

El principio general del libre
desarrollo de la personalidad
y los pactos entre convivientes tras
la STC 93/2013, de 23 de abril

*The general principle of free
development of the personality and
agreements among live-in partners
over Decision of Constitutional Court
93/2013, of the 23rd of April*

por

ANTONIO GÁLVEZ CRIADO
*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga*

RESUMEN: La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional español 93/2013, de 23 de abril, sitúa al artículo 10.1 de la Constitución Española (el principio general del libre desarrollo de la personalidad) en el centro de la protección jurídica que merecen quienes libremente eligen no casarse. El legislador debe respetar esta libre opción, de manera que no puede imponerles la constitución de una unión de hecho ni un régimen jurídico imperativo vinculado a ello, salvo que así lo hayan consentido.

Esta Sentencia reitera la opinión general de que la autonomía de la voluntad de las parejas de hecho para regular sus relaciones económicas o patrimoniales

(y también algunas personales) es la mejor forma de darles certidumbre y solucionar conflictos, porque nadie mejor que ellos conoce su situación actual y sus previsibles necesidades futuras.

ABSTRACT: The recent Decision of the Spanish Constitutional Court 93/2013, of the 23rd of April situates the article 10.1 of Spanish Constitution (general principle of free development of the personality) in the center of legal protection who people who freely choose not marrying deserve. The legislator must respect this free option and isn't allowed to impose them a formation as a couple by fact or a linked imperative juridical regime, if they don't approve it.

This Decision reiterates the general opinion that the autonomy of the will of stable couples for organizing their financial or patrimonial relationships (and some personal too) is the best way to give them security and solve disagreements, because nobody knows better than them their actual situation and their expected needs.

PALABRAS CLAVE: Pareja de hecho. Matrimonio. Libre desarrollo de la personalidad. Autonomía de la voluntad. Pactos entre convivientes.

KEY WORDS: *Couple by fact (stable couple, unmarried couple). Marriage. Free development of the personality. Autonomy of the will. Agreements among live-in partners.*

SUMARIO: I. PAREJAS DE HECHO Y MATRIMONIO TRAS LAS LEYES 13/2005 Y 15/2005.—II. LA AUTORREGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO: 1. LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN LOS PACTOS ENTRE CONVIVIENTES. 2. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LA RAZONABLE FUTURA REGULACIÓN DEL LEGISLADOR ESTATAL EN ESTA MATERIA EL PROBLEMA DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LOS PACTOS ENTRE CONVIVIENTES: A. *La «acción social» del legislador estatal en relación a los convivientes.* B. *La posible intervención del legislador respecto a las cuestiones económicas de índole civil:* a) La determinación por el legislador de los efectos frente a terceros de los pactos. b) El concepto legal de pareja de hecho y el respeto al principio del libre desarrollo de la personalidad. c) La concreción de la razonable futura regulación del legislador estatal. 3. CRÍTICA DE LA STC 93/2013. 4. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE PACTOS ENTRE LOS CONVIVIENTES COMO PUNTO DE PARTIDA. 5. LÍMITES GENÉRICOS LEGALES A LA LIBERTAD DE PACTOS. 6. EJEMPLOS DE POSIBLES PACTOS. 7. LA FUNCIÓN REVISORA DEL JUEZ Y LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.—III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. PAREJAS DE HECHO Y MATRIMONIO TRAS LAS LEYES 13/2005 Y 15/2005 Y LA STC (PLENO) 93/2013, DE 23 DE ABRIL

El Derecho español ofrece diversos cauces a través de los cuales establecer un marco jurídico estable en las relaciones de afectividad sexual entre dos personas. Estas personas pueden optar por otorgar consentimiento matrimonial, lo que dará lugar al nacimiento de un estatuto jurídico de derechos y deberes entre los cónyuges y su posible descendencia, siendo esencial al matrimonio la exclusión de la libre disolución, que precisa de una declaración formal¹.

Pero las personas pueden optar por otras formas de organizar su convivencia afectiva, que pueden ir desde las distintas formas que podríamos llamar de «amor libre y sin ataduras» hasta una convivencia similar o análoga a la propia del matrimonio (libre, exclusiva, pública y notoria y estable), aun sin matrimonio por no haberse prestado consentimiento matrimonial. En este caso se habla de «unión de hecho», «unión extramatrimonial», «unión libre», «pareja de hecho», «pareja estable no casada», «convivencia estable en pareja», «convivencia *more uxorio*», etc, que se caracteriza porque los miembros de la pareja asumen voluntariamente todas o algunas de las obligaciones propias del matrimonio a pesar de no estar casados, siendo a ello esencial la libre ruptura o disolubilidad, que no precisa de declaración judicial alguna.

Con la entrada en vigor de las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, han desaparecido algunas de las notas que claramente diferenciaban al matrimonio y a las parejas de hecho: por un lado, la disolución del matrimonio ya no está sujeta a la concurrencia y prueba de unas determinadas causas legalmente establecidas, sino que se decretará judicialmente a petición de cualquiera de los cónyuges unilateralmente y sin necesidad de probar y alegar causa alguna (arts. 86 y 81 del Código Civil); y por otro lado, el matrimonio, que anteriormente estaba vetado a las personas del mismo sexo, les está permitido y produce los mismos efectos jurídicos (art. 44, párrafo segundo, del Código Civil)².

En consecuencia, se ha producido un evidente acercamiento entre matrimonio y pareja de hecho, de manera que tras estas normas coinciden en buena medida quienes pueden contraer matrimonio con quienes pueden constituir legalmente una pareja de hecho, siendo común en ambos casos la ruptura unilateral y sin causa, aunque en el caso del matrimonio se requiera la formalidad de una sentencia judicial³. Se entienden entonces las palabras de la STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 7148, reiteradas con posterioridad, como en las de 8 de mayo y 30 de octubre de 2008; RJ 2833 y 2009\404): «*Hoy por hoy, con la existencia del matrimonio homosexual y del divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias*».

Pero no obstante este acercamiento, el legislador interesado en regular directamente estas formas de convivencia —lo sea estatal o autonómico— no

debe desconocer esta diferencia si no quiere vulnerar la libertad de decisión y el libre desarrollo de la personalidad de quienes tienen derecho a no considerarse casados precisamente porque no otorgaron consentimiento matrimonial (arts. 10 y 32.1, *a contrario*, CE)⁴.

Por otra parte, es un hecho perfectamente conocido que carecemos de una regulación estatal sobre parejas de hecho, sin perjuicio de que algunas normas concretas, sin pretender regular las parejas de hecho como forma de convivencia, tomen en consideración esta convivencia en su supuesto de hecho para equiparla al matrimonio para algunos efectos puntuales y concretos (así ocurre en normas concretas relativas a los más variados temas: seguridad social y pensiones, fiscalidad, empleo y desempleo, educación, en materia penal, de arrendamientos, etc).

Y en cuanto a las regulaciones autonómicas, estas han estado especialmente marcadas por la competencia sobre legislación civil, y en menor medida, sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8.^a CE)⁵, de manera que las distintas leyes autonómicas que se han venido aprobando desde el año 1998 (trece en la actualidad), lo han sido a los más variados efectos (civiles, sociales, tributarios, administrativos, etc.) y con distintos objetivos, según los casos, lo que ha provocado un grave problema de igualdad entre los derechos y obligaciones atribuidos a los miembros de la pareja entre unas CCAA y otras.

Esta diversidad legislativa impide también establecer un concepto legal unitario de pareja de hecho, pues las leyes autonómicas han «jugado» con diversos criterios —a veces, combinados— para su admisión: la convivencia efectiva durante un periodo de tiempo diverso, la inscripción en el registro de uniones de hecho que cada ley ha ido creando, una declaración formal de constitución, la existencia de hijos comunes durante la convivencia, etc., de manera que cada ley autonómica ha establecido unos requisitos de constitución a los efectos de su aplicación. También se han establecido requisitos de carácter personal que, en general, hacen coincidir los impedimentos para contraer matrimonio y para constituir legalmente una pareja de hecho, aunque no siempre. Por ejemplo, la existencia previa de un vínculo matrimonial impide generalmente también la constitución de una unión de hecho, salvo que exista separación (legal en algunos casos; también se admite separación de hecho en otros).

En consecuencia, el incumplimiento de alguno de estos requisitos impide el reconocimiento legal de una unión entre dos personas cuya convivencia puede haberse prologarse durante un amplio periodo de tiempo, pudiendo producirse incluso el nacimiento de hijos comunes en esta situación. Se ha hablado en estos casos de uniones extramatrimoniales anómalas⁶, alegales⁷, o simplemente, atípicas⁸.

A este panorama general, debemos añadir la reciente STC, del Pleno, 93/2013, de 23 de abril⁹, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado en el año 2000 por ochenta y tres Diputados del Grupo Parlamentario

Popular, en relación a la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de parejas estables, de Navarra, y que ha situado al artículo 10.1 CE (el principio del libre desarrollo de la personalidad) en el centro neurálgico de la protección jurídica que merecen quienes libremente eligen no casarse y tienen, por tanto, derecho a que el legislador respete esta libertad y decisión, de manera que no puede serles impuesta imperativamente la constitución de una unión de hecho, ni un régimen jurídico imperativo vinculado a su constitución como tal pareja, salvo que así haya sido libremente consentido por ellos.

Esta idea, consistente en vincular la opción entre el estado civil de casado y de soltero al principio de libre desarrollo de la personalidad, había sido establecida con anterioridad por el TC, sobre todo en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, donde expresamente se dice que *«la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución), de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil»* y que *«el libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado, en su caso, si los poderes públicos trataran de impedir o de 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 índole»* (en el mismo sentido, el ATC 156/1987, de 11 de febrero y la STC 47/1993, de 8 de febrero)¹⁰, sin perjuicio de que la negativa a contraer matrimonio (y constituir en su lugar una unión de hecho) también podría subsumirse en el propio derecho a contraer (o no contraer) matrimonio del artículo 32.1 CE, como parece establecer la STC 66/1994, de 28 de febrero.

El extenso FJ 8 de la STC 93/2013 continúa con este planteamiento, con una argumentación mucho más amplia:

«(...) Elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es, por tanto, su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal, y que «se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas» (STC 47/1993, de 8 de febrero, FJ 4). Dado que la posibilidad de elegir una u otra opción —matrimonio o pareja de hecho— se encuentra íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el Estado no puede imponer una opción o limitar las posibilidades de elección salvo en virtud de los condicionamientos que pudieran resultar de las normas de orden público interno (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; y 51/2011, de 14 de abril, FJ 8). El libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado tanto si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia more uxorio, como si trataran de imponer el establecimiento, contra

la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por estos, «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 índole» (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2). Y esa libertad, así como la paralela prohibición de interferencia en su lícito ejercicio por parte de los poderes públicos, no queda limitada a la dimensión interna, «sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ello y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio» (STC 66/1994, de 28 de febrero, FJ 3; y ATC 204/2003, de 16 de junio, FJ 2) (...)».

También la doctrina había adelantado con claridad estas ideas. Muy ampliamente al respecto, RUIZ-RICO RUIZ y CASADO CASADO habían afirmado: «Pues bien, a nuestro juicio, el respeto a ese principio lleva primordialmente a prohibir que el legislador ordinario configure las uniones extramatrimoniales con un estatuto convivencial de derechos y deberes uniforme e imperativo, so pena de inconstitucionalidad por infringir el principio de libre desarrollo (art. 10 CE). Es decir, que, para respetar la Constitución, no le cabe a ese legislador crear uno o varios modelos legales exclusivos que además sean impuestos forzosamente a quienes opten por no casarse, o la imposición de reglas obligatorias e inamovibles sobre la convivencia de la pareja. (...) Lo cual significa que no es inconstitucional, por un lado, ordenar la creación de uno o varios modelos de uniones no matrimoniales, con un concreto estatuto de derechos y deberes, pero siempre que sean opcionales, esto es, de elección voluntaria»¹¹.

Consecuentemente, el principio del libre desarrollo de la personalidad, como libertad de opción entre matrimonio y unión de hecho, no solamente opera en el momento de la extinción de la pareja de hecho a través del reconocimiento de la libre ruptura (lo que, evidentemente, hace la Ley Navarra), sino que también opera de una forma esencial en el momento de su constitución, de manera que resulta inconstitucional imponer la constitución de una unión de hecho obviando la voluntad de sus miembros (y claro está, un régimen jurídico a ello vinculado), por más que se reconozca la libre ruptura¹².

Además, esta vinculación entre estado civil de no casado y principio del libre desarrollo de la personalidad, como una opción libre de los convivientes (del mismo o distinto sexo), ha quedado reforzada tras la aprobación de las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, porque tras ellas puede decirse que la pareja que no se casa en España es porque no quiere, en términos estrictamente jurídicos, como ya se ha dicho.

Por ello, aparte de otras cuestiones competenciales planteadas y resueltas por esta STC 93/2013¹³, la declaración de inconstitucionalidad que establece sobre la mayor parte de los preceptos de la ley impugnada –precisamente por

no respetar el principio de libre desarrollo de la personalidad— constituye, en nuestra opinión, una «mina» en la línea de flotación de una buena parte de las regulaciones autonómicas sobre parejas de hecho, lo sean de CCAA con competencia en materia de Derecho civil o no¹⁴, al tiempo que establece y determina el marco jurídico (básicamente un marco de Derecho dispositivo) dentro del cual el futuro legislador (autonómico, pero básicamente estatal) puede legislar sobre esta materia de conformidad con la CE.

En el ámbito del Derecho civil, esta libertad de opción de los convivientes y el respeto al libre desarrollo de su personalidad se concreta en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código Civil) y en la preferencia que la STC 93/2013 otorga a los pactos entre convivientes (la autorregulación), sobre todo en lo relativo a las cuestiones materiales o patrimoniales, y que ocupará buena parte de este trabajo.

Por último, creemos también que esta STC 93/2013 supone un respaldo a la jurisprudencia del TS acerca de las pretensiones económicas que pueden dirigirse los miembros de la disuelta unión y que generalmente tratan de obtener el reparto del patrimonio adquirido durante la convivencia, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, alimentos para los hijos o el reconocimiento a su favor de pensiones u otras indemnizaciones. Y esto es así porque el TS ha venido basando sus soluciones en el respeto a la autonomía privada de los convivientes —manifestada incluso de forma tácita—, en el rechazo muy mayoritario a la aplicación analógica de las normas del matrimonio, y en la aplicación supletoria de principios generales y no de normas concretas de las trece regulaciones autonómicas con que contamos en esta materia, lo que permite quedar a salvo de la amplia declaración de inconstitucionalidad, como se verá a continuación.

II. LA AUTORREGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO

1. LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN LOS PACTOS ENTRE CONVIVIENTES

La diversidad de normativas autonómicas y la heterogeneidad de regímenes jurídicos ha llevado a la jurisprudencia española a la búsqueda de soluciones que doten de cierta uniformidad y racionalidad las soluciones que cabe dar a los distintos problemas de índole económica o patrimonial derivados de la disolución o extinción de la unión de hecho (la STS de 8 de mayo de 2008, ya citada, resume muy claramente la posición mayoritaria actualmente en la jurisprudencia sobre la cuestión).

Es conocido que el punto de partida en la jurisprudencia es la independencia económica de los convivientes, de manera que los bienes adquiridos durante ella pertenecen en principio a su adquirente o titular formal, sin que del sim-

ple hecho del inicio de una convivencia pueda deducirse, sin más, la voluntad de hacer comunes los bienes o ganancias obtenidas. Solamente ocurrirá esto cuando conste de manera inequívoca una voluntad expresa o tácita (deducible incluso mediante *facta concludentia*) de hacerlos comunes, entendiéndose entonces constituida entre los convivientes una sociedad civil (así, universal de ganancias del artículo 1675 del Código Civil) o una comunidad de bienes, según los casos. Tal doctrina ha sido sentada desde la STS de 21 de octubre de 1992 (RJ 8589), recogida después en otras, como la de 22 de enero de 2001 (RJ 1678) y las que esta cita.

Normalmente, suele admitirse la existencia de una sociedad civil en aquellos casos en los que los convivientes realizan de manera conjunta actividades de carácter profesional, industrial o comercial y crean un patrimonio fruto de tales actividades (SSTS de 18 de mayo de 1992, 18 de febrero de 1993 y 18 de marzo de 1995; RJ 4907, 1246 y 1962, respectivamente). Por el contrario, suelen calificarse como comunidad de bienes aquellos otros casos en los que, en ausencia de las actividades antes citadas, se constata, no obstante, un claro esfuerzo común para crear un patrimonio o adquirir bienes concretos en común (SSTS de 23 de julio de 1998, 26 de enero de 2006 y 4 de julio de 2007; RJ 6131, 417 y 4937).

Y a falta de tales pactos y ante la imposibilidad de aplicación analógica de los regímenes económicos matrimoniales, en los últimos años se ha ido consolidando en la jurisprudencia el recurso al principio general que veda el enriquecimiento injustificado como vía para conceder una compensación económica al conviviente que ha contribuido con su colaboración y trabajo no remunerado, bien a crear un patrimonio familiar del que, sin embargo, resulta titular el otro conviviente, bien a procurar un importante ahorro de gastos o costes (sin perjuicio de la aplicación ocasional del llamado principio general de «protección del conviviente perjudicado por la situación de convivencia» o del principio del *favor filii*).

Indudablemente a esta situación se ha llegado porque se carece de una normativa estatal que hubiera unificado las soluciones, al menos en aquellas CCAA que carecen de competencia en materia de Derecho Civil. En este sentido y de cara a una futura intervención del legislador estatal, se había afirmado que sería una buena solución la de establecer un régimen dispositivo aplicable supletoriamente a falta de acuerdo o pacto, dando siempre preferencia a la autonomía y libertad de los convivientes para regular sus relaciones económicas y patrimoniales como tengan por conveniente, solución que ha sido defendida, entre otros, por GARCÍA RUBIO y PARRA LUCÁN, y que parece encontrarse, en principio, en perfecta consonancia con la mencionada STC 93/2013. La primera de las autoras es muy clara al respecto cuando escribe: «el legislador debe respetar el deseo de no institucionalizar la relación o permanecer en un estado de unión absolutamente libre por parte de las personas que no lo deseen; esto es, se ha de dejar a los miembros de la pareja la decisión de si desean o no

adquirir los derechos y obligaciones establecidos en la ley (...). Dentro del marco jurídico de las parejas reguladas, las normas relativas a las relaciones de los miembros de la pareja deben ser básicamente dispositivas, dando prioridad a los pactos entre convivientes, sin olvidar la necesaria protección de los terceros»¹⁵.

Y ha sido la vía que han seguido algunas leyes autonómicas, cuyo paradigma más completo parece ofrecerlo la más reciente de estas, la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana, en cuyo capítulo III se establece todo un régimen supletorio relativo a gastos comunes, derecho de alimentos, disposición sobre la vivienda habitual, responsabilidad patrimonial y ajuar doméstico y uso de la vivienda.

El problema de este planteamiento puede ser la «sorpresa» que, para quienes han decidido no casarse, puede suponer la aplicación supletoria de unas normas que, en la mayoría de las ocasiones, son semejantes a las aplicables al matrimonio. No es un problema de eficacia jurídica de la norma (la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, establece el art. 6.1 del Código Civil), pero puede ser un problema social sobre la consciencia acerca de la transcendencia jurídica de nuestros actos.

Y es posible entender que constituye también un problema de relevancia constitucional a la luz de la aplicación que la repetida STC 93/2013 realiza del principio del libre desarrollo de la personalidad respecto a los convivientes (FJ 8):

«(...) El problema queda, por tanto, cifrado en los límites que la propia esencia de la unión de hecho impone al legislador cuando este decide supeditar su reconocimiento a ciertas condiciones o atribuir determinadas consecuencias jurídicas a tal unión. Obviamente, el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el artículo 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja.

La restricción referida lógicamente no opera respecto a medidas legales que tutelen derechos fundamentales de los dos o de alguno de los componentes de la pareja de hecho, supuesto en el que se deberán tomar en cuenta los criterios generales sobre la necesidad, adecuación

y proporcionalidad de las medidas atendiendo a los intereses en juego, de manera que el sacrificio del libre desarrollo de la personalidad sea el estrictamente indispensable (...)».

En otras palabras, parece claro que una norma jurídica que entendiera constituida una unión de hecho por la simple convivencia —más o menos prolongada— entre dos personas, anudando a ello todo un detallado régimen jurídico concreto (más o menos cercano al matrimonio), simplemente porque los convivientes no declararon que su voluntad era otra —cosa que la norma permitía, lo que la convierte en dispositiva— puede ser inconstitucional, en nuestra opinión, por vulnerar el principio del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE, en la manera en que es entendido por esta STC 93/2013.

Esta idea queda totalmente ratificada cuando el TC entra a valorar concretos preceptos de la Ley navarra 6/2000, de 3 de julio, donde parece exigir una manifestación de voluntad positiva de los convivientes de querer someterse a un concreto régimen jurídico legal. Es decir, no basta con que la norma sea dispositiva, puesto que, si nada se pacta al respecto, tornaría en imperativa. El ejemplo más claro de lo que estamos diciendo se produce en relación al artículo 5.3 de la Ley navarra, relativo a la contribución de los convivientes al mantenimiento de la vivienda y los gastos comunes, pues esta norma comienza diciendo «*en defecto de pacto*», lo que ha convierte claramente en una norma dispositiva. Sin embargo, el TC es muy claro cuando declara su inconstitucionalidad, afirmando: «*A primera vista podría pensarse que la norma resulta respetuosa con la voluntad de los integrantes de la pareja estable, en la medida en que solo se les aplicaría si no hubieran pactado al respecto. Sin embargo, esta primera apreciación decae si consideramos que, en el caso de que los miembros de la pareja no hubieran pactado nada sobre el particular, resulta imperativa la aplicación de la norma prescindiendo de exigencia alguna de constatación de su voluntad de aceptarla; voluntad que, por tal razón, se ve violentada, con la consiguiente infracción del artículo 10.1 CE*».

Y lo mismo se razona en relación al artículo 5.5 (remitiéndose expresamente a lo argumentado antes respecto al art. 5.3), respecto a una concreta pensión compensatoria que se reconoce para corregir una situación de desigualdad patrimonial generada durante la convivencia, a pesar de que esta norma también comienza diciendo «*en defecto de pacto*»¹⁶.

Parece que el planteamiento del TC es que, de alguna manera, dos personas que desarrollan una convivencia prolongada en el tiempo ya están realizando una opción tácita o mediante actos concluyentes: la de no casarse y no ser tenidos jurídicamente por tales, sin necesidad de manifestaciones expresas de voluntad en otro sentido. Esta es una idea muy asentada en el TS, que ha dado especial relevancia, como hemos visto anteriormente, a la voluntad tácita o manifestada mediante actos concluyentes para entender existente una comunidad de bienes

o una sociedad civil irregular entre los convivientes, a efectos de la liquidación de los bienes adquiridos por la pareja durante su convivencia.

Creo que esta jurisprudencia del TS debe integrar la doctrina constitucional de la STC 93/2013 en el sentido de que la libre opción de la que habla el TC, referida ahora al ámbito estrictamente patrimonial, debe tomarse tanto cuando se manifiesta de forma expresa, como cuando se hace tácitamente o por medio de actos concluyentes. En conclusión, si una norma establece una regulación supletoria o «salvo pacto en contrario de los convivientes», debe tenerse en cuenta que el pacto puede haberse celebrado de muy diversa forma, en la línea establecida, como decimos, por el TS, lo que automáticamente haría inaplicable la norma jurídica establecida por el legislador como dispositiva.

Esta situación, fruto de integrar la jurisprudencia actual del TS —que creemos se va a seguir manteniendo en el futuro— con las exigencias de la STC 93/2013, va a ser un terreno abonado a la inseguridad jurídica, pues no va a ser fácil discernir, ni siquiera en las relaciones internas entre los convivientes, cuándo tal acuerdo tácito puede decirse que existe y cuál es su alcance real. Por ello, creo que la situación, al menos en cuanto al reparto del patrimonio común acumulado por los convivientes durante su vida en pareja, va a seguir en el futuro planteándose de forma similar a como lo hace actualmente. En realidad, la cuestión se traslada entonces al ámbito probatorio, puesto que parece que habrá de ser el conviviente que lo alegue quien pruebe la existencia del pacto en contrario y su alcance (art. 217 LEC), que podrá consistir en la adopción de acuerdos que establezcan regímenes concretos distintos a los establecidos en la norma dispositiva supletoria, o incluso la absoluta separación patrimonial entre los convivientes.

Por ello y frente a la opinión de los autores citados al principio de este epígrafe, también había sido defendida en la doctrina la idea de que el legislador no debe imponer supletoriamente ningún régimen económico ni ninguna forma comunitaria de propiedad respecto a los bienes o derechos adquiridos durante la convivencia, debiendo mantenerse en este punto simplemente la aplicación de las reglas generales del Derecho patrimonial, incluidas las normas sobre responsabilidad frente a terceros por las deudas contraídas¹⁷. A ello solamente habría de añadirse, en nuestra opinión, «salvo pacto entre los convivientes, cualquiera que sea su forma».

2. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LA RAZONABLE FUTURA REGULACIÓN DEL LEGISLADOR ESTATAL EN ESTA MATERIA Y EL PROBLEMA DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LOS PACTOS ENTRE LOS CONVIVIENTES

A. La «acción social» del legislador estatal en relación a los convivientes

En coherencia con las consideraciones anteriores, me parece preferible entonces una intervención directa del legislador básicamente respecto a aquellas

cuestiones que resulten convenientes y que están vetadas a los pactos entre los convivientes o que harían los pactos excesivamente difíciles o complejos para obtener los mismos resultados que el legislador puede ofrecer con normas claras y sencillas. Me refiero a cuestiones que no se refieren tanto al régimen económico de los convivientes, sino a beneficios civiles, sociales, tributarios, administrativos o de otra índole, que no son percibidos por los convivientes como una intromisión en el libre desarrollo de su personalidad o en su forma de organizar sus relaciones económicas, sino todo lo contrario, como ventajas o derechos sociales que les hacen equiparables a las parejas casadas y respecto a los cuales el legislador puede —y debe, en nuestra opinión—, ir progresivamente equiparando parejas de hecho y matrimonio como cauce de protección de ambas formas de familia sin discriminación (arts. 14 y 39 CE)¹⁸.

Nos referimos en concreto: al reconocimiento de pensión de viudedad a favor del conviviente superviviente en las mismas condiciones que al cónyuge viudo, a la equiparación al matrimonio a todos los efectos laborales y tributarios (por ejemplo, la posibilidad de tributación conjunta de la pareja en el IRPF, lo que hoy solamente es posible en Navarra y en el País Vasco, o la equiparación del conviviente al cónyuge en el impuesto de sucesiones y donaciones, en el de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y en el impuesto sobre el patrimonio¹⁹) o en la equiparación en cualesquiera otros beneficios jurídico-públicos que resulten razonables, siempre que los convivientes manifiesten su voluntad de acogerse a tales posibles beneficios y no sean impuestos de manera forzosa u obligatoria a los mismos²⁰.

Respecto a todas estas cuestiones aquí enumeradas —u otras posibles— sí se establecería una clara y razonable distinción entre las parejas que entren en el ámbito de aplicación de la ley y las que queden fuera de ella, porque el legislador tiene derecho a decidir a quién otorga y a quién no unos determinados derechos o beneficios, estableciendo requisitos adicionales no discriminatorios, también de carácter formal, que dote de seguridad y eficacia la aplicación práctica de las normas jurídicas en vigor, como ha ocurrido en el caso de las pensiones de viudedad²¹.

Por supuesto que, en este campo, las cuestiones de índole presupuestaria condicionarán la actuación del legislador, al menos en el momento presente. No obstante, parece exigible que el legislador estableciera un calendario razonable de aproximación entre matrimonios y parejas de hecho, a fin de lograr este objetivo en un horizonte a medio plazo, sobre todo en la cuestión relativa a la pensión de viudedad (art. 50 CE).

B. La posible intervención del legislador respecto a las cuestiones económicas de índole civil

a) La determinación por el legislador de los efectos frente a terceros de los pactos

En el ámbito estrictamente civil, el legislador —no debemos olvidar que, en este caso, lo hace a coste 0 para las arcas públicas— debe proporcionar a

los convivientes herramientas útiles que doten de la máxima seguridad jurídica, tanto la situación familiar en sí como los pactos que estos suscriban, así como decidir qué pactos pueden ser oponibles a terceros y qué pactos deben producir únicamente efectos entre los convivientes y sus herederos conforme al artículo 1257 del Código Civil. Esta es una decisión que corresponde de forma exclusiva al legislador, a quien compete aprobar normas de alcance general y establecer las condiciones para que ciertos acuerdos entre particulares puedan tener eficacia jurídica frente a terceros.

En consecuencia, si algún o algunos aspectos concretos de la convivencia han de tener efectos frente a terceros, debe ser el legislador quien lo determine y con qué alcance, de forma similar a como el declarado inconstitucional artículo 7 de la Ley navarra de parejas estables, establecía que *«los miembros de la pareja estable son responsables solidariamente frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa y la atención de los hijos comunes»*. Pero no puede quedar en manos de los convivientes decidir si su convivencia o algunos de sus aspectos producen o no efectos frente a terceros, simplemente porque decidan inscribir la convivencia o cualesquiera acuerdos concretos en un registro público accesible —en mayor o menor medida— a terceros²². Porque una cosa es un contrato y otra distinta un régimen económico²³.

Por ello, no me parece en absoluto correcto un planteamiento como el acogido en el artículo 7.2 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho de la Comunidad Valenciana que, tras recoger la libertad de regulación de los convivientes en el apartado 1 en relación a cualesquiera acuerdos, este apartado 2 se despacha diciendo que *«para que dichos acuerdos produzcan efectos frente a terceras personas, deberán formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de Uniones de Hecho Formalizadas, y, caso de afectar a inmuebles o bienes inscribibles, en el Registro de la Propiedad o Registro correspondiente a la naturaleza de los mismos»*.

El sistema jurídico no debe admitir una «bendición general» del legislador autonómico de cualesquiera acuerdos que puedan celebrar cualesquiera parejas de hecho, y que simplemente por estar inscritos en un registro público de carácter administrativo, puedan ser oponibles a los terceros sin más. El control de legalidad de estos pactos en sí queda reservado exclusivamente al notario autorizante de la escritura pública donde se recoge el pacto, pero no existe control de legalidad alguno respecto a la eficacia *erga omnes* o frente a terceros del acuerdo en atención a su naturaleza, porque este queda en manos de un órgano administrativo que no tiene atribuido control alguno de legalidad ni de la eficacia frente a terceros del acuerdo, como tampoco lo tiene el órgano administrativo competente para resolver el recurso administrativo previsto también en el apartado 3 de este artículo 7.

Es evidente que el notario autorizante no puede realizar este control. Y ello porque desconoce si finalmente ese acuerdo va a inscribirse o no en ningún regis-

tro, pues el notario generalmente pensará que lo que está haciendo es dando fe de unos acuerdos privados entre particulares y con eficacia jurídica únicamente *inter partes*, pero que son elevados a documento público, lo cual justifica su intervención. Es como si cualquier acuerdo relativo a cuestiones personales o patrimoniales entre cónyuges se pudiera inscribir en cualquier registro público y ello otorgara sin más a tales acuerdos efectos frente a terceros, como pueden ser acreedores de los cónyuges o sucesivos adquirentes que traigan causa de los mismos.

Piénsese en la barbaridad que supone dejar en manos de los particulares la decisión sobre qué acuerdos inscribir y cuáles no, pues la inscripción es, en principio, potestativa, con lo cual ellos decidirán qué acuerdos les resultan convenientes o ventajosos que tengan efectos frente a terceros y cuáles no. De ahí nuestra opinión sobre que esta decisión ha de corresponder exclusivamente al legislador, bien recogiendo en una norma jurídica la eficacia frente a terceros de un determinado acuerdo o acto concreto realizado por los convivientes e inscrito en un registro público, bien aprobando directamente una norma de alcance general estableciendo, respecto a cuestiones concretas, una regulación positiva que, como cualquier norma jurídica, es de obligado cumplimiento para todos los destinatarios de la misma, incluidos los terceros afectados por la misma.

Por tanto, solo cabe esperar que el TC, que está conociendo del recurso de inconstitucionalidad núm. 4522-2013 contra esta Ley 5/2012, termine declarando inconstitucionales los apartados 2 y 3 de su artículo 7, aunque sea sobre la base de la invasión de las competencias del Estado sobre Derecho civil, foral o especial, y sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos del artículo 149.18.^a, siguiendo la estela de la STC 81/2013, de 11 de abril, sobre la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid.

En este caso la cuestión de inconstitucionalidad se planteó, entre otros motivos, en relación al artículo 4.5, a pesar de que en dicho precepto se señalaba literalmente que «*en todo caso los pactos a que se refiere este artículo, estén o no inscritos en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, solo surtirán efectos entre las partes firmantes y nunca podrán perjudicar a terceros*». Aunque el TC declaró inconstitucional el artículo 4 al completo (también el art. 5 completo) sobre la base de que la Comunidad de Madrid no ostenta competencias sobre Derecho civil foral o especial²⁴, sin embargo y a nuestros efectos, lo que interesa es que el TC declaró conforme a la CE el artículo 3 de dicha Ley, relativo a la acreditación de las uniones de hecho mediante su inscripción en el Registro de las Uniones de Hecho de esta Comunidad, por entender que no contravenía la competencia estatal sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos porque este registro autonómico no tiene efectos civiles, sino únicamente el efecto administrativo consistente en servir de medio de prueba de la existencia de la unión de hecho a fin de que pueda serle de aplicación el régimen jurídico establecido por el legislador autonómico en su ámbito de competencias.

El argumento del TC podría resumirse así: en la medida en que un registro autonómico de parejas de hecho no despliegue efectos civiles, sino meramente administrativos, no está incidiendo ni en la materia de Derecho civil, ni en la materia relativa a la ordenación de los registros e instrumentos (con efectos civiles)²⁵. En el caso de la Comunidad de Madrid, los pactos objeto de inscripción afectaban a cuestiones civiles exclusivamente en las relaciones entre los convivientes (pero no a terceros, por descartarlo expresamente la ley autonómica en su art. 4.5) y las normas (arts. 4 y 5) resultan inconstitucionales porque invaden la competencia del Estado tanto sobre Derecho civil como sobre registros públicos. Trasladado esto a la Comunidad valenciana, donde tales pactos con efectos civiles producen también efectos frente a terceros cuando son inscritos, es claro que vulneran ambas competencias exclusivas estatales.

¿Pero *quid* si una Comunidad tiene competencia en materia de Derecho Civil? ¿Podría válidamente aprobar una norma como la establecida en el artículo 7.2 de la Ley valenciana, otorgando eficacia frente a terceros a cualesquiera pactos inscritos?

Desde mi punto de vista, tal norma resultaría también claramente inconstitucional, en este caso porque invadiría la competencia estatal sobre registros e instrumentos públicos, porque la eficacia frente a terceros de tales pactos, que es la esencia de la competencia estatal, solamente puede ser otorgada por el Estado. Las Comunidades con competencia en materia de Derecho civil pueden, indudablemente, aprobar normas civiles que regulen los aspectos que convengan sobre las parejas de hecho, pero no pueden otorgar efectos civiles a los pactos privados entre los convivientes por el simple hecho de que se inscriban en un registro público. Tal fuerza normativa frente a terceros solamente corresponde al Estado, que debe establecer, al mismo tiempo, un control de legalidad sobre tales acuerdos. Y desde luego, incluso para el Estado, resulta inconveniente que este pueda aprobar normas que doten de eficacia civil frente a terceros a cualesquiera acuerdos que unos particulares, como los convivientes, puedan tomar, por más que se recojan en una escritura pública y se inscriban en un registro público con efectos civiles. El legislador estatal debe ser muy selectivo y cuidadoso con los acuerdos particulares que resultan oponibles a terceros, debiendo existir una justificación clara y evidente, en términos de defensa de derechos e intereses legítimos, para que ello ocurra.

b) El concepto legal de pareja de hecho y el respeto al principio del libre desarrollo de la personalidad

Naturalmente que el legislador necesita hacer girar toda la posible regulación alrededor de un concepto legal de pareja de hecho. Y en este punto y por exigencia de la STC 93/2013, creo que debe combinarse el principio de seguridad

jurídica con el respeto —nuevamente— al principio del libre desarrollo de la personalidad, pues este complejo fenómeno social de las parejas de hecho que solemos agrupar bajo esta u otras denominaciones distintas, no responde a un modelo único. Pareja de hecho tanto puede ser una situación transitoria de personas que desean contraer matrimonio, pero que están afectados por algún impedimento legal u otras razones que esperan solventar en un futuro próximo, como personas que desarrollan una convivencia similar a la propia de los cónyuges, pero que no creen en la institución matrimonial y no se casan porque no quieren, o porque no están dispuestas a sufrir las consecuencias de otra ruptura matrimonial, o finalmente, puede tratarse de personas que adoptan una convivencia afectiva prolongada, pero sin asumir ninguno de los deberes entre sí propios del matrimonio. Y el legislador debe respetar todas estas opciones libremente decididas.

Antes de la aprobación de las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho existía cierto acuerdo doctrinal y jurisprudencial sobre cuál era el concepto descriptivo (y factual, basado en la convivencia fáctica) de pareja de hecho que había de tomarse en consideración, como pareja no casada que convive como lo harían los cónyuges, pero sin formalizar su convivencia²⁶. Después, las distintas legislaciones autonómicas han adoptado cada una de ellas su propio concepto, basado en el cumplimiento de determinados requisitos subjetivos, objetivos y formales, tanto para su constitución como para su extinción, restringiendo en muchos casos el ya de por sí restringido concepto admitido de pareja de hecho.

Y creo que tiene razón GARCÍA-POSADA cuando dice que tales regulaciones han caído frecuentemente en una confusión entre el modelo formal (institucionalizado) y el modelo factual de convivencia, a diferencia de lo que hace, por ejemplo, el legislador francés en el artículo 515 del *Code*, donde distingue claramente ambos modelos (arts. 515-1 a 515-7 para el pacto civil de solidaridad, artículo 515-8 para la unión de hecho o *concubinage*).

Sea como fuere, lo cierto es que en este punto también tiene incidencia la STC 93/2013, puesto que, en relación a los efectos civiles de la convivencia, esta Sentencia estaría limitando las opciones del legislador estatal, que no podrá otorgar efectos jurídico-civiles (siguiendo generalmente la regulación matrimonial) a la convivencia si los propios convivientes no se constituyen formalmente como pareja de hecho y aceptando entonces someterse al régimen jurídico establecido, aunque este sea meramente dispositivo, como ya se ha dicho con anterioridad.

Parece que el legislador tendrá poco margen de maniobra y se verá abocado a optar por un modelo claramente formal de pareja de hecho para regular los aspectos civiles, pues de la propia constitución formal derivará la voluntad de constituirse como pareja de hecho, y por tanto, de ejercer una opción libre en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendida en un sentido tan amplio como la entiende el TC.

Pocas dudas parece dejar la declaración de inconstitucionalidad de buena parte del artículo 1.2 de la Ley navarra de parejas estables, en cuanto entiende constituida una pareja estable cuando sus miembros *«hayan convivido maritalmente, como mínimo, un periodo ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia»*²⁷ (también se declara inconstitucional el párrafo segundo de este artículo 1.2 por los mismos motivos). El TC justifica su decisión en el FJ 9 así:

«(...) Los dos primeros supuestos —un año de convivencia o hijos en común— conducen a la atribución ex lege de la condición de pareja estable por la mera concurrencia a alguna de tales circunstancias, dando lugar a una calificación jurídica de determinadas situaciones de hecho, a la que se asociará la aplicación del contenido de derechos y obligaciones incluido en la regulación legal, prescindiendo de la voluntad conjunta de los integrantes de la unión de hecho de someterse a las previsiones de la Ley Foral. Lo cual es claro que no resulta respetuoso del derecho fundamental consagrado en el artículo 10.1 CE. Únicamente resultaría acorde con tal derecho y respetuoso de la libre voluntad de los integrantes de la pareja, una regulación de carácter positivo, como es la que se acoge en el tercero de los supuestos enunciados en el párrafo primero del artículo 2.2 de la Ley Foral, referido a las parejas que hayan expresado en documento público su voluntad de constituirse como pareja estable; supuesto que los propios recurrentes entienden que respeta la libre voluntad de los sujetos.

Ahora bien, la Ley, evidentemente, no restringe su aplicación a las parejas estables que hubieran formalizado documentalmente su situación, porque también tienen la consideración de parejas estables aquellas que reúnan los requisitos establecidos en la definición del artículo 2.1, si bien, tal concurrencia deberá ser acreditada por sus integrantes a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho (art. 3). Entre estos medios de prueba adquiere especial relevancia la inscripción, en su caso, en los registros de parejas estables a que se refiere la disposición adicional de la Ley Foral, al disponer que el Gobierno de Navarra y los ayuntamientos podrán crear tales registros «para facilitar a través de su inscripción voluntaria la prueba de su constitución». En tanto tales parejas se acojan libremente a la previsión de la Ley, nada puede objetarse. Conclusión que no empece que puedan declararse inconstitucionales los preceptos de la Ley que por su naturaleza imperativa prescinden de la existencia de verificación de la asunción voluntaria de sus efectos por los miembros de la pareja».

Aunque teóricamente este segundo párrafo parece permitir que el legislador pueda optar por un concepto factual de pareja de hecho, lo cierto que es después parece que queda limitado a aquellos supuestos en que concorra algún acto de constitución (formal) de la convivencia, poniéndose como ejemplo la constitución mediante la inscripción en los registros de parejas de hecho. Y lo que complica aún más las cosas: exigiéndose de nuevo una asunción voluntaria de los efectos legales asociados a la condición de pareja de hecho, que parece que requerirá una manifestación de voluntad distinta e independiente del acto de constitución mismo.

En esta situación, ¿sería constitucionalmente admisible una regulación legal jurídico-civil dispositiva aplicable también a un concepto factual-convivencial de pareja de hecho, basado en una convivencia marital más o menos prolongada, sin que los convivientes hayan realizado un acto jurídico formal del cual derivar una voluntad clara de constituirse como tal? Parece que la respuesta, a tenor de los pronunciamientos del TC, será decididamente negativa para la regulación de las cuestiones jurídico-civiles (otra cosa será para las cuestiones de índole jurídico-públicas a las que se ha hecho referencia, en cuyo caso puede abogarse por un concepto flexible formal y convivencial).

Obsérvese que el problema de una regulación exhaustiva del legislador, «imitando» la regulación matrimonial no parece encontrarla el TC en la invasión de la competencia del Estado sobre las «*relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*» del artículo 149.1.8.^a CE, pues podría argumentarse que «imitar» la regulación matrimonial equivaldría a reconocer y regular una nueva forma de matrimonio. En este sentido, es conocida la opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que considera que la naturaleza jurídica de las parejas de hecho es la misma que la del matrimonio (el propósito de convivir *more uxorio* o con *affectio maritalis*, como los cónyuges), por lo que entiende que las Comunidades Autónomas carecen de competencia legislativa en esta materia²⁸.

Sin embargo, la STC 93/2013 (FJ 5) entiende que esto no es así y no existe tacha alguna de inconstitucionalidad por este motivo, con un argumento que parece demasiado formalista: «*el declarado objeto de la regulación del legislador foral no es el matrimonio sino la convivencia estable more uxorio desarrollada al margen del matrimonio, según la definición establecida en el artículo 2.1 de la Ley Foral 6/2000*». Quizás y en atención a lo que se avecinaba después sobre la base del principio del libre desarrollo de la personalidad, entendió el TC que no merecía la pena entrar en esta discusión, que probablemente hubiera roto buena parte del consenso de la Sala.

Por ello y en línea de principio —que después se concretará— creo que el legislador debería decantarse por abstenerse de intervenir, como regla general, durante la convivencia de la pareja, potenciando y regulando en ese momento los pactos entre los convivientes, y realizando una intervención mínima y subsidiaria en previsión de una futura ruptura en vida de la pareja o tras su

extinción *mortis causa*, para asegurar un mínimo de protección jurídica en ese momento. Las razones que pueden exponerse para apoyar esta postura derivan precisamente del respeto al principio del libre desarrollo de la personalidad de los convivientes:

- 1.^a) La heterogeneidad de situaciones fácticas que pueden encontrarse bajo la denominación de «pareja de hecho» y el respeto a la libre opción que cada una de ellas haya realizado, hace que sea altamente inconveniente que el legislador establezca todo un *status* jurídico de derechos y deberes aplicable a cualesquiera parejas de hecho, por más que hayan sido constituidas formalmente, porque la constitución formal, por sí misma, no «tipifica» a la pareja de hecho. Y téngase en cuenta que establecer normas para estas semejantes a los artículos 116 (presunción de paternidad del marido), 143 (deber de alimentos), 1318 (levantamiento de las cargas del matrimonio), 1319 (ejercicio de la potestad doméstica) o 1320 del Código Civil (disposición sobre la vivienda habitual y los muebles de uso), entre otros, creo que solamente puede justificarse en el establecimiento de deberes legales de fidelidad, de ayuda y socorro mutuo y de convivencia efectiva, de manera semejante a como se hace en los artículos 67 y 68 del Código Civil para los casados.
- 2.^a) En todo caso, un tal *status* jurídico que introdujera el legislador debería ser respetuoso con la libertad de opción de cada pareja, de manera que debería ser básicamente dispositivo y siempre quedaría abierta la posibilidad de su exclusión mediante acuerdos más o menos explícitos de la pareja, incluso deducibles tácitamente o por medio de actos concluyentes, como se ha visto, lo que sería suficiente para excluir la aplicación de tales normas.
- 3.^a) Creemos que la intervención —mínima— del legislador debe centrarse en el momento de la ruptura o la extinción *mortis causa* de la pareja, puesto que en ese momento puede resultar especialmente complicado llegar a acuerdos, bien entre los convivientes tras la ruptura, bien entre el superviviente y los herederos del fallecido. En este caso y como se ha dicho con anterioridad, la intervención del legislador queda justificada introduciendo normas dispositivas que, a falta de acuerdo entre las partes, persigan proteger los intereses de personas que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, dificultad o en una situación de desequilibrio como consecuencia de la extinción de la pareja.

Tampoco debemos olvidar que el legislador puede y debe introducir también normas imperativas que tutelen derechos fundamentales de la pareja o de la familia que han de anteponerse, con la adecuación y proporcionalidad necesarias, incluso sacrificando, en lo que resulte indispensable, el principio del libre

desarrollo de la personalidad, tal y como afirma el FJ 8 de la STC 93/2013, en los términos literales que más arriba han sido recogidos.

c) La concreción de la razonable futura regulación del legislador estatal

Aunque puede ser una cuestión discutible, creo que el «estándar» de constitucionalidad establecido por la STC 93/2013, en relación precisamente a una Comunidad Autónoma que ostenta competencias en materia de Derecho civil, aconseja una intervención mínima por parte del legislador estatal, en la línea que ya había expresado parte de la doctrina²⁹. Si, de acuerdo con esta sentencia, es necesario un acto de aceptación por parte de los convivientes de todas y cada una de las normas reguladoras de esta materia, incluso las que sean dispositivas, sin que muy probablemente una tal aceptación ni siquiera pueda deducirse tácitamente del hecho de que la pareja haya solicitado y obtenido su inscripción como tal en un registro público, entonces resulta altamente inconveniente establecer todo un detallado régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho, con la esperanza de que, de alguna manera, tal inscripción pueda interpretarse como una manifestación de voluntad de someterse al mismo.

Y esto vale también incluso aunque una tal voluntad pueda manifestarse de forma tácita o por hechos concluyentes. En general, la voluntad tácita ha servido para que nuestros tribunales tengan por establecida una sociedad civil irregular o una comunidad de bienes entre los convivientes, a fin de proceder a un reparto justo del patrimonio adquirido por la pareja durante su convivencia, pero resulta prácticamente imposible deducir de ciertos hechos concluyentes una voluntad tácita clara de aceptar normas semejantes a los artículos 96 o 97 del Código Civil, respecto a la pensión compensatoria o a la atribución del uso de la vivienda familiar, por ejemplo.

En esta situación y no siendo posible la imposición a los convivientes de normas que no hayan sido previamente aceptadas por ellos, quizás lo más lógico sea que el legislador asuma una labor de información y asesoramiento a los convivientes, de manera que se aproveche el acto de constitución formal de la pareja como tal —que es muy previsible que se establezca mediante escritura pública e inscripción en el Registro Civil o en otro similar³⁰, sin descartar otras formas³¹— para posibilitar que aquella pueda regular mediante pacto, si así lo desea, los aspectos jurídicos más relevantes de su convivencia, sobre todo, los efectos derivados de una posible ruptura o extinción. Por supuesto que esta labor de información y asesoramiento conlleva un coste económico que es posible que el Estado no esté dispuesto a asumir y se remita simplemente a los pactos que los convivientes pueden acordar antes, durante o después de su convivencia, reconociendo a algunos de ellos y en determinadas condiciones efectos jurídicos frente a terceros.

Dentro de este punto, creemos que el legislador debe también permitir a los convivientes optar por alguno de los regímenes económicos matrimoniales al tiempo de la inscripción registral (o mediante un acuerdo posterior)³². En este supuesto, debe producirse una total equiparación, a efectos de régimen económico, entre casados y convivientes. Sería entonces el legislador y no los convivientes quien estaría decidiendo la aplicación «en bloque» de un régimen económico unitario con algunos efectos frente a terceros y no sería un problema de eficacia frente a terceros de unos determinados pactos «a la carta» celebrados entre los convivientes. Pero creo que, en ausencia de esta concreta opción (bien por el régimen jurídico básico, bien por uno de los regímenes económicos matrimoniales), el legislador debe abstenerse de regular el régimen económico de los convivientes.

Aparte de ello, creo que el legislador, si finalmente decide intervenir en algunos aspectos concretos, debería hacerlo declarando aplicables directamente los artículos 96 y 97 del Código Civil a las parejas de hecho que expresamente así lo acepten, porque no tiene sentido aprobar aquí otras normas, más o menos semejantes, a los preceptos legales que ya existen y que tienen por finalidad la regulación de intereses familiares en conflicto como consecuencia de la extinción de una convivencia familiar³³. Otra cosa es que el legislador decida aprovechar esa hipotética futura ley para introducir mejoras en la redacción de tales normas, que también es altamente aconsejable.

Respecto al artículo 96, ello será así en la medida en que tal precepto resulte aplicable únicamente a los convivientes y no los hijos, pues respecto de estos y como dice PANTALEÓN PRIETO, el párrafo primero del artículo 96 es una norma establecida en interés de los hijos y resulta directamente aplicable con independencia de que los padres estén o no casados, siendo inconstitucional no aplicarla a los hijos de la convivencia extramatrimonial, pues discriminaría entre hijos (matrimoniales y no matrimoniales)³⁴. Por otra parte, la aplicación del artículo 97 del Código Civil permitiría al juez tener en cuenta las circunstancias establecidas en este precepto y propiciar una aplicación flexible de la norma y su adaptación a la situación concreta que presente cada pareja de hecho, preferible al margen mucho más estrecho que ofrece la doctrina del enriquecimiento injustificado.

Una cuestión cabe plantear en relación a los artículos 96 y 97 del Código Civil: ¿Qué carácter tendrían estas normas para los convivientes? En principio, creo que aquí la lógica debe ser que si la pareja de hecho opta por la aplicación de estas normas (cuando, de otra forma, no le resulten aplicables), se someta al mismo régimen que resultaría aplicable si estuvieran casados. Téngase en cuenta que la pareja de hecho cuenta con otra opción con la que no cuentan los casados: acordar la inaplicación de estas normas, pero una vez realizada la opción, deben quedar sujetos a los mismos límites que los casados.

Puede argumentarse, en este sentido, que la pareja puede «escapar» fácilmente de tales limitaciones: bastaría con un pacto de exclusión de estas normas

y acordar un régimen jurídico distinto para resolver estas cuestiones, lo que produciría «liberarse» del carácter imperativo de estas normas, en la medida en que lo sean. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, por un lado, los artículos 96 y 97 del Código Civil conceden amplias facultades de pacto a los cónyuges (aplicables también a los convivientes)³⁵, y por otro lado, la jurisprudencia tiene muy asentada la aplicación a las parejas de hecho de principios generales (normas imperativas o de orden público) tales como el del *favor filii*, el de protección del conviviente perjudicado por la unión o el que veda el enriquecimiento injustificado, que permiten al juez alcanzar soluciones semejantes a las establecidas en los artículos 96 y 97 del Código Civil, en detrimento de la aplicación de los posibles pactos a los que llegaran en su momento los convivientes cuando tales pactos entre en conflicto con los mencionados principios generales.

Esto es precisamente lo que está ocurriendo actualmente cuando no existe pacto alguno, pues los tribunales están aplicando soluciones semejantes a las establecidos en dichos preceptos, no a través de su aplicación analógica, sino a través de estos principios generales.

Por otra parte, en el ámbito estrictamente civil, una medida «estrella» puede ser obviamente el reconocimiento de derechos sucesorios al conviviente supérstite, que algunas leyes autonómicas —aprobadas por CCAA con competencia civil, aunque no siempre— han admitido en su regulación. Un ejemplo muy claro es el artículo 14 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de hecho de la Comunidad Valenciana, que ha ido todo lo lejos que podía irse en este ámbito: «*Si durante la unión de hecho formalizada tuviere lugar la muerte o la declaración de fallecimiento de alguna de las personas convivientes, quien sobreviva ocupará en la sucesión la misma posición que corresponde legalmente al cónyuge supérstite*», que es precisamente el único precepto de esta Ley que sigue suspendido de vigencia y aplicación por el TC tras el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno.

Respecto a Cataluña, el artículo 234-14 de su Código (Libro Segundo, aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio y que entró en vigor el 1 de enero de 2011) reconoce actualmente al conviviente superviviente los derechos viduales familiares de los artículos 231-30 y 231-31, es decir, el derecho al ajuar de la vivienda familiar y el llamado año de viudedad, en sentido similar a como lo hacía la posteriormente derogada Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. Sin embargo y con anterioridad, la Ley 10/2008, de 10 de julio, que aprobó el Libro Cuarto sobre sucesiones y en vigor desde el 1 de enero de 2009, había equiparado al conviviente superviviente al cónyuge viudo, tanto en la sucesión testada como intestada, superando en este punto las previsiones de la antigua Ley 10/1998, de uniones estables (arts. 34 y 35).

En situación similar a Cataluña, equiparando la posición de cónyuge viudo y conviviente supérstite (esto es, en la sucesión intestada, en los derechos legitimarios, en la reserva viudal, en las atribuciones *post mortem* y en las disposiciones

de la sucesión testada que afectan al cónyuge viudo), se encontraba Navarra antes de la STC 93/2103 y se encuentran en la actualidad las Comunidades que poseen derechos civiles y forales propios, esto es, Baleares (art. 13 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables), el País Vasco (art. 9 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, por la que se regulan las parejas de hecho) y Galicia (disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho civil de Galicia, en la redacción dada finalmente por la Ley 10/2007, de 28 de junio). Mención aparte merece Aragón, que lejos de equipararlo al cónyuge viudo, solamente reconoce muy concretos derechos sucesorios al conviviente superviviente en el artículo 311 del Código de Derecho Foral de Aragón, sin perjuicio de que, conforme a las reglas generales y como cualquier otro mayor de edad, los convivientes puedan testar mancomunadamente, celebrar pactos sucesorios o nombrarse fiduciarios³⁶.

En este ámbito puede resultar sorprendente que el artículo 11 de la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, que también equiparaba a estos efectos al conviviente superviviente al cónyuge viudo (respecto al usufructo de fidelidad y a la sucesión legal), fuera declarado inconstitucional por la STC 93/2013, por ser contrario al principio del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE. En concreto, el TC afirma en el FJ 13 de esta Sentencia que «(...) *las dos primeras modificaciones de leyes de la Compilación no se limitan a prever la posibilidad de que al miembro sobreviviente de la pareja estable se le reconozcan determinados derechos sucesorios, lo que hubiera dotado a la regulación de un carácter dispositivo, sino que establecen preceptivamente tales derechos, prescindiendo de la voluntad de los integrantes de la pareja, únicos legitimados para regular sus relaciones personales y patrimoniales...*».

Digo que es sorprendente porque el TC lo dice respecto a una norma que equipara convivencia y matrimonio respecto al usufructo legal de fidelidad del Título X de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, que constituye precisamente una limitación a la libertad de disposición del causante del artículo 149, pretendiendo que sean únicamente los integrantes de la pareja quienes pueden establecer tal usufructo universal y no el legislador sin contar con la voluntad de estos porque, de lo contrario, se vulneraría el principio del libre desarrollo de la personalidad de estos. La justificación que se da es que la propia Compilación ofrece instrumentos suficientes para que la pareja regule los efectos de su sucesión (se cita el propio artículo 149, las donaciones *mortis causa*, los pactos sucesorios y el testamento de hermandad), por lo que no es admisible un régimen sucesorio imperativamente impuesto por el legislador.

Pero ocurre que, si el mismo estándar de constitucionalidad se aplicara a las CCAA que carecen de competencia para regular la sucesión hereditaria (o que, teniéndola, no la regulan), con sometimiento al régimen del Código Civil, entonces nos encontraríamos, por un lado, con que el legislador no puede

establecer imperativamente derechos sucesorios entre los convivientes, y por otro lado, con que los propios convivientes carecen de la mayor parte de estos instrumentos jurídicos para regular convencionalmente su sucesión, quedando abocados, como mucho, a testar a favor del conviviente en los mismos términos que si fuera un extraño. ¿Es esto una exigencia constitucional derivada del respeto al principio del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE? El problema es que el artículo 10.1 se aplica, y de la misma manera, con independencia de la vecindad civil de los ciudadanos españoles.

Creemos que, en este punto, el TC, tratando de ser coherente y llevar a sus últimas consecuencias sus —en general, razonables— planteamientos anteriores, llega a un resultado absurdo que, por sí mismo, sería suficiente para impedir al legislador cualquier intervención, por mínima que fuera, que pudiera afectar en alguna medida a alguno de los convivientes si este previamente no consiente los efectos queridos por el legislador. El «purismo» en este punto del TC en defensa de la libertad de los convivientes lleva al extremo de que, en la situación actual, ni el legislador ni la mayor parte de los convivientes españoles puedan regular mediante pacto su sucesión hereditaria. Esquemáticamente la situación sería: los convivientes esperan la regulación del legislador en un campo que les está básicamente vetado, mientras que el TC espera una imposible regulación de los particulares. Precisamente el tratarse de normas imperativas es lo que exigiría la necesaria intervención del legislador.

En conclusión, creemos que estas afirmaciones de la STC 93/2013 deben ser tomadas con todas las precauciones y referidas exclusivamente (y si acaso) a la concreta regulación navarra.

Por ello y aunque la cuestión de los derechos sucesorios pueda resultar también muy discutible, lo mínimo que cabe exigir al legislador es que tome una decisión clara en el sentido que sea, a fin de no tener la tentación de acudir a la aplicación analógica de las normas del matrimonio a las parejas de hecho en este campo, como ha defendido en fechas recientes ESPADA MALLORQUÍN, tanto respecto a la sucesión intestada como respecto a los derechos legitimarios (y a algunos aspectos de la sucesión testada, junto a otras atribuciones *mortis causa*). Así, esta autora considera que los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la sucesión intestada se encuentran vinculados a la convivencia familiar y afectiva y no a la existencia de vínculo matrimonial, lo que justifica la aplicación analógica (mediante analogía *legis*) de las normas a los convivientes, entendiendo que existe una laguna legal (en el Derecho civil común) y que se da el requisito de la identidad de razón, siempre que se trate de una convivencia similar a la matrimonial y existiera convivencia al tiempo del fallecimiento³⁷. La misma aplicación analógica de las normas al conviviente supérstite considera que procede respecto a los derechos legitimarios y la reserva viudal, así como de las normas concretas de la sucesión testada que hacen referencia al cónyuge viudo u otras atribuciones *mortis causa*³⁸.

A partir de la STC 93/2013 existe un argumento fácil (e incorrecto, en nuestra opinión) en contra de un planteamiento de este tipo: lo que no podría hacer el legislador (extender los derechos sucesorios del cónyuge viudo al conviviente supérstite), menos podrán hacerlo los jueces a través del procedimiento analógico. Y ello sin ni siquiera tener que entrar a valorar si, efectivamente, concurren los presupuestos necesarios para que proceda esta forma aplicación del Derecho, lo que resulta muy dudoso³⁹. Pero es que, además, la aplicación analógica de las normas sucesorias a los convivientes de una manera generalizada como la que propone esta autora convertiría a los jueces en autores de una de las reformas legales más importantes de la historia reciente de nuestro Derecho de sucesiones.

Además, si tal aplicación analógica fuera procedente, por qué no aplicar entonces el resto de normas del matrimonio a los convivientes, y no solamente las relativas a la sucesión hereditaria, pues no resultará difícil encontrar una «identidad de razón» en todos los casos (salvo decisión expresa del legislador en otro sentido), como ocurriría con el deber de socorro mutuo, que fundamenta la obligación de alimentos, del artículo 68 del Código Civil; la presunción de paternidad del artículo 116; la atribución de la vivienda familiar a falta de hijos del párrafo tercero del artículo 96; la pensión compensatoria del artículo 97; quizás también el régimen económico matrimonial aplicable subsidiariamente, etc. Y la práctica judicial demuestra que esta no es la visión de los jueces —incluido el Tribunal Supremo— ni siquiera en la aplicación de algunas de estas normas aisladas, lo que podría tener mayor aceptación que la introducción de lo que, en definitiva, se propone: una nueva regulación de los derechos sucesorios⁴⁰.

Me parece que la labor de determinar los derechos sucesorios en el ámbito de las parejas de hecho corresponde, por un lado, a los propios convivientes a través de los medios legales existentes al respecto (en el Derecho civil común, básicamente, mediante el testamento), y por otro lado y en tanto existan importantes limitaciones a la libertad de testar o al uso de ciertos instrumentos sucesorios (pactos sucesorios, donaciones *mortis causa*, testamentos mancomunados, etc), creo que es razonable que el legislador intervenga reconociendo ciertos derechos sucesorios al conviviente supérstite. Y mientras la situación sea esta, no creo que ello suponga la vulneración del principio del libre desarrollo de la voluntad de los convivientes, puesto que las normas imperativas hoy existentes en el Derecho común dejan la libertad de opción de estos en la mínima expresión: testar a favor del conviviente como si fuera un extraño; no puede pretenderse por el TC amparar y proteger un derecho allí donde este no es realizable.

En la línea de lo que venimos afirmando y descartada la atribución de un auténtico *status* jurídico de derechos y deberes a las parejas de hecho, me parece que la posición correcta del legislador sería la de atribuir derechos hereditarios al conviviente supérstite en la sucesión intestada, sobre la base de la «presunta voluntad típica» del causante, y excluir estos derechos respecto a la

legítima, que se fundamenta en el cumplimiento de los deberes derivados del vínculo matrimonial⁴¹, sobre todo a partir de la Ley 13/2005, pues ahora quien opta por no casarse porque no quiere no puede esperar que la ley le atribuya los derechos sucesorios que le corresponderían si se hubiere casado, al menos como regla y salvo situaciones de especial necesidad económica o asistencial del conviviente supérstite, que podrían ser consideradas por el legislador. Cuestión distinta es la apuesta generalizada por la ampliación de la libertad de testar, que compartimos plenamente⁴².

Probablemente a lo anterior podrían añadirse algunos otros derechos muy puntuales, como el derecho a permanecer en la vivienda familiar durante algún tiempo o ciertos derechos sobre el ajuar familiar, siempre que se cumplan determinados requisitos previos de convivencia, y en el primer caso, de necesidad para habitación propia, sobre todo cuando no se tienen hijos comunes llamados a la herencia del fallecido.

Por último en este punto, también parece claro que una regulación legal estatal en la línea de lo que aquí se defiende debe ir necesariamente acompañada de una reforma procesal que permita, por un lado, que los convivientes puedan someter a aprobación judicial una propuesta de convenio regulador en caso de ruptura de la unión, atribuyendo la competencia a los juzgados de familia, y por otro lado, una reforma procesal que permita la liquidación del régimen económico en caso de que se haya optado por algunos de los regímenes económicos matrimoniales legales, siendo competentes los mismos juzgados⁴³.

3. CRÍTICA DE LA STC 93/2013

Desde la modificación del artículo 44 del Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, que estableció los mismos requisitos y efectos al matrimonio entre personas de igual o diferente sexo, y teniendo en cuenta las leyes autonómicas sobre parejas de hecho existentes, podemos decir que España se ha situado a la vanguardia europea en cuanto a la libertad que concede a sus ciudadanos para organizar jurídicamente sus relaciones afectivas de pareja. Las parejas, con independencia de su sexo, pueden optar entre casarse, constituir formalmente una pareja de hecho (registrada) o simplemente vivir juntos y constituir entonces una pareja de hecho *de facto*. Se ha superado —de lejos— nuestro «envidiado» modelo escandinavo y de la mayoría de los países de nuestro entorno⁴⁴. Podemos decir, sin riesgo a equivocarnos, que España garantiza la libertad de opción (léase, libre desarrollo de la personalidad) en este ámbito de la forma probablemente más amplia dentro del panorama legal europeo.

¿Y qué añade a este panorama la STC 93/2013, respecto a las parejas de hecho? En mi opinión y en términos de libertad de opción en sí misma, las cosas siguen como estaban, porque los convivientes pueden seguir optando entre

formalizar o no su relación y entre seguir constituyendo una pareja estable o casarse. Es más, el TC realiza un «test» de constitucionalidad a la Ley navarra de parejas estables precisamente para garantizar, a toda costa, esa libertad de opción. Y llega a la conclusión de que el libre desarrollo de la personalidad aplicado a este ámbito, como libertad de opción, solamente queda garantizado no imponiendo a los convivientes ningún efecto jurídico que no haya sido previamente aceptado por ellos, lo que tanto vale para las normas imperativas establecidas como para las dispositivas (que serían aplicadas en defecto de pacto). En otras palabras, ante el silencio de los convivientes, la abstención del legislador, como regla, es una imposición constitucional.

De esta manera, el TC no solamente está decidiendo sobre el pasado (la Ley navarra de parejas estables y las demás que puedan seguir su camino), sino sobre el futuro, estableciendo el marco jurídico dentro del cual el futuro legislador (autonómico, pero básicamente estatal) puede legislar sobre esta materia de conformidad con la CE: la abstención, como regla. Será la abstención porque si los convivientes llegan a acuerdos válidos, se aplicarán los acuerdos, y a falta de acuerdo, prácticamente nada puede imponerles tampoco el legislador.

Cabe realizar a este planteamiento algunas consideraciones. La primera, lo curioso que resulta que ninguna Constitución europea —que sepamos— imponga una exigencia de este tipo a su legislador nacional. Por ejemplo, en los países escandinavos es doctrina común que quien busca los efectos propios del matrimonio y puede casarse, debe hacerlo, lo que constituye el fundamento para regular una unión similar al matrimonio únicamente para las parejas del mismo sexo, a quienes les está vedado el matrimonio⁴⁵, lo que también ocurre en Alemania. Por otra parte, Francia, que no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, ha institucionalizado desde 1999 el llamado «pacto civil de solidaridad», que está abierto a todas las uniones de hecho con independencia de su sexo, lo mismo que el *concubinage*. Pues bien, todos estos países han impuesto un régimen imperativo, más o menos amplio y más o menos similar al matrimonio, a todas las parejas que han consentido constituirse como tal, con independencia de la amplia autonomía con la que cuenten de cara a su autorregulación: régimen económico (supletorio a veces), deber de alimentos, responsabilidad solidaria por las obligaciones contraídas para el sostenimiento de la vida en común, derechos sucesorios, etc. Y ningún problema de constitucionalidad presentan estas normas en unos países en los que, en general, la libertad de opción es menor que en España.

En este punto estamos totalmente de acuerdo con la severa crítica realizada por MARTÍN CASALS a esta sentencia, pues como dice este autor, esta distinción entre normas imperativas y normas dispositivas que realiza el TC supone apartarse claramente del concepto técnico-jurídico admitido en Derecho, sin una justificación clara para ello. Por ello, no es de extrañar que este autor hable de la creación por el TC de un nuevo derecho fundamental a partir del libre desarrollo de la personalidad: el derecho «a convivir anómicamente en pareja»⁴⁶.

La segunda y principal consideración que debemos hacer en relación a la STC 93/2013 es respecto al significado jurídico-privado que cabe dar a la manifestación de voluntad de los convivientes de constituirse en una pareja de hecho, por ejemplo, mediante escritura pública e inscripción en un registro de parejas de hecho. ¿No cabe pensar que están aceptando, en bloque, toda la regulación legal, tanto imperativa, como dispositiva, vinculada a la constitución de la pareja de hecho? ¿Acaso cabe dar otro significado a la prestación formal del consentimiento matrimonial? ¿Pueden unos cónyuges argumentar que, por ejemplo, la aplicación supletoria del régimen de gananciales o de separación de bienes, no expresamente consentido por ellos, vulnera el libre desarrollo de su personalidad? ¿Y qué decir de la atribución legal de derechos sucesorios al cónyuge viudo a falta de testamento o pacto sucesorio, o de cualquier otro efecto jurídico del matrimonio?

Porque con la STC 93/2013 en la mano se llega a la conclusión de que el artículo 10 CE —interpretado como lo hace el TC— impone al legislador un mayor respeto a la libertad de opción de los convivientes que a la de los cónyuges, lo que carece de todo sentido. Como ya se ha dicho, quizás lo que el TC está queriendo prohibir es una futura regulación (incluso dispositiva) que identifique o equipare, a efectos civiles, la pareja de hecho al matrimonio porque, en este caso y a falta de pacto, el legislador sí estaría vulnerando la libre opción de los convivientes que, ante todo, no han prestado consentimiento matrimonial.

Por eso entendemos que debe ser constitucionalmente admisible el establecimiento de una regulación legal dispositiva para las parejas de hecho, por más que corresponda al legislador propiciar y facilitar, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior, la celebración de acuerdos entre los convivientes para la regulación de todas las cuestiones, al menos patrimoniales, relativas a su unión. Puede incluso estudiarse el establecimiento de «acuerdos-modelo» que permitan a los convivientes una fácil y ágil autorregulación aprovechando el momento de su constitución formal y que sea prevalente a la posible regulación dispositiva legal.

Otra cosa es la razonable regulación dispositiva que es conveniente sea establecida por el legislador, para lo cual nos remitimos a epígrafes anteriores. Pero creo que lo que no es aceptable es que el legislador (estatal) encuentre en esta STC 93/2013 la excusa perfecta para dejar de intervenir en aspectos jurídicos, unos de índole pública y otros de índole privada, que tanto demanda la mínima seguridad jurídica que debe ofrecerse hoy a las parejas de hecho.

A continuación y dejando un poco de lado una futura ley reguladora de las parejas de hecho, nos centraremos en determinar los límites imperativos concretos a la libertad de pactos, que lejos de prohibir, fomenta la tan mencionada STC 93/2013, con el fin de proteger intereses primarios de los convivientes o de personas necesitadas de especial protección (por ejemplo, los hijos menores o discapacitados) y que pueden verse afectados muy negativamente por tales pactos.

4. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE PACTOS ENTRE LOS CONVIVIENTES COMO PUNTO DE PARTIDA

Ya sabemos que constituye opinión general de la jurisprudencia, de las legislaciones autonómicas y de la doctrina que la autorregulación por parte de las parejas de hecho de sus propias cuestiones económicas o patrimoniales, tanto durante su vigencia, como tras su extinción, que es la mejor forma de dar certidumbre y solucionar sus conflictos, porque nadie mejor que ellos conoce sus circunstancias actuales y sus previsibles necesidades futuras. Celebrados, bien con carácter previo o simultáneo a la constitución de la unión de hecho, bien durante su vigencia, e incluso una vez producida la extinción, los pactos o acuerdos entre ellos deben, como regla general, ser aplicados y cumplidos obligatoriamente (arts. 1091 y 1258 del Código Civil), como manifestación del principio de autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad⁴⁷. Por ello, creo que conviene recordar que es la regla general establecida en nuestro Derecho, y especialmente aplicable en este caso, por tratarse de uniones libremente formadas por personas que no han querido contraer matrimonio, que tienen derecho a no ser consideradas jurídicamente casadas, y que han regulado expresamente alguna o algunas de las cuestiones económicas relativas a su unión.

En Cataluña está previsto incluso que los convivientes puedan someter a la aprobación judicial una propuesta de convenio que incluya todos los efectos que la extinción deba producir entre ellos y respecto a los hijos comunes (art. 234-6 del Código Civil de Cataluña), aspecto este que ha planteado importantes problemas procesales en las demás CCAA⁴⁸.

Pero, como hemos dicho anteriormente respecto a los derechos sucesorios del conviviente supérstite, esta idea central de la STC 93/2013 debe ser entendida en sus justos términos. Los pactos están sujetos a los límites del artículo 1255 del Código Civil, básicamente por las normas imperativas, de manera que al legislador (autonómico o estatal) sí le debe estar permitido regular (imperativamente) aspectos relativos a las parejas de hecho que, ya incluso antes de la regulación, escapan a la autonomía de la voluntad de los convivientes, como ocurre con el orden sucesorio intestado o con las limitaciones a la facultad de disposición del testador. No se puede decir que se esté vulnerando la libertad de los convivientes porque ya antes no eran libres para decidir en este ámbito. Por tanto y aunque parezca una aclaración innecesaria, las palabras de la STC 93/2013 obligan a recordar que el principio de libertad de pactos entre los convivientes debe entenderse referido al Derecho dispositivo y que el artículo 10.1 CE no otorga a estos más libertad y autonomía que a cualquier otra persona.

Ningún problema debe plantear, en cuanto a su validez y eficacia, la forma adoptada para recoger estos acuerdos, por más que algunas leyes autonómicas parezcan exigir imperativamente la escritura pública. No deben plantear pro-

blemas de validez los acuerdos recogidos en documento privado o los verbales (incluso los tácitos o derivados de *«facta concludentia»*, como se ha encargado de sentar la jurisprudencia), de modo semejante a como se admite la validez de los pactos prematrimoniales en previsión de la ruptura (respetando, en este caso, el contenido y forma *ad substantiam* de las capitulaciones matrimoniales *ex* artículos 1325 y 1327 del Código Civil, o normas civiles forales semejantes) o para completar lo acordado en convenio regulador de separación o divorcio⁴⁹.

Por eso, las exigencias de algunas leyes autonómicas de que tales pactos consten en escritura pública deben interpretarse, salvo que otra sea la voluntad explícita del legislador, conforme al principio de libertad de forma y a la luz del artículo 1278 del Código Civil, como hacía GÓMEZ CALLE respecto al artículo 4.1 de la Ley madrileña antes de ser declarado inconstitucional. De otra forma, resulta inconcebible que sea válido el pacto escrito (o tácito, conforme a la jurisprudencia del TS) entre convivientes no constituidos formalmente o no inscritos, y que por el contrario, no lo sea entre convivientes inscritos si no se hace en escritura pública⁵⁰.

Cuestión distinta es que resulte conveniente el empleo de la escritura pública⁵¹, o que existiendo esta, se pueda reconocer a la misma un valor adicional: por ejemplo, si así se hubiere acordado, el régimen pactado puede adquirir el valor de capitulaciones matrimoniales en caso de matrimonio posterior de la pareja de hecho, como prevé el artículo 308 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se recogen las Leyes civiles aragonesas.

5. LÍMITES GENÉRICOS LEGALES A LA LIBERTAD DE PACTOS

Con carácter general, debe decirse que resultan inaplicables a estos pactos o acuerdos la mayor parte de los límites que el Código Civil establece para los pactos o acuerdos entre cónyuges, como la importante prohibición de transacción del artículo 1814 del Código Civil sobre *«el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales»*, aunque la referencia a los *«alimentos futuros»* en dicho precepto debe confrontarse con las regulaciones autonómicas, habida cuenta de que en algunas de ellas se establece la obligación legal a los miembros de la pareja de prestarse alimentos entre sí (así, el art. 9 de la ley valenciana de uniones de hecho formalizadas *«en la forma y cuantía previstas en el Código Civil con preferencia a cualquier otra persona obligada a prestarlos»*, y sin que se admita pacto en contrario, como establece el párrafo segundo del art. 7.1).

En algún caso (art. 234-10, apartado 2, del Código Civil de Cataluña) se limitan también los pactos previos de renuncia sobre alimentos en caso de extinción de la convivencia en vida de la pareja si compromete *«la posibilidad de atender a las necesidades básicas del conviviente que tiene derecho a*

pedir». Pero, presupuesto necesario para realizar esta afirmación, es que exista previamente una obligación de alimentos entre los convivientes, que no es precisamente el punto de partida legal.

Mención concreta merece el artículo 1328 del Código Civil que, aunque formalmente inaplicable por referirse a las capitulaciones matrimoniales, sin embargo, la mención a la nulidad de las estipulaciones *«limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge»*, pudiera ser aplicable a las parejas de hecho por la vía del orden público como límite (*ex art. 1255 del Código Civil*) a la autonomía de la voluntad de los convivientes. En este sentido, ha escrito PARRA LUCÁN que *«los estados familiares, tradicionalmente considerados en materia de orden público, por entender que así lo exigía el interés general de la organización social, han perdido gran parte de su significado. El viejo concepto de orden público se identifica hoy con las normas constitucionales que regulan los derechos fundamentales, en cuanto expresión del sistema de valores imprescindible en nuestro ordenamiento»*⁵².

Esta parece la línea seguida por algunas CCAA, que han incorporado literalmente este límite en su normativa, junto al que deriva de otros preceptos aplicables al matrimonio, como es el establecido en el artículo 90 del Código Civil: los acuerdos *«gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges»*. Así, el apartado 4 de la disposición adicional 3.^a de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, al establecer que: *«Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que estimen convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su extinción, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente o gravemente perjudiciales para cada uno de los mismos»*, manifestando expresamente la norma que serían nulos los pactos que contravengan la anterior prohibición. Lo mismo, por ejemplo, el artículo 4.4 de la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid, precepto que, como ya se ha dicho con anterioridad, ha sido declarado inconstitucional por invadir la competencia exclusiva del Estado en Derecho civil. Son límites que se han generalizado en las regulaciones autonómicas sobre parejas de hecho.

No obstante, debemos manifestar la prudencia con la que deberían aplicarse estos límites tan genéricos e imprecisos para solucionar conflictos económicos entre dos particulares con plena capacidad de obrar, y que no deberían servir para enervar las legítimas aspiraciones de quien confía en que un pacto claro y válidamente adoptado para resolver este conflicto será respetado. En este sentido habría que recordar nuevamente la posición adoptada por la STC 93/2013, absolutamente contraria, como regla, a la imposición imperativa a los convivientes de normas que coarten su libertad.

Otra cosa es que el pacto resulte abusivo (art. 7.2 del Código Civil) o que resulte abusivo o contrario a la buena fe pretender su cumplimiento. PINTO

ANDRADE pone como ejemplos, en relación a la pensión compensatoria, los siguientes casos de abuso o fraude declarados por los tribunales: renuncia de la esposa a la pensión a cambio de un trabajo en la empresa del esposo, siendo despedida poco después (SAP de Zamora, 1.^a, de 21 de abril de 2005; *JUR* 114222), incumplimiento posterior de parte de los acuerdos del convenio regulador pretendiendo que se cumpla la parte referida a la pensión compensatoria (SAP de Valencia, 10.^a, de 24 de septiembre de 2007; *JUR* 6023), o incumplimiento de un supuesto acuerdo sobre liquidación de la sociedad de gananciales en la parte que resulta desfavorable y que pretende que se cumpla en la que favorece (SAP de Santa Cruz de Tenerife, 4.^a, de 10 de mayo de 2004; *JUR* 185858)⁵³.

También ha sido apuntada la nulidad de aquellos pactos que hagan ilusoria la libre ruptura de la unión matrimonial, bien por entender que estamos ante una exigencia (irrenunciable) del libre desarrollo de la personalidad, en relación con el derecho a no ser considerado casado, a menos que haya prestado consentimiento matrimonial en alguna de las formas previstas por la ley⁵⁴, bien sobre la base de que las vinculaciones perpetuas están proscritas en nuestro ordenamiento (1583 del Código Civil) y porque estarían en juego cuestiones que afectan a la esfera más íntima de las personas y que estarían fuera del comercio de los hombres (art. 1271.I del Código Civil)⁵⁵.

Creo que puede estarse de acuerdo en que, mediante un pacto entre los convivientes, no puede ponerse a uno o a ambos en una posición jurídica o económica que, de hecho, le imposibilite el ejercicio de uno de los principios básicos de toda convivencia de hecho como es el principio de libre ruptura. Sin embargo, GAVIDIA SÁNCHEZ ha planteado también la cuestión de si la compensación por enriquecimiento injustificado o sin causa (producido durante la convivencia, no como consecuencia de la ruptura) limita la libertad de pactos previos entre los convivientes a la hora de prever prestaciones para el caso de ruptura o extinción de la unión libre, entendiendo que, en su opinión «es el enriquecimiento sin causa el límite infranqueable, tanto para las leyes como para los pactos, cuando prevén anticipadamente prestaciones para el caso de ruptura, esto es, antes de que esta se produzca. La consecuencia que se deriva de sobrepasar este límite es la inconstitucionalidad de la ley o la nulidad del pacto»⁵⁶.

En opinión de GAVIDIA SÁNCHEZ un pacto entre convivientes sobre compensaciones para el caso de ruptura solo será válido y eficaz en la medida en que no sobrepase (sí cabría, en su opinión, un pacto que cubriera parcialmente el enriquecimiento, o incluso un pacto de renuncia al mismo) lo que para él constituye un límite infranqueable: el enriquecimiento realmente experimentado durante la convivencia, esto es, el pacto sería inicialmente válido en tanto no se demuestre que excede de esta cantidad, recayendo la carga de la prueba sobre quien sostenga lo contrario⁵⁷.

Desde luego que pueden hacerse diversas objeciones a este planteamiento. En primer lugar, si esto es así y un pacto previo solamente resulta indiscutible

por quienes lo han suscrito si existe una coincidencia absoluta —bajo pena de nulidad— entre lo pactado y el enriquecimiento exacto experimentado, entonces puede concluirse que el pacto no ha servido prácticamente de nada, pues si se trata de un pacto previo, será imposible hacer coincidir con toda exactitud ambas cantidades. Entonces, la finalidad del pacto, que es precisamente añadir certeza y seguridad a las relaciones patrimoniales entre los convivientes, evitando futuras disputas, deja de tener sentido y se aboca a los convivientes a un pacto posterior a la ruptura (seguramente más difícil de alcanzar) o a una decisión judicial para resolver sus diferencias sobre este punto.

En segundo lugar, no es precisamente esta la forma de proceder de nuestros tribunales a la hora de fijar compensaciones por enriquecimiento injusto que, con mucha frecuencia, suelen despachar el asunto fijando cantidades globales y alzadas y no precisamente conforme a las alegaciones y pruebas de las partes. En estas condiciones, tan buenas deberían estimarse las cantidades fijadas anticipadamente por los convivientes (aunque fueran globales también) como las fijadas por los tribunales.

Pero lo que nos parece más dudoso del planteamiento de este autor es el fundamento constitucional de esta exigencia: evitar que los pactos «hicieran ilusoria la libre ruptura de la unión no matrimonial, por entender que estamos ante una exigencia (irrenunciable) del libre desarrollo de la personalidad, en relación con el derecho a no ser considerado casado, a menos que se haya prestado consentimiento matrimonial en alguna de las formas previstas por la ley (arg. arts. 6.2 y 1255 del Código Civil, 10.1 y 32.1, este en negativo, CE). Por lo tanto, tales exigencias constitucionales limitan no solo la libertad del legislador, sino también de los particulares, de manera que ni por ley ni por pacto se pueden prever prestaciones para el caso de ruptura de las uniones no matrimoniales, que impliquen obstaculizar su libre ruptura, aunque, ciertamente, ni impongan la obligación de continuarlas»⁵⁸.

Desde luego que podemos estar de acuerdo en la nulidad de un pacto que obstaculice gravemente la libre ruptura, pero de ahí deducir que todo pacto que fije una compensación superior al enriquecimiento real experimentado da lugar a este obstáculo y supone una infracción del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) porque sería tanto como tener a los convivientes por casados con infracción del artículo 32.1 CE (en negativo, como derecho a no ser considerados casados sin prestar consentimiento matrimonial), es un «salto» que carece, en nuestra opinión, de toda justificación. Creo que afirmar que, por ejemplo, un pacto entre convivientes que declare aplicable el artículo 97 del Código Civil, de manera que la posible indemnización haya de fijarse en los casos y condiciones establecidas por este precepto y con independencia del enriquecimiento-empobrecimiento realmente experimentado, es nulo por infringir preceptos constitucionales, requiere de una argumentación adicional

clara. Y no creo que suscribir un pacto de estas características haga creer a los convivientes que se están casando.

Puede discutirse si obstaculiza gravemente la libre ruptura (art. 10.1 CE) un caso como el resuelto por la SAP de Almería (2.^a), de 17 de febrero de 2003 (AC 623), en relación a un pacto anterior a la ruptura matrimonial contenido en capitulaciones matrimoniales en el que se había pactado una indemnización (a modo de cláusula penal) que el esposo (un español) debía abonar a la esposa (de nacionalidad rusa) en caso de ruptura matrimonial (un millón de ptas. el primer año, a lo que se sumaría 83.333 ptas. por cada mes de convivencia transcurrido con posterioridad al primer año), y todo ellos sin perjuicio de los efectos derivados de la nulidad, separación o divorcio, incluida la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil. Tanto el JPI como la AP declararon nula dicha cláusula por contraria al artículo 1328 del Código Civil y 32.2 CE (limitaría el derecho de separación matrimonial). Curiosamente y en cómputo anual, era una cantidad similar a la pactada en el caso resuelto por la SAP de Santa Cruz de Tenerife (1.^a), de 7 de julio de 2008 (JUR 108893), ratificando la resolución del JPI, que declaró la validez de la cláusula 8.^a de un acuerdo prematrimonial entre dos ciudadanos alemanes en el que se establecía que *«En caso de divorcio, sea cual fuere la parte contratante que lo solicite Doña Gema recibirá una suma de un millón de pesetas (6.010,12 euros) en compensación para cada año matrimonial transcurrido»* y condenó al marido pagar algo más de 24.000 euros. Es más, en el caso de la SAP de Almería, el matrimonio únicamente había durado 27 meses, con lo que la cantidad a pagar era más o menos la mitad (finalmente, a la esposa rusa se le concedió una pensión compensatoria de 180 euros mensuales durante un solo año).

Incluso cabe plantear la posible compatibilidad entre una (pactada) pensión compensatoria al amparo del artículo 97 del Código Civil y una reclamación adicional por enriquecimiento injustificado. GÓMEZ CALLE defiende esta compatibilidad (como se establece expresamente en Cataluña) cuando concurren los presupuestos de ambas pretensiones, lo que pueden ocurrir sobre la base de las mismas circunstancias (por ejemplo, el cuidado de los hijos o del hogar gratuitamente por uno de los convivientes), que pueden justificar tanto una reclamación por enriquecimiento injusto (derivada de la pérdida de ingresos producida hasta la ruptura), como de una reclamación por la pérdida de las expectativas futuras, que justificaría una pensión pactada similar a la del artículo 97 del Código Civil⁵⁹.

Por otra parte, pudieran resultar limitados los pactos entre convivientes —anteriores a la ruptura— si se traslada a esta sede la idea de que no es válida la renuncia de derechos futuros o que no integran todavía el patrimonio del renunciante, como se ha dicho en sede matrimonial, especialmente respecto a la pensión compensatoria renunciada en capitulaciones matrimoniales. En este sentido y sobre

la base de diversas normas (así, los arts. 1271 del Código Civil, que permite que puedan ser objeto de contrato las cosas futuras, y 6.2 del Código Civil, bien como renuncia de derechos, bien como exclusión voluntaria de la ley aplicable en relación al art. 97, sin contravenir el interés o el orden público ni perjudicar a terceros) parecen actualmente ya superados estos los obstáculos, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial⁶⁰.

Respecto a las parejas de hecho creo que debe defenderse lo mismo, con más razón a partir de la STC 93/2013, que declaró también inconstitucional el artículo 5.5 de la Ley navarra, que preveía una compensación económica a la que tiene derecho *«cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente»*. Pues bien y como sabemos, esta norma comenzaba diciendo *«salvo pacto en contrario»*, y aun así es declarada inconstitucional porque, en defecto de pacto, se trataría de una norma imperativa, y por consiguiente, contraria al libre desarrollo de la personalidad de los convivientes, a quienes se impondría sin haber sido aceptada previamente. En consecuencia y a partir de esta sentencia podemos afirmar que todo pacto —incluido el de renuncia de derechos— constituye la concreción de la autonomía de la voluntad (y libre desarrollo de la personalidad de los convivientes) y que deberá ser respetado como regla.

Es más, resultaría inconstitucional también la norma que estableciera que tales pactos han de respetar *«los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles»* (inciso final del art. 5.1). Y entre esos derechos mínimos estaba el derecho que tenían ambos convivientes, en dos casos concretos, *«para reclamar del otro una pensión periódica, si la necesitara para atender adecuadamente su sustento»* (art. 5.4, primer párrafo), lo que significa que ni siquiera puede traerse a colación, respecto a las parejas de hecho, la idea de la irrenunciabilidad de la pensión compensatoria entre cónyuges cuando ello conllevara en la imposibilidad de atender las necesidades básicas del cónyuge que había renunciado, que se fundamentaba en el posible carácter alimenticio o asistencial de la pensión compensatoria⁶¹. Si ni siquiera en este caso puede el legislador imponer un deber de alimentos entre los convivientes, resultan evidentes dos cosas: primera, que a falta de pacto no existe deber de alimentos; y segunda, que el pacto de renuncia constituye una reiteración innecesaria de la situación existente en ausencia del mismo.

Precisamente en esta línea y sobre la base de normas concretas que permitían a los convivientes pactar *«compensaciones económicas cuando, tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento de su situación anterior»*, con expresa remisión a las circunstancias del artículo 97 del Código Civil (así el art. 4.2 de la Ley de uniones de hecho de la Comu-

nidad de Madrid), se había defendido que la ausencia de pacto ha de suponer que dicha compensación no será exigible⁶². Con más razón, cuando se haya pactado expresamente (sin ser ello necesario) su no exigibilidad. No obstante, alguna precisión habrá de realizarse más adelante sobre la posible aplicación en estos casos de la cláusula *rebus sic stantibus*, que puede servir de cauce para ignorar un pacto claro.

6. EJEMPLOS DE POSIBLES PACTOS

A. *Pacto de remisión general a las normas del matrimonio o de sometimiento expreso a alguno de los regímenes económicos matrimoniales.*

Un pacto de remisión en bloque a las reglas del matrimonio o a regímenes económicos matrimoniales concretos del Código Civil o de otras leyes plantea serios problemas de interpretación y determinación de su alcance. Así, el pacto de sometimiento a las normas matrimoniales plantea el problema de decidir si, con ello y por ejemplo, resultan aplicables a los convivientes los artículos 1317 a 1322 del Código Civil (el llamado régimen matrimonial primario), el artículo 1327, relativo a la forma de las capitulaciones matrimoniales, o el ya citado artículo 1814 en materia de transacción, entre otros. Lo mismo respecto al sometimiento expreso a un régimen matrimonial concreto, por ejemplo, el régimen legal de gananciales. La cuestión es si, por ejemplo, un pacto en estos términos, otorgado ante notario, sitúa a los convivientes en la misma situación jurídica que si estuvieran casados.

La opinión general es que tales pactos despliegan sus efectos en las relaciones internas entre los convivientes, sobre todo de cara a la extinción del régimen, que habrá de hacerse en términos económicos como si de cónyuges se tratara, pero no producen efectos frente a terceros, pues los convivientes habrán creado un pacto, pero no un régimen económico, que solamente puede establecer el legislador (o los cónyuges, por delegación del legislador)⁶³.

Esto significa que habrá que distinguir entre una esfera interna (entre los convivientes existe un «acuerdo» de ganancialidad, que podrá instrumentarse incluso a través de una sociedad universal de ganancias) y otra externa (frente a terceros se aplican las reglas generales sobre titularidad de bienes, administración, disposición y responsabilidad). Ya se pusieron importantes objeciones a la oponibilidad frente a terceros de tales pactos, lo que resultará todavía más claro en caso de ausencia de publicidad frente a terceros, tanto de la propia unión de hecho como de los posibles pactos acordados, mediante un registro público con efectos civiles y no meramente administrativos⁶⁴.

En este sentido se expresa también la RDGRN de 7 de febrero de 2013, respecto a la eficacia jurídica de un pacto en escritura pública de una pareja

de hecho inscrita en el Registro de Parejas de Hecho de Andalucía, que había pactado la constitución de una sociedad de gananciales (a la que pretendían aportar una vivienda adquirida con anterioridad por uno de los convivientes, con subrogación hipotecaria, y que se le atribuyera el carácter de ganancial). Se denegó la inscripción en el Registro de la Propiedad y la DGRN confirmó la nota por tres motivos: 1) imposibilidad de crear una sociedad de gananciales sin matrimonio (y sin que puedan aplicarse por analogía sus normas); 2) falta de publicidad de la misma frente a terceros; y 3) la imposibilidad de pactar entre los convivientes capítulos matrimoniales, de donde se derivaría que los convivientes no pueden pactar que entre los mismos rijan las normas reguladoras de un régimen económico como es el de la sociedad de gananciales.

Cuestión distinta es, como ya se ha dicho, que la pareja de hecho pueda instrumentalizar jurídicamente sus relaciones económicas frente a terceros a través, por ejemplo, de una sociedad civil (universal de ganancias, en su caso) con personalidad jurídica propia; en otras palabras, que estos acuerdos internos para hacer comunes las ganancias y las pérdidas se instrumenten también frente a terceros, adoptando la forma de una sociedad civil, de manera que es la sociedad civil la que contrata y responde con su patrimonio frente a terceros (y subsidiariamente, los socios o convivientes).

Por otra parte y desde el punto de vista procesal se ha negado la aplicación del procedimiento de los artículos 806 y sigs. LEC para la liquidación del régimen económico entre los convivientes (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, 2.^a, de 7 de noviembre de 2006: *«la liquidación del patrimonio que en común pudieran tener los litigantes no deberá someterse a normas propias del régimen económico matrimonial, sino a las fijadas en la Ley para la comunidad de bienes, perfectamente aplicables»*), dada la falta de previsión del legislador estatal al respecto (único competente *ex art.* 149.1.6 CE). Sin embargo y cuando se acredite la existencia de una sociedad civil sí parece que podrían aplicarse los artículos 782 y sigs. LEC, para las herencias, dada la remisión que expresamente realiza el artículo 1708 del Código Civil.

Conocida es también la inaplicabilidad de las normas procesales que regulan los procesos matrimoniales (arts. 769 y sigs. LEC). Expresamente ha rechazado la aplicación del artículo 777 LEC la SAP de Las Palmas (3.^a), de 28 de abril de 2006 (*JUR* 199084).

B. PACTOS SOBRE USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y DE INDEMNIZACIÓN POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

Completando lo que ya se ha dicho anteriormente y en general, no plantea problemas la admisión de pactos sobre el uso de la vivienda familiar, en tanto no resulten perjudiciales para los hijos comunes de los convivientes por apli-

cación directa del artículo 96.I del Código Civil, y lo mismo respecto a una posible indemnización por desequilibrio económico semejante a la establecida en el artículo 97 del Código Civil para los cónyuges.

Los convivientes pueden simplemente remitirse a la aplicación de los artículos 96 o 97 del Código Civil en los mismos términos que si estuvieran casados. Igualmente, pueden establecer otros criterios distintos a los establecidos para los cónyuges (o desechar algunos) a los efectos de atribuir el uso y disfrute de la vivienda familiar (y ajuar doméstico) o para determinar cuándo procede una indemnización por desequilibrio económico y en qué cuantía. Por ejemplo, puede establecerse una indemnización por desequilibrio a modo de mensualidad (temporal o vitalicia) o cantidad alzada por la dedicación y cuidados dispensados al otro conviviente o a los hijos, comunes o no, en detrimento del propio desarrollo laboral (y personal), o por su colaboración no remunerada en las actividades profesionales del otro conviviente; puede concretarse en la percepción de ciertos bienes o derechos pertenecientes al otro, como forma de compensar su contribución a la formación de un patrimonio común o al incremento de patrimonio del otro, etc.

La indemnización puede serlo tanto para el caso de ruptura *inter vivos* como de extinción *mortis causa* de la convivencia (en este último caso, para salvaguarda de los intereses del conviviente beneficiado, que preferirá el pacto a la revocabilidad esencial de una atribución testamentaria semejante). Y ninguna objeción debe ponerse, en nuestra opinión y como ya se argumentó, a la renuncia a toda indemnización por desequilibrio económico.

C. Pactos de fijación de indemnizaciones cuyo presupuesto único sea la ruptura unilateral de la unión.

Al margen de las posibles indemnizaciones en caso de desequilibrio económico, es posible acordar otras cuyo único presupuesto sea la ruptura *inter vivos* de la convivencia, de manera que, por ejemplo, el conviviente que desiste unilateralmente de la unión ha de abonar al otro, a modo de pena o sanción, una cantidad (global o, como es frecuente en el caso de los pactos prematrimoniales, en función de la duración de la convivencia o de otras circunstancias). Pero también es posible que la indemnización deba ser abonada precisamente al conviviente que desiste.

Naturalmente este tipo de pactos pueden fortalecer o debilitar —depende de a quién le toque pagar y cobrar y en qué cuantía— la unión, pues tanto pueden ser una cortapisa a la libre ruptura o desistimiento que aparece como consustancial a este tipo de uniones, como ser un incentivo exactamente para lo contrario («*coger el dinero y correr*», considerando a la unión como una inversión). Asimismo y pactado el acuerdo con carácter previo a la constitución

de la convivencia, tanto puede servir el pacto para estimular como para disuadir la constitución de esta⁶⁵.

No obstante, debemos reiterar aquí que, en cualquier caso, un pacto de estas características puede poner a uno o a ambos convivientes en una posición jurídica o económica que, de hecho, le imposibilite el ejercicio de uno de los principios básicos de toda convivencia de hecho como es el principio de libre ruptura, en la línea en que se manifestó la SAP de Almería (2.^a), de 17 de febrero de 2003 (AC 623). Por este motivo, creemos que no deben admitirse todos aquellos pactos que, directa o indirectamente, produzcan *de facto* una «causalización» de la ruptura, sujetando esta a causas o condiciones concretas. Una cosa es que se deba pagar una indemnización o compensación razonable *por* desistir (libremente) y otra distinta que deba hacerse como presupuesto *para* desistir.

Pero no puede pensarse que un pacto de estas características pueda, por sí mismo, ser contrario al artículo 1256 del Código Civil, aun en el caso de que la indemnización dependa de la ruptura unilateral de la convivencia. Así lo manifestó con claridad la STS de 31 de marzo de 2011 (RJ 3137), en un caso en el que la indemnización pactada a favor de la esposa (200.000 ptas. mensuales) se hacía depender únicamente del hecho de que se produjera una nueva separación entre los cónyuges, aunque fuera unilateral (Ponente la Excm. Sra. D.^a Encarnación ROCA TRÍAS), en contra de lo que había declarado el JPI (la nulidad sobre la base del art. 1256 del Código Civil) y ratificado la AP de Madrid⁶⁶.

7. LA FUNCIÓN REVISORA DEL JUEZ Y LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

En este epígrafe se trata básicamente de delimitar la tarea o labor que los jueces deben desarrollar cuando se encuentren ante un pacto entre los convivientes, sea previo o posterior a la constitución de dicha convivencia, en el que se regulen todas o algunas de las cuestiones económicas que venimos tratando, pero celebrado antes de surgir el conflicto. Puede pensarse, por ejemplo, en un pacto que simplemente contenga una renuncia, de uno o ambos convivientes, a realizar al otro reclamación económica alguna en caso de extinción de la convivencia en vida de ambos.

Y creo que sus funciones deben ser muy reducidas cuando no existen hijos menores o incapacitados, o existiendo, los pactos o acuerdos están orientados básicamente a regular las relaciones económicas entre los convivientes, salvaguardando los derechos básicos de menores e incapacitados, porque así lo exige el principio *pacta sunt servanda* y la seguridad jurídica.

Probablemente la función de los jueces debe ser la estricta aplicación del pacto o acuerdo, salvo que resulte de todo punto irrazonable atendidas las circunstancias concurrentes en el momento actual. En este sentido, la cuestión suele

conectarse con el problema del cambio sobrevenido de las circunstancias entre el momento del pacto y aquel en el que este debe ser aplicado, dando entrada a la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que permita al juez moderar el rigor del pacto y adecuarlo a las nuevas circunstancias (modificación del pacto) o rechazar de plano su aplicación (ineficacia del pacto).

Aunque es muy complicado «encajar» los presupuestos de aplicación de la cláusula *rebus* en el ámbito de los pactos entre convivientes⁶⁷, será especialmente difícil demostrar que la desaparición de la base del negocio o la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación se ha producido como consecuencia de una alteración sustancial de las circunstancias actuales que deba considerarse como extraordinaria, y sobre todo, imprevisible, respecto a las circunstancias existentes en el momento de la celebración del pacto⁶⁸.

Por ello y a modo de principio, creo que en una convivencia de hecho, y por tanto, con vocación de permanencia indefinida en el tiempo, no pueden entenderse como circunstancias imprevisibles: el nacimiento (o adopción) de hijos (salvo que expresamente se excluya del pacto), la pérdida de empleo, la pérdida de la vivienda familiar por deudas, etc., aunque probablemente sí una enfermedad grave imprevisible de cualquiera de los convivientes o de los hijos. En consecuencia, el tema del cambio sobrevenido de las circunstancias debe analizarse teniendo en cuenta la finalidad básica de toda convivencia de hecho: el establecimiento de una relación afectiva duradera entre personas capaces y que deben tener perfecto conocimiento de las distintas vicisitudes por las que puede transcurrir una convivencia de estas características en nuestra sociedad actual.

Porque lo que no puede pretenderse es que en una convivencia de estas características, que puede prolongarse durante la mayor parte de la vida de dos personas, no se produzcan cambios sustanciales de circunstancias entre el momento en que se inicie la relación (y se formalicen los pactos, por ejemplo) y el momento de su extinción (en el que aquellos deban ser aplicados). En 20, 30 o 40 años de vida en pareja naturalmente que se producen cambios muy sustanciales en la vida de las personas, pero ¿resultan imprevisibles estos cambios para esas personas?⁶⁹. No se olvide tampoco que los acuerdos siempre pueden modificarse con posterioridad y adaptarse a las nuevas necesidades o conveniencias de sus autores, si estos quieren, o si a ello quedaran obligados conforme a las exigencias de la buena fe *ex* artículo 1258 del Código Civil.

Es relativamente frecuente ilustrar la ineficacia sobrevenida de los pactos por cambio sustancial de las circunstancias (cláusula *rebus sic stantibus*) trayendo a colación la SAP de Granada (3.^a), de 19 de mayo de 2001 (AC 1500), respecto a un pacto incluido en las capitulaciones matrimoniales otorgadas unos días antes de contraer matrimonio y en las que se había acordado el régimen de separación de bienes. Literalmente se había pactado que la separación o disolución del futuro matrimonio «en ningún caso, llevará como consecuencia de ello la fijación de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97

del Código Civil, por no producir desequilibrio entre los cónyuges», pero a pesar del pacto, la esposa solicita posteriormente la separación matrimonial y una pensión compensatoria (el matrimonio se había celebrado en enero de 1992 y la convivencia duró seis años).

Lo cierto es que en este caso resulta evidente el cambio de circunstancias: cuando se otorgaron las capitulaciones ambos trabajaban y tenían ingresos propios. Tras el matrimonio, la esposa dejó su trabajo para acompañar a su marido en los numerosos viajes que este tenía que realizar fuera de Granada como consecuencia de su trabajo (era representante de una empresa de laboratorios farmacéuticos) y ha seguido a su marido en los distintos destinos laborales que ha tenido, dedicándose también durante algún tiempo al cuidado de un hijo de aquel. En el momento de la separación la esposa, que tiene 41 años, no cuenta con ingresos económicos suficientes para vivir independientemente, pues no tiene trabajo y tampoco una proyección que le permita incorporarse al mundo laboral de forma inmediata, aunque en la Sentencia se dice que cuenta con ahorros (3 millones de ptas.) y con formación, pues posee títulos de pedagogía, magisterio e idiomas, si bien se refiere también el estado psíquico en que se encuentra. Tomando como base estos hechos, el JPI concedió a la esposa una pensión compensatoria de 70.000 ptas. mensuales (ella había pedido el 40% de los ingresos del marido), lo que fue confirmado en apelación por la AP.

Es indudable que se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias —sobre la base de decisiones propias y conscientes de personas capaces—, como ocurriría con toda seguridad en cualquier matrimonio que mantenga una convivencia prolongada en el tiempo y que suele ser incluso superior a los seis años de este caso, pero ¿resultan imprevisibles a los efectos de aplicar la cláusula *rebus* tan modificación sustancial de las circunstancias? Si así fuere, entonces la amplitud de la excepción haría prácticamente inviable la aplicación de la regla general de la renunciabilidad⁷⁰, además de convertirse en un mecanismo absolutamente desincentivador de cualesquiera pactos entre cónyuges, y por supuesto, entre convivientes. Y lo cierto es que a tenor del escaso número de resoluciones que aplican esta cláusula este es el camino que parece seguir la jurisprudencia.

Por esta razón dudamos de la procedencia de acudir a la cláusula *rebus* en este tipo de supuestos, salvo casos de verdadera imprevisión. Cosa distinta, como se ha dicho en otro apartado, es que la reclamación del cumplimiento íntegro del pacto pueda resultar abusiva o contraria a la buena fe. En el caso descrito e inmediatamente después de la firma del acuerdo, la esposa comienza una dedicación exclusiva a un marido que viaja constantemente y cambia de destino en varias ocasiones por razón de su trabajo y que, desde el principio, tiene que ser consciente del cambio de circunstancias que, muy especialmente en su propio beneficio, se están produciendo en la vida laboral de su esposa y que se prolongan durante toda la convivencia.

En estas circunstancias, el marido tiene que ser muy consciente de que ese pacto ya no responde a estas nuevas y muy relevantes circunstancias y que si estas hubieran sido las circunstancias concurrentes en aquel momento, el pacto no se hubiera celebrado muy probablemente en los mismos términos. Las nuevas circunstancias deben ser tenidas en cuenta, pero no porque sean imprevisibles (especialmente en este caso, pues la esposa dejó su trabajo inmediatamente después de casarse, 10 días después de las capitulaciones), sino porque la buena fe hubiera exigido que el especialmente beneficiado por la nueva situación hubiera ofrecido o aceptado una modificación del pacto para adaptarlo al cambio sustancial de circunstancias, o bien, su revocación. Pretender, después de ser asumida plenamente la nueva situación familiar, la aplicación íntegra del pacto, puede resultar contrario a un comportamiento honesto y conforme a la buena fe⁷¹.

Quizás en el fondo de este asunto lo que subyace es la obligación de actualización de los acuerdos entre cónyuges y entre convivientes en caso de modificación sustancial de las circunstancias, como una exigencia del artículo 1258 del Código Civil respecto de una comunidad de vida con vocación de permanencia.

III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC 184/1990, de 15 de noviembre
- STC 47/1993, de 8 de febrero
- STC 66/1994, de 28 de febrero
- STC, del Pleno, 93/2013, de 23 de abril
- ATC 156/1987, de 11 de febrero
- STS de 18 de mayo de 1992
- STS de 21 de octubre de 1992
- STS de 18 de febrero de 1993
- STS de 18 de marzo de 1995
- STS de 22 de abril de 1997
- STS de 27 de mayo de 1998
- STS de 4 de junio de 1998
- STS de 23 de julio de 1998
- STS de 22 de enero de 2001
- STS de 12 de septiembre de 2005 (del Pleno)
- STS de 26 de enero de 2006
- STS de 4 de julio de 2007
- STS de 17 de octubre de 2007
- STS de 8 de mayo de 2008
- STS de 30 de octubre de 2008
- STS de 31 de marzo de 2011

- STSJ de Cataluña, Sección 1.^a, de 10 de julio de 2006
- SAP de Córdoba, de 21 de abril de 1986
- SAP de Baleares, de 4 de febrero de 1993
- SAP de Granada, Sección 3.^a, de 19 de mayo de 2001
- SAP de Almería, Sección 2.^a, de 17 de febrero de 2003
- SAP de Tenerife, Sección 4.^a, de 10 de mayo de 2004
- SAP de Zamora, de 21 de abril de 2005
- SAP de Las Palmas, Sección 3.^a, de 28 de abril de 2006
- SAP de Cantabria, Sección 2.^a, de 7 de noviembre de 2006
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 24 de septiembre de 2007
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 7 de julio de 2008
- RDGRN de 7 de febrero de 2013

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2003). La protección del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. *Revista Poder Judicial*, núm. 70.
- ANDERSON, M. (enero-abril de 2012). *CCJC*, com. a la STS de 31 de marzo de 2011, núm. 88.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1993). Las parejas de hecho. *Aranzadi Civil*, vol. I.
- (enero-abril de 2014). Inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Sentencia del TC de 23 de abril de 2013. *CCJC*, núm. 94.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2002). *Uniones de hecho. Una visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2006). En: *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.-CHAPARO MATAMOROS, P. (2012). Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho. En: J. R. De Verda y Beamonte (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28 (monográfico).
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II. Navarra: Thomson-Civitas.
- ECHEVERRÍA ALBACAR, K. (2014). Marco jurídico constitucional de las uniones de hecho tras la STC 93/2013, de 23 de abril. *La Ley*, Tomo 1.
- ESTEVE PARDO, M.^a L. (2005). Las parejas de hecho ante el Derecho tributario. La actuación legislativa de las Comunidades Autónomas. En: Encarnación Roca Trías (dir.), *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*. Manuales de formación continuada. Madrid: CGPJ.
- ESPADA MALLORQUÍN, S. (2007). *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*. Navarra: Thomson-Civitas.

- ESTRADA ALONSO, E. (1991). *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*. Madrid: Civitas.
- ESTRUCH ESTRUCH, J. (1989). La liquidación de las relaciones patrimoniales en las uniones de hecho. *Revista General de Derecho*, núm. 644.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (1995). *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales.
- GARCÍA-POSADA GÓMEZ, E. (2003). El concepto de convivencia no matrimonial en Derecho español. *ADC*, Tomo III.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2004). Parejas de hecho y lealtad constitucional. En: Teodora F. Torres García (coord.), *Estudios de Derecho civil homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*. Valladolid: Ediciones de la Universidad de Valladolid.
- (2012). Las uniones de hecho. En: Gema Díez-Picazo Giménez (coord.), *Derecho de familia*. Madrid: Civitas.
- GASPAR LERA, S. (2011). Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad. *ADC*, Tomo III.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (1995). *La unión libre (El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (1998). La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12.
- (2001). Las uniones libres en la Ley Foral de Navarra de Parejas Estables. *Actualidad Civil*, vol. 2.
- (2002). Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales. La unión libre en la jurisprudencia (y II). *Aranzadi Civil*, vol. I.
- (2002). La diferencia de trato constitucionalmente ilegítima entre el matrimonio y la unión libre; en especial la doctrina del TC sobre la inadmisibilidad de la causa que impidió contraer matrimonio a los convivientes. La unión libre en la jurisprudencia (I). *Aranzadi Civil*, vol. I.
- (2002). Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales [La unión libre en la jurisprudencia (y II)]. *Aranzadi Civil*. vol. I.
- (2003). Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones no matrimoniales. *La Ley*, Tomo 4.
- GÓMEZ CALLE, E. (2003). La Ley 11/2011, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid. *ADC*, Tomo II.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2004). *Parejas de hecho y matrimonio del mismo sexo en la Unión europea*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- LECIÑENA IBARRA, A. (noviembre-diciembre de 2011). Hacia un contractualismo regulador en el marco de un régimen legal dispositivo como vía para poner fin a la anomia general en la ordenación de las parejas de hecho. *Revista de Derecho Privado*.
- MARTÍN CASALS, M. (2005). La regulació de la parella de fet: lleis i models. En: *Nous reptes del Dret de família*. Materials de les Trezenes Jornades de Dret Català a Tossa. Girona.

- (2013). El derecho a la «convivencia anómica en pareja»: ¿Un nuevo derecho fundamental? Comentario general a la STC de 23 de abril de 2013. *InDret*, 3/2013.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2008). El nuevo matrimonio civil. En: *Novedades legislativas en materia matrimonial*. Estudios de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*. Madrid: Tecnos.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2010). *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*. Madrid: Civitas.
- MESA MARRERO, C. (2006). *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*. Navarra: Thomson-Aranzadi.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (diciembre de 1986). La autorregulación de la unión libre. *Poder Judicial*, núm. 4.
- (1998). Régimen jurídico civil de las uniones de hecho. En: J. M. Martinell y M.^a T. Areces Piñol (ed.), *Uniones de hecho. XI Jornades Jurídiques*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida.
- (1995). Voz Compañero/compañera (D.^o Civil). En: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I. Madrid: Civitas.
- PARRA LUCÁN, M.^a A. (2011). Autonomía de la voluntad y derecho de familia. *La Ley*, Tomo 3.
- PASTOR VITA, F. J. (2003). La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 19.
- PÉREZ MARTÍN, A. (2003). Problemas procesales más frecuentes en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. En: José Pascual Ortuño Muñoz (dir.), *Las uniones estables de pareja*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ.
- PINTO ANDRADE, C. (2008). Pactos en previsión de la ruptura matrimonial. En: *Libro Homenaje al Profesor Cuadrado Iglesias*, vol. I. Aranzadi.
- (2010). *Pactos matrimoniales en previsión de la ruptura*. Barcelona: Bosch.
- (2013). Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 60.
- REBOLLEDO VARELA, A. L. (abril-junio de 2009). El contrato de unión civil: la regulación de su contenido y efectos. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 43.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M.-CASADO CASADO, B. (septiembre-octubre de 2004). Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspectos registrales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, A. (2001). *La unión de hecho y el derecho a no casarse*. Granada: Comares.

NOTAS

¹ La exclusión de la libre ruptura en el matrimonio sigue manteniéndose aun después de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En el caso del divorcio y tras la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, tal declaración formal puede ser judicial o puede ser realizada ante el Secretario judicial o Notario, según los casos, de manera que la sentencia o decreto firmes o la escritura pública notarial darán lugar al divorcio.

² Sin perjuicio de las diferencias en materia de filiación o patria potestad y de su constancia registral, tal y como establecieron las Órdenes 568/2006, de 8 de febrero, y 644/2006,

de 6 de marzo, de la DGRN, dictadas para desarrollar el reformado artículo 53 de la Ley del Registro Civil a efectos de adecuar el Registro Civil a la nueva normativa matrimonial. *Vid.*, al respecto, DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.^a (2008). Los efectos colaterales de las reformas. Filiación y patria potestad. En: *Novedades legislativas en materia matrimonial*. Estudios de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ, pp. 213 y sigs.

³ Como observa, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2008). El nuevo matrimonio civil. En: *Novedades legislativas en materia matrimonial*. Estudios de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ, pp. 42 y sigs.

⁴ PANTALEÓN PRIETO, F. (1998). Régimen jurídico civil de las uniones de hecho. En: J. M. Martinell y M.^a T. Areces Piñol (ed.), *Uniones de hecho. XI Jornades Jurídiques*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida, p. 74; IDEM. (diciembre de 1986). La autorregulación de la unión libre. *Poder Judicial*, núm. 4, p. 120, le denomina principio de libertad individual de elección entre modelos alternativos de convivencia.

Cuestión distinta es la aplicación del artículo 14 CE, en cuanto establece el principio de no discriminación, y aunque el matrimonio y la convivencia de hecho sean realidades distintas que justificaría un trato diferente, no debe olvidarse que tales diferencias deben ser razonables. Al respecto, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1993). Las parejas de hecho. *Aranzadi Civil*, vol. I, pp. 1823 y sigs.; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2003). La protección del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. *Revista Poder Judicial*, núm. 70, pp. 87 y sigs.; GAVIDÍA SÁNCHEZ, J. V. (2002). La diferencia de trato constitucionalmente ilegítima entre el matrimonio y la unión libre; en especial la doctrina del TC sobre la inadmisibilidad de la causa que impidió contraer matrimonio a los convivientes. La unión libre en la jurisprudencia (I). *Aranzadi Civil*, vol. I, pp. 2237 y sigs.; IDEM. (2002). Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales. La unión libre en la jurisprudencia (y II). *Aranzadi Civil*, vol. I, pp. 2355 y sigs.

⁵ Sobre la cuestión de la competencia exclusiva estatal sobre registros públicos con eficacia civiles, en relación a las leyes autonómicas de parejas de hecho, *vid.* RUIZ-RICO RUIZ, J. M.-CASADO CASADO, B. (septiembre-octubre de 2004). Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspectos registrales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685, pp. 2356 y sigs.

⁶ Así, RUIZ-RICO RUIZ-CASADO CASADO. Las uniones de hecho... *cit.*, pp. 2351-2354.

⁷ REBOLLEDO VARELA, A. L. (abril-junio de 2009). El contrato de unión civil: la regulación de su contenido y efectos. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 43, pp. 53-54.

⁸ GARCÍA-POSADA GÓMEZ, E. (2003). El concepto de convivencia no matrimonial en Derecho español. *ADC*, Tomo III, pp. 1184 y sigs., y GÓMEZ CALLE, E. (2003). La Ley 11/2011, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid. *ADC*, tomo II, pp. 431-432.

⁹ Ponente fue la Magistrada doña Adela Asúa Batarrita, y existen dos votos particulares que, en absoluto contradicen la declaración de inconstitucionalidad, sino todo lo contrario: en uno de ellos (firmado por dos magistrados) se considera que el recurso debió estimarse en su totalidad por carecer la Comunidad Foral de Navarra de competencia sobre esta materia, mientras que el segundo de los votos particulares (suscrito por un magistrado) abogaba por la declaración de inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley impugnada, que reconoce la adopción conjunta de menores de edad por parejas estables homosexuales y que finalmente fue declarado conforme a la CE.

Especialmente interesante y completo es el análisis de esta importante sentencia en MARTÍN CASALS, M. (2013). El derecho a la «convivencia anómica en pareja»: ¿Un nuevo derecho fundamental?. Comentario a la STC de 23.4.2013. *InDret*, 3/2013.

¹⁰ También parece una opinión unánime en la doctrina: DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.-CHAPARÓ MATAMOROS, P. (2012). Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho. En: J. R. De Verda y Beamonte (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito*

de las relaciones familiares. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28 (monográfico), pp. 302-303; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2010). *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*. Madrid: Civitas, p. 43, y GAVIDIA SÁNCHEZ. La diferencia de trato... *cit.*, pp. 2241 y 2257.

¹¹ RUIZ-RICO RUIZ-CASADO CASADO. Las uniones de hecho... *cit.*, p. 2236, desarrollado extensamente en las páginas que le siguen; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2002). *Uniones de hecho. Una visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 305-306.

En esta línea PANTALEÓN PRIETO, F. (1995). Voz Compañero/compañera (D.º Civil). En: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I. Madrid: Civitas, p. 1161, había advertido que la propuesta de aplicar por analogía a la convivencia *more uxorio* las normas reguladoras del matrimonio no tiene ningún apoyo constitucional y, antes bien, podría considerarse incompatible con el principio del libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 CE.

¹² Por ello, no puede compartirse el planteamiento de GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (2001). Las uniones libres en la Ley Foral de Navarra de Parejas Estables. *Actualidad Civil*, vol. 2, pp. 605 y sigs., que había juzgado constitucional esta Ley porque respectaba el principio de libre ruptura, que le parecía lo esencial para entender respetado por el legislador el libre desarrollo de la personalidad de los miembros de la pareja, a pesar de que el artículo 2.2 entendía que la unión era estable simplemente porque los miembros hubieran convivido maritalmente, como mínimo, un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastaría la simple convivencia, lo que podía acreditarse por cualquier medio (art. 3).

Esta idea había sido defendida con anterioridad: así, IDEM. (1998). La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, pp. 78-79, y es reiterada después en varios sitios, entre ellos: IDEM (2002). Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales [La unión libre en la jurisprudencia (y II)]. *Aranzadi Civil*. Vol. I, pp. 2356-2357, entre otras.

¹³ También se declara inconstitucional el artículo 2.3 de esta Ley por invadir la competencia exclusiva del Estado respecto a las *normas para resolver los conflictos de leyes* (art. 149.1.8 CE). Esta competencia exclusiva del Estado plantea graves problemas de aplicación a las legislaciones autonómicas sobre esta materia, lo mismo que la competencia estatal sobre *ordenación de los registros e instrumentos públicos* (149.1.8) y sobre *legislación procesal* (arts. 149.1.6).

No sin razón se ha hablado de la deslealtad constitucional que supone no legislar en aquellos aspectos que tocan a las parejas de hecho en los que el legislador estatal tiene competencias exclusivas: GARCÍA RUBIO, M.ª P. (2004). Parejas de hecho y *lealtad constitucional*. En: Teodora F. Torres García (coord.), *Estudios de Derecho civil homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*. Valladolid: Ediciones de la Universidad de Valladolid, pp. 49 y sigs.

Con anterioridad a la STC 93/2013, el TC había dictado la 81/2013, de 11 de abril, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid contra la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho, de la Asamblea de Madrid, mediante la cual se declararon inconstitucionales los artículos 4 y 5 de dicha Ley por contravenir la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho Civil. Más recientemente, el BOE núm. 221, de 14 de septiembre de 2013, publicó el acuerdo del TC para admitir a trámite un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas, de la Comunidad Valenciana, cuya vigencia estuvo suspendida inicialmente al invocarse el artículo 161.2 CE, pero fue posteriormente levantada (a excepción del art. 14) en virtud del Auto núm. 280/2013, de 3 de diciembre.

Sobre la cuestión competencial en la STC 93/2013, *vid.* MARTÍN CASALS (2013). El derecho a la..., *cit.*, pp. 8 y sigs.

¹⁴ Esto parece inevitable si tenemos en cuenta que muchas de las normas de la Ley Foral 6/2000 coinciden, casi literalmente, con preceptos semejantes del Código de Derecho Foral de Aragón (arts. 303-315) o del libro segundo del Código Civil de Cataluña (arts. 234.1-

234.14). Así lo han entendido algunos de los primeros comentaristas de esta STC 93/2013: ECHEVERRÍA ALBACAR, K. (2014). Marco jurídico constitucional de las uniones de hecho tras la STC 93/2013, de 23 de abril. *La Ley*, Tomo 1, pp. 1216 y sigs. y, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (enero-abril 2014). Inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Sentencia del TC de 23 de abril de 2013. *CCJC*, núm. 94, pp. 217 y 224.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en el FJ 14, la propia STC 93/2013 limita, por motivos de seguridad jurídica (téngase en cuenta que la esta Sentencia recae trece años después de la entrada en vigor de la ley impugnada), el alcance de la declaración de inconstitucionalidad, que solamente será eficaz pro futuro, en relación a procedimientos administrativos o procesos judiciales firmes. De ahí que afirme ECHEVERRÍA ALBACAR, Marco jurídico constitucional... *cit.*, p. 1219, que hasta que se produzca una hipotética intervención del legislador autonómico navarro, en esta Comunidad existirán tres tipos de uniones personales: las parejas casadas, las constituidas como pareja estable antes del 23 de mayo de 2013 en que se publicó en el BOE la referida sentencia, y las que se constituyan con posterioridad a esta fecha.

¹⁵ GARCÍA RUBIO. Parejas de hecho... *cit.*, p. 43; PARRA LUCÁN, M.^a A. (2011), Autonomía de la voluntad y derecho de familia. *La Ley*, Tomo 3, p. 1800. De la misma opinión también LECIÑENA IBARRA, A. (noviembre-diciembre de 2011). Hacia un contractualismo regulador en el marco de un régimen legal dispositivo como vía para poner fin a la anomía general en la ordenación de las parejas de hecho. *Revista de Derecho Privado*, pp. 59 y sigs.

¹⁶ Esta parece también la interpretación que hace BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Inconstitucionalidad parcial de la Ley... *cit.*, p. 221), respecto a las palabras del TC en relación al Derecho dispositivo.

Por esto quizás ya no merece mucho la pena plantearse si es mejor un sistema (llamado de *opt-in*), de manera que la regulación solamente es aplicable a las parejas que realicen un acto formal de sometimiento a la normativa legal supletoria, o en sistema (de *opt-out*), en el que se exigiría una acto expreso de exclusión voluntaria de la ley aplicable. Sobre esta distinción, MARTÍN CASALS, M. (2005). La regulació de la parella de fet: lleis i models. En: *Nous reptes del Dret de família*. Materials de les Trezenes Jornades de Dret Català a Tossa. Girona, p. 355.

Especialmente crítico se muestra MARTÍN CASALS (2013). El derecho a la..., *cit.*, pp. 11 y sigs., respecto a esta conclusión alcanzada por el TC, y en consecuencia, con la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 2.2 y 3.3 de la Ley Foral navarra.

¹⁷ REBOLLEDO VARELA. El contrato de unión civil... *cit.*, pp. 46-47.

¹⁸ Así, PANTALEÓN PRIETO. Régimen jurídico civil... *cit.*, p. 76, que entiende que en el campo de las ayudas sociales, como las prestaciones asistenciales, la equiparación debe ser el principio general. En el mismo sentido, RUIZ-RICO RUIZ-CASADO CASADO. Las uniones de hecho... *cit.*, p. 2341.

La STC 93/2013 sostiene esta misma idea sobre los que podríamos denominar derechos de carácter público (FJ 9):

«(...) Sin embargo, esta conclusión, no conlleva, de manera necesaria, la declaración de inconstitucionalidad del conjunto de la Ley, pues los efectos que se contemplan en sus distintos preceptos para las parejas estables no tienen un carácter homogéneo. En efecto, si bien una buena parte del contenido legal se refiere a derechos y obligaciones privados, que se imponen imperativamente a los miembros de la pareja, otra parte se refiere a derechos de carácter público, reconocidos por el legislador en ámbitos propios de su competencia, que implican unos beneficios para uno o los dos miembros de la pareja estable, lo que apriorísticamente no conlleva tal vulneración, porque su aplicación requiere —como ya hemos señalado— la previa y voluntaria solicitud de los integrantes de la pareja (...)» [se refiere a la vulneración del principio del libre desarrollo de la personalidad].

¹⁹ Sobre estas cuestiones *vid.* ESTEVE PARDO, M.^a L. (2005). Las parejas de hecho ante el Derecho tributario. La actuación legislativa de las Comunidades Autónomas. En:

Encarnación Roca Trías (dir.), *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*. Manuales de formación continuada. Madrid: CGPJ, pp. 371 y sigs.

²⁰ Este criterio de previa asunción de los beneficios o derechos sociales por parte de los convivientes es el establecido en la propia STC 93/2013, que declara inconstitucional el artículo 12.1 de la Ley navarra porque en él se establece que *los miembros de una pareja estable serán considerados como cónyuges a los efectos previstos en la legislación fiscal de Navarra a la hora de computar rendimientos y de aplicar deducciones o exenciones*, lo que, dada la redacción del precepto, parecía imponerse imperativamente a los convivientes, prescindiendo de toda manifestación de estos de querer acogerse a tales supuestos beneficios, lo cual resulta más que dudoso, como se explicará más adelante.

²¹ En efecto, las recientes SSTC 45/2014 y 51/2014, ambas de 7 de abril, han declarado constitucional el precepto legal (art. 174.3 del TR de la Ley General de la Seguridad Social) que, a efectos de reconocimiento de la pensión de viudedad, exige la previa inscripción registral de la pareja de hecho o su constitución en escritura pública (además de otros requisitos), porque se trata de una discriminación razonable que el legislador tiene derecho a introducir, pues matrimonio y pareja de hecho son dos realidades diferentes que pueden ser tratadas de diferente manera por el legislador a esos efectos sin vulnerar el artículo 14 CE.

Sin embargo, la STC 40/2014, de 11 de marzo, sí ha declarado contrario a la CE (art. 14) el párrafo quinto del artículo 174.3, introducía en la regulación de las pensiones de viudedad, respecto a las CCAA con Derecho civil propio, un criterio de diferenciación entre los supervivientes de las parejas de hecho carente de justificación: se remitía a la legislación específica de cada Comunidad para entender constituida una pareja de hecho, haciendo depender la diferencia de trato de la vecindad civil de conviviente supérstite.

²² Así GÓMEZ CALLE. La Ley 11/2001..., *cit.*, pp. 458-459, que entiende como indudable la eficacia meramente interpersonal de los pactos de convivencia celebrados entre los convivientes, como es propio de todo contrato o pacto conforme al artículo 1257 del Código Civil.

Por otra parte, es evidente la relación entre el acceso público al Registro y la posible oponibilidad de lo inscrito frente a terceros: *vid.* RUIZ-RICO RUIZ-CASADO CASADO. Las uniones de hecho... *cit.*, pp. 2369-2370; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. Acuerdos entre convivientes *more uxorio*. AAMN, Tomo XL, pp. 221 y 222.

²³ PANTALEÓN PRIETO. Régimen jurídico civil... *cit.*, p. 74.

²⁴ Como ya había advertido GÓMEZ CALLE. La Ley 11/2001... *cit.*, p. 414.

²⁵ Argumento este que resulta muy dudoso si la inscripción es constitutiva —como parece que lo es conforme a los artículos 1.1 y 3.1 de esta Ley—, pues la inscripción determinará la aplicación de las normas, tanto administrativas como civiles, establecidas en la Ley, dando lugar a efectos civiles y no meramente administrativos e invadiendo, por tanto, las competencias estatales tanto sobre Derecho civil como sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos: GÓMEZ CALLE. La Ley 11/2001... *cit.*, pp. 416-419.

²⁶ GARCÍA-POSADA GÓMEZ. El concepto... *cit.*, p. 1103, recoge este concepto restringido anterior a las regulaciones autonómicas así: «pareja no casada compuesta por dos personas de distinta o (en las aproximaciones más avanzadas) del mismo sexo, que conviven de modo semejante a como lo hacen los cónyuges en el matrimonio, pero sin formalizar su convivencia acudiendo a esta institución legal. La semejanza de su relación con el matrimonio alude al sustrato material de este: el establecimiento de una comunidad de vida y de cuidados, cualificada por la presencia de la *affectio maritalis* o consenso diariamente renovado de vivir una relación de tal índole. La maritalidad de esa convivencia presta a la misma las notas de su estabilidad, exclusividad y, generalmente, de su notoriedad, así como entraña una dimensión sexual que se presume (sin tener que manifestarse en una relación carnal) y, en su caso, una puesta en común de recursos económicos». Sobre la misma cuestión MESA MARRERO, C. (2006). *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*. Navarra: Thomson-Aranzadi, pp. 31 y sigs.

²⁷ Que fue después, por cierto y por ejemplo, reproducido literalmente por el artículo 3 de la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, de Asturias.

²⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Inconstitucionalidad parcial de la Ley... *cit.*, pp. 217-220, reiterando opiniones anteriores expresadas en (2003). La competencia para legislar sobre parejas de hecho. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, pp. 61 y sigs.

También sobre esta cuestión, ampliamente, GARCÍA-POSADA GÓMEZ. El concepto..., *cit.*, pp. 1150 y sigs.

²⁹ PANTALEÓN PRIETO. Régimen jurídico civil... *cit.*, p. 71: una vez que se hubiera institucionalizado jurídicamente la convivencia homosexual —que es la situación actual—, la regla general en materia de convivencia «more uxorio debiera ser al no intervención del legislador, pues la libertad de opción de quienes decidir convivir y no casarse debiera ser respetada por el legislador ordinario en el sentido de no entrometer sus normas jurídicas donde las personas, libremente, voluntariamente, han querido excluirlas. Además, cree este autor que dicha regla general es una exigencia constitucional, p. 72.

³⁰ Muy ampliamente sobre las distintas opciones sobre los registros públicos con efectos civiles en relación a las parejas de hecho, RUIZ-RICO RUIZ-CASADO CASADO. Las uniones de hecho... *cit.*, pp. 2354 y sigs.

³¹ En todo caso, correspondería al legislador, a estos efectos, determinar qué se entiende por pareja de hecho y qué requisitos de capacidad, forma u otros han de exigirse para tener acceso a la aplicación de sus normas, debiendo quizás adoptarse un concepto flexible de *pareja de hecho* formal-convencional y darse entrada como medio de prueba a los registros administrativos de parejas de hecho aprobados por las CCAA para favorecer la prueba de la unión, entre otros.

³² De forma similar a como ocurre en Alemania con las parejas registradas (del mismo sexo), que deben declarar en el momento de su constitución cuál es su régimen económico: GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2004). *Parejas de hecho y matrimonio del mismo sexo en la Unión europea*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, pp. 33-34.

³³ De esta opinión, RUIZ-RICO RUIZ-CASADO CASADO. Las uniones de hecho... *cit.*, pp. 2345-2347, aunque partidarios de aplicar analógicamente el artículo 96 en caso de convivientes sin hijos (si existen hijos, es directamente aplicable), mientras que la aplicación del artículo 97 exigiría la intervención del legislador.

³⁴ PANTALEÓN PRIETO. Régimen jurídico civil... *cit.*, p. 72.

³⁵ PINTO ANDRADE, C. (2013). Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil». *Revista de Derecho de Familia*, núm. 60, p. 25, expone la amplia casuística de pactos al respecto que resulta admisible.

³⁶ *Vid.* Una amplia exposición sobre las regulaciones autonómicas puede encontrarse en monografía sobre este tema de ESPADA MALLORQUÍN, S. (2007). *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*. Navarra: Thomson-Civitas, pp. 248 y sigs.

³⁷ ESPADA MALLORQUÍN. *Los derechos sucesorios...* *cit.*, pp. 217 y sigs., y 307 y sigs.

³⁸ ESPADA MALLORQUÍN. *Los derechos sucesorios...* *cit.*, pp. 376 y sigs.: derechos sucesorios *ex lege* y reserva viuda, pp. 401 y sigs.: sucesión testada y, pp. 479 y sigs.: otras atribuciones *mortis causa*, como la atribución del ajuar de la vivienda familiar.

³⁹ Así, por ejemplo, GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (1995). *La unión libre (El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 85-86, que considera que considera que no hay laguna que completar, sino exclusión de los no mencionados en la sucesión intestada.

⁴⁰ El propio TC es consciente de la trascendencia de un cambio legislativo de tal envergadura, como ha puesto de manifiesto en su Auto núm. 280/2013, de 3 de diciembre, mediante el que levantó la suspensión de vigencia y aplicación de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana. Mediante este Auto, el TC levantó la suspensión a toda la Ley, excepto precisamente al artículo 14, que equipara los derechos sucesorios del conviviente supérstite a los del cónyuge viudo, y respecto a lo cual el Alto Tribunal entiende, como señala también el Abogado del Estado, que entiende que el

precepto contiene una nueva regulación de los derechos sucesorios y altera el orden común de la sucesión *mortis causa*.

⁴¹ Así, PANTALEÓN PRIETO. «Régimen jurídico civil... *cit.*», p. 75. En cambio, GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2012). Las uniones de hecho. En: Gema Díez-Picazo Giménez (coord.), *Derecho de familia*. Madrid: Civitas, pp. 1512-1514, apuesta por un sistema flexible que permita reconocer derechos sucesorios al conviviente supérstite en atención a las circunstancias del caso, más que por incluirle como heredero ab intestato o como legitimario.

⁴² Sobre estas cuestiones, ampliamente, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2006). En: *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, pp. 85 y sigs.

⁴³ Como defiende GARCÍA RUBIO. Las uniones de hecho... *cit.*, p. 1505.

⁴⁴ Una amplia exposición puede encontrarse en GONZÁLEZ BEILFUSS. Parejas de hecho y matrimonio... *cit.*, pp. 27 y sigs.

⁴⁵ TALAVERA FERNÁNDEZ, A. (2001). *La unión de hecho y el derecho a no casarse*. Granada: Comares, p. 205.

⁴⁶ MARTÍN CASALS (2013). El derecho a la..., *cit.*, pp. 28 y sigs.

⁴⁷ Pueden citarse, entre otras muchas, las SSTs de 18 de mayo de 1992 (RJ 4907), 18 de febrero de 1993 (RJ 1246), 22 de abril de 1997 (RJ 3251), 27 de mayo de 1998 (RJ 3382), 4 de junio de 1998 (RJ 3722), 17 de octubre de 2007 (RJ 7307), y SSAP de Córdoba, de 21 de abril de 1986, y de Islas Baleares, de 4 de febrero de 1993 (AC 599).

⁴⁸ *Vid.* al respecto, PÉREZ MARTÍN, A. (2003). Problemas procesales más frecuentes en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. En: José Pascual Ortuño Muñoz (dir.), *Las uniones estables de pareja*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ, pp. 262-264.

⁴⁹ Así, ESTRADA ALONSO, E. (1991). *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*. Madrid: Civitas, p. 159; MARTÍNEZ DE AGUIRRE. Acuerdos entre convivientes... *cit.*, pp. 220-221; ESTRUCH ESTRUCH, J. (1989). La liquidación de las relaciones patrimoniales en las uniones de hecho. *Revista General de Derecho*, núm. 644, p. 5371; DE VERDA Y BEAMONTE-CHAPARO MATAMOROS. Efectos económicos derivados de la ruptura... *cit.*, p. 303; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (1995). *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, p. 118.

Sobre la libertad de forma respecto a los pactos prematrimoniales: PINTO ANDRADE, C. (2010). *Pactos matrimoniales en previsión de la ruptura*. Barcelona: Bosch, pp. 57-60; REBOLLEDO VARELA, A. L. (2008). Pactos en previsión de la ruptura matrimonial. En: *Libro Homenaje al Profesor Cuadrado Iglesias*, vol. I. Aranzadi, p. 742; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*. Madrid: Tecnos, pp. 208 y sigs.; GASPARD LERA, S. (2011). Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad. *ADC*, Tomo III, p. 1071.

⁵⁰ GÓMEZ CALLE. La Ley 11/2001... *cit.*, pp. 437-438.

⁵¹ PINTO ANDRADE. Los pactos entre cónyuges... *cit.*, p. 39, respecto al pacto sobre la pensión compensatoria.

⁵² PARRA LUCÁN. Autonomía... *cit.*, p. 1799.

⁵³ PINTO ANDRADE. Los pactos entre cónyuges... *cit.*, p. 29.

⁵⁴ Así, GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (2003). Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones no matrimoniales. *La Ley*, Tomo 4, pp. 1849-1850.

⁵⁵ GÓMEZ CALLE. La Ley 11/2001... *cit.*, pp. 439-440.

⁵⁶ Expuesta en varios trabajos, Las uniones libres en la Ley Foral... *cit.*, pp. 615-616; Analogía entre el matrimonio y la unión libre... *cit.*, pp. 2357 y 2358, pero desarrollada más extensamente en 2003. Pactos entre convivientes... *cit.*, pp. 1849 y sigs., la cita literal corresponde a la p. 1850 de este trabajo.

⁵⁷ GAVIDIA SÁNCHEZ. Pactos entre convivientes... *cit.*, p. 1852.

⁵⁸ GAVIDIA SÁNCHEZ. Pactos entre convivientes... *cit.*, pp. 1849-1850.

⁵⁹ GÓMEZ CALLE. La Ley 11/2001... *cit.*, pp. 449-450. La misma opinión parece deducirse de MORENO-TORRES HERRERA. *Las obligaciones de mantenimiento...* *cit.*, pp. 233 y sigs.

⁶⁰ PASTOR VITA, F. J. (2003). La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 19, pp. 25 y sigs.; PINTO ANDRADE. Los pactos entre cónyuges... *cit.*, pp. 35-38; GASPAS LERA. Acuerdos prematrimoniales... *cit.*, pp. 1063-1064.

⁶¹ PINTO ANDRADE. Los pactos entre cónyuges... *cit.*, p. 40, con cita de la STSJ de Cataluña (1.ª), de 10 de julio de 2006 (*RJ* 2014\1180), en este sentido.

⁶² GÓMEZ CALLE. La Ley 11/2001... *cit.*, p. 451.

⁶³ PANTALEÓN PRIETO. La autorregulación... *cit.*, p. 122; ESTRUCH ESTRUCH. La liquidación... *cit.*, pp. 5374-5375; MARTÍNEZ DE AGUIRRE. «Acuerdos entre convivientes... *cit.*, pp. 238-239. Como recalca GALLEGO DOMÍNGUEZ. *Las parejas no casadas...* *cit.*, p. 142, ello no es obstáculo para que se pacte la aplicación de las normas de la sociedad de gananciales a la liquidación de las relaciones económicas tras la ruptura de los unidos de hecho, en tanto no perjudique a terceros.

⁶⁴ REBOLLEDO VARELA. El contrato de unión civil... *cit.*, pp. 42-43; RUIZ-RICO RUIZ-CASADO CASADO. Las uniones de hecho... *cit.*, pp. 2365-2366.

⁶⁵ Sobre esta cuestión, respecto a los pactos prematrimoniales: MARTÍNEZ ESCRIBANO. *Pactos prematrimoniales. cit.* pp. 187-189.

⁶⁶ *Vid.* el comentario a esta Sentencia por ANDERSON, M. (enero-abril 2012). *CCJC*, núm. 88, pp. 379 y sigs., pp. 399-401 sobre esta cuestión concreta.

⁶⁷ Al respecto, Díez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II. Navarra: Thomson-Civitas, pp. 1069-1070.

⁶⁸ Pone especial énfasis en la cuestión de la imprevisibilidad del pacto PASTOR VITA. La renuncia anticipada... *cit.*, p. 54. Esta parece ser también la idea del artículo 231-20.5 del Código Civil de Cataluña respecto a los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, que el artículo 234-5 hace extensible a las parejas de hecho: *Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron.*

⁶⁹ Muy interesantes las reflexiones que sobre este punto, pero en relación a los pactos prematrimoniales, realiza MARTÍNEZ ESCRIBANO. *Pactos prematrimoniales...* *cit.*, pp. 189-194.

⁷⁰ PINTO ANDRADE. Los pactos entre cónyuges... *cit.*, p. 41.

⁷¹ Y sin perjuicio de la posible existencia de vicios del consentimiento en su caso. Esta es una de las razones por la cual el artículo 234-5, *pactos en previsión del cese de la convivencia*, del Código Civil de Cataluña somete a estos acuerdos al estricto régimen del artículo 231-20, que regula los pactos en previsión de una ruptura matrimonial.

(Trabajo recibido el 16-6-2014 y aceptado
para su publicación el 30-6-2014)