: «Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial», en *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo de 2006, pág. 23: «Los jueces siguen teniendo hoy por hoy la última palabra». Más tajante se muestra ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social*, ed. Civitas, Madrid, 1999, págs. 80 a 86: «Los poderes públicos deben intervenir para controlar que la actividad de los miembros de la familia no produzca una lesión en los derechos fundamentales de alguno de ellos». Y la SAP de Barcelona de 2 de abril de 1987: «En materia de matrimonio y filiación, en los que la libertad y autonomía de las partes se restringe con base en otros principios superiores, y eso lo demuestra, entre otros, el artículo 90, apartado c), del Código Civil, que permite que el juez modifique los acuerdos de los cónyuges cuando lo estime gravemente perjudicial para uno de ellos».

De ahí que con buen criterio DÍAZ-AMBRONA advierte que: «En consecuencia, aunque el sistema de regulación de las relaciones económicas dentro del matrimonio en teoría es de libre pacto, sin embargo muchas de las relaciones van a venir predeterminadas por la norma, sin posibilidad para los cónyuges de modificarlas o dejarlas de aplicar»⁵⁵. Como sucede con las disposiciones generales de los artículos 1.315 a 1.324 del Código Civil. Esto mismo podría ser aplicable a las parejas de hecho, pues aunque estén reguladas en algunas leyes autonómicas, las mismas deben verse limitadas por las normas de derecho estatal.

Por tanto, los pactos en los que se regula económicamente la convivencia de una pareja podrían estar predeterminados en su contenido, de tal forma que es posible la aplicación de un régimen económico matrimonial a una unión de hecho, siempre que los convivientes hayan pactado de forma expresa o tácitamente someter su vida patrimonial a dicho régimen. Igualmente, podrán incluir acuerdos acerca de la contribución a los gastos, las cargas que la convivencia genere, reparto de ganancias o de liquidación del patrimonio, etc. Incluso, la Ley de Parejas de Hecho de Canarias en su artículo 7 determina que, cuando la pareja regule sus relaciones personales y patrimoniales de la convivencia, indicando los derechos y deberes respectivos, entre dichos deberes podrá pactarse el de obtener información y autorización médica en relación con el otro miembro de la pareja, en los casos en que razones médicas lo exijan o lo aconsejen.

En cualquier caso, la validez de los convenios patrimoniales de las parejas de hecho ha encontrado un importante apoyo en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 7 de marzo de 1988, como ya advertimos al principio.

No obstante, aun admitiendo el hecho de que existe un amplio margen de autonomía a las partes, casi siempre –como advierte la doctrina⁵⁶– se encuentra sujeta a un control judicial, que vetará aquellos pactos en los que haya coacción, déficit de información, falta de capacidad, imposición basada en el abuso de una situación de poder, etc.

3. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL A UNA UNIÓN DE HECHO

Así pues, cabe plantearse cómo puede aplicarse el régimen económico matrimonial a una unión de hecho, cuando este ha sido pactado por los convivientes como régimen regulador de su vida patrimonial.

⁵⁵ Por el contrario, PASTOR VITA, F.: «La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales», en *Revista de Derecho de Familia*, 2003, pág. 55: «Creemos que el juez, siendo la materia de pensión de derecho dispositivo o voluntario, deberá respetar los acuerdos a que hayan llegado los interesados, limitándose a controlar que los pactos alcanzados no sean fruto de presiones, engaños o coacciones, debiendo abstenerse de inmiscuirse en los acuerdos alcanzados por los cónyuges de manera libre y meditada, dado que ellos son los que mejor conocen sus necesidades y posibilidades».

⁵⁶ Véase nota 53. DÍAZ-AMBRONA, M. D. y HERNÁNDEZ GIL, F., *op. loc.*, págs. 309 a 315.

a) La sociedad de gananciales

La primera duda que se plantea a este respecto es la relativa a si los convivientes pueden acordar someter sus relaciones patrimoniales al régimen de gananciales o a cualquier otro de los regímenes consorciales previstos legalmente para el matrimonio. Aunque la cuestión resulta muy problemática, tanto el Tribunal Supremo como las audiencias provinciales parecen haber optado por la respuesta afirmativa. Con todo, es difícil llegar a conclusiones terminantes a partir de las sentencias que se han pronunciado sobre esta cuestión.

Ello es así, en primer lugar, porque las declaraciones judiciales sobre este punto constituyen meras manifestaciones *obiter dicta*. Y en segundo lugar, porque los órganos judiciales suelen recurrir a la analogía *iuris*, no a la analogía *legis*, con lo que se limita la aplicación de la normativa en materia de regímenes económico-matrimoniales a los principios contenidos en la misma. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo la primera sentencia que se pronunció sobre el particular fue la Sentencia de 18 de mayo de 1992, que considera que no debe rechazarse de plano «la posible aplicabilidad de la normativa que disciplina el régimen ganancial matrimonial si expresamente se pacta». Por su parte, la STS de 21 de octubre de 1992 indica que «la normativa reguladora del régimen económico matrimonial no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre por el mero hecho del surgimiento de la misma, ello 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 Código Civil, siempre que quede patentizado por pacto expreso o tácito (deducido este de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo». Debe señalarse que en esta sentencia se hacen dos importantes concreciones respecto de la del 18 de mayo del mismo año: primero, se recurre a la analogía *iuris*, no a la analogía *legis*; y, segundo, se reconoce la validez a estos efectos tanto de un pacto expreso como de un pacto tácito. Más reciente, la Sentencia de 23 de julio de 1998 asume expresamente la doctrina de la Sentencia de 21 de octubre de 1992, para precisar que la existencia de un pacto dirigido a formar un patrimonio común no implica «[...] que estas parejas se acojan literal y a seguido al correspondiente régimen económico matrimonial, sino que, por tratarse de esa unión de hecho o "uniones civiles" [...] vivificadas o integradas por el recto designio de esa participación común, acervo común y designio común, debe atribuirse por igual a cada uno en conjunto de las resultas económicas de esa convivencia».

Por lo demás, también en la jurisprudencia menor es posible referir manifestaciones similares a las formuladas por el Tribunal Supremo. Puede mencionarse, a título de ejemplo, la SAP de Asturias de 28 de junio de 1995, que se expresa en los siguientes términos: «Ninguna duda cabrá de dar por buenos los acuerdos que puedan suscribir o aceptar sin suscripción los miembros de esas uniones de hecho para regirse por un sistema de ganancialidad»; o las SSAP de Las Palmas de 24 de abril de 1999, de Toledo de 13 de octubre de 2000, de Alicante de 11 de enero de 2002 y de Castellón de 3 de mayo de 2001, que reproducen la doctrina de la citada STS de 21 de octubre de 1992.

En suma, en el caso de que los convivientes de una unión de hecho opten por pactar someterse al régimen de sociedad de gananciales, se aplicaría lo dispuesto en el artículo 1.344 del Código Civil: «Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que le serán atribuidos por mitad al disolverse aquella». Así pues, junto a los bienes propios de los cónyuges, existe una masa ganancial compuesta por todos los bienes adquiridos constante matrimonio a título oneroso o en virtud del trabajo de los cónyuges, así como de las rentas e intereses tanto de los bienes comunes o gananciales como de los bienes propios de cualquiera de ambos cónyuges.

Esto implica que, si la unión *more uxorio* se extingue, se procederá a la liquidación de la sociedad de gananciales, que consiste en comparar el activo con el pasivo para determinar el haber partible. En el inventario del activo habrán de comprenderse los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución; el importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados; el importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueron a cargo solo de un cónyuge, y en general de las que constituyan créditos de la sociedad contra este.

En el inventario del pasivo estarán integradas las deudas pendientes a cargo de la sociedad; el importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por no haber sido gastados en interés de la sociedad. Igual se aplicará a los deterioros producidos en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad; el importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran a cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad.

Igualmente, se procederá al pago de deudas, siendo satisfechas, en primer lugar, las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias que, en cualquier caso, tendrán preferencia. Respecto, a las demás deudas, si el caudal inventariado no alcanza para ello, se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos y, cuando no hubiera metálico suficiente para el pago de las deudas podrán ofrecerse con tal fin adjudicaciones de bienes gananciales, pero si cualquier partícipe o acreedor lo pide, se procederá a enajenarlos y pagar con su importe.

Hechas las deducciones en el caudal inventariado, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre los convivientes o sus respectivos herederos.

b) Régimen de participación

Otro régimen matrimonial por el que pueden optar los convivientes es el sistema de participación. Es un régimen de separación, pero con derecho cada conviviente a una porción de las ganancias obtenidas por el otro mientras el régimen esté vigente.

En efecto, durante la vigencia del régimen de participación no existe comunidad alguna entre los convivientes, quienes pueden actuar en el tráfico jurídico de forma similar a cuanto podrían hacer si se encontraran sometidos a un régimen de separación de bienes. Sin embargo, una vez

acaecida la extinción de sus efectos, el régimen de participación cambia radicalmente de signo y, abandonando la idea de separación, determina una comunicación patrimonial entre las ganancias obtenidas por ambos convivientes durante el periodo de vigencia de la misma⁵⁷.

c) Régimen de separación de bienes

Es el régimen que se caracterizaría por regular las relaciones patrimoniales entre los convivientes partiendo del principio de que no existe entre ellos una masa patrimonial común, sino que cada una de las partes conserva la titularidad, la administración y la capacidad de disposición de sus propios y privativos bienes⁵⁸.

4. OTROS ÁMBITOS

En otros ámbitos, al margen del régimen económico matrimonial, los convivientes pueden pactar como régimen patrimonial las reglas de la comunidad de bienes y la sociedad civil.

a) La comunidad de bienes

La doctrina⁵⁹ admite la posibilidad de que los convivientes, valiéndose de los medios transmisivos ordinarios, sea permuta, donación o sociedad irregular, puedan conseguir que todos o parte de los bienes de titularidad de uno de ellos lleguen a pertenecer a ambos pro indiviso, sujetándose a las normas generales de la contratación. En el momento de adquirir un bien o derecho concreto puede adquirirse en comunidad por ambos convivientes, versando dichos pactos sobre bienes o derechos concretos.

Ahora bien, si se produce la ruptura de la unión de hecho, lo lógico será que también acabe esta situación, dado que ninguno de los copropietarios está obligado a permanecer en dicha comunidad, y

⁵⁷ Véase nota 50. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *op. loc.*, págs. 281 a 290.

⁵⁸ MESA MARRERO, C.: *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, ed. Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 185.

⁵⁹ LÓPEZ AZCONA, A., *op. cit.*, pág. 53: «En concreto, los tribunales han atendido a los siguientes datos para admitir la presencia de la comunidad de bienes: a) existencia de cuentas bancarias conjuntas, siempre que se acrediten asientos efectuados indistintamente por ambos convivientes; b) autorización a uno de los convivientes para disponer de las cuentas bancarias del otro; c) actividad profesional conjunta; d) el hecho de compartir ingresos y gastos; e) la contribución por parte de los dos miembros de la pareja a la adquisición de los bienes en litigio (en concreto, en virtud de préstamos hipotecarios formalizados y amortizados por ambos); f) tratándose de inmuebles, el hecho de hacer constar que el bien se adquiere para la sociedad conyugal»; SABATER BAYLE, E.: «La comunidad de bienes tácita: una alternativa para resolver las crisis de la pareja estable», en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, ed. UNED-El Derecho-Idafe, Madrid, 2006, págs. 374 a 379.

este proceso podrá realizarse a petición de los propios interesados en cualquier momento. De forma que la división de la comunidad podrá realizarse en la proporción que los mismos hayan estipulado, o incluso cabe la división por un tercero (árbitros o amigables componedores nombrados a voluntad de las partes) o por vía judicial. En el caso de que existan bienes indivisibles y las partes no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando al otro, se venderá y repartirá su precio.

Respecto de los pronunciamientos jurisprudenciales que ven en la pareja de hecho una comunidad de bienes, puede extraerse la siguiente doctrina:

1. En primer lugar, para los órganos judiciales la convivencia no genera por sí misma una comunidad económica entre los convivientes, de tal manera que solo puede hablarse de comunidad de bienes, en defecto de pacto expreso, cuando se hayan producido hechos inequívocos y concluyentes que revelen la voluntad de aquellos de formar un patrimonio común con todos o parte de los bienes adquiridos durante la convivencia. En concreto, los tribunales han atendido los siguientes datos para admitir la existencia de una comunidad de bienes entre los convivientes: a) existencia de cuentas bancarias conjuntas, siempre que se acrediten asientos efectuados indistintamente por ambos convivientes; b) autorización a uno de los convivientes para disponer de las cuentas bancarias del otro; c) actividad profesional conjunta; d) el hecho de compartir ingresos y gastos; e) la contribución por parte de los dos miembros de la pareja a la adquisición de los bienes en litigio (en concreto, en virtud de préstamos hipotecarios formalizados y amortizados por ambos); f) tratándose de inmuebles, el hecho de hacer constar que el bien se adquiere «para la sociedad conyugal».
2. Cabe reconocer la existencia de comunidad, aunque la titularidad de los bienes aparezca a favor de uno de los miembros de la pareja, siempre que se trate de una titularidad fiduciaria o aparente que se subordinará a la titularidad real de ambos a partir de la prueba de la voluntad de adquirir conjuntamente dichos bienes.
3. Si los bienes en litigio son de naturaleza mobiliaria –cuya titularidad no consta normalmente–, hay que partir de una presunción de comunidad cuando se trate de bienes destinados al servicio de la vida en común (tales como el mobiliario de la vivienda familiar o los electrodomésticos).

El criterio del Tribunal Supremo a este respecto ha ido dirigido a reconocer en sus sentencias la posibilidad de que los convivientes puedan pactar expresamente este régimen, consecuentemente en caso de disolución de dicha comunidad estará a las reglas establecidas en el Código Civil. O que no exista pacto, pero se hayan producido hechos inequívocos y concluyentes que revelen la intención de las partes de adquirir los bienes para ambos, aunque la titularidad de los mismos aparezca a favor de uno de los miembros de la pareja⁶⁰.

⁶⁰ (RJ 1994/7476).

Así, cabe destacar, la STS de 11 de octubre de 1994, que confirma la existencia de un verdadero condominio o comunidad de bienes entre los litigantes. La sentencia se refiere a la «necesidad de acudir al pacto expreso o la *facta concludentia* que evidencie la voluntad de ambos de hacer comunes determinados bienes adquiridos durante la unión, y considera que esta evidencia demuestra –en el caso de autos– la existencia de una comunidad de bienes»⁶¹.

La STS de 23 de julio de 1998 reconoce el derecho de uno de los convivientes a participar en la mitad del patrimonio durante la convivencia. «De las pruebas practicadas quedó acreditada la existencia de esa actividad económica conjunta con aportación del esfuerzo personal de ambos, que se deriva en la existencia de actos concluyentes reveladores de un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio comunal, con los bienes pertenecientes a ambos [...] se da, pues, esa recta intención de las partes, de considerar que, en todo su devenir integrador del patrimonio, acontece la triple aportación de gastos, costos e ingresos, y con la clara intención o designio de que ello se atribuya en un régimen de cotitularidad o de igualdad de cuotas a ambos interesados».

La STS de 22 de enero de 2001 pone de manifiesto que la «existencia del pacto tácito constitutivo de la comunidad se hace derivar, de un lado, de la existencia de la convivencia *more uxorio* entre la demandante aquí recurrida y el señor A».

La STS de 14 de mayo de 2004, donde «el Alto Tribunal no comparte la solución que la audiencia da al caso enjuiciado, al entender que la compraventa otorgada en escritura pública es válida y eficaz, ya que ni se ha alegado ni se ha pedido su invalidez o su ineficacia. Por ella, con título y modo, ambos litigantes, entonces convivientes, adquirieron por mitades proindivisas. El que pruebe, como afirma la sentencia de la audiencia provincial, que fue adquirida con dinero de la exclusiva propiedad del mismo (el demandante conviviente) no implica que la vivienda sea de su exclusiva propiedad; esta la adquirieron los dos, con intención consciente y libre: él aportó el dinero, ella aportó su colaboración personal [...]. Es decir, la prueba de la aportación económica no implica la consecuencia jurídica de la propiedad exclusiva de lo adquirido, siendo así que el negocio jurídico de adquisición no ha sido impugnado y dándose el caso de que las aportaciones personales de la convivencia concurren con las económicas, siendo indiscutibles que el ahorro y el esfuerzo para tal adquisición son comunes»⁶².

b) La sociedad civil

También puede pactarse como régimen patrimonial de las uniones de hecho la aplicación de las normas de la sociedad civil. En este caso la pareja de hecho pacta que todo lo que adquiera por su industria o trabajo durante la convivencia forme parte de la sociedad. Ahora bien, si se produce la ruptura de la unión de hecho, se extingue la sociedad que ha existido entre los convivientes y, en ese caso, el reparto de bienes y ganancias se realizará conforme a lo pactado por los

⁶¹ (RJ 1998/6131).

⁶² (RJ 2004/3477).

sujetos, y a falta de pacto, el reparto será proporcional a lo aportado por cada socio, de conformidad a lo establecido en el artículo 1.689 del Código Civil.

El Tribunal Supremo se ha mostrado bastante parco a la hora de admitir la sociedad civil en la unión de hecho, salvo que se muestre claramente que cumple los requisitos esenciales de este tipo de contrato de sociedad, es decir, aportaciones de los socios al fondo común (dinero, bienes o industria)⁶³, intención de conseguir un lucro común partible aunque participen en las ganancias y pérdidas que produzca la sociedad y *affectio societatis* (voluntad de desarrollar una actividad con fines lucrativos)⁶⁴.

Normalmente los convivientes que optan por este régimen societario se identifican con una sociedad particular civil o mercantil, creada de forma tácita en el transcurso de la unión, y dependiendo de cuál sea el objeto de la sociedad se estará ante una u otra, si bien dentro de las sociedades mercantiles, ya sea sociedad colectiva, comanditaria, sociedad de responsabilidad limitada o sociedad anónima, solo puede admitirse la constitución de la sociedad de forma tácita en las sociedades personalistas, pues en las sociedades capitalistas se requiere la escritura pública de constitución.

En este sentido cabe citar la STS de 18 de mayo de 1992, que declaró: «Ya que por consecuencia del esfuerzo común, en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar comercial, se generó un patrimonio comunal. De esta manera, a falta de concierto expresado, el verbal, al efecto, es determinativo de la referida sociedad de hecho, pues se da concurrencia de actos constitutivos y permanentes que adolecieron de las formalidades necesarias para su acceso al Registro Mercantil, pero que no les resta eficacia de operatividad y vinculación para los interesados».

V. INEXISTENCIA DE PACTO SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO APLICABLE A LAS RELACIONES PATRIMONIALES DE LA UNIÓN DE HECHO

Hasta este momento hemos podido solventar la ausencia legislativa en la materia con el reconocimiento por la doctrina y jurisprudencia de la validez de los pactos que suscriba cualquier pareja de hecho sobre los aspectos económicos de la convivencia.

El problema radica en determinar qué ocurre cuando no existe pacto entre los convivientes que regule sus relaciones patrimoniales y se produce la ruptura.

⁶³ La STS de 18 de febrero de 1993 (RJ 1993/1246) determina que la *affectio societatis* es el elemento indispensable para que pueda entenderse que existió la voluntad de crear una sociedad civil entre los mismos. Además de la voluntad asociativa, la ley exige en el artículo 1.665 del Código Civil la puesta en común de dinero, bienes o industria, para que toda sociedad pueda tener existencia.

⁶⁴ La STS de 10 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9894) donde el demandante pretendía la declaración de existencia de una sociedad civil universal durante la convivencia mantenida con la demandada. El tribunal rechaza tal pretensión por entender que no ha existido la *affectio* necesaria para entenderla constituida, ya que el mero hecho de la convivencia extramatrimonial por sí sola no puede presumir ni comportar la existencia de tal sociedad.

Está claro que las consecuencias patrimoniales por el cese de la unión de hecho ocasionan notables conflictos, especialmente cuando el conviviente que toma la decisión de romper la unión es el que aportaba los recursos necesarios para el mantenimiento de la pareja, quedando el otro conviviente en peor situación económica.

Tal circunstancia ha provocado en los tribunales la necesidad de pronunciarse sobre si existe una posible obligación de indemnizar por parte del conviviente menos perjudicado a favor del conviviente más perjudicado.

En este sentido la jurisprudencia ha admitido las siguientes propuestas:

1. LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL

Se trata de la figura de la pensión compensatoria para los supuestos de separación y divorcio. El fundamento de esta pensión no lo es tanto el hecho de que exista un matrimonio previo como que, desaparecido el mismo por el divorcio o suspendida la relación conyugal por la separación, nace el derecho a percibir una compensación económica por la desigualdad existente entre los que han sido esposos. Esta pensión puede compensar un empeoramiento de la situación de uno de los cónyuges respecto al otro, es decir, la pérdida del nivel de vida tras la ruptura, sin necesidad de exigir que el demandado se haya enriquecido a su costa.

Esta situación se describe, igualmente, cuando se produce la ruptura en una pareja de hecho, sin embargo, la doctrina⁶⁵ conviene, precisamente, que una de las razones por las que se viene considerando improcedente aplicar por analogía la norma contenida en el artículo 97 del Código Civil a este tipo de parejas es que la pensión compensatoria surge como consecuencia del cese o de la disolución del matrimonio. Y en las uniones no matrimoniales no solo falta el vínculo jurídico que comporta el matrimonio entre sus miembros, sino que además puede su aplicación violar la libre ruptura de este tipo de uniones.

La primera sentencia del Tribunal Supremo que marcó un cambio radical en este sentido fue la de 5 de julio de 2001, «al concluir que el precepto de aplicación es el artículo 97 del Código Civil, a través de la analogía». Actualmente, tanto la doctrina civilista como la jurisprudencia⁶⁶

⁶⁵ BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: «Indemnización por ruptura unilateral en la unión de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril de 2006, pág. 29; CERVILLA GARZÓN, M. D.: «Pensión compensatoria y uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 10, 2003, pág. 584; CAMARERO SUÁREZ, V.: *Las uniones no matrimoniales en el derecho español y comparado*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 77; MESA MARRERO, C., *op. cit.*, pág. 206.

⁶⁶ Destacamos las SSAP de Madrid de 16 de enero de 2003 (JUR 2003/83448) y de Burgos de 6 de febrero de 2002 (JUR 2002/113128), que conviene «la protección al conviviente más perjudicado permite la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil, pero no como si se tratara de una propia y estricta pensión compensatoria, sino que la acción ejercitada tiene un sentido y finalidad indemnizatoria por el perjuicio que causa la ruptura convivencial, tanto

admiten la posibilidad de aplicar la pensión compensatoria exonerando a la unión de hecho del sistema matrimonial y estimando la presencia de las distintas causas enumeradas en el artículo 97 del Código Civil: la edad, el estado de salud, la cualificación profesional, las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales, el caudal y los medios económicos, o cualquier otra circunstancia relevante. Realmente, de ser así, estaríamos ante una aplicación directa del artículo 97 del Código Civil a las uniones de hecho.

Siendo ajustable la reforma operada en el artículo 97 del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, al permitir que el derecho a una compensación pueda consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine mediante acuerdo o en la propia sentencia⁶⁷.

En el ámbito autonómico, algunas leyes de parejas de hecho han establecido en sus disposiciones el derecho a una compensación económica cuando se produzca el cese de la convivencia. Concretamente, la ley catalana de parejas de hecho prevé dos tipos de prestaciones: una compensación económica (art. 13) y una prestación periódica (art. 14). El primer precepto determina que «cuando la convivencia cesa en vida de los convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto. Por otro lado, al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros de la pareja puede reclamar al otro una pensión alimentaria periódica para atender adecuadamente a su sustento, en uno de los casos siguientes:

- a) Si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos.
- b) Si tiene a su cargo hijos o hijas comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida».

Este criterio se sigue en las leyes de parejas de hecho de Navarra (art. 6, apdo. 4), País Vasco (art. 6, apdo. 2) y Aragón (art. 7, apdos. 1 y 2). Asimismo, Extremadura (art. 7) y Baleares (art. 9) fijan una reclamación de compensación económica en caso de disolución en vida de la pareja de hecho si la convivencia ha supuesto una desigualdad patrimonial entre ambas partes integrantes que implique un enriquecimiento injusto, pudiéndose exigir una compensación económica por la parte conviviente perjudicada que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya tra-

por la dedicación pasada a la familia, personal y económica, como por otros hechos perjudiciales que sobreviven por la misma, como tener que dejar la vivienda familiar».

⁶⁷ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: «Consecuencias económicas de la crisis matrimonial tras la Ley 15/2005 (de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio)», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 2006, pág. 264: «Considero que, sede de pensión compensatoria, la reforma operada por el artículo 97, admitiendo expresamente las pensiones temporales, resultaba necesaria, a fin de acomodar el texto de la norma a lo que venía siendo la práctica de nuestros tribunales, pero insuficiente».

bajado para el hogar común o para la otra parte integrante, pero no establece la pensión, de ahí que pueda considerarse que esta contribución revista más el carácter de alimentos que la pensión compensatoria recogida en el Código Civil⁶⁸.

Por el contrario, las leyes de parejas de hecho de Canarias (art. 7, apdo. 3), Valencia (art. 4, apdo. 2) y Madrid (art. 4, apdo. 3) reconocen una contribución económica al mantenimiento del hogar y los gastos comunes con el trabajo doméstico y con sus recursos, en proporción a sus ingresos respectivos y, si no son suficientes, de acuerdo a sus patrimonios respectivos, pero no por el cese de la convivencia, sino durante la convivencia misma.

Por otro lado, las leyes de parejas estables del Principado de Asturias (art. 5) y Andalucía (art. 10) se circunscriben a señalar el principio de libertad de pacto como factor determinante de las relaciones patrimoniales en los miembros de una pareja de hecho, dejando sin fijar la responsabilidad que pueda acontecer en el caso de su disolución o cese.

Visto todo ello, la doctrina, con gran acierto, advierte que «hubiera sido deseable que el legislador autonómico hubiese allanado algo más el terreno al intérprete y al aplicador de las referidas normas, pues esta incertidumbre legislativa va a provocar que los tribunales tengan mucho que decir». Más aún, cuando no existe una normativa estatal al respecto y los pronunciamientos jurisprudenciales no se afrontan con un único criterio, «sino que parece, por otra parte, que los jueces se muestran más generosos que las leyes en el reconocimiento de derechos a las uniones de parejas, pues criterios como el principio general de protección al conviviente perjudicado o la aplicación, ya directa, del artículo 97 del Código Civil a las uniones de hecho se revelan menos exigentes en la práctica que los nuevos derechos de pensión y compensación pensados por los legisladores autonómicos».

2. LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ARTÍCULO 1.902 DEL CÓDIGO CIVIL

Un sector de la doctrina ha considerado aplicable para el caso de ruptura de uniones no matrimoniales la responsabilidad extracontractual, cuando uno de sus miembros ha manifestado una conducta dolosa, de seducción, promesa de matrimonio o abuso de autoridad hacia el otro conviviente.

De modo que surge la obligación de indemnizar por daños y perjuicios, siempre que concurren circunstancias especiales que supongan un comportamiento culposo o negligente por parte de uno de los convivientes en perjuicio del otro.

Por el contrario, otros autores consideran que tal opción debería ser descartada, porque si algo caracteriza a una unión extramatrimonial frente al matrimonio es, precisamente, la posibi-

⁶⁸ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: «Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de las parejas no casadas», en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pág. 242.

lidad de la libre ruptura de la primera que, en consecuencia, no se podría penalizar mediante el establecimiento de una obligación de indemnizar.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 12 de septiembre de 2005, establece que «en la actualidad es frecuente la adquisición de vivienda pro indiviso, incluso por personas que piensan contraer matrimonio en un futuro más o menos próximo [...], sin embargo, no cabe excluir radicalmente la aplicabilidad del artículo 1.902 del Código Civil, pero siempre exigiendo la plena concurrencia de todos los requisitos, y, naturalmente, rechazando que la decisión de ruptura, aun sin causa alguna, constituye culpa o negligencia determinante de un deber de indemnizar, pues en tal caso se estaría creando algo muy parecido a la indisolubilidad de la unión de hecho o a su disolubilidad solamente previo pago».

3. LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA TÉCNICA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Es la más avalada por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se trataría que el conviviente que se considere más perjudicado económicamente por el trabajo o actividad prestada durante los años de convivencia pueda reclamar aquello que el demandado haya obtenido a su costa, o bien, su valor correspondiente.

El Tribunal Supremo ha consolidado en varias sentencias⁶⁹ que, para apreciar la existencia de enriquecimiento injusto a raíz de la disolución de la unión, habrá que estar a la existencia de pactos, promesas o la creación y el sostenimiento de situaciones de facto de las que, por la vía de los *facta concludentis*, se pueda deducir que hubo ese proyecto de vida en común y que se ha producido lo que se denomina la pérdida de oportunidad, que sería, aquí, el factor soporte que vendría de algún modo a sustituir al concepto de empeoramiento que ha de calificar el desequilibrio.

Por tanto, es imprescindible para aplicar este principio que se demuestre que existe un aumento del patrimonio de uno de los convivientes, y a su vez un empobrecimiento correlativo del

⁶⁹ STS de 5 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10185); STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7148) cuando afirma: «Se desprende una situación de enriquecimiento injusto. Esta situación tiene lugar cuando se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o de causa base que lo legitime, de tal manera que surge una obligación cuya prestación tiende a eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido (*in quantum locupletiores sunt*). El enriquecimiento, como ya advierte la mejor doctrina, se produce no solo cuando hay una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*). El empobrecimiento no tiene porqué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente la situación. La causa (en sentido de razón o base suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa –como sostiene un importante sector doctrinal– que un concepto –válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado–. Una excesiva generalización de la doctrina del enriquecimiento injusto puede crear riesgos para la seguridad jurídica, pero su aplicación a supuestos concretos y a concretos intereses, otorgando a favor de un sujeto concreto una acción de restitución constituye un postulado insoslayable».

conviviente que demanda. Además, de la inexistencia de causa que justifique este enriquecimiento, y que no exista otra vía de reclamación, como confirma la STS de 22 de febrero de 2006: «Pues bien, ya sabemos que las uniones de hecho, uniones estables de parejas o uniones *more uxorio*, cuando surge el fenómeno de su extinción por decisión unilateral de uno de sus miembros, las consecuencias económicas del mismo deben ser reguladas en primer lugar por ley específica; en ausencia de la misma se regirán por el pacto establecido por sus miembros, y, a falta de ello, en último lugar por aplicación de la técnica del enriquecimiento injusto»⁷⁰.

4. LA PROTECCIÓN DEL CONVIVIENTE PERJUDICADO POR LA RUPTURA

La jurisprudencia ha fijado que el principio de protección del conviviente perjudicado deriva de tres principios constitucionales: principio de dignidad de la persona (art. 10); principio de igualdad ante la ley (art. 14) y principio de protección a la familia (art. 39). Del artículo 96 del Código Civil cuando se atribuye el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella a los hijos o al cónyuge en cuya compañía queden. De la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994, cuyo artículo 16, apartado 1 b), establece, textualmente, que podrá subrogarse en el contrato de arrendamiento: la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo de fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia. Y, quizá habría que añadir la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, cuando atribuye capacidad para adoptar simultáneamente al hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad a la de cónyuge.

La doctrina⁷¹ admite este principio de protección al conviviente perjudicado como un nuevo principio general del derecho ante la ausencia de ley y de costumbre.

Sin embargo, no parece que exista una postura doctrinal común a la hora de determinar cuándo se utiliza este principio, pues, como advierte BLANCO PÉREZ-RUBIO, «el recurso a este principio en los casos de ruptura unilateral no es el remedio adecuado. Pues el Tribunal Supremo utiliza dicho principio para evitar el perjuicio injusto sin causa que uno de los convivientes ha sufrido,

⁷⁰ Destacamos las SSTS de 17 de enero de 2003 (RJ 2003/4); 27 de marzo de 2001 (RJ 1998/1272); y 10 de marzo de 1998 (RJ 1998/1272), y el voto particular formulado por el magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz en Sentencia de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7148), donde reconoce: «La mujer en la unión de hecho debe recibir una compensación económica que no la deje apartada del beneficio económico y aumento patrimonial producido durante la larga convivencia; no se trata, pues, de si ella ha hecho aportaciones económicas o si ha sufrido empobrecimiento, sino que aquella convivencia en la que ha habido importantes aumentos patrimoniales y a la que ella ha dedicado su trabajo y atención en el hogar no la deje al margen de todo beneficio económico para quedar exclusivamente para la otra parte conviviente. Y ello se basa en el principio general de protección al perjudicado».

⁷¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 47, 1998, pág. 871.

con lo cual parece que se emplea en los casos en los que no puede demostrarse que ha habido un empobrecimiento de uno de los miembros de la pareja, lo que llevaría a la conclusión de que, en todos los casos de ruptura en los que se solicite una compensación económica, esta se reconocería, sin más requisitos o valoraciones, por el mero hecho de tratarse de una unión de hecho».

VI. CONCLUSIONES

Si analizamos las soluciones en derecho comparado, nos lleva a concluir que habiéndose superado el inicial prejuicio en contra de este tipo de uniones, existen dos grupos de ordenamientos jurídicos: los que admiten el pacto formal entre convivientes y a partir de aquí establecen unos determinados efectos, tal y como sucede en Francia con el pacto civil de solidaridad. Y por otra parte, las legislaciones nórdicas y Alemania, donde, por respeto a la libertad de las personas en cuanto al derecho a contraer matrimonio, se atribuyen a las uniones de hecho unos efectos mínimos que se ponen de manifiesto en la ruptura y que se aplican al margen de la voluntad de las partes.

En España, la doctrina que se ocupa de estudiar los efectos patrimoniales de las uniones de hecho sigue manifestado su auténtica perplejidad, a pesar del tiempo transcurrido y la aceptación por la sociedad de estas situaciones de hecho por la actuación de los poderes públicos en este ámbito. Ni los legisladores autonómicos con sus leyes de parejas o uniones de hecho, ni los tribunales de justicia con su excesiva libertad de interpretación consiguen evitar la inseguridad jurídica que se crea cuando hay que remediar los conflictos que surgen de la ruptura de este tipo de uniones.

El problema no es fácil, pero debe entenderse que la aprobación de las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, al admitir el matrimonio por parejas del mismo sexo y el divorcio unilateral, permiten proclamar en este momento que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huírse de la aplicación por analogía de normas propias del matrimonio, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización a la voluntad de las partes como reconoce la doctrina del Tribunal Constitucional.

Y en los supuestos de demandas de indemnizaciones o pensiones por la ruptura de la unión deberá estarse al acuerdo que voluntariamente hubieran suscrito ambos convivientes como recomendó el Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 7 de marzo de 1988; las distintas leyes de uniones o parejas de hecho de las comunidades autónomas; las resoluciones judiciales de nuestro Tribunal Supremo, y la doctrina científica. Si bien hemos de precisar que los pactos que concierten este tipo de uniones respecto a sus aspectos personales y patrimoniales no pueden exceder de sus relaciones como pareja, pues, está claro que nunca pueden interferir en aquello regulado por la norma.

El problema surge cuando no hay pacto entre los convivientes. Existe una falta de criterio unánime tanto por la propia doctrina civilista como por el más alto tribunal de nuestro orden jurisdiccional, que aun reunido en pleno, no ha conseguido establecer una vía de solución única, pues al dictar la Sentencia de 12 de septiembre de 2005, varios miembros de la Sala piensan que deberían seguirse otros criterios distintos. De manera que cabe concluir que nuestros tribunales van a

resolver a la vista caso por caso, según su criterio personal de equidad. Por tanto, se mantiene la incertidumbre jurídica que tanto se debate y nos ponemos en la lista de quienes reivindicamos la necesidad de que se adopten medidas legislativas estatales que afronten la resolución de este conflicto.

La extensión de las uniones de hecho en la sociedad actual parece exigir del legislador español una regulación que dé respuestas a las aspiraciones de los convivientes, las cuales, como hemos visto, son muy similares a las que se plantean en el matrimonio con las diferencias lógicas que se derivan de su carácter aformal. Sin embargo, la pretensión de que este modelo de convivencia se equipare a la unión matrimonial, en lo referente a los efectos que genera, no deja de producir una cierta perplejidad en la doctrina, por cuanto quienes reclaman dicha equiparación son, precisamente, quienes han excluido el matrimonio en su convivencia. Es más, sería posible incluso plantearse si una ley sobre parejas de hecho que fijara los requisitos de su constitución y le dotara de una efectos típicos no implicaría, en cierta modo, desnaturalizar esta figura.

En efecto, la unión de hecho responde a una situación fáctica que se caracteriza porque sus protagonistas se sustraen voluntariamente al cauce legalmente establecido para institucionalizar su relación. El motivo de esta elección parece radicar en que dicho modelo de convivencia permite decidir, sin ningún tipo de exigencias formales, si se quiere constituir una pareja o romper la convivencia y, en general, el deseo de prescindir de la regulación del matrimonio. Como señala LACRUZ BERDEJO, los convivientes no quieren estar casados por conservar su libertad: la de extinguir la unión en el momento que lo deseen y sin responsabilidad. Es verdad que ambas uniones son disolubles, pero la pareja de hecho lo es por la mera voluntad de uno de sus componentes, que da por disuelta la unión con su ausencia y sin que sea preciso una resolución judicial que decreta la extinción de la misma. Todo ello se produce, además, en un ordenamiento jurídico que se caracteriza no solo por dotar al matrimonio de una regulación basada en los principios de laicidad e igualdad entre los cónyuges, sino también por permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Esta amplitud en la configuración del matrimonio conlleva que la mayor parte de la doctrina afirme que la decisión de constituir una pareja de hecho responde a la voluntad de sustraerse a la disciplina matrimonial y no a la concurrencia de un impedimento legal para contraerlo; en otras palabras, lo que se pretende con dicha unión es la ausencia de toda norma que discipline dicha convivencia. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, esta es la conclusión que se obtiene si se observa grosso modo el fenómeno de la convivencia *more uxorio*, pero un análisis más pausado de esa realidad nos revela que esta doctrina eleva a categoría general lo que no es más que un supuesto concreto. En efecto, como apunta TALAVERA, cuya opinión compartimos en este punto, si se les preguntara a los que constituyen pareja de hecho si quieren que el derecho regule esta forma de convivencia, otorgando a sus miembros una serie de beneficios tales como la pensión de viudedad o la pensión compensatoria, su respuesta en la mayoría de las ocasiones sería afirmativa. Lo demuestra el hecho de que, cuando la pareja se deshace como consecuencia de la decisión unilateral o del fallecimiento de uno de sus miembros, «el otro», que hasta ahora siempre ha sido la mujer, acude a los tribunales de justicia demandando tales beneficios; en otras palabras, solicita que el Estado le conceda aquello a lo que cree tener derecho.

Este razonamiento nos permite llegar a una primera conclusión: no todos aquellos que constituyen una pareja de hecho lo hacen por los mismos motivos. Así, como apuntaba LACRUZ existe un porcentaje de uniones de hecho que eligen este modelo de convivencia por la facilidad en su constitución y su disolución, pero ignorando que las consecuencias de la ruptura no van a ser equivalentes a las del matrimonio. Otros, por el contrario, conviven en pareja con una clara voluntad de estabilidad y la asunción de ciertos compromisos mutuos, si bien no desean enmarcar esa comunidad de vida dentro de la específica regulación civil de una unión conyugal. Ahora bien, como afirma Talavera estas parejas desean mantenerse al margen del matrimonio, pero no al margen del derecho; esto es, quieren normalizar jurídicamente su relación, lo cual exige por parte del Estado el reconocimiento jurídico de su propia especificidad, que no consiste en no ser una institución jurídica, sino en no ser un matrimonio.

Teniendo presente que existen distintas razones por las cuales dos personas constituyen una unión de hecho, parece razonable que el legislador español proporcione soluciones distintas a situaciones que, aunque aparentemente iguales, obedecen a motivaciones diferentes; ahora bien, en nuestra opinión, ello no quiere decir que la solución tenga que ser, ante esta disparidad de supuestos, su no regulación.

El argumento para mantener tal afirmación reside en que esta opción de pareja se asienta en un derecho fundamental, como es el del libre desarrollo de la personalidad que legitima la opción de convivir sin estar casados. Por ello se afirma que la unión de hecho tiene que partir para su regulación de un principio esencial de rango constitucional, como es la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico –art. 1.1 de la CE–, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para su realidad y efectividad –art. 9.2 de la CE–, y justifica que el título relativo a los derechos y deberes fundamentales tenga como pórtico la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los otros derechos de los demás –art. 10.1 de la CE–.

En consecuencia, en este contexto la libertad significa permitir que los individuos puedan optar por cualquier medio para formar una familia que les posibilite el libre desarrollo de su personalidad, solución que también garantiza el respeto a su dignidad personal.

Ahora bien, más allá del libre ejercicio de este derecho fundamental, que en ningún caso debe coartarse, del mismo surge una realidad que se pretende que sea jurídica y de la que se espera un tratamiento diferenciado. Un tratamiento que no se agota en garantizar los derechos fundamentales de los convivientes en las relaciones de pareja, sino que supone algo más, la imposición de deberes y derechos entre ellos; es lo que hemos llamado la dimensión institucional de la manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad en lo que concierne a la opción de una convivencia *more uxorio*.

Desde esta perspectiva, el establecimiento de un régimen jurídico de las parejas de hecho implica no solo admitir la validez de los acuerdos suscritos entre los convivientes que tengan por finalidad regular su convivencia o las consecuencias derivadas de un eventual ruptura; conlleva pronunciarse a favor de que el legislador español asuma el reconocimiento de un estatuto jurídico personal para

cada uno de los miembros de la pareja, con sus derechos y obligaciones. El problema que se plantea entonces es determinar si la invocación de ese derecho al libre desarrollo de la personalidad que fundamenta la licitud de otras formas de convivencia, distintas del matrimonio, permite establecer un modelo jurídico de relación aunque los convivientes no lo quieran o no lo asuman en su totalidad, o por el contrario, son otros los valores o principios los que se han de invocar para justificar tal regulación. La respuesta a estas cuestiones exige tener en cuenta otras disposiciones constitucionales; en concreto, aquellas que se refieren específicamente a la familia, a fin de encontrar las claves que apoyen nuestra pretensión de dotar de un estatuto jurídico a esta figura. Solo así estaríamos en condiciones de abordar el elenco de los derechos y deberes recíprocos que genera tal modelo de convivencia.

Desde el punto de vista estrictamente civil sería oportuna la promulgación de una ley estatal de parejas de hecho que contenga una regulación más o menos amplia en materia estrictamente civil y, en su caso, con qué alcance. Se trata en este caso de un contenido facultativo, pues el principio democrático permite tanto la legislación material civil sobre parejas como la ausencia de la misma.

Es reseñable que, de ser incluidas, esas normas serían el derecho civil directamente aplicable y único posible en las comunidades autónomas incompetentes para legislar en materia civil y el derecho supletorio en las comunidades en las que, por falta de iniciativa legislativa del legislador autonómico que, pudiendo hacerlo, no regulan la institución, carezcan de leyes de pareja (a fecha de hoy, solo Galicia).

Para dar una respuesta adecuada a esa oportunidad y a ese eventual contenido resulta esclarecedor plantearse, como cuestión previa, la función que se pretende cumplir con una hipotética ley de este tipo. Una primera opción es considerar que se trata de «elevar» las situaciones de convivencia al rango matrimonial. Es decir, se trataría de promulgar una ley que prácticamente equiparase las parejas de hecho con las unidas en matrimonio en lo relativo a sus efectos civiles; es lo que ha hecho, por ejemplo, el legislador holandés, el cual incluso otorga una posibilidad de intercambio sencillo entre ambas instituciones, y lo que parece querer el legislador catalán a la luz del anteproyecto de ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la Persona y a la Familia, así como el gallego si se toma como referencia el texto salido del Informe de la Ponencia de la Proposición de Ley de Derecho Civil de Galicia .

Una segunda opción, seguida más o menos por los ordenamientos jurídicos de los países escandinavos y, según mi criterio, más adecuada, es entender que la función de la ley de parejas ha de consistir en proporcionar a la parte más débil de la relación un mínimo de protección, sobre todo en el momento de la disolución de la relación de convivencia. Con ello no se trata de crear un matrimonio de rango inferior o de segundo nivel, sino de dar soluciones legales a problemas económicos primarios en aquellas materias donde debe prevalecer la necesidad de proteger a un sujeto que no está en condiciones de hacerlo por sí mismo. El legislador estatal tiene la palabra.