

**DIPLOMA DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA Y GÉNERO.  
PODER JUDICIAL DE PERÚ, PODER JUDICIAL DE CHILE Y  
UNIVERSIDAD DE JAEN (2015-2016)**

**BLOQUE 4: PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON  
DISCAPACIDAD**

ANTONIO GÁLVEZ CRIADO  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Málaga

**SUMARIO:** 1.- CUESTIONARIO. 2.- OBJETIVOS. 3.- LA DISCAPACIDAD TRÁS LA CONVENCION DE NUEVA YORK DE 2006. 3.1.- Introducción. 3.2.- La adaptación legislativa a la Convención de 2006. 3.3.- La labor de adaptación a la Convención por parte de la jurisprudencia española. 4.- EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS PERSONALES DEL DISCAPACITADO. 5.- BIBLIOGRAFÍA

## **1. CUESTIONARIO**

### **1.ª CUESTIÓN (Para su contestación individual por el alumno):**

¿Qué modificaciones legales cree usted que deberían llevarse a cabo por el legislador para la adaptación de la legislación civil a la Convención de Nueva York de 2006, tanto respecto a la protección de las personas con discapacidad como respecto a la protección de las personas mayores?. Concrete las que considere líneas básicas que, en su opinión, debería seguir la reforma legal, incluida la cuestión del ejercicio de los derechos personales del discapacitado.

### **2.ª CUESTIÓN (Para su discusión en la plataforma virtual):**

¿Qué cambios cree usted que debería producir en la práctica actual de los Tribunales de justicia la Convención de Nueva York de 2006 y la futura reforma legal del Código Civil, tanto respecto a la protección de las personas con discapacidad como de las personas mayores?. ¿Qué prácticas actuales deberían, en su opinión, desecharse y cuáles acogerse?

## **2. OBJETIVOS**

El presente tema tiene como objetivo la exposición y la discusión jurídica acerca de algunos problemas teórico-prácticos que la discapacidad de las personas puede plantear en el ámbito del Derecho privado.

La terminología no es unívoca porque la legislación utiliza conceptos jurídicos diversos a los que anuda consecuencias jurídicas muy diferentes también: discapacitado, incapaz, persona con la capacidad de obrar modificada judicialmente, incapacitado, inimputable, persona mayor, etc.

En concreto, nos centraremos básicamente en los siguientes aspectos relativos a las personas que no pueden gobernarse por sí mismas de una forma plena: la incapacitación o interdicción (modificación judicial de la capacidad de obrar de la persona física) en España, la influencia de la Convención de Nueva York de 2006 en este ámbito, el ejercicio de los derechos personales (o fundamentales) del discapacitado y la guarda de mayores.

En la exposición del tema se ha procurado dar un especial protagonismo a las respuestas que la jurisprudencia ha venido dando a estas cuestiones, incluso reproduciendo literalmente los Fundamentos de Derecho más destacados en cada caso, a fin de que el alumno pueda leerlos cómodamente y formarse un criterio que pueda ser

objeto de debate y discusión durante la exposición presencial del tema. Entendemos que el análisis crítico de la legislación existente y la jurisprudencia que la interpreta deben servir para formular propuestas alternativas bien fundamentadas.

Los objetivos de este tema vienen determinados por las competencias específicas que se pretenden adquirir con el desarrollo del mismo, y que son:

- Exposición de concretos problemas teórico-prácticos relativos a las personas con discapacidad, con las soluciones legales y jurisprudenciales existentes al respecto.
- Análisis crítico de dichas soluciones y planteamiento de otras alternativas que puedan ser de utilidad para reforzar el nivel de protección que el ordenamiento jurídico debe dispensar en estos casos.
- En concreto, la identificación y aplicación de los principios constitucionales que entran en juego en este ámbito.

### 3. LA DISCAPACIDAD TRAS LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006

#### 3.1. Introducción

El día 13 de diciembre de 2006 se aprobó en el seno de las NNUU (Nueva York) la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, que fueron posteriormente ratificados por España en abril de 2008 y entraron en vigor el día 3 de mayo del mismo año<sup>1</sup>.

Por su parte, Perú había firmado la Convención y su Protocolo (el 30 de marzo de 2007), que fueron ratificados el 30 de enero de 2008 y entraron en vigor, como es lógico, también el 3 de mayo de ese mismo año.

Desde el primer momento se plantearon en España serias dudas sobre la adecuación de nuestras normas civiles y procesales a las exigencias de la Convención. En el ámbito estrictamente civil, los dos puntos principales de la discusión generada fueron:

a) Sobre si, en nuestro Derecho y en adelante, podía seguir manteniéndose la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, habida cuenta de que parecía que la Convención prescindía de forma deliberada de ella, con el fin de evitar diferencias de trato que pudieran repercutir negativamente sobre las personas discapacitadas.

Y este había sido un tema importante durante los debates de la Convención, pues algunos países habían defendido el pleno reconocimiento tanto de la capacidad jurídica como de la capacidad de obrar a favor de las personas con discapacidad, a fin de evitar diferencias de trato, y parece que esta fue la postura que finalmente prevaleció en la redacción final de la Convención<sup>2</sup>.

b) Sobre si nuestra regulación actual de la incapacitación (interdicción) en los arts. 199 y ss. del Código Civil español de 1889 (en adelante CC), tanto en lo relativo a los requisitos para incapacitar (interdicción) a una persona como en lo relativo a las figuras tuitivas reguladas (tutela, curatela y defensor judicial, básicamente), se correspondía con los principios de la Convención, y sobre todo, con el **sistema de apoyo** al que hace referencia su art. 12 en caso de que las personas con discapacidad lo necesiten, propio de un modelo social de discapacidad, frente a un modelo médico-rehabilitador (presente en el art. 49 de la Constitución Española de 1978 y arts. 7 y 23 de la Constitución Política del Perú de 1993).

---

<sup>1</sup> El Instrumento de ratificación por España se publicó en el BOE n.º 96, de 21 de abril de 2008, respecto a la Convención, mientras que el Instrumento de ratificación del Protocolo se publicó en el BOE n.º 97, de 22 de abril de 2008.

<sup>2</sup> Parece ser que los países europeos y latinoamericanos estaban entre los partidarios de abolir la distinción, mientras que en el sentir contrario se encontraban los países islámicos, China y Rusia, que finalmente renunciaron a la distinción, aunque posteriormente se dio lugar a la formulación de reservas y declaraciones interpretativas de éstos y otros países.

En particular, la figura del tutor, como representante o sustituto de la voluntad del tutelado, planteaba las dudas más importantes, por cuanto suponía prescindir de forma absoluta de la voluntad del tutelado respecto a su vida y bienes. Y es que en España, un mayor incapaz puede estar sujeto a tutela o a curatela, según establezca la propia sentencia de incapacitación en atención al grado de discernimiento de la persona.

Para empezar, el párrafo segundo del art. 1 de la Convención contiene la siguiente definición de “personas con discapacidad”:

*Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

El art. 3 recoge los principios generales de la Convención:

### **Artículo 3. Principios generales**

*Los principios de la presente Convención serán:*

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;*
- b) La no discriminación;*
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;*
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;*
- e) La igualdad de oportunidades;*
- f) La accesibilidad;*
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;*
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.*

Y el art. 12 se ha convertido en el precepto central de todo el debate posterior:

### **Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley**

*1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

*2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen **capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.***

*3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar **en el ejercicio de su capacidad jurídica.***

*4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica **se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas** para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. **Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.***

*5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las*

*demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

La cuestión principal, como se ha dicho sería: ¿es compatible la regulación española de la tutela, curatela y defensor judicial con lo establecido en este precepto, donde se reconoce de forma muy amplia **el principio de autonomía** de las personas discapacitadas y **el principio de proporcionalidad** de las salvaguardas? ¿Cómo debe aplicarse el sistema de apoyo de la Convención?. Téngase muy en cuenta también el principio establecido en el art. 3 a) de la Convención: *“El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”*.

Es el problema de decidir entre dos criterios (PARRA LUCÁN): el criterio de la voluntad del discapacitado, de manera que él debe decidir sobre todos sus asuntos, debiendo ser mínima la intervención de terceros (tutor, curador, juez, etc) y sólo en casos necesarios e imprescindibles para evitar el abuso de terceros; por otro lado, el criterio del interés, esto es, que los terceros decidan por él en su propio interés y protección.

Debemos advertir en este punto que, recientemente, en algunas leyes españolas (así, en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria<sup>3</sup>) se ha sustituido el término “incapacitado” por el de “persona con la capacidad de obrar modificada judicialmente” (el lenguaje también es importante aquí), aunque a lo largo de este trabajo seguiremos utilizando los términos “incapacitación” o “incapacidad” como sinónimos, porque es también la terminología que sigue usando nuestro Código Civil (“incapacitación”, en los arts. 199 y ss.).

Es cierto que en España contamos con algunos instrumentos jurídicos que permiten a una persona con capacidad de obrar suficiente adoptar decisiones sobre su persona y bienes en previsión de una futura incapacidad, básicamente dos figuras: la autotutela y los poderes preventivos. El primer caso y aunque las posibilidades son amplias, suele ser la vía idónea para la designación (en documento notarial) de tutor o curador, lo que debe ser respetado en el futuro proceso judicial de modificación de su capacidad de obrar (incapacitación), salvo que circunstancias relevantes y muy justificadas exijan que el juez tome una decisión distinta.

Por su parte, los poderes preventivos entran en el ámbito de la representación voluntaria y se trata de apoderar a una persona para que se encargue de nuestros asuntos, a la que se otorgan poderes de representación y gestión en las condiciones y límites establecidos en el propio poder (normalmente notarial). La utilidad básica de la figura es el nombramiento de un apoderado que se encargue de la persona y patrimonio del futuro incapaz (desde el momento del otorgamiento del poder y tras la incapacidad o desde que se produzca la incapacidad misma, según se acuerde), de manera que ello permita que la persona no sea incapacitada con posterioridad; en algunas Comunidades Autónomas de España, la legislación impide instar la incapacitación si existe ya un apoderado que se encarga suficientemente de la persona y bienes del incapaz (en el régimen del Código Civil no se dice nada sobre este punto, pues en el Código su regulación es muy escasa y claramente insuficiente).

Sin embargo, la realidad judicial española en materia de incapacitación es bien conocida por todos: la mayor parte de las incapacitaciones son totales o absolutas, privando al incapacitado de la práctica totalidad de su capacidad de obrar, siendo representado y sustituido por sus padres o su tutor, de manera que el recurso a la figura mucho más flexible como es la curatela es claramente excepcional en nuestra realidad práctica. Además, durante el proceso de incapacitación la autonomía y el poder de

---

<sup>3</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

decisión del propio incapaz sobre su propia incapacitación resulta ciertamente muy limitado.

Sirva, no obstante, en “descarga” en favor de nuestros jueces y tribunales de justicia el hecho de que la mayoría de los casos que les llegan se refieren a situaciones especialmente graves (la mayor parte, enfermedades mentales graves) que hacen inevitable la sustitución de la capacidad de obrar del finalmente incapacitado por un representante legal (el tutor).

### 3.2. La adaptación legislativa a la Convención de 2006

Se han producido importantes modificaciones legales en España tendentes a adaptar nuestro Derecho a la Convención, aunque la gran reforma que queda pendiente es la que se espera en el ámbito del Derecho Civil y que ha de dar respuesta a las importantes cuestiones que, en los aspectos jurídico-civiles, plantea la Convención, aunque también en el ámbito procesal continuamos todavía con el proceso de incapacitación tradicional.

Por Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010 se aprobó el Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención, que ha servido, en buena medida, de orientación para la legislación aprobada posteriormente.

En ese informe se contienen algunas de las líneas maestras a las que habría de responder el proyecto de ley que debía presentarse, en relación a la “legislación civil, mercantil y penal”, y en lo que aquí interesa tales líneas básicas serían:

-Necesidad de reemplazar el tradicional modelo de sustitución propio de la representación por un modelo de apoyo en la toma de decisiones, de manera que la sustitución debe ser una situación excepcional.

-Necesidad de profundizar en la graduación de la capacidad (de obrar) y en la exigencia de proporcionalidad en las medidas de apoyo, especialmente en lo relativo a su extensión, intensidad y duración.

-Necesidad de garantizar el respeto a la dignidad y a la autonomía del discapacitado, de manera que prevalezca su voluntad y preferencias, garantizando una intervención mínima, aunque con garantías de que no existan conflictos de intereses ni influencias indebidas sobre su persona.

A partir de aquí, el informe no llega demasiado lejos (aparte de proponer las modificaciones terminológicas oportunas), pues se limita a defender el mantenimiento de las figuras del tutor y el curador, aunque con más flexibilidad, y a proponer la introducción de un artículo concreto que regule el ejercicio de la patria potestad por los discapacitados. En otros ámbitos, tales como la capacidad de heredar, de testar o de contraer matrimonio, entiende el informe que no se precisan modificaciones legales.

Se comprende esta situación al leer la principal conclusión a la que se llega en el Informe: *“la legislación española es una de las más avanzadas del mundo en reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad y está a la cabeza en los países de la UE en esta materia”*, bastante alejada de las observaciones que sobre este punto ha dictaminado el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU sobre España (a quien ha pedido un segundo informe antes del 3 de diciembre de 2015 sobre la aplicación de estas observaciones finales<sup>4</sup>).

---

<sup>4</sup> En sus Observaciones Finales sobre el informe de España el Comité mostró su preocupación por la falta de adopción de medidas *“para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica”* y recomendó que se revisaran *“las leyes que regulan la guarda y la tutela”* y que se tomen *“medidas para adoptar leyes y políticas por la que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomendó, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes”*.

En la actualidad contamos con las siguientes principales leyes sobre la materia:

1.º) El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad. En este TR se han refundido:

-La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad;

-La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y

-La Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

2.º) La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, desarrollada mediante el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre.

3.º) La Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

4.º) La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Mediante estas leyes (sobre todo las aprobadas tras la Convención de Nueva York y el Informe mencionado), se ha tratado de dar impulso a las medidas para remover los obstáculos que puedan existir para garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercitar sus derechos de forma plena y en situación de igualdad respecto al resto de ciudadanos.

Aunque tales medidas no se ciñen al ámbito público o relativo a las Administraciones Públicas y abarcan también importantes ámbitos del sector privado (así, telecomunicaciones y sociedad de la información, transportes, propiedad horizontal etc.), sin embargo, es claro que el grueso de tales medidas, así como su impulso, corresponde a las Administraciones Públicas en ámbitos tales como prestaciones sociales, farmacéuticas, salud, educación o empleo, por ejemplo.

En el ámbito estrictamente civil, la disposición adicional séptima de Ley 26/2011, de 1 de agosto, preveía que en el plazo de un año a partir de su entrada en vigor (el 2 de agosto) el gobierno remitiría a las Cortes Generales un proyecto de ley *“de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”*. Proyecto de ley que quedó frustrado por avatares políticos, pero que cuatro años después todavía estamos esperando.

Contrasta la situación española en el específico ámbito del Derecho civil con la existente en algunos países de nuestro entorno, que suelen ser una referencia para nosotros. Así por ejemplo, en Italia y mediante la Ley 6/2004, de 9 de enero, se introdujo (antes incluso de la aprobación de la Convención de Nueva York) la institución de la administración de apoyo (*amministrazione di sostegno*) y se modificó la regulación de la incapacitación y la inhabilitación, con el objetivo básico de *“tutelar, con la menor limitación posible de la capacidad de actuar, a las personas privadas*

*total o parcialmente de autonomía en la realización de las funciones de la vida cotidiana, mediante intervención de apoyo temporal o permanente”.*

Precisamente para cumplir esta finalidad se crea la institución del administrador de apoyo, que no supone la incapacitación del beneficiado, pero que tanto puede servir para prestar una asistencia al beneficiario como puede sustituir a éste en concretos ámbitos de su actuación, lo que se hará caso por caso en la disposición mediante la cual se nombre al administrador de apoyo, y que permite dotar a la figura de gran flexibilidad y proporcionalidad (incluso puede ser el propio beneficiado quien proponga esta medida al juez).

Por otra parte, Francia cuenta desde 1968, además de con la tutela y la curatela, con la figura denominada “*sauvegarde de justice*” (salvaguarda de justicia), que ha sido objeto de varias modificaciones legales con posterioridad (la más importante a estos efectos, la llevada a cabo mediante la Ley n.º 2007-308, de 5 de marzo, que entró en vigor el 1 de enero de 2009). Esta figura está pensada para situaciones en las que las personas (mayores de edad) necesitan de una protección temporal o precisan ser representadas en algún acto concreto, normalmente por padecer una crisis temporal en sus capacidades que le hacen precisar de una salvaguarda temporal o puntual (situación propia de algunas enfermedades psíquicas sobre todo), aunque se excluyen los actos personalísimos.

En este caso, la persona asistida no ve modificada su capacidad de obrar, aunque pueden impugnarse los actos del sometido a salvaguarda de justicia cuando pueda probarse su falta de capacidad en ese momento, así como también pueden impugnarse los que resulten perjudiciales para sus propios intereses. El plazo de duración de la salvaguarda sería en principio de un año como máximo (aunque puede renovarse) y también cesa cuando la persona afectada es sometida a otro régimen distinto, bien de asistencia (curatela), bien de representación (tutela), en función de su situación y necesidades.

Alemania también cuenta en vigor desde 1992, para los mayores de edad, con una figura de asistencia denominada “*Betreuung*”, que finalmente y tras varias reformas posteriores, en la actualidad ha venido a sustituir a la tutela y curatela, por lo que se trata de una figura muy flexible y aplicable a un amplio abanico de casos para los discapacitados físicos y psíquicos que precisen de asistencia (tanto total como parcialmente). En realidad, el asistente es su representante legal (aunque para algunos actos necesita autorización judicial, y siempre quedan excluidos los actos personalísimos), a pesar de lo cual en principio el discapacitado mantiene su capacidad de obrar plena (salvo en los supuestos en los que se impone necesariamente el consentimiento del asistente), de manera que puede realizar por sí mismo actos y negocios jurídicos. No obstante, serán nulos los actos que haya celebrado en ausencia de capacidad natural.

La asistencia no puede durar más de 5 años, de manera que transcurrido el plazo establecido debe revisarse la situación de la persona afectada y decidir nuevamente si procede o no su mantenimiento y con qué extensión.

Por último, en Perú la actual Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N.º 29973, que sustituyó a la Ley N.º 27050), en su disposición final segunda preveía la creación de una Comisión Revisora del Código Civil (CEDIS) en relación al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y que dicha Comisión presentaría un anteproyecto de reforma del Código Civil en un plazo no superior a seis meses. Sin embargo, en 2013 se modificó dicha disposición adicional y se estableció un nuevo plazo de un año a contar desde su constitución, a resultas de cuyo trabajo presentó una propuesta a fecha 30 de marzo de 2015, sobre cuya base, en la actualidad el Congreso de la República está tramitando el Proyecto de Ley N.º 4601/2014-CR, que prevé la modificación o derogación de más de 80 preceptos del Código Civil de 1984 con este fin.

En líneas generales, el Proyecto trata de adaptar el Código Civil al modelo social de discapacidad, de manera que el modelo actual (y su aplicación práctica) de

sustitución generalizada del ejercicio de la capacidad jurídica de los discapacitados (por parte del curador) sea reemplazado por un modelo de apoyos y salvaguardas, acorde con los principios de la Convención de 2006 y de otros Instrumentos Internacionales de protección de los derechos humanos de los cuales es parte la República de Perú. Al mismo tiempo, se pretende instaurar un sistema muy flexible que permita adoptar las indispensables medidas concretas que sean necesarias en cada caso, y siempre, contando con la participación del discapacitado en la adopción de estas medidas y en su ejecución práctica posterior.

Con este fin, se propone la modificación de los actuales arts. 42 a 46, de manera que quede perfectamente claro que la plena capacidad de ejercicio es la regla general, mientras que las incapacidades absoluta y relativa constituyen la excepción. Pero el grueso de la reforma recae en el Libro III (De la Familia), y más concretamente, en su Título II (Instituciones Supletorias de Amparo), en el que ahora se propone la sustitución de la figura de la curatela (que era hasta ahora la figura de protección de los mayores incapaces), regulada en su Capítulo segundo, por un sistema denominado “Apoyos, Salvaguardas y Administración de Bienes (arts. 564 y ss.), donde se pretende acabar con el proceso de interdicción y sustitución y su reemplazo por un sistema de apoyos (si bien temporalmente se propone un proceso de asistencia).

La idea principal de esas normas es que la persona discapacitada pueda acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos que considere necesarios (art. 564), determinado la forma, alcance y duración de los mismos (art. 566), de manera que él mismo podrá designarlos ante notario o ante el juez de paz letrado (art. 568), quedando reservada la decisión del juez en este sentido al caso excepcional en el que la persona con discapacidad se encuentre imposibilitada de manifestar su voluntad, e incluso en este caso la persona con discapacidad puede negarse al apoyo en cualquier momento del proceso (art. 569).

### **3.3. La labor de adaptación a la Convención de 2006 por parte de la jurisprudencia española<sup>5</sup>**

Así las cosas, se entiende que en España la verdadera labor de adaptación de la Convención de 2006 en el ámbito civil haya tenido que ser llevado a cabo por la propia jurisprudencia, interpretando y adaptando las figuras tutivas disponibles (tutela, curatela y defensor judicial) a los criterios de la Convención, lo que en buena medida se ha realizado haciendo recaer el peso en una figura bastante flexible como es la curatela (sin perjuicio de la enorme importancia práctica que sigue ostentando la tutela). Analizaremos a continuación algunos ejemplos relevantes al respecto.

#### *A) La Sentencia del Tribunal Supremo (de Pleno) de 29 de abril de 2009 (Ponente, Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías).*

En el marco de un proceso de incapacitación, el Juzgado de Primera Instancia (JPI) había declarado que una señora era incapaz de modo absoluto y permanente para regir su persona y bienes y había nombrado tutor de su persona a dos de sus hijas y como tutor de sus bienes a otra persona distinta, lo que fue confirmado por la Audiencia Provincial (AP, Tribunal de Apelación en España) de Salamanca.

Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo (TS), se dio traslado del mismo al Ministerio Fiscal, que planteaba que el problema del caso no estaba en si se habían cumplido las exigencias de la normativa civil (arts. 199 y 200 CC) para declarar incapacitada a una persona, sino sus serias dudas sobre la adecuación de las normas anteriores y del proceso de incapacitación de nuestro país con los postulados de la Convención de 2006.

---

<sup>5</sup> En el llamado “Informe Olivenza 2014, sobre la discapacidad en España”, del Observatorio Estatal de la Discapacidad, puede encontrarse un listado actualizado de resoluciones judiciales que han tenido en cuenta la aplicación de la Convención de 2006 para resolver la controversia planteada.

En la sentencia se recoge resumidamente el escrito del fiscal, que se centra en el art. 12 de la Convención:

*A partir de lo dispuesto en el Art. 12 de la Convención ya citada, sigue señalando el escrito que "[...] La Convención establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. Por ello describe explícitamente "el derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley y las medidas que los Estados deben adoptar para que ese derecho no sea vulnerado", pues afecta de un modo esencial, al ejercicio de los derechos fundamentales, proyectándose transversalmente a cada uno de los derechos que la Convención recoge. La Convención contiene implícitamente tres deberes distintos que obligan a todos los Estados partes:*

- a) La obligación de respetar. Los Estados partes no deben injerirse en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad,*
- b) La obligación de proteger. Los Estados partes deben impedir la vulneración de estos derechos por terceros,*
- c) La obligación de actuar.*

*Los Estados partes deben tomar las medidas oportunas de orden legislativo, administrativo, presupuestario, judicial y de otra índole que sean necesarias para el pleno ejercicio de estos derechos. Por ello, las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, poseyendo capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y para conseguir esa igualdad, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad. La Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de esta necesaria "igualdad", proporcionándole los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar". Pone de relieve también las dificultades que hubo en la discusión acerca del reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad y concluye que "[...] La Convención propugna la sustitución del modelo de "sustitución en la toma de decisiones" por el nuevo modelo de "apoyo o asistencia en la toma de decisiones", aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno". Consecuencia de ello es que deben tenerse en cuenta una serie de circunstancias personales, relativas a la salud y sobre todo, económicas y administrativas, entre las que destaca: "a) Conocimiento de su situación económica, capacidad para tomar decisiones de contenido económico, (cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.). Capacidad para conocer el alcance de: préstamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial. Capacidad para el manejo del dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor, b).- Capacidad relacionada con el objeto del procedimiento de modificación de la capacidad y sus consecuencias. Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros y capacidad para realizar disposiciones testamentarias. [...]"*

*Respecto de las medidas a tomar para la protección de las personas con discapacidad, añade el escrito que se está resumiendo que, sobre la base de la necesidad de protección establecida en el Preámbulo de la Convención, "la toma de decisiones con apoyo puede adoptar numerosas modalidades. Apoyos en las decisiones personales en las decisiones patrimoniales (Art. 12. 5 ), sociales y en general de toda índole, cuando se basen en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, estando abierta a "nuevas formas" nacidas de la diversidad de condiciones que puedan suscitarse", de modo que*

*"[...] Esto establece una distinción entre la toma de decisiones con apoyo y la toma de decisiones sustitutiva, como el testamento vital y los tutores y amigos en que el custodio o tutor posee facultades autorizadas por los tribunales para tomar decisiones en nombre de la persona discapacitada sin que tenga que demostrar necesariamente que esas decisiones son tomadas en el superior interés de aquella o de acuerdo con sus deseos", aunque reconoce que en la citada Convención, los mecanismos de apoyo a las personas con discapacidad dependen de la legislación interna. Concluye el escrito del Fiscal proponiendo una solución intermedia a la espera de medidas legislativas que se adapten a la Convención: "La aplicación del Art. 12 la Convención supone un desafío para nuestro sistema, pues no solo afecta a los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar y a las consecuencias que su unificación representa, sino que incide de lleno en el proceso especial de "capacidad de las personas", fundamentalmente en la incorporación del "modelo de apoyos", que se enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional. Sin duda, la implantación de la Convención exige soluciones frente a determinadas situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales sea necesario tomar una decisión en su nombre", para acabar proponiendo que mientras no se modifique el ordenamiento español para adaptarlo a la Convención, "[...] la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea. De un lado porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta. Reparar en todo caso, que pese a que esta configuración solo puede ser provisional, y desde el contenido de la Convención y la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo, requerirá necesariamente de una profunda, sino nueva, reforma legislativa, y por ello consideramos necesario, que por parte de la Sala, pueda marcarse el camino interpretativo de los aspectos fundamentales de su aplicación".*

A continuación, el TS realiza algunas consideraciones sobre los arts. 3 y 12 de la Convención, distingue los distintos problemas que se plantean entre los distintos grupos de personas a las que se refiere la Convención, analiza las implicaciones del principio de dignidad de la persona del art. 10 de la Constitución Española de 1978<sup>6</sup> (CE) y la adecuación a ésta de las reglas positivas sobre incapacitación, para terminar afirmando que:

*Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE, por lo que:*

*a) La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a*

---

<sup>6</sup> Art. 10 CE: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que al Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".*

determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección. En este sentido ha sido siempre entendida la incapacitación, como pone de relieve, entre otras la sentencia de esta Sala de 16 septiembre 1999 que declaró que "implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial" (asimismo STS de 14 julio 2004).

b) No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.

c) La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 CE), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección.

Las anteriores consideraciones permiten al TS concluir (y rechazar el recurso de casación interpuesto) de esta manera:

*De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone:*

*1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC.*

*2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.*

*B) La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012 (Ponente: Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías):*

En este caso, a instancias del Ministerio Fiscal, el JPI había incapacitado a una persona a consecuencia de un trastorno bipolar respecto al cuidado y administración de sus bienes (excepto para el manejo del dinero de bolsillo), sometiéndolo a una tutela parcial (asumida por la Comunidad Autónoma), mientras que respecto a su persona se consideró que era plenamente capaz de valerse por sí mismo. La AP de Asturias confirmó la sentencia del Juzgado.

En este caso, se plantearon dos motivos en casación por el propio incapacitado: primero, la procedencia en este caso del nombramiento de un curador y no de un tutor, y segundo, que el propio incapacitado había designado en escritura pública como tutora a una señora, alegando en ambos casos y entre otras normas, la vulneración del art. 12 de la Convención de 2006.

El TS rechaza el primero de los motivos trayendo a colación afirmaciones que en su momento realizara la STS de 29 de abril de 2009, antes analizada:

*Debe empezarse el análisis de este motivo con el recordatorio del Artículo 12 de la citada Convención, cuyo título es "Igual reconocimiento como persona ante la ley". El párrafo primero del Art. 12 dice "1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica" y a continuación señala que "2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida" "[...] adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica". De este modo hay que señalar que manteniéndose la personalidad, pueden someterse estas personas a un sistema de protección o de apoyo, en palabras de la propia Convención, precisamente para proteger su personalidad.*

*(...)*

*Esta tendencia interpretativa queda incorporada a la doctrina constitucional en la STC 174/2002, de 9 octubre, que dice que "[...] La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable". De acuerdo con esta doctrina, debe concluirse que la decisión de incapacitar de forma limitada a D. Obdulio únicamente en lo relativo a la disposición de sus bienes, sometiéndole a tutela únicamente en este aspecto, se ajusta a las normas vigentes en España, porque:*

*1ª Se ha constatado que concurre causa de incapacitación, al quedar probado y por tanto incólume en casación, que D. Obdulio está afectado por una enfermedad psíquica.*

*2ª Que esta enfermedad impide a D. Obdulio gobernarse a sí mismo, en el sentido de la STS 781/2004, de 14 julio, que entiende que "el autogobierno se concibe como la idoneidad de las personas para administrar sus intereses". En el presente supuesto, se ha probado que la enfermedad que padece D. Obdulio le afecta en el aspecto patrimonial para todo tipo de transacciones y operaciones económicas, que llevan a declarar "la incapacidad total para la administración y disposición de sus bienes", y que solo es capaz de manejar dinero de bolsillo.*

*3ª Teniendo en cuenta el importante patrimonio mobiliario de D. Obdulio, consistente precisamente en depósitos bancarios, inversiones mobiliarias y otros del mismo tipo, está plenamente justificado el sometimiento a tutela parcial, limitada exclusivamente a la disposición y manejo de su patrimonio, sin que afecte a otros aspectos personales.*

Tampoco acoge el TS el segundo de los motivos alegados, entendiendo correcto el nombramiento de la Comunidad Autónoma como tutor, rechazando la idoneidad de la señora nombrada por el propio incapacitado, sobre la que recaían importantes sospechas de aprovechamiento, pues incluso se habían seguido diligencias penales a instancia de la entidad financiera donde el incapacitado tenía depositado su dinero a consecuencia de las grandes cantidades de dinero que el incapacitado había sacado de la entidad acompañado siempre esta señora (no familiar suyo) y que habían tenido como destino otra cuenta bancaria donde aparecían ambos como titulares.

C) La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana): hacia el principio general del interés superior de la persona con discapacidad.

En este caso y también a instancia del Ministerio Fiscal, el JPI había declarado la incapacidad parcial de una persona, tanto en cuanto al control terapéutico y al tratamiento de su enfermedad como a la administración y disposición de sus bienes, a excepción del dinero de bolsillo. El JPI nombró un curador (el Instituto Tutelar de Vizcaya) y la AP de Bilbao ratificó la anterior resolución en lo esencial y que resulta de nuestro interés.

Interpuesto recurso de casación por el propio incapacitado, el Ministerio Fiscal solicitó en su escrito que se sustituyera la curatela por “una institución jurídica de apoyo”, de conformidad con la Convención de 2006. Sin embargo y reiterando los planteamientos de la STS de 29 de abril de 2009 (citada por error como de septiembre), el TS rechaza el recurso confirmado la procedencia de la curatela, aunque –afirma– reinterpreta conforme a la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad.

Estas son las palabras de esta sentencia que resultan de especial interés:

*La STS 29 de septiembre de 2009 SIC, de Pleno, en materia de incapacidad y en la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, relativa a sí, como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces, señala lo siguiente: " la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado... Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona". El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: «1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.»*

*Todo ello se cumple en este caso a partir unos hechos que se mantienen inalterables en casación y que resultan determinantes para **que se aplique la curatela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad, en palabras de la propia Convención.***

Más recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de mayo de 2015, casó la sentencia de segunda instancia por entender que las limitaciones de la persona discapacitada en cuestión (demencia senil leve, falta de movilidad y sordera) no justificaban su incapacitación total, lo que resultaba contrario a la Convención de Nueva York de 2006 (por las mismas razones, la sentencia de 30 de junio de 2014 había sustituido la tutela por un régimen de curatela más flexible). Por su parte, la sentencia del mismo Tribunal, de fecha 20 de octubre de 2014, estableció un sistema de apoyos concretos y personalizados a favor del discapacitado que debía realizar su curador.

Resulta también de interés la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de septiembre de 2014, en la que también se casó la sentencia recurrida al entender el Alto Tribunal que no se había respetado la voluntad de la persona discapacitada, que había manifestado durante su proceso de incapacitación su preferencia para que fuera designado tutor su hijo en vez de su hija, lo que no fue respetado por los tribunales inferiores, entendiéndose que ello resulta contrario a los principios de autonomía individual y libertad para tomar las propias decisiones, a los que se refiere la Convención, sin que existieran en el caso razones objetivas que pudieran hacer pensar que su preferencia pudiera causarle perjuicio.

#### 4. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS PERSONALES DEL DISCAPACITADO

En un plano general, la cuestión central que trata de exponerse aquí es la relativa a la decisión y ejercicio de los **derechos o actos personales (algunos personalísimos)**, también **derechos fundamentales o de la personalidad** del discapacitado, cuando éste no puede decidir y hacerlos valer por sí mismo, parcialmente o de forma plena. Se trata entonces de decidir si tales actos o derechos deben ser decididos por la persona misma, de manera que el tutor o curador no pueden ser autorizados para asistirle o representarle en estos ámbitos, o si por el contrario, el ejercicio de los mismos puede entenderse incluido dentro de la función asistencial del curador o representativa del tutor. Normalmente el problema se plantea respecto a las funciones representativas del tutor (aunque también en relación al apoderado en el caso de los poderes preventivos).

Pensemos, por ejemplo, en la decisión sobre la determinación del lugar de residencia del discapacitado (configurado como un derecho por el art. 19 a) de la Convención), el sometimiento a tratamientos médicos y hospitalarios, etc.

Debe tenerse en cuenta que conforme al art. 267 CC: *“El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación”*, todo ello sin perjuicio de la necesidad de recabar autorización judicial en los casos previstos legalmente. En Perú, las funciones del curador de las personas mayores incapaces pueden ser tanto funciones de representación como funciones de asistencia, dependiendo del grado de incapacidad (art. 576 CC, que permanecería inalterado, en principio, tras la reforma proyectada).

Naturalmente que el legislador puede establecer una posición al respecto, como hizo el legislador francés mediante una ley de 5 de marzo de 2007 (en vigor desde el año 2009), reformando la protección de las personas mayores vulnerables en Francia y estableciendo un listado no exhaustivo de actos que pertenecen a la esfera estricta de la autonomía de la persona y que solamente ella puede ejercitar, tales como el reconocimiento de un hijo, la elección del nombre del hijo o el consentimiento para la adopción. De esta forma, se trata de proteger los derechos y la dignidad de las personas a fin de asegurarles un margen de autonomía irreductible.

En un plano más concreto, se trata en esta ocasión de decidir si el tutor está legitimado para ejercitar una **acción de divorcio (o separación) en nombre de una persona incapacitada de forma absoluta para hacerlo**, teniendo en cuenta que se trata de una acción que tradicionalmente se ha entendido como personalísima, y que por tanto, su ejercicio no puede ser cedido a otra persona, como también parece desprenderse del art. 86 CC (*“se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el art. 81”*)<sup>7</sup>. Debe tenerse en cuenta a estos efectos que el

---

<sup>7</sup> Lo mismo respecto a la acción de separación a tenor del art. 81 CC (*“1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración*

art. 271.6.º CC, exige al tutor la obtención de autorización judicial: “*Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía*”.

Nos centraremos para ello en la sentencia del TS de 21 de septiembre de 2011, a la que antecede otra del TC, de 18 de diciembre de 2000, que son las principales que han abordado la cuestión.

A) La Sentencia del Tribunal Supremo (de Pleno) de 21 de septiembre de 2011 (Ponente: Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías):

En este caso, una señora había contraído matrimonio en mayo de 1998, sufriendo un accidente de circulación en marzo de 2000, a consecuencia del cual quedó tetrapléjica y en estado de coma. Se procedió a iniciar un proceso de incapacitación siendo nombrados tutores sus padres por ser quienes, a juicio del juez, tenían una mayor disponibilidad para hacerse cargo de la tutela de su hija (también parece que pesó en la decisión el hecho de que el marido fuera mucho más joven y el poco interés mostrado por éste hacia su esposa tras el accidente).

Posteriormente los padres habían interpuesto, en nombre de la hija, una demanda de separación, que fue estimada y había recaído sentencia firme de la AP de Álava en diciembre de 2004 (quedó probado que existía causa de separación matrimonial con anterioridad al accidente de la tutelada y que ésta había mostrado su interés en separarse, pues incluso había consultado con un abogado sobre el tema).

Así las cosas, los tutores interpusieron con posterioridad una demanda de divorcio en nombre de su hija tutelada. El JPI estimó la legitimación de los tutores para el ejercicio de esta acción, pero desestimó la demanda en sentencia de 27 de septiembre de 2007, resolución que fue revocada por la sentencia de la AP de Álava de fecha 5 de junio de 2008, que estimó la demanda y declaró el divorcio. Contra ella, el marido de la tutelada interpuso recurso de casación, que fue desestimado.

El JPI entendió que la prestación del consentimiento matrimonial era un acto personalísimo y que lo mismo debía entenderse en caso de solicitar el divorcio, y además y en consecuencia, que tal acción sólo podía ser consecuencia de un acto de voluntad del propio cónyuge.

Por el contrario, la AP tuvo muy cuenta en su decisión la aplicación de dos derechos fundamentales de la tutelada: **el derecho a obtener la tutela judicial efectiva**, de la que no podía quedar privada respecto a ciertos derechos o acciones por encontrarse absolutamente impedida de ejercitarlos, y **el derecho a la igualdad**, puesto que en su situación actual y si le negaba el derecho de la acción a los tutores, resultaba que, conforme a la regulación actual, el marido podía obtener el divorcio en cualquier momento mientras que la esposa no podría obtenerlo nunca. Debía, por tanto, decidirse si el ejercicio de la acción de divorcio debía entenderse incluida, conforme a las circunstancias del caso, en la función representativa de los tutores (art. 267 CC), que fue lo que entendió finalmente la AP.

Respecto a la legitimación del tutor, el TS (también la AP) tuvo muy presente el precedente que había sentado la sentencia del TC 311/2000, de 18 de diciembre, que había estimado un recurso de amparo interpuesto por la madre y tutora de una incapacitada a quien se había negado legitimación para la interposición de una acción de separación. El TC había argumentado para conceder el amparo a partir de los derechos a la tutela judicial efectiva (también sobre la base del **derecho de acceso a la justicia de los discapacitados, conforme al art. 12.3** de la Convención de 2006) y a la igualdad del tutelado, siendo sus afirmaciones principales al respecto reproducidas por el propio TS de esta forma (FD quinto):

*El argumento que utilizó la sentencia de referencia decía que “[...] la separación matrimonial y la acción judicial que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges*

---

*del matrimonio. (...) 2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio (...).”*

frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial [...]”, interés que puede residir bien en una situación de peligro físico, bien en una situación “patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de estos deberes”. **Negar legitimación al tutor “determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general, del posible ejercicio de acciones [...], el ejercicio de la separación solo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia [...]”.** El cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción de separación en aquel caso, “[...]no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela”, **por lo que “[...] desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del art. 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio”.**

En cuanto al **ejercicio de los derechos fundamentales del tutelado**, el TS entendía que había dos principales derechos en juego (FD sexto):

*En el presente supuesto y siempre que se trate de la acción de separación o divorcio ejercitada por los tutores en nombre e interés de una persona incapacitada, están presentes dos derechos fundamentales:*

**1º El derecho fundamental a la libertad de continuar o no casado.** El divorcio actual no requiere alegación de causa cuando lo ejercita personalmente el interesado, quien no tiene que justificar sus motivos, porque de esta manera, el ordenamiento protege el derecho a la intimidad del cónyuge peticionario del divorcio. A ello obedece la regulación puesta en vigor por la ley 13/2005, al no exigir la alegación de causas.

**2º El derecho a la tutela judicial efectiva permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el art. 271,6 CC, que atribuye a los tutores la legitimación “para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela”, siempre con autorización judicial, que no se requerirá “en los asuntos urgentes o de escasa cuantía”. Esta norma no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas en el art. 271,6 CC las acciones para pedir el divorcio y la separación. La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse.**

En consecuencia, entiende el TS que el interés superior y la protección del incapacitado exige que, en estas circunstancias, los tutores estén legitimados (en realidad, obligados) para interferir en la esfera jurídica de los derechos fundamentales del incapacitado, aunque lógicamente con las limitaciones que impone la ley, esto es: bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, actuando los tutores en el interés superior del incapacitado y con la garantía que supone la intervención del Ministerio Fiscal.

B) La Sentencia del Tribunal Constitucional 311/2000, de 18 de diciembre (Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas):

Esta sentencia sirvió, como se ha dicho, de base jurídica a la anterior, aunque se trataba del ejercicio de una acción de separación judicial, no de divorcio. En este caso la tutora y madre de la incapacitada, enfrentada con el marido de ésta por el uso que el mismo venía haciendo de los bienes de su mujer, había solicitado autorización judicial

para interponer demanda de separación o divorcio y el JPI se lo había otorgado, lo que fue ratificado por la propia AP de Oviedo.

Sin embargo, la demanda de separación había sido rechazada sobre la base de que se trataba del ejercicio de un derecho de carácter personalísimo en que únicamente ostentan legitimación procesal para ser parte los cónyuges. Esta postura había sido ratificada por dos sentencias de la propia AP, por lo que la tutora solicitó el amparo del TC por entender que se habían vulnerado derechos fundamentales de la tutelada: básicamente, la denegación del acceso a la jurisdicción (tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE) y el derecho a la igualdad entre cónyuges (art. 14 CE).

Los Fundamentos de Derecho 4 y 5 de la sentencia recogen las argumentaciones (ya reproducidas en parte en la sentencia del TS de 21 de septiembre de 2001) completas sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, que el TC considera vulnerados y constituyen la base del amparo concedido:

4

En el presente caso, y atendidas las circunstancias en que se ha producido la negación a la recurrente de la legitimación para interponer, como tutora de su hija incapacitada, demanda de separación matrimonial contra el esposo de ésta y procedimiento de medidas provisionales, debe inquirirse si existe un interés legítimo al que se le haya cerrado el acceso a la tutela judicial, en cuyo caso la vulneración del art. 24 CE sería innegable.

**Al respecto se ha de observar que en concreto la separación matrimonial y la acción judicial, que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial en las situaciones previstas por el legislador como supuestos legales de las distintas causas de separación.** Ese perjuicio, por ejemplo, puede referirse, bien directamente a la persona del cónyuge, que puede encontrarse incluso en una situación de peligro físico en su convivencia con el otro cónyuge (piénsese, v. gr., en el supuesto de la causa 4 del art. 82 CC), o que puede afectar de modo inaceptable a su dignidad (v. gr. el supuesto de la causa 1 del propio artículo del CC), o bien a su situación patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de los deberes conyugales (v. gr. causas 1 y 2 del precepto de reiterada cita).

Dichos intereses y perjuicio posibles pueden darse en los incapacitados casados, e incluso de modo más dramáticamente perceptible en ellos, si quedasen por su desvalimiento bajo una sumisión absoluta a su cónyuge capaz. Dadas la situación teórica de dicha vitanda sumisión y de dicho indiscutible interés, el único medio de defensa jurídica del incapaz, cuando su cónyuge no consiente la separación, es precisamente el ejercicio de tal acción.

**Pues bien, en el presente caso, en que la tutora y madre de la incapacitada ha acudido al ejercicio de la acción de separación matrimonial, autorizada judicialmente al efecto, y después de que se le negase en cambio autorización para el ejercicio de acción reivindicatoria, resulta claro que era únicamente la vía de la separación la que resultaba viable para la defensa de los intereses patrimoniales de la incapacitada.**

En esas circunstancias **la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el art. 2 LECiv, el ejercicio de la separación sólo puede verificarse por medio de su tutor; con lo que, si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia. Y puesto que ésta que se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) contra la que se demanda el amparo de este Tribunal, que debe ser otorgado.**

La conclusión anterior sería suficiente por sí sola para el otorgamiento del amparo; **ahora bien, esta conclusión se corrobora en el presente caso desde la vertiente de la igualdad, en relación con el cónyuge capaz.**

En efecto, el cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción respecto al cónyuge incapaz producido por las Sentencias recurridas, aparte de que no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela, constitucionalmente necesarias para impedir el acceso a la justicia, desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del art. 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio; por lo que resulta vulneradora del art. 14 CE.

### C) Breve reflexión final.

Es cierto que la doctrina tradicional de los derechos estrictamente personales o personalísimos nos enseña que estos derechos presentan tres características básicas: primera, su intransmisibilidad; segunda, la imposibilidad de separar la titularidad del derecho y su ejercicio; y tercera, su extinción por la muerte del sujeto. Y creo que esto puede afirmarse de algunos derechos tales como el derecho al voto, el consentimiento para adoptar, el reconocimiento de un hijo o el derecho a contraer matrimonio. Sin embargo, el ejercicio de las acciones de separación y de divorcio plantean algunos problemas adicionales, que creo los convierten en casos muy discutibles.

La reforma del CC de 2005 en España situó a la voluntad de los cónyuges en el centro de la regulación, de tal manera que la acción de separación y divorcio se configura como una especie de derecho libre de los cónyuges, como una manifestación de su **libre voluntad y del libre desarrollo de su personalidad**. Desde esta perspectiva, resulta dudoso que otra persona distinta al titular de este derecho pueda ejercitarlo prescindiendo de la voluntad de los cónyuges.

El art. 55 CC admite la posibilidad de contraer matrimonio mediante representante, exigiendo un poder especial para ello, lo que presupone un acto de voluntad por parte del representado (futuro cónyuge). Si aplicamos el mismo criterio a la acción de divorcio, debería exigirse ese mismo acto de voluntad, en coherencia con la reforma de 2005. Imaginemos la sorpresa que puede suponer para una persona casada que queda temporalmente en estado de coma que cuando despierta se encuentra con que, a instancia de su representante, quedó extinguido su matrimonio.

Sin embargo y a pesar de todas estas razones, creo que existen motivos suficientes para no cerrar las puertas a que, con la única finalidad de proteger **el interés superior de quien no se encuentra en situación de poder ejercitar una acción de divorcio o de separación**, y con la salvaguarda que para sus intereses supone la intervención de su representante legal, de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal, pueda admitirse el ejercicio de estas acciones prescindiendo de la voluntad de quien de ninguna manera puede manifestarla.

Porque si no se deja abierta esta opción, entonces es posible que la imposibilidad de manifestar su voluntad puede jugar en contra del propio incapacitado y suponerle un perjuicio importante, que creo que su representante legal, la autoridad judicial y la Fiscalía tienen el deber de impedir en cumplimiento de las obligaciones que tienen asignadas de **velar por el interés superior de quien no está en condiciones de hacerlo por sí mismo**. Este **deber de velar por el tutelado** es más amplio que el deber de ejercer su representación y probablemente ese debería ser el fundamento legal del ejercicio de la acción de divorcio (o separación) en nombre del propio tutelado.

Un buen ejemplo de lo que estamos diciendo sería el ejercicio de la acción de divorcio en nombre del incapacitado con la finalidad de extinguir la obligación de

alimentos que pesa sobre él respecto a su cónyuge y que de continuar podría ponerlo en una difícil situación financiera que le impidiera costear su propia subsistencia o recuperación. Y también puede pensarse en otros conflictos con su cónyuge que le pueden poner en una difícil situación personal o patrimonial, como subyace en algunas de las sentencias analizadas.

En estos casos, ¿por qué negar el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva para satisfacer un interés superior del incapacitado respecto a un derecho personalísimo que está imposibilitado de ejercitar?. Creo que la prudencia debe ser máxima por parte de los órganos judiciales en la apreciación de este interés superior, pero creo que las puertas no deben cerrarse de forma absoluta a esta opción en beneficio del propio discapacitado.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ARNAU RAVENTOS, L., comentario a la STS de 21 de septiembre de 2011, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 89, mayo/agosto 2012, págs. 413 y ss.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (Coord.), *Derecho de familia*, Pamplona, 2012.
- GARCÍA GARNICA, M.<sup>a</sup> C. (Dir.), *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Ed. Aranzadi, 2011.
- GARCÍA LLERENA, V., *El mayor interés en la esfera personal del incapaz*, Ed. Fundación Paideia Galiza, A Coruña, 2002.
- GARCÍA PONS (Dir.), *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español: la Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Madrid, 2008.
- IDEM, “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *Anuario de Derecho Civil*, 2013, págs. 59 y ss.
- PEREÑA VICENTE, M., “La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?”, *La Ley*, 2011.
- PÉREZ BUENO, L. C., *Hacia un Derecho de la discapacidad*, Ed. Aranzadi-Thomson, Navarra, 2009.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.
- RAMS ALBESA, J.: “Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacitación. Discapacidad y vejez (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, 2011, págs. 211-296.

## MÓDULO III: INFANCIA, FAMILIA Y MATRIMONIO

### RÉGIMEN JURÍDICO DE UNIONES DE HECHO Y MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

ANTONIO GÁLVEZ CRIADO  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Málaga

**SUMARIO:** 1.– CUESTIONARIO. 2.– OBJETIVOS. 3.– PAREJAS DE HECHO Y MATRIMONIO TRAS LAS LEYES 13/2005 Y 15/2005. 4.– BREVE EXPOSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE “INDEMNIZACIONES” O COMPENSACIONES EN CASO DE RUPTURA DE LAS UNIONES DE HECHO. 4.1.– La aplicación de las normas de la sociedad civil y de la comunidad de bienes. 4.2.– El recurso a la analogía *legis* y a la analogía *iuris* (el principio general de “protección del conviviente perjudicado por la situación de hecho”). 4.3.– La aplicación del principio general que veda el enriquecimiento injustificado. 5.– LA AUTORREGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO. 5.1.– El principio de libertad de pactos entre los convivientes como punto de partida. 5.2.– Límites genéricos legales a la libertad de pactos. 5.3.– Ejemplos de posibles pactos. 5.4.– La función revisora del juez y la cláusula “*rebus sic stantibus*”. 6.– JURISPRUDENCIA CITADA. 7.– BIBLIOGRAFÍA.

#### 1. CUESTIONARIO

##### 1.ª CUESTIÓN (Para su contestación individual por el alumno):

Manifieste qué reglas o principios jurídicos procedería aplicar, a su juicio y respecto tanto al Derecho español como al Derecho chileno, para resolver las siguientes cuestiones, una vez producida la extinción de la unión de hecho o concubinato:

A) El reparto de un patrimonio fruto del esfuerzo común de ambos convivientes, pero cuyo titular formal es solamente uno de ellos.

B) El uso y disfrute de la vivienda familiar, sea propiedad de ambos, lo sea de uno de ellos, tanto si existen hijos comunes como si no.

C) La posible indemnización o pensión de alimentos como consecuencia de la ruptura o extinción de la unión.

##### 2.ª CUESTIÓN (Para su discusión en la plataforma virtual):

Si fuera usted legislador, ¿regularía el concubinato o uniones extra-matrimoniales como forma de convivencia estable?. En su caso, ¿qué aspectos civiles y de otro tipo propondría usted regular y que aspectos no?.

#### 2. OBJETIVOS

El objetivo del presente Bloque es doble. Por un lado, se trata de analizar las soluciones que la ley española, pero sobre todo la jurisprudencia, vienen dispensando a los principales problemas jurídico-privados que plantea un fenómeno muy creciente hoy en día como es la familia constituida por una pareja de hecho. Se trataría básicamente de exponer el estado de las cosas en cuestiones eminentemente civiles, tales como el

reparto de un posible patrimonio común adquirido durante la convivencia, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, o las posibles “indemnizaciones” o compensaciones que pueden reclamarse en caso de extinción de la pareja o unión, tanto cuando se produce en vida de los convivientes, como cuando acaece por fallecimiento.

En este punto, se solicitará del alumno su opinión, jurídicamente razonada, sobre cuál debe ser el cauce jurídico que, a su juicio, resulta idóneo para dar adecuada respuesta a cada una de estas cuestiones principales.

Por otra parte y conocido el estado de las cosas, se trataría de analizar el alcance que cabe otorgar a la autonomía privada de los miembros de la unión para que puedan autorregular, mediante pactos o acuerdos, las cuestiones eminentemente patrimoniales que antes se han enumerado, tanto si se acuerdan antes de la constitución de la unión, como si se hace con posterioridad (de modo semejante a como ocurre con los llamados pactos prematrimoniales o entre cónyuges). En buena medida, se trataría de determinar los límites imperativos a que se verían sometidos acuerdos de este tipo, o lo que es lo mismo, determinar su validez y eficacia jurídica.

### **3. 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 judicial. 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.

El derecho a contraer matrimonio está constitucionalmente garantizado en el art. 32 de la Constitución Española de 1978 (CE), pero no existe un paralelo reconocimiento constitucional de las parejas de hecho, sin perjuicio de que éstas (tanto heterosexuales como homosexuales) deben integrarse en el concepto constitucional de familia, respecto a la cual los poderes públicos deben asegurar su protección social, económica y jurídica (art. 39 CE).

En Chile, la Constitución Política de 1980 establece en su art. 1 que la familia “*es el núcleo fundamental de la sociedad*” y el Estado tiene el deber de proteger la institucional familiar, aunque parece una cuestión discutible si la familia referida en la Constitución incluye también a la no basada en el matrimonio o extramatrimonial.

En España, 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 español de 1889; CC); 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, CC), y ello sin necesidad de introducir modificación alguna en la CE, pues el art. 32 de la misma se limita a afirmar que “*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”, lo que no ha sido interpretado como un impedimento para admitir el matrimonio entre personas de mismo sexo, ni por el legislador ni por el Tribunal Constitucional español (TC).

En Chile el matrimonio entre personas del mismo sexo no sería posible a día de hoy: el art. 102 de su Código Civil especifica que “*el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente*”, aunque su Constitución no lo diga claramente respecto al matrimonio, aunque parece tratarse de una cuestión de legalidad y no de constitucionalidad.

Sobre este precepto giró precisamente la sentencia de la Corte Constitucional n.º 1881-10, de 3 de noviembre de 2011, sobre un caso en el que dos personas del mismo sexo solicitaron cita a la oficial del Registro Civil para contraer matrimonio (y otras personas, también del mismo sexo, habían solicitado la inscripción de su matrimonio celebrado en el extranjero), siendo denegadas todas estas peticiones conforme al art. 102 CC. Sin embargo, la Corte Constitucional no entró en el fondo del asunto sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de este precepto por supuesta contravención del art. 19 N.º 2 (derecho a la igualdad) de la Constitución Política de la República.

Por tanto, en España 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 judicial. Se entienden entonces las palabras de la STS (Sentencia del Tribunal Supremo) de 12 de septiembre de 2005 (reiteradas con posterioridad, como en las de 8 de mayo y 30 de octubre de 2008): “*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).

Resumiendo, el profesor PANTALEÓN PRIETO expone así las afirmaciones que en esta materia pueden extraerse de la CE:

1.ª) Es legítimo constitucionalmente tratar distinto, en concreto, mejor, al matrimonio que a la convivencia extramatrimonial, pero no al contrario (el matrimonio goza de una especial protección constitucional).

2.ª) Es inconstitucional considerar ilícita la convivencia extramatrimonial (de aquí, la necesidad de dar validez a los pactos entre los convivientes, entre otras consecuencias).

3.ª) La convivencia extramatrimonial no puede ser tratada peor que la no convivencia (la primera sería una forma de familia constitucionalmente protegida). No puede tratarse peor a los convivientes que a los que no conviven.

4.ª) El art. 10.1 CE (principio del libre desarrollo de la personalidad) prohíbe parificar la convivencia extramatrimonial y el matrimonio en materia de relaciones entre convivientes.

Por otra parte, es un hecho perfectamente conocido que carecemos en España 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 urbanos, etc).

En Chile tampoco existe una regulación de las parejas de hecho como forma de convivencia, aunque algunas normas también la toman en consideración en su supuesto de hecho, como el art. 210 del CC respecto a la presunción de paternidad, u otras normas penales, relativas a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, pensiones, etc, aunque se trata de normas muy concretas y determinadas, lo que supone un contraste con otros países latinoamericanos en algunos de los cuales las parejas de hecho cuentan con un reconocimiento incluso constitucional. Existe, que sepamos, un Proyecto de Ley de Pacto de Unión Civil (boletín n.º 6735-07), que planteaba la adición de los artículos 1792-28 a 1792-41 del CC, a partir del siguiente concepto recogido en la primera de estas normas: “*El pacto de unión civil es un contrato celebrado por dos personas naturales, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común*”.

Y en cuanto a las regulaciones de las Comunidades Autónomas (CCAA; en España existen 17, con amplia autonomía), éstas han estado especialmente marcadas por la competencia sobre legislación civil (la mayoría de CCAA españolas no tienen competencia en materia de Derecho civil), y en menor medida, sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8.ª CE), de manera que las distintas leyes autonómicas que se han venido aprobando desde el año 1998<sup>8</sup>, 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. La ausencia de una regulación estatal ha abonado el terreno de la inseguridad jurídica.

---

<sup>8</sup>En la actualidad son trece las Comunidades Autónomas que cuentan con una normativa propia reguladora de esta forma de convivencia. Las regulaciones autonómicas actuales se encuentran en las siguientes disposiciones normativas: Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, de Navarra; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho, de la Comunidad de Madrid; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, de las Islas Baleares; Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, de Asturias; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho, de Andalucía; Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco; Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Disposición Adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia; Arts. 234.1 a 234.14 del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio; Arts. 303 a 315 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba, con el título de “Código de Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas, de la Comunidad Valenciana.

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 anómalas, alegales, o simplemente, atípicas.

A este panorama general, debemos añadir la reciente STC (Sentencia del Tribunal Constitucional español), del Pleno, 93/2013, de 23 de abril, 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 (esta Comunidad sí tiene competencia para aprobar legislación civil), y que ha situado al art. 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”*, 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 art. 32.1 CE, como parece establecer la STC 66/1994, de 28 de febrero.

El extenso Fundamento Jurídico (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 éstos, «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. 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”.

Entonces, 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 existencia 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 ruptura.

En consecuencia, en España no es constitucionalmente admisible imponer a los convivientes un régimen económico concreto, un deber de alimentos, una responsabilidad frente a terceros por las deudas derivadas de los gastos comunes generados por la convivencia, el reconocimiento de pensiones o indemnizaciones tras la extinción, derechos sobre la vivienda familiar propiedad del otro conviviente, etc., salvo que los convivientes lo hayan pactado o aceptado previamente, como regla general. Pero todo ello será, como veremos en el epígrafe siguiente, sin perjuicio de la aplicación de reglas y principios generales del Derecho para resolver estas cuestiones jurídico-civiles que pudieran plantearse entre los convivientes cuando no exista pacto entre ellos.

En el ámbito sucesorio, la mayor parte de las CCAA que cuentan con competencia en materia de Derecho civil habían equiparado a estos efectos el conviviente supérstite con el cónyuge viudo (Cataluña, Navarra, Baleares, País Vasco y

Galicia, pero no Aragón), pero que ahora la STC 93/2013 ha declarado inconstitucional respecto a Navarra, con argumentos (muy dudosos, en nuestra opinión) que fácilmente podrían trasladarse al resto de CCAA que habían reconocido también derechos sucesorios al conviviente supérstite. En el resto de CCAA españolas el conviviente supérstite es considerado a estos efectos un extraño (no familiar), también en la sucesión testada.

Por ello, aparte de otras cuestiones competenciales planteadas y resueltas por esta STC 93/2013, 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 no, 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.

No obstante, cabe realizar a este planteamiento del TC alguna objeción, pues resulta curioso 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 matrimonio, 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 cuentan 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 cualquier caso y en el ámbito del Derecho civil español, 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 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.

Pero creemos perfectamente defendible y no contraria a la STC 93/2103 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.

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 impuesto sobre la renta, 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 patrimonio) 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 mismos.

Respecto a todas estas cuestiones aquí enumeradas —u otras posibles— sí se establecería una clara y razonable distinción entre las parejas o uniones 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 viudedad.

Por supuesto que, en este campo, las cuestiones de índole presupuestaria condicionarán la actuación del legislador. 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.

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 de la sentencia que venimos comentando, como se verá a continuación.

#### **4. BREVE EXPOSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE “INDEMNIZACIONES” O COMPENSACIONES EN CASO DE EXTINCIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO**

A efectos didácticos creemos preferible analizar las distintas vías jurídicas que la jurisprudencia y la doctrina vienen defendiendo para dar respuesta a los problemas y pretensiones económicas planteadas por los convivientes tras la extinción. De esta manera pueden tratarse de forma unitaria unos problemas que están íntimamente relacionados por dos motivos: primero, porque es frecuente que el demandante acumule varias de estas pretensiones de manera cumulativa o subsidiaria en su demanda, y segundo, porque los jueces y tribunales suelen tener muy presente la cuantía de unos

conceptos a la hora de conceder y fijar otros, habida cuenta de que todos ellos han de salir del mismo “bolsillo”, que no es otro que el de la propia pareja y sus limitados recursos. Por ejemplo, los tribunales suelen tener en cuenta la atribución de la vivienda familiar a efectos de determinar las pensiones alimenticias de los hijos, puesto que la atribución del uso de la vivienda puede suponer ya una prestación alimenticia en especie; asimismo, la concesión de una determinada compensación dineraria al exconviviente tanto puede ser el cauce para obtener un reparto equitativo del patrimonio común generado durante la convivencia del que formalmente es titular el otro, como la forma de concederle una pensión semejante a la pensión compensatoria del art. 97 CC<sup>9</sup> para los cónyuges.

La STS de 8 de mayo de 2008 resume la posición mayoritaria actualmente en la jurisprudencia sobre la cuestión:

*“Los criterios utilizados por esta Sala en relación a esta problemática pueden resumirse a los efectos de la solución que debe darse a este recurso:*

*1º Esta Sala ha declarado siempre que debe estarse a los pactos que hayan existido entre las partes relativos a la organización económica para la posterior liquidación de estas relaciones (STS de 18 febrero 2003). La sentencia de 12 septiembre 2005, seguida por la de 22 febrero 2006, declara de forma contundente que “las consecuencias económicas del mismo deben ser reguladas en primer lugar por Ley específica; en ausencia de la misma se regirán por el pacto establecido por sus miembros, y, a falta de ello, en último lugar por aplicación de la técnica del enriquecimiento injusto”.*

*2º No se requiere que el pacto regulador de las consecuencias económicas de la unión de hecho sea expreso. Esta Sala ha admitido los pactos tácitos, que se pueden deducir de los facta concludentia, debidamente probados durante el procedimiento (SSTS de 4 junio 1998 y 26 enero 2006). Por ello esta Sala ha entendido que se puede colegir la voluntad de los convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia siempre que pueda deducirse una voluntad inequívoca en este sentido. Las sentencias de 21 octubre 1992, 27 mayo 1998 y 22 enero 2001 admiten que se pueda probar la creación de una comunidad por medio de los facta concludentia, que consistiré en la “[a]portación continuada y*

---

<sup>9</sup>Art. 97 CC:

*“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en la situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.*

*A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:*

- 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*
- 2.ª La edad y el estado de salud.*
- 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*
- 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.*
- 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*
- 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*
- 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.*
- 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*
- 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.*

*En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.*

*duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común".*

*3º Sin embargo, no puede aplicarse por analogía la regulación establecida para el régimen económico matrimonial porque al no haber matrimonio, no hay régimen (Sentencia de 27 mayo 1998). La consecuencia de la exclusión del matrimonio es precisamente, la exclusión del régimen. A pesar de ello, en los casos de la disolución de la convivencia de hecho, no se impone la sociedad de gananciales, sino que se deduce de los hechos que se declaran probados que hubo una voluntad de constituir una comunidad, sobre bienes concretos o sobre una pluralidad de los mismos.*

*4º Los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen comunes a los convivientes, por lo que pertenecen a quien los haya adquirido; sólo cuando de forma expresa o de forma tácita (por medio de hechos concluyentes) se pueda llegar a determinar que se adquirieron en común, puede producirse la consecuencia de la existencia de dicha comunidad".*

#### **4.1. La aplicación de las normas de la sociedad civil y de la comunidad de bienes**

En definitiva, 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 simple hecho del inicio de una convivencia de hecho pueda deducirse, sin más, la voluntad de hacer comunes los bienes o ganancias obtenidas durante ella. 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) o una comunidad de bienes, según los casos. Tal doctrina había sido sentada desde la STS de 21 de octubre de 1992 y recogida con claridad en otras como la de 22 de enero de 2001 y las que ésta 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. Así ocurrió en las SSTS de 18 de febrero de 1993 y 18 de marzo de 1995, que mantuvieron la calificación realizada por los tribunales de instancia, que entendieron existente en ambos casos una sociedad civil irregular de carácter universal, lo que era perfectamente comprensible, puesto que se habían llevado a cabo conjuntamente entre los convivientes diversas actividades industriales y negocios.

Y de forma aún más clara en la STS de 18 de mayo de 1992, en la que la demandante había convivido durante más de 20 años con el demandado, tenían una hija en común, y asimismo constaba que durante la unión habían adquirido, fruto del esfuerzo común, dos viviendas, tres vehículos y el ajuar familiar. La AP (Audiencia Provincial; Tribunal de Apelación en España) de Granada había declarado la existencia de "una comunidad de bienes *sui generis*" entre ambos, con cuotas iguales, pero el TS, aunque desestimó el recurso de casación, calificó la situación patrimonial de los convivientes como "sociedad irregular de naturaleza mercantil", ya que el esfuerzo de ambos se centró en el ejercicio de una actividad de esta naturaleza (él era agente comercial y ella le ayudaba en esta labor).

Por el contrario, suelen calificarse como comunidad de bienes aquellos otros casos en los que, en ausencia de actividades profesionales, industriales o comerciales conjuntas, se constata, sin embargo, un claro esfuerzo común para crear un patrimonio o

bienes concretos en común. Así ocurrió en la STS de 26 de enero de 2006, que declaró la existencia de una comunidad al 50% respecto a una vivienda cuyo suelo había sido adquirido por ambos convivientes a iguales partes (aunque después uno de los convivientes cediera al otro formalmente su parte) y en la misma proporción se había sufragado el coste de su edificación (lo mismo, respecto a un chalet, fue decidido por la STS de 4 de julio de 2007). Y otro tanto puede decirse respecto a la STS de 23 de julio de 1998, en cuanto existió un esfuerzo común de ambos convivientes, incluso compartiendo en algún momento el desarrollo de actividades económicas conjuntas, en crear un patrimonio común que ha de pertenecer después por igual a ambos (si hay pacto expreso de constitución de una comunidad de bienes manifestando la voluntad de los convivientes de hacer comunes por partes iguales lo adquirido durante la convivencia, la cuestión no admite discusión: SAP (Sentencia de la Audiencia Provincial) de Zaragoza, Sección 4.ª, de 7 de noviembre de 2000).

Pero, en general, suele excluirse la existencia de una comunidad de bienes cuando uno de los convivientes ejercita su profesión, industria o negocio y el otro conviviente se dedica a las tareas domésticas, y ello aunque, al mismo tiempo, colabore puntualmente en la actividad del otro conviviente. Como se verá, este tipo de supuestos suelen resolverse, en general, acudiendo a la figura del enriquecimiento injustificado.

Parece que en el Derecho chileno no es admisible un pacto de constitución de una sociedad universal de ganancias entre los convivientes, por prohibirlo expresamente el segundo párrafo del art. 2056 CC: “*Se prohíbe asimismo toda sociedad de ganancias, a título universal, excepto entre cónyuges*”, lo cual, sin embargo, no impide la constitución de una sociedad, civil o mercantil (siempre que no sea universal), o una sociedad de hecho, o una comunidad de bienes, de manera que los concubinos serán copropietarios de los bienes adquiridos de forma conjunta, y su liquidación se llevaría a cabo conforme a las generales aplicables a estos negocios jurídicos.

A falta de pacto expreso o tácito entre los convivientes, los tribunales han acudido a diversas vías jurídicas para amparar las legítimas pretensiones del conviviente de hecho que se considera perjudicado económicamente tras la extinción. Puede decirse, en general, que tras algunas indecisiones jurisprudenciales iniciales, nuestros tribunales han venido desechando la posibilidad de aplicación directa o analógica de las normas del matrimonio para resolver los problemas que aquí se plantean, decantándose mayoritariamente por la aplicación de algunos principios generales del Derecho, tales como el principio general de que nadie puede enriquecerse injustificadamente a costa de otro (enriquecimiento injustificado), el principio general de “protección del conviviente perjudicado por la convivencia de hecho”, e incluso el principio del *favor filii*, como veremos a continuación.

#### **4.2. El recurso a la analogía *legis* y a la analogía *iuris* (el principio general de “protección del conviviente perjudicado por la situación de hecho”)**

Como decimos, en escasas ocasiones se han aplicado por analogía las normas del matrimonio para resolver problemas semejantes planteados por los convivientes de hecho. Casos aislados en este sentido lo constituyen las SSTS de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002, que aplicaron analógicamente el art. 97 CC para conceder una pensión compensatoria (¿sería admisible, en el Derecho chileno, la aplicación analógica de los arts. 61-66 de la Ley del Matrimonio Civil de 2004 a los convivientes?). Y también puede calificarse de excepcional la STS de 16 de diciembre de 1996, en cuanto entendió

que el párrafo tercero del art. 96 CC<sup>10</sup> era aplicable, por analogía, a las parejas de hecho en cuanto a la atribución de la vivienda familiar.

No obstante y si existen hijos, entendemos que el párrafo primero del art. 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), como opina PANTALEÓN PRIETO.

En otras ocasiones se ha acudido a un llamado principio general de “protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho”, que parece haberse obtenido a través de un proceso inductivo a partir de concretas normas jurídicas.

Este principio general ha sido aplicado expresamente por la STS de 10 de marzo de 1998. En ella, se atribuyó el uso exclusivo de la vivienda familiar, muebles y plaza de aparcamiento, que pertenecía en comunidad a ambos convivientes, a uno de ellos durante un plazo de 10 años, cuando la convivencia había durado 2, rechazando expresamente la aplicación analógica del art. 96 CC.

Por último, en algún caso se ha acudido a un llamado principio del *favor filii*: la STS de 11 de julio de 2002 concedió a la madre que ostentaba la guarda y custodia de la hija nacida de la convivencia común el uso exclusivo de la vivienda familiar hasta que la menor pudiera independizarse, en aplicación de este principio del *favor filii*.

#### **4.3. La aplicación del principio general que veda el enriquecimiento injustificado**

Existe en la jurisprudencia, con claridad desde la STS de 22 de julio de 1993, un unánime rechazo a la aplicación analógica (analogía *legis*) de los regímenes económicos matrimoniales a las uniones de hecho, señaladamente, la sociedad de gananciales. Y esta afirmación ha sido muy reiterada con posterioridad: *vid.* SSTs de 11 de octubre, 24 de noviembre y 30 de diciembre de 1994, 16 de diciembre de 1996, 4 de marzo de 1997, 4 y 23 de julio de 1998, 8 de mayo y 30 de octubre de 2008, 7 de julio de 2010 y 16 de junio de 2011, entre otras muchas. Y la misma inaplicación cabe predicar respecto de las reglas de la liquidación del régimen de gananciales (STS de 7 de julio de 2010) o del art. 1438 CC respecto al régimen de separación de bienes (STS de 24 de noviembre de 1994).

Por todo ello, a falta de pactos entre los convivientes que permitan aplicar las normas de la sociedad civil, de la comunidad de bienes u otras posibles, 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

---

<sup>10</sup>Art. 96 CC:

“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de ellos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

trabajo no retribuido, bien a crear un patrimonio familiar del que, sin embargo, resulta titular formal el otro conviviente, bien a procurar un importante ahorro de gastos o costes.

Aunque somos conscientes de que la fijación de la medida del enriquecimiento-empobrecimiento estará determinada por las circunstancias concurrentes en cada caso concreto (y también de cómo se haya formulado la demanda), al que pretenderá darse una solución justa, sin embargo, es llamativo que no existan en la jurisprudencia unos mínimos criterios generales con cierta vocación de uniformidad. Al contrario, en la mayor parte de los casos la fijación se produce mediante una cantidad global o mediante un porcentaje sobre el total de los bienes adquiridos durante la convivencia, y lo cierto es que las soluciones son bastante dispares.

Así, en la STS de 17 de enero de 2003, tras la ruptura de una unión de hecho (en vida de los convivientes) que se extendió desde 1973 hasta 1992, con algunas interrupciones, solicitaba la demandante la mitad de los bienes sobre la comunidad que entendía se había formado durante la convivencia, y subsidiariamente y por este orden, la existencia de un régimen de participación matrimonial, una sociedad civil universal de ganancias, o una sociedad de gananciales. Tanto el Juzgado de Primera Instancia (JPI) como la AP de Madrid desestimaron la demanda, pero, interpuesto recurso de casación, el TS entendió que procedía conceder a la actora **un tercio** del valor de los bienes que se reclamaban (adquiridos durante la convivencia) sobre la base jurídica del enriquecimiento injustificado experimentado por el demandado durante ese tiempo, sin exponer con claridad la base fáctica sobre la que se sustentaba tal afirmación y sin que ello supusiera caer en incongruencia procesal a juicio del Tribunal.

También la STS de 23 de noviembre de 2004 fijo la indemnización procedente a favor de la actora en **un tercio** de los muy numerosos bienes pertenecientes al otro conviviente hasta el momento del fallecimiento de éste, revocando así la sentencia del JPI que había desestimado la demanda y la de la AP de Madrid, que la había confirmado (en la demanda se pedía el 50% de los bienes o su valor). En este caso, la convivencia se había prolongado durante 17 años y durante una buena parte de la misma la demandante había ejercido profesionalmente como enfermera, mientras el conviviente fallecido había regentado varios negocios. Por esta razón se entendió que no existía comunidad de bienes y la compensación concedida lo fue por aplicación combinada del principio general de “protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho” y del principio que veda el enriquecimiento injustificado.

Sin embargo, en la STS de 17 de junio de 2003 se había mantenido una convivencia durante 53 años, en la que él había ejercido su profesión de médico y tenía un negocio de farmacia en Barcelona y ella se había ocupado en exclusiva a su atención y del hogar familiar. Fallecido su compañero y declarada heredera universal de todos sus bienes la hermana de éste, la conviviente superviviente solicitaba una indemnización de daños y perjuicios (la totalidad del haber hereditario), o subsidiariamente, una pensión compensatoria por analogía con el art. 97 CC y la adjudicación en propiedad de la vivienda familiar. El JPI había concedido a la actora el 75% de los bienes hereditarios, con exclusión de algunos, pero la AP de Barcelona estimó el recurso formulado y desestimó la demanda. Finalmente, el TS le concedió **la cuarta parte** de los bienes hereditarios (excepto algunos de procedencia familiar), en concepto de enriquecimiento injustificado experimentado por el fallecido, a lo que habría que añadir una cantidad de dinero anteriormente recibida (algo más de 4 millones de ptas.), el ajuar familiar y el uso vitalicio de la vivienda familiar.

Analizando estas soluciones jurisprudenciales, lo cierto es que el derecho reconocido al conviviente superviviente se acerca más en estos casos a la concesión de un derecho de carácter hereditario (sobre todo cuando no existen hijos comunes y la herencia la recibe abintestato un pariente colateral) que a la compensación por el enriquecimiento-empobrecimiento experimentado durante la convivencia. Sin dejar de reconocer las ventajas que puede suponer acudir a los principios generales para resolver estas cuestiones (por ejemplo, pueden alcanzarse soluciones semejantes para todos los convivientes, con independencia de su vecindad civil, y por tanto, de la disparidad y diversidad de criterios de las normativas autonómicas), lo cierto es que se corre el peligro de desembocar en la concesión de indemnizaciones globales más o menos equitativas, pero poco rigurosas en cuanto a la determinación de los criterios aplicados para su cuantificación, de forma semejante a como ocurre con las indemnizaciones globales en materia de responsabilidad civil, difícilmente admisibles en términos de seguridad jurídica.

No obstante, la aplicación de este principio general es la solución que generalmente dispensa la jurisprudencia cuando no puede afirmarse la existencia de una sociedad civil o una comunidad de bienes. El supuesto típico suele ser: uno de los convivientes ejerce su profesión, industria o negocio y el otro conviviente se dedica a las tareas domésticas (y cuidado de los hijos en su caso), a veces, incluso colabora esporádicamente en la actividad del otro conviviente, pero sin percibir importe alguno por tales tareas y sin aparecer como titular de bienes adquiridos durante la convivencia.

De esta manera, se compensan por vía del enriquecimiento injustificado la dedicación a la familia y el trabajo para la casa que, en caso de que existiera matrimonio, podría ser compensado mediante una pensión compensatoria (art. 97 CC) y una compensación económica por razón de trabajo del régimen de separación de bienes del matrimonio (art. 1438 CC<sup>11</sup>). Se generalizan a todas las uniones de hecho las soluciones expresamente previstas en algunas leyes autonómicas sobre la materia, como ocurre con el Código Civil de Cataluña, que distingue entre compensación económica por razón de trabajo y prestación alimentaria para el caso de extinción de la unión de hecho en vida de los convivientes.

## **5. LA AUTORREGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO**

### **5.1. El principio de libertad de pactos entre los convivientes como punto de partida**

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, 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

---

<sup>11</sup>Art. 1438 CC (régimen de separación de bienes):

*“Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”.*

obligatoriamente, como manifestación de principio de autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad. 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 (como ocurre en caso del matrimonio) que incluya todos los efectos que la extinción deba producir entre ellos y respecto a los hijos comunes, aspecto este que ha planteado importantes problemas procesales en las demás CCAA.

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 problemas 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 la escritura pública notarial de las capitulaciones matrimoniales) o para completar lo acordado en convenio regulador de separación o divorcio.

Cuestión distinta es que resulte conveniente el empleo de la escritura pública, o que existiendo ésta, 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 (así se prevé en el Derecho aragonés).

## **5.2. 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 CC establece para los pactos o acuerdos entre cónyuges, como la importante prohibición de transacción del art. 1814 CC sobre *“el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales”*, pues la unión de hecho no constituye un estado civil en España. Tampoco permite este precepto transigir sobre *“alimentos futuros”*, pero resulta que en la regulación del CC no se reconoce derecho de alimentos entre los convivientes (sí se reconocía en la Ley de Navarra de parejas estables, pero la norma fue declarada inconstitucional por la STC 93/2013, y se siguen reconociendo en otras leyes de CCAA que no han sido impugnadas ante el TC o que éste todavía no se ha pronunciado).

Mención concreta merece el art. 1328 CC 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 a la autonomía de la voluntad de los convivientes. En este sentido, ha escrito PARRA LUCÁN que “los «estados familiares», tradicionalmente considerados 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”.

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 art. 90 CC: los acuerdos “*gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges*”.

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 “*y esa libertad debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso, salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su restricción*” (FJ 8).

Otra cosa es que el pacto resulte abusivo 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, de 21 de abril de 2005), incumplimiento posterior de parte de los acuerdos del convenio regulador pretendiendo que se cumpla la parte referida a la pensión compensatoria (SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 24 de septiembre de 2007), 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 Tenerife, Sección 4.ª, de 10 de mayo de 2004).

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 ley, bien sobre la base de que las vinculaciones perpetuas están proscritas en nuestro ordenamiento 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.

Puede discutirse si obstaculiza gravemente la libre ruptura un caso como el resuelto por la SAP de Almería, Sección 2.ª, de 17 de febrero de 2003, 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. [6.000 euros] el primer año, a lo que se sumaría 83.333 ptas. [500 euros] 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 art. 97 CC. Tanto el JPI como la AP declararon nula dicha cláusula porque 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, Sección 1.ª, de 7 de julio de 2008, 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).*

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 (el Derecho español permite que puedan ser objeto de contrato las cosas futuras, así como la renuncia de derechos y exclusión voluntaria de la ley aplicable siempre que no contravengan el interés o el orden público ni perjudicar a terceros) parecen actualmente ya superados estos los obstáculos, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial.

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 art. 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*”. 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*”, 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 compensatoria. 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.

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.

### **5.3. 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 español o de otras leyes (así, el régimen de gananciales o el régimen de separación de bienes) plantea serios problemas de interpretación y determinación de su alcance, pero no de validez. En España la cuestión es si 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. 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). Otra cosa sería si existiera una ley estatal que permitiera a los convivientes optar por alguno de los regímenes económicos matrimoniales al tiempo de su constitución formal o en un momento posterior (resulta previsible que se exigiría escritura pública notarial e inscripción en el Registro Civil o en otro similar creado para la constitución), en cuyo caso se produciría una total equiparación, a efectos de régimen económico, entre casados y convivientes.

En el ámbito estrictamente civil, el legislador debe proporcionar a los convivientes herramientas útiles que doten de la máxima seguridad jurídica, tanto la situación familiar en sí como los pactos que éstos suscriban, así como decidir qué pactos pueden ser oponibles a terceros y qué pactos deben producir únicamente efectos entre los convivientes y sus herederos. 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.

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 terceros (como son los registros creados por las leyes autonómicas sobre parejas de hecho). Porque, como decimos, una cosa es un contrato y otra distinta un régimen económico.

En este sentido se expresa también la RDGRN (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado), 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 la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) para la liquidación del régimen económico entre los convivientes (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 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. Sin embargo y cuando se acredite la existencia de una sociedad civil sí parece que podrían aplicarse los preceptos de la LEC para la liquidación de las herencias, dada la remisión que expresamente realizan las normas del CC relativas al contrato de sociedad.

Conocida es también la inaplicabilidad de las normas procesales que regulan los procesos matrimoniales. Expresamente han rechazado esta aplicación las SSAP de Las Palmas, Sección 3.ª, de 28 de abril de 2006 y de Barcelona, Sección 12.ª, de 10 de marzo de 2009.

#### 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 aplicación directa del art. 96.I CC, y lo mismo respecto a una posible indemnización por desequilibrio económico semejante a la establecida en el art. 97 CC para los cónyuges.

Los convivientes pueden simplemente remitirse a la aplicación de los arts. 96 o 97 CC 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 ésta.

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. Por este motivo, creemos que no deben admitirse todos aquellos pactos que, directa o indirectamente, produzcan *de facto* una “causalización” de la ruptura, sujetando ésta 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 art. 1256 CC (que establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes), 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, en un caso en el que la indemnización pactada a favor de la esposa (200.000 ptas. mensuales; 1.200 euros) 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 CC) y ratificado la AP de Madrid.

#### **5.4. 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 éste 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 convivientes, 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 pacto.

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 aquéllos 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?. No se olvide tampoco que los acuerdos siempre pueden modificarse con posterioridad y adaptarse a las nuevas necesidades o conveniencias de sus autores, si éstos quieren, o si a ello quedaran obligados conforme a las exigencias de la buena fe.

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, Sección 3.<sup>a</sup>, de 19 de mayo de 2001, 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 éste 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 aquél. 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.; 18.000 euros) y con formación, pues posee títulos de pedagogía, magisterio e idiomas, sin 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 (unos 470 euros; 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 renunciabilidad, 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 éstas 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 fe.

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 principio de la buena fe, respecto de una comunidad de vida con vocación de permanencia.

## **6. JURISPRUDENCIA CITADA**

-STC, del Pleno, 93/2013, de 23 de abril

-STC 66/1994, de 28 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 22 de julio de 1993

-STS de 11 de octubre de 1994

-STS de 24 de noviembre de 1994

-STS de 30 de diciembre de 1994

-STS de 18 de marzo de 1995

-STS de 16 de diciembre de 1996

-STS de 4 de marzo de 1997

-STS de 4 de abril de 1997

-STS de 10 de marzo de 1998

-STS de 4 de julio de 1998

-STS de 23 de julio de 1998

-STS de 22 de enero de 2001

-STS de 5 de julio de 2001

-STS de 11 de julio de 2002

-STS de 16 de julio de 2002

-STS de 17 de enero de 2003

-STS de 17 de junio de 2003

-STS de 23 de noviembre de 2004

-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 8 de mayo de 2008

-STS de 30 de octubre de 2008

-STS de 7 de julio de 2010

-STS de 31 de marzo de 2011

-STS de 16 de junio de 2011

-SAP de Zaragoza, Sección 4.<sup>a</sup>, de 7 de noviembre de 2000

-SAP de Granada, Sección 3.<sup>a</sup>, de 19 de mayo de 2001

-SAP de Almería, Sección 2.<sup>a</sup>, de 17 de febrero de 2003

-SAP de Tenerife, Sección 4.<sup>a</sup>, de 10 de mayo de 2004

-SAP de Zamora, de 21 de abril de 2005

- SAP de Las Palmas, Sección 3.<sup>a</sup>, de 28 de abril de 2006
- SAP de Cantabria, Sección 2.<sup>a</sup>, de 7 de noviembre de 2006
- SAP de Valencia, Sección 10.<sup>a</sup>, de 24 de septiembre de 2007
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.<sup>a</sup>, de 7 de julio de 2008
- SAP de Barcelona, Sección 12.<sup>a</sup>, de 10 de marzo de 2009

-RDGRN de 7 de febrero de 2013

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., “La protección del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley”, *Revista Poder Judicial*, n.º 70, 2003.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Las parejas de hecho”, *Aranzadi Civil*, 1993-1.
- ESPADA MALLORQUÍN, S., *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2007.
- ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., “La diferencia de trato constitucionalmente ilegítima entre el matrimonio y la unión libre; en especial la doctrina de TC sobre la inadmisibilidad de la causa que impidió contraer matrimonio a los convivientes. La unión libre en la jurisprudencia (I)”, *Aranzadi Civil*, 2002-I.
- IDEM, “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*, 2002-I.
- IDEM, “Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones no matrimoniales”, *La Ley*, 2003-4.
- MESA MARRERO, C., *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Ed. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.<sup>a</sup> L., *Las obligaciones de mantenimiento entre familiares*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013 (libro electrónico).
- PANTALEÓN PRIETO, F., “La autorregulación de la unión libre”, *Poder Judicial*, n.º 4, diciembre 1986.
- “Régimen jurídico de las uniones de hecho”, en *Uniones de hecho. XI Jornades Jurídiques* (J. M. Martinell y M.<sup>a</sup> T. Areces Piñol, Eds.), Edicions de la Universitat de Lleida, 1998, págs. 67 y ss.
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> A., “Autonomía de la voluntad y derecho de familia”, *La Ley*, 2011-3.
- PÉREZ VILLALOBOS, M.<sup>a</sup> C., *Las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- PÉREZ UREÑA, A. A., *Uniones de hecho. Estudio práctico de sus efectos civiles*, Ed. Edisofer, Madrid, 2007.
- PINTO ANDRADE, C., *Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 2008.
- REBOLLEDO VARELA, A. L. “El contrato de unión civil: la regulación de su contenido y efectos”, *Revista de Derecho de Familia*, n.º 43, abril-junio 2009.
- ROCA TRÍAS, E., *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho, soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005.

-RUIZ-RICO RUIZ, J. M.- CASADO CASADO, B., “Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspectos registrales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 685, septiembre-octubre 2004.