

Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. LAS PAREJAS NO CASADAS Y LAS NORMAS DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL: ¿APLICACION ANALOGICA O CONVENCIONAL?: 1) LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS NORMAS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL A LAS PAREJAS NO CASADAS. 2) LOS PACTOS ECONÓMICOS ENTRE CONVIVENTES NO CASADOS. PLANTEAMIENTO GENERAL EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA: A) *Validez de los pactos entre convivientes no casados*. B) *Régimen económico matrimonial pactado entre los convivientes no casados. Puntos de vista doctrinales y jurisprudenciales*: a) Planteamiento del problema. b) La posición de los tribunales españoles en torno a la admisibilidad de que los convivientes no casados acuerden de forma pactada sus relaciones patrimoniales mediante alguno de los regímenes económicos matrimoniales. c) Opiniones doctrinales al respecto.—III. LOS CAPITULOS MATRIMONIALES Y EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL: 1) CAPÍTULOS MATRIMONIALES: SU APLICACIÓN EXCLUSIVA A LA FAMILIA FUNDADA EN EL MATRIMONIO. 2) CAPÍTULOS MATRIMONIALES: RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: A) *Introducción*. B) *Capítulos matrimoniales y régimen económico matrimonial*. C) *Capítulos matrimoniales: La forma como elemento esencial*. D) *Conclusión. El artículo 1.255 del Código Civil: una norma general frente al artículo 1.315 del Código Civil*.—3) UN PUNTO DE VISTA HISTÓRICO: LAS CARTAS DE CONCORDIA DE ARAGÓN.—IV. BIBLIOGRAFIA.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La libre convivencia entre hombre y mujer constituye uno de los modos de relación individual plenamente aceptado hoy en día por la sociedad.

La problemática jurídica que las mismas plantean se manifiesta de forma creciente ante los tribunales, teniendo éstos que decidir si se aplican o

no las mismas normas que resolverían la cuestión en el caso de que dicha pareja hubiera contraído matrimonio (1).

El legislador ordinario ha tomado conciencia del problema y en distintas leyes ha resuelto la cuestión mediante la equiparación entre matrimonio y parejas no casadas en ciertos aspectos concretos. Así, la disposición adicional tercera de la Ley 21/87 en materia de adopción posibilita la adopción de menores «al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida en forma permanente por relación de afectividad análoga al matrimonio». Igualmente establecen esta equiparación los artículos 6 y 8 de la Ley de Reproducción Asistida al no exigir el vínculo matrimonial para aplicar estas técnicas a las parejas que desean someterse a ellas (2).

Todo ello encuentra fundamento en el artículo 39.1 de la Constitución, en el que, según interpretación del TC, es posible comprender en él la familia no fundada en el matrimonio, como así se declara en la STC de 14 de diciembre de 1992:

«Nuestra Constitución no ha identificado a la familia que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador y tuitivo con el que la norma fundamental considera siempre a la familia, y en especial, en el referido artículo 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter "social" de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la

(1) Entre otras cabe citar las sentencias del TC en las que se declara inconstitucional el artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y se concede el derecho de subrogación en la posición de arrendatario al conviviente no casado que ha mantenido con el arrendador premuerto una convivencia *more uxorio*. Así, las SSTC 222/92, de 14 de diciembre, y 47/1993, de 8 de febrero, y las SSTS de 18 de mayo, 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992, en las que se plantea la posibilidad de que los convivientes no casados pacten expresa o tácitamente alguno de los regímenes económicos matrimoniales. Vid. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, «Las parejas de hecho», en *Aranzadi Civil*, núm. 1, septiembre 1992, pág. 13.

(2) Sin ánimo de exhaustividad, y además de los supuestos ya mencionados en la vigentes leyes de adopción y de reproducción asistida, pueden citarse los siguientes ejemplos: el Código Penal en su artículo 11 establece que: «Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad...» El Código Civil alude a la convivencia *extramatrimonial* en el artículo 101 al referirse a las causas de extinción de la pensión compensatoria y en el artículo 320.1.º La LOPJ en su artículo 391 establece la prohibición de pertenencia a una misma Sala a «los Magistrados que estuviesen unidos por vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente»; como último ejemplo, la disposición adicional décima de la Ley del Divorcio tiene en cuenta la convivencia *more uxorio*, si bien con los requisitos que dicha disposición exige a los efectos de conceder pensión de viudedad.

atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilla, por tanto, con la construcción del concepto de familia a la de origen matrimonial por relevante que sea en nuestra cultura (...) esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el artículo 39.1, cuyo alcance, por demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo» (3).

Con todo, y como ha señalado en diversas sentencias también el Tribunal Constitucional —**incluida** entre ellas la que acabamos de **citar**—, el matrimonio y la unión libre no son, sin embargo, realidades equivalentes, por lo que no se puede establecer una paridad de trato entre las uniones matrimoniales y las no matrimoniales, por lo cual el legislador ordinario, dentro de su amplia libertad de decisión, puede establecer diferentes consecuencias, para uno y otro tipo de unión, en atención fundamentalmente a los derechos y obligaciones que nacen entre los cónyuges en virtud de la celebración del matrimonio y que no surgen por la situación de convivencia (4).

Partiendo, pues, de esta realidad legislativa y jurisprudencial nos ha parecido interesante abordar en las líneas que siguen la problemática que presentan las parejas no casadas en punto a la regulación de la situación patrimonial durante su convivencia y en el momento de la ruptura de la misma —**suponiendo** que efectivamente sepamos cuándo se produce ésta, puesto que no contaremos, en principio, con ningún dato fehaciente que nos indique la cesación de la convivencia *more uxorio*, así como tampoco será fácil establecer el momento inicial de la misma.

En estas cuestiones puramente patrimoniales —los aspectos económicos de la **relación**— consideramos que es de especial importancia abordar el tema desde el punto de vista del otorgamiento de capítulos matrimoniales, esto es, ¿pueden ser los convivientes no casados sujetos de capítulos «matrimoniales»? Junto a ello pretendemos también concretar si de forma voluntaria los convivientes no casados podrían regular su situación patrimonial mediante uno de los regímenes económicos matrimoniales; esto es, ¿puede pactarse un régimen económico matrimonial fuera de capítulos?

(3) En el mismo sentido, vid. también STC 47/1993, de 8 de febrero.

(4) Vid. Auto del TC 156/1987, de 11 de febrero, y, entre otras, las SSTC 184/1990, de 15 noviembre; 29/1991, de 14 de febrero, y 22/1992, de 11 de diciembre.

II. LAS PAREJAS NO CASADAS Y LAS NORMAS DEL RÉGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL: ¿APLICACION ANALOGICA Y CONVENCIONAL?

1) LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS NORMAS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL A LAS PAREJAS NO CASADAS

La regulación de los aspectos económicos de las parejas no casadas suele pasar inadvertido mientras conviven y se revela de forma contenciosa cuando uno de los miembros de la pareja decide romper la relación (5).

Es en ese momento cuando se plantea de quién serán aquellos bienes que hasta entonces han compartido y cuál será ahora el sistema mediante el cual se tendrán que repartir. Es también entonces cuando aquellos que hasta entonces han prescindido del derecho reclaman ahora su protección.

Al no ser la unión libre una situación jurídicamente definida y caracterizada, no hay normas concretas que solucionen esta controversia; habrá entonces que recurrir a normas generales del Derecho para solucionar esta situación.

Una de las soluciones posibles sería aplicar a la unión libre uno de los regímenes económicos matrimoniales en razón de la analogía *iuris* entre una y otra situación. Solución esta que encuentra acogida en un sector de la doctrina italiana, que equipara a la familia fundada en el matrimonio con la que carece de aquel vínculo por ser ambos tipos de relaciones, y en todo caso, familia natural, lo que permite —según este sector doctrinal— la aplicación del mismo régimen jurídico (6).

Sin embargo, no ha sido ésta la opinión general mantenida por la doctrina ni en Francia ni en España.

En primer lugar, las parejas no casadas carecen de régimen económico patrimonial, pues entre ellos no hay un vínculo jurídico del que se derive una situación económica que se origine, como así ocurre en el matrimonio,

(5) Por todos, GARCÍA CANTERO, *El concubinato en el Derecho francés*, CSIC, Roma, 1965, pág. 111.

(6) Vid. PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Napoli, 1980, págs. 287 y sigs., cit. por D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, Milano, 1989, pág. 416, y ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Madrid, 1986, pág. 129. En el mismo sentido, NATOLI, *Fine di un voto di castità*, Dem. e Dir., 1974, pág. 423, cit. por BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrid, 1992, pág. 99. En contra, FINOCHIARIO, *Diritto di famiglia. Commento sistematico delle Legge 19 maggio 1975*, vol. I (arts. 1-89), Milano, 1984, pág. 717.

Igualmente señala CERDÁ GIMENO que esta solución fue la adoptada en las conclusiones del Congreso de Messina (cfr. «La situación de la parejas no casadas ante el Derecho», *BIMJ*, núm. 1.482, 1988, pág. 627). Sin embargo, como veremos, no son estas las soluciones más generalizadas en Europa, como también señala ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales...*, 1986, pág. 167.

por el hecho de la unión. Por lo tanto las reglas a las que se tendrán que someter para dividir o repartir los bienes que hayan podido adquirir serán las normas de Derecho común, no las normas matrimoniales (7).

Por otro lado, no sería consecuente aplicarles un efecto del matrimonio a unos convivientes que, acaso, han rechazado de propósito esta relación (8).

MARTY-SCHMID, para el Derecho francés, rechaza igualmente la aplicación de las normas del matrimonio a la unión libre y señala que los problemas económicos que puedan surgir por el hecho de la convivencia sin matrimonio no son exclusivos de las parejas heterosexuales, sino que las mismas divergencias y necesidad de liquidación se produce con toda seguridad entre convivientes homosexuales, para los que también habrá que encontrar una solución. Por ello, la que ella ofrece —liquidación de la comunidad de hecho mediante las normas del contrato de sociedad— ha de aplicarse también a las uniones entre homosexuales (9). Por tanto, es ésta otra buena razón para negar la aplicación analógica de las normas del matrimonio a cualquier tipo de relación que carezca de vínculo matrimonial.

Así, por lo que respecta al Derecho francés, hay unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia para rechazar la transposición al *ménage de fait* de las reglas que rigen el estatuto patrimonial de los esposos, y principalmente de aquellas que tratan del régimen primario. Pues el concubinato, contrariamente al matrimonio, no engendra por sí mismo efecto jurídico alguno (10).

En la doctrina española también es general la opinión de que no han de aplicarse analógicamente a las uniones libres las normas del régimen económico matrimonial. En este sentido, el profesor LACRUZ escribía que a las uniones libres no se les puede aplicar por analogía las normas del matrimonio, «en primer lugar porque a falta de vínculo matrimonial no existe tal

(7) En este sentido, y entre otros, CARBONIER, *Derecho civil*, t. I, vol. II, 1969, pág. 243; CHEVALIER, «Concubinage et imposition des revenus», en *Le Droit non civil de la famille*, t. X, París, 1983, págs. 106-107; MALAURIE, «Mariage et concubinage en Droit français contemporain», en *Archives de Philosophie du Droit*, t. XX («Réformes du Droit de famille»), París, 1975, págs. 26-27; MARTY-SCHMID, *La situation patrimoniale des concubins á la fin de l'union libre. Etude des Droits suisse, français et allemand*, Genève, 1986, pág. 29, y GARCÍA CANTERO, *El concubinato...*, Roma, 1965, págs. 115 y sigs.

(8) En este sentido vid. LACRUZ, *Elementos...*, t. IV, 1982, pág. 580.

(9) MARTY-SCHMID, *La situation patrimoniale des concubins...*, 1986, pág. 11. Vid. también HANOTIAU, «Réflexions sur l'union libre», en *L'union libre* (dirs.: DE PAGE et VALKENNER). Actes du colloque tenu a l'université libre de Bruxelles le 16 de octobre 1992, págs. 23 y sigs.

(10) En este sentido, y entre otros, VERHEYDEN-JEANMART, «Les effect patrimoniaux de l'union libre et de sa rupture», en *L'union libre* (dirs.: DE PAGE et VALKENNER). Actes du colloque tenu a l'université libre de Bruxelles le 16 de octobre 1992, pág. 52, y MARTY-SCHMID, *La situation patrimoniale des concubins...*, 1986, págs. 3 y 10.

analogía y, además, porque acaso los convivientes han convenido no casarse precisamente por huir de toda normativa» (11).

En el mismo sentido, ESTRADA ALONSO señala que «la unión libre está exenta del acto matrimonial que concede una serie de derechos y obligaciones, un *status* jurídico. En consecuencia, tampoco será posible aplicar analógicamente el régimen económico matrimonial, puesto que se encuentra incluido dentro de ese *status*. Incluso, añade, aplicar analógicamente el régimen económico matrimonial iría en contra de las normas imperativas que regulan las formalidades exigibles para la celebración del matrimonio (12).

El Tribunal Supremo en diversas sentencias rechaza igualmente la aplicación analógica a la unión libre de las normas del régimen económico matrimonial (13).

2) LOS PACTOS ECONÓMICOS ENTRE CONVIVIENTES NO CASADOS.

PLANTEAMIENTO GENERAL EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

A) *Validez de los pactos entre convivientes no casados*

Durante varias décadas en el Derecho español, y también en los Ordenamientos extranjeros vecinos, se consideró que los pactos concluidos entre los convivientes no casados eran nulos de pleno derecho, pues se consideraron contrarios a la moral, a las buenas costumbres y al orden público, siendo ilícita su causa (arts. 1.274 y 1.255 CC) (14).

Sin embargo, desde las últimas reformas legislativas y la nueva concien-

(11) LACRUZ, *Elementos...*, t. IV, 1982, pág. 580. Sin embargo, en uno de los últimos trabajos publicados del profesor LACRUZ («Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», en *Centenario del Código Civil*, pág. 1064) parece admitir la posibilidad de aplicar analógicamente las normas del régimen económico matrimonial a la unión libre, si bien como algo excepcional.

(12) ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales...*, 1986, págs. 169 y sigs. En el mismo, vid. PANTALEÓN, «La autorregulación de la unión libre», en *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, pág. 121, y BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Parejas no casadas y...*, 1992, págs. 97 y sigs.; TORRES LANA, «De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas», en *Aranzadi Civil*, núm. 15, septiembre 1993, págs. 22-23.

(13) Pueden verse, entre otras, las Sentencias de 18 de mayo, 21 de octubre y 11 diciembre 1992 y 22 de julio de 1993.

(14) ESTRADA ALONSO analiza profundamente la doctrina y la jurisprudencia tanto española como extranjera que fundaba la nulidad de estos convenios en causa ilícita (cfr. *Las uniones extramatrimoniales...*, 1986, págs. 137 y sigs.).

También CERDÁ GIMENO recoge una buena muestra de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que siguió dicho criterio (cfr. «Una aproximación realista para una visión de conjunto de las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) relativas a los aspectos de la situación de las parejas no casadas», *BIMJ*, núm. 1.436, 1988, págs. 3232 y sigs.).

cia social en torno a las parejas no casadas no hay duda de que nada impide la posibilidad de que los convivientes no casados celebren entre ellos convenciones tendentes a regular su situación patrimonial.

En este sentido el profesor LACRUZ escribió lo siguiente:

«Está claro que los argumentos clásicos contra la validez de las convenciones entre convivientes *more uxorio* tienen hoy escaso alcance, sobre todo una vez que los hijos han devenido legalmente iguales, procedan o no del matrimonio, y cuando el legislador en las causas de divorcio trata de conseguir precisamente que las partes se pongan de acuerdo sobre cuestiones económicas. Actualmente la convivencia duradera entre hombre y mujer fuera del matrimonio no se considera, en círculos sociales muy amplios, como una infracción a las buenas costumbres y, por tanto, tampoco hay razón para que lo sean las correspondientes convenciones» (15).

En el mismo sentido, la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo ve con gran favor la posibilidad de que los convivientes no casados regulen de forma paccionada su situación patrimonial (16).

Por lo que respecta a Ordenamientos extranjeros cercanos al nuestro, la doctrina es igualmente partidaria de la regulación paccionada de las relaciones patrimoniales entre convivientes no casados, señalando de forma unánime los autores las ventajas que producirían estos pactos en el momento en que cesase la convivencia entre la pareja (17).

El reconocimiento y validez de los pactos patrimoniales entre convivientes no casados dio lugar también en el marco del consejo de Europa a la

(15) LACRUZ, *Elementos de Derecho civil. Derecho de familia*, 1982, pág. 583. También FOSAR BENLLOCH argumentó y defendió desde la década de los ochenta esta posibilidad en «La Constitución española de 1978 y la unión libre», *RJC*, núm. 4, 1984, págs. 71 y sigs.

(16) Especialmente atiende a este punto la STS de 18 de mayo de 1992.

(17) Por lo que respecta a la posibilidad de pacto entre los concubinos, GARCÍA CANTERO en su estudio sobre el concubinato en Francia, ya en el año 1965 escribía lo siguiente: «En la doctrina se sostiene con carácter general que las convenciones intervenidas entre los concubinos serán válidas siempre que hayan sido observados los principios generales del Derecho, pudiendo utilizar entre sí la técnica del Derecho común; incluso no hay en principio ninguna norma general que le prohíba realizar actos de disposición a título gratuito, uno en favor de otro» (cfr. *El concubinato...*, Roma, 1965, págs. 106-107).

Vid. también, entre otros, VERHEYDEN-JEANMART, *Les effect patrimoniaux de l'union libre...*, 1992, págs. 97 y sigs.; MARTY-SCHMID, *La situation patrimoniale des concubins...*, Genève, 1986, págs. 66 y sigs.; ALT-MAES, «La situation de la concubine et de la femme mariée dans le Droit civil français», en *RTDC*, 1983, págs. 667 y sigs., y D'ANGELI, *La famiglia di facto*, Milano, 1989, pág. 580.

Recomendación 83 de 7 de mayo de 1988 en virtud de la cual se hacía un llamamiento a los gobernantes de los países miembros para que tomaran las medidas necesarias a fin de que los contratos de naturaleza patrimonial entre concubinos no se consideraran nulos por la sola razón de ser concluidos entre partes de una relación de hecho (18).

B) *Régimen económico matrimonial paccionado entre los convivientes no casados. Puntos de vista doctrinales y jurisprudenciales*

a) Planteamiento del problema

En las líneas precedentes hemos señalado cómo doctrina y jurisprudencia rechazaban de forma pacífica la aplicación analógica de cualquier régimen económico matrimonial a las parejas no casadas.

Frente a ello, hemos indicado también que no hay ningún inconveniente para que los convivientes *more uxorio* regulen de forma paccionada sus relaciones patrimoniales.

En consecuencia, corresponde ahora analizar si de forma expresa pueden los convivientes no casados adoptar mediante convenio uno de los regímenes económicos que regula la Ley para la relación matrimonial.

A nuestro juicio esta posibilidad está directamente relacionada con el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, puesto que es el documento previsto por la Ley para crear, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio (arts. 1.315 CC y 23 Compilación aragonesa).

En consecuencia, consideramos que únicamente siendo sujetos de capítulos matrimoniales podrán establecer entre ellos un régimen económico matrimonial, puesto que aceptar que estos convivientes no casados puedan acordar en cualquier otra forma un régimen económico supondría, *prima facie*, una grave discriminación en relación con las parejas casadas, quienes para determinar el régimen económico aplicable a su relación matrimonial, en lugar de que se les aplique el régimen legal correspondiente según su vecindad civil, deben necesariamente capitular.

Por lo tanto nuestro propósito es analizar si, en primer lugar, estos convivientes no casados pueden ser sujetos de capítulos matrimoniales, y en segundo lugar, plantear los inconvenientes que presenta la admisibilidad de acordar un régimen económico fuera de capítulos.

(18) Cit. por VERHEYDEN-JEANMART, *Les effect patrimoniaux de l'union libre...*, Bruxelles, 1992, págs. 58 y sigs.

- b) La posición de los tribunales españoles en torno a la admisibilidad de que los convivientes no casados acuerden de forma paccionada sus relaciones patrimoniales mediante alguno de los regímenes económicos matrimoniales

La Sentencia de la Audiencia provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986 liquidó la situación económica de una pareja de hecho, cuya convivencia había durado largos años hasta el fallecimiento del varón, aplicando las normas de la sociedad de gananciales al considerar que a ella se habían acogido los convivientes de forma voluntaria, puesto que en una escritura de compraventa otorgada ante Notario en 1975 dijeron ambos convivientes que adquirirían dicho bien inmueble para su sociedad de gananciales.

Fue quizá este fallo el que posteriormente recibiría buena parte de la doctrina para admitir que los convivientes no casados pueden regular sus relaciones patrimoniales mediante las normas de los regímenes económicos matrimoniales.

Posteriormente diversas sentencias del Tribunal Supremo han seguido la «brecha» iniciada por esta sentencia de Córdoba y han admitido igualmente dicha posibilidad.

En concreto, la Sentencia de 18 de mayo de 1992 señala que los problemas económicos de las parejas quedarían solucionados mediante el pacto expreso de los directamente interesados, puesto que tales pactos no son nulos en principio y son conformes al artículo 1.255 del Código Civil. Si las personas que conviven extramatrimonialmente han tenido semejante previsión, cabe aplicar el régimen de gananciales o cualquier otro que hayan pactado (19).

- c) Opiniones doctrinales al respecto

Buena parte de la doctrina que ha dedicado su atención a la situación jurídica de las parejas no casadas manifiestan su opinión favorable a la posibilidad de que los convivientes no casados regulen su situación **patrimo-**

(19) En el mismo sentido la STS de 21 de octubre de 1992, que igualmente considera que no cabe aplicar automáticamente a las parejas de hecho un régimen económico matrimonial «sin perjuicio de que atendidas las circunstancias de cada caso concreto pueda predicarse la aplicabilidad... de algún determinado régimen económico siempre que quede patentizado por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse a los mismos». Vid. sobre estas sentencias los comentarios que de ellas realizan BERCOVITZ, «Las parejas de hecho», en *Aranzadi Civil*, núm. 1, septiembre 1992, págs. 13-27, y TORRES-LANA, «De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas», en *Aranzadi Civil*, núm. 15, septiembre 1993, págs. 9-23.

nial acogiéndose voluntariamente a cualquiera de los regímenes económicos matrimoniales.

En este sentido se manifiestan, entre otros autores, CERDÁ GIMENO (20), quien sin dar mayores razones recuerda el fallo de la sentencia de la Audiencia provincial de Córdoba a la que nos hemos referido.

Igualmente, FOSAR BENLLOCH (21) se manifiesta con rotundidad sobre esta facultad de los convivientes no casados e, incluso, habla de un convenio similar a las capitulaciones matrimoniales.

El profesor LACRUZ, en una de sus últimas obras publicadas, considera que podría pactarse el régimen económico de gananciales por los convivientes no casados, con claro criterio contrario respecto a sus primeras investigaciones en esta materia (22).

El fundamento principal que secunda esta postura doctrinal es la libertad de pacto amparada en el artículo 1.255 del Código Civil.

Negando la posibilidad de que las relaciones económicas entre convivientes no casados se regulen por normas de régimen económico matrimonial, se manifiestan también diversos autores. Entre ellos cabe citar a los siguientes: ESTRADA ALONSO, que considera que la unión libre ha de acogerse a otras figuras contractuales reguladas en el Código Civil, como son la sociedad, la comunidad de bienes, etc. (23). Total y tajante desacuerdo manifiesta también VIDAL MARTÍNEZ, que niega la posibilidad de crear una sociedad de gananciales sin matrimonio al considerar que los regímenes económicos únicamente pueden relacionarse con el matrimonio (24).

El profesor BERCOVITZ, sin una manifestación clara a favor de una u otra postura, manifiesta muy acertadamente serias dudas acerca de la posibilidad de pactar alguno de los regímenes económicos matrimoniales, pues, según se expresa, faltaría la publicidad del mismo frente a terceros y, en todo caso, si el pacto fuera de sociedad de gananciales considera que sería de

(20) CERDÁ GIMENO, «La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho», *BIMJ*, núm. 1.482, 1988, págs. 627-628. Tomando como fundamento las sentencias de diversas Audiencias provinciales españolas, y en especial la de la Audiencia de Córdoba, se manifiesta a favor del pacto de régimen económico MUÑOZ DE DIOS, «Régimen económico de las uniones extramatrimoniales», en *La Ley*, núm. 2, 1987, págs. 1165-1166.

(21) FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de familia*, t. III, Barcelona, 1985, págs. 167 y sigs., y también en «La Constitución española y uniones libres», *RJC*, núm. 4, 1982, pág. 137.

(22) LACRUZ, «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», en *Centenario del Código Civil*, pág. 1069.

(23) ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales...*, 1986, págs. 155 y sigs.

(24) VIDAL MARTÍNEZ, «Aplicación del régimen de sociedad de gananciales a una relación y convivencia no matrimonial. Convenio económico. Validez (comentario de urgencia a la sentencia de la Audiencia provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986)», en *RGU*, 1986, págs. 4307 y sigs.

difícil encaje en dicho sistema la presunción del artículo 1.361 del Código Civil (25).

TORRES LANA considera también que es difícil afirmar la posibilidad de pacto entre convivientes no casados de normas de régimen económico, puesto que éstas presentan unas características peculiares que hacen poner en duda las posibilidades de pacto sobre las mismas. Estas notas son, según TORRES LANA, las siguientes:

- «1) Mayor abundancia de normas imperativas que lo normal en los negocios puramente patrimoniales.
- 2) Apartamiento de las normas generales de tipo patrimonial en materias tan importantes como la organización de la cotitularidad, la gestión o la responsabilidad.
- 3) Establecimiento de un sistema de presunciones propio y difícilmente transportable a un ámbito extramatrimonial. Todo lo cual conduce a pensar que se trate de un sistema *inescindible* unido al estado y vínculos matrimoniales o, si se quiere, a uno de los dos modelos de familia amparados por la Constitución: el jurídico-formal basado en el matrimonio» (26).

En la doctrina francesa parece que, de forma general, se mantiene esta última posición, pues consideran que las relaciones entre convivientes no casados han de regularse por las normas del Derecho común, pues en dicha convivencia no hay un vínculo jurídico que institucionalice su situación (27).

En este sentido analizan la diversidad de soluciones pactadas a las que pueden llegar los convivientes no casados —contrato de sociedad, comunidad de bienes—, y en ellas se excluye de forma general la regulación a través de los regímenes matrimoniales. Es más, según señala VERHEYDEN-JEANMART, los acuerdos a los que lleguen los convivientes no casados pueden realizarse en documento privado o público, si bien es lo más aconsejable acudir al Notario, pues reflejará mucho mejor las necesidades y deseos de la pareja. De cualquier manera, el contrato que mejor adaptable consideran a la situación de la pareja de hecho es el de sociedad (28).

(25) BERCOVITZ, «Las parejas de hecho», en *Aranzadi Civil*, núm. 1, Pamplona, 1992, pág. 27.

(26) TORRES LANA, «De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas», en *Aranzadi Civil*, núm. 15, 1993, pág. 20.

(27) Por todos, MARTY-SCHMIT, *La situation patrimoniale des concubins...*, Genève, 1986, pág. 29.

(28) VERHEYDEN-JEANMART, *Les effect patrimoniaux de l'union libre...*, Bruxelles, 1992, págs. 99-100. En el mismo sentido, MARTY-SCHMIT, *La situation patrimoniale des concubins...*, Genève, págs. 66 y sigs., y MALAURIE, *Mariage et concubinage...*, París, 1975, págs. 26 y sigs.

En consecuencia, la posibilidad de pactar en cualquier forma los acuerdos económicos entre convivientes les aleja ya del régimen jurídico de las capitulaciones matrimoniales.

ALT-MAES, analizando la creación convencional de un régimen patrimonial entre los concubinos, rechaza igualmente que la organización de esta economía se lleve a cabo por normas de régimen económico, puesto que en la unión de hecho no hay una organización matrimonial y, además, dicho convenio carece del efecto de publicidad (oponibilidad) frente a terceros (29).

En Italia la doctrina está mucho más dividida. Así, para algunos no hay inconveniente en que mediante convenio los convivientes no casados regulen su situación patrimonial mediante alguno de los regímenes económicos; sin embargo, otros niegan esta posibilidad al considerar las normas que regulan la economía matrimonial únicamente a disposición de la pareja que previamente ha contraído vínculo matrimonial (30).

III. LOS CAPITULOS MATRIMONIALES Y EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

1) CAPÍTULOS MATRIMONIALES: SU APLICACIÓN EXCLUSIVA A LA FAMILIA FUNDADA EN EL MATRIMONIO

La redacción originaria del Código Civil señalaba de forma especialmente precisa la relación entre capítulos y matrimonio, pues a aquellos se

(29) ALT-MAES, «La situation de la concubine et...», *RTDC*, 1983, págs. 667 y sigs. En el mismo sentido, STORCK señala lo siguiente: «La convención de concubinato, bien que inspirada en el derecho de los regímenes matrimoniales que las partes han decidido hacer, tiene una extensión que no es comparable a un contrato de matrimonio: en materia de matrimonio, éstas son disposiciones legales que determinan expresamente la fuerza obligatoria del matrimonio y de la estipulación del régimen económico matrimonial entre los cónyuges, así como su oponibilidad frente a terceros; entonces, en el marco de la convención de concubinato no se pueden más que referir a las normas del Derecho común de los contratos» (cit. por VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pág. 98).

DE PAGE, unas cuantas décadas antes que estos autores, había analizado ya los pactos entre los concubinos y el contrato de matrimonio. En este sentido indicaba que los concubinos no podrían celebrar un contrato de estas características, por cuanto dicho negocio jurídico supone necesariamente la existencia de un matrimonio aunque todavía nos encontramos en una época en la que se barajaba la ilicitud de los acuerdos entre concubinos. Pero de cualquier manera, DE PAGE considera que los bienes de los concubinos han de quedar sometidos a las reglas del derecho común de la propiedad puesto que el concubinato no crea entre los concubinos un derecho nuevo (cfr. *Traité elemental de Droit civil*, t. X, 1949, págs. 130-131).

(30) Cfr. D'ANGELI, *La famiglia di facto*, 1989, págs. 353 y sigs., y ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales...*, 1986, págs. 129 y sigs.

les calificaba de «Contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio». Dicha rúbrica, con la que comenzaba el Libro IV del Código Civil, hizo escribir a MANRESA que «las capitulaciones matrimoniales constituyen un contrato especialísimo y trascendental (...), pues van íntimamente ligadas a la celebración del matrimonio» (31).

Aunque ahora el Título tercero del Libro IV del Código Civil ya no lleva por rúbrica aquella del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, sino que de forma genérica se refiere al régimen económico matrimonial, aquella vieja idea sigue manteniendo toda su fuerza, pues las capitulaciones matrimoniales sólo tienen sentido ante la futura celebración del matrimonio o ante su previa existencia.

Como señala DURÁN RIVACOBÁ, el contenido de las capitulaciones matrimoniales hace referencia directa al matrimonio, lo que trae consigo un conjunto de peculiaridades —su carácter solemne (art. 1.327 CC), su límite intrínseco en la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge (art. 1.328 *in fine* CC) y el término esencial que la Ley le asigna (art. 1.334 CC)—, con una indudable significación jurídica (32).

Ciertamente, los capítulos matrimoniales tienen una naturaleza contractual, no en vano aparecen como el primer contrato que se regula en el Libro IV del Código Civil; pero como muy acertadamente escribiera el profesor LACRUZ, los capítulos son matrimoniales, es decir, que el matrimonio desempeña en la producción de sus efectos un papel esencial. Lo afirma así para las estipulaciones otorgadas antes de la boda el artículo 1.334, del cual, junto con el artículo 1.392.1, podemos decir igualmente que las reglas pactadas en capítulos dejan de producir sus efectos desde que el matrimonio se disuelve (33).

Los mismos preceptos del Código Civil hacen referencia al contenido de los capítulos en función del matrimonio. En concreto, el artículo 1.325 del Código Civil establece que «en las capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su

(31) MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, t. IX, Madrid, 1950, pág. 87.

(32) DURÁN RIVACOBÁ, «La capacidad en las capitulaciones matrimoniales», *ADC*, 1991, págs. 98-99. Esta opinión es compartida de forma pacífica por el resto de la doctrina, si bien acerca de la influencia del matrimonio sobre los capítulos matrimoniales vid. ALBACAR, «Comentario al artículo 1.325 del Código Civil», en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. IV, Madrid, 1991, págs. 876 y sigs.; DE LOS MOZOS, «Comentario al artículo 1.325 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, Edersa, 1982, págs. 181 y sigs. Por lo que respecta a la Compilación aragonesa, MOREU BALLONGA, «Comentario al artículo 25 de la Compilación aragonesa», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, t. I (dir.: LACRUZ), Zaragoza, 1988, págs. 644-645.

(33) LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, t. IV. *Derecho de familia*, 1989, pág. 340.

matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo», siendo nula cualquier estipulación limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge (art. 1.328 CC).

En el mismo sentido, el artículo 25 de la Compilación aragonesa establece, en orden a su contenido, la relación entre capítulos y matrimonio; así, dispone que «los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar o sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento siempre que no sean contrarias a los fines propios del matrimonio».

Porque los capítulos son matrimoniales, la capacidad para otorgarlos se conecta también con la capacidad para contraer matrimonio; tal es así que los menores que puedan contraer matrimonio podrán otorgar capítulos matrimoniales, si bien con las asistencias prescritas en la Ley.

En consecuencia, es la relación matrimonial, futura o previa, la que determina la posibilidad de otorgar capítulos matrimoniales, ya que éstos son un negocio accesorio con respecto al matrimonio: desde su celebración los capítulos producirán efectos, y por la disolución del matrimonio o su declaración de nulidad cesarán aquellos.

Por tanto, los no casados no pueden otorgar entre sí capítulos matrimoniales, pues carecen de la cualidad objetiva de contrayente o cónyuge para ser sujeto y parte de los mismos (34).

Esta conclusión es tan evidente que aquellos autores que son partidarios de que los convivientes no casados regulen su situación patrimonial mediante convenio, asumiendo voluntariamente cualquiera de los regímenes matrimoniales, señalan curiosamente cómo en las sentencias en las que se han admitido tales pactos no usan los tribunales la expresión de capítulos matrimoniales, sustituyéndola por la genérica de convenio o pactos. En este sentido MUÑOZ DE DIOS señala, complacido, que quizás en esas decisiones jurisprudenciales se «consideró bastante avanzada la doctrina sustancial y se reserva el concepto a las uniones matrimoniales, respetuosos con el legislador en la letra, que en los artículos 1.325 y 1.326 determina que es documento típicamente matrimonial» (35).

(34) Como ya advertía a principios de siglo SÁNCHEZ ROMÁN, no pueden celebrar capitulaciones matrimoniales todos los que quieran, sino sólo los que se van a casar (cfr. *Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. 1, Madrid, 1912, pág. 557). En el mismo sentido y en relación con el Derecho vigente, CERDÁ GIMENO escribe que «precisamente es la carencia de la condición de cónyuges lo que descalifica el pretendido carácter de capítulos para los pactos concubinarios» (cfr. «Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981», en *Documentación Jurídica*, núms. 33-36, Ministerio de Justicia, 1982, pág. 248).

(35) MUÑOZ DE DIOS, «Régimen jurídico de las uniones extramatrimoniales», en *La Ley*, núm. 2, 1987, pág. 1166.

Ahora bien, es evidente que los no casados no pueden ser sujetos de capítulos matrimoniales, pero ¿acaso puede establecerse el régimen económico matrimonial sin haber otorgado capítulos?

En nuestra opinión, tal posibilidad escapa a la autonomía privada por cuanto la creación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial de forma paccionada sólo puede conseguirse eficaz y válidamente mediante su contratación en el documento capitular, único *instrumentum* habilitado por el legislador para establecer el régimen económico.

Así pues, y en justificación de lo anterior, relacionemos el contenido peculiar de los capítulos y el régimen económico, con la forma de establecerlo: el instrumento capitular.

2) CAPÍTULOS MATRIMONIALES: RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

A) *Introducción*

Dada la proliferación de opiniones doctrinales y jurisprudenciales que admiten que los convivientes no casados asuman mediante pacto alguno de los regímenes económicos matrimoniales para regular sus relaciones patrimoniales, conviene resolver si puede pactarse el régimen económico fuera de capítulos o, dicho de otra manera, si la regulación de los capítulos matrimoniales (su contenido típico y su forma) es dispositiva, de manera que fácilmente se pueda obviar la condición cualitativa de las partes —ser futuros o actuales *cónyuges*— y su forma —*escritura pública ad solemnitatem*.

Creemos que únicamente si llegamos a esa conclusión cualesquiera sujetos podrán acordar convencionalmente regímenes económicos matrimoniales, pues el régimen jurídico de los capítulos matrimoniales quedará al arbitrio de los particulares; claro está que, también y en este caso, para los esposos o cónyuges, o los convivientes homosexuales, o cualesquiera asociaciones de personas que deseen poner en común vida y patrimonio (unos hermanos que deciden mantenerse célibes), puesto que si a los regímenes económicos les quitamos el calificativo de matrimonial está claro que carecen de peculiaridad. Y por lo demás, sería la única forma racional de mantener el principio de igualdad para todos en toda ocasión, incluso para los casados.

B) *Capítulos matrimoniales y régimen económico matrimonial*

El régimen económico matrimonial es una consecuencia derivada directamente de la celebración del matrimonio —y no de la mera conviven-

cia—; tal es así que no existe matrimonio sin régimen matrimonial. Es más, aunque los contrayentes quisieran evitarlo nada conseguirían, pues por efecto directo de la Ley igualmente seguirían sujetos los bienes de los contrayentes al levantamiento de las cargas del matrimonio y a la responsabilidad por los gastos domésticos.

Estas consecuencias derivadas del régimen económico matrimonial se producen de forma directa por la celebración de matrimonio, al igual que desde la celebración del mismo comienza el deber de ayuda y socorro entre los cónyuges o el deber de fidelidad.

Junto al efecto legal del régimen económico matrimonial —hay régimen desde que se celebra el matrimonio y aunque nada pacten los contrayentes— se produce también lo que la doctrina ha llamado el efecto real del régimen económico matrimonial. Los cambios de titularidad ocasionados por ellos se producen por la Ley a modo de una sucesión universal y automáticamente, sin que sean precisos negocios particulares de transmisión de la propiedad o demás derechos reales sobre cosas de creación de responsabilidad o de comunicación de créditos. Por ello, cuando las consecuencias del régimen matrimonial se traducen en atribuciones no se reputa nunca lo atribuido a título gratuito, pues son consecuencias directas de la Ley. Este efecto es a su vez consecuencia también de la celebración del matrimonio y no de la convivencia, por larga que ésta sea.

Ahora bien, el legislador, a modo de delegación legislativa, permite a los contrayentes establecer de forma voluntaria el régimen económico de su matrimonio mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Este es el único documento que puede ser instrumento válido y eficaz para contener las normas del régimen económico matrimonial (art. 1.327 CC). Y es que, aun cuando se acuerde convencionalmente, el régimen económico matrimonial sigue siendo algo que opera por voluntad de la Ley y cuyos efectos no podrían producirse por la mera voluntad privada (36).

En efecto, el que los contrayentes o cónyuges puedan modificar mediante convenio el régimen económico legal al que quedarían sometidos por la celebración del matrimonio no tiene su fundamento directo y principal en el artículo 1.255 del Código Civil, sino con mayor amplitud y con peculiaridades que en otro caso no podría provocar la voluntad de las partes en el artículo 1.315, en relación este último con las normas que regulan los regímenes económicos matrimoniales (37).

Ahora bien, aunque los capítulos matrimoniales, en cuanto instrumento, pueden tener un amplio y variado contenido, no cabe duda que ya, desde

(36) LACRUZ, *Elementos...*, t. IV, 1989, pág. 281.

(37) En este sentido, LACRUZ, «Capítulos matrimoniales y estipulación capitular», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1962, pág. 15.

la primitiva redacción del Código Civil, el contenido específico de los mismos era el establecimiento del régimen económico matrimonial (38).

Posteriormente el profesor LACRUZ, al que seguiría el resto de la doctrina española, indicaba que «a lo que los capítulos les da su última perfección son las determinaciones sobre el futuro de la sociedad conyugal, estipulaciones que desde ahora —escribió con buena fortuna— llamaremos estatutarias por su condición de reglamento de situaciones futuras» (39).

En consecuencia, las normas estatutarias, en cuanto que determinan el régimen económico aplicable a la relación matrimonial, son el contenido propio y típico del instrumento capitular, y éste, a su vez, es el único documento público llamado a contenerlas, pues así lo impone la Ley (arts. 1.315, 1.325, 1.345, 1.392.4, 1.415 y 1.435.2 CC, y arts. 23 y 25 de la Compilación aragonesa).

A su vez, la norma estatutaria contenida en los capítulos está directamente relacionada con el matrimonio; tal es así que faltando aquél, al igual que sucede con el régimen legal, no tiene a qué aplicarse. El matrimonio, entonces, no es un simple requisito jurídico de eficacia, sino un elemento exigido por la lógica; sin él, escribió el profesor LACRUZ, no es que los capítulos sean inválidos, anulables, revocables, etc.; es que las normas estatutarias no pueden tener más eficacia que las de la sociedad de gananciales regulada en el Código Civil (40).

En consecuencia, el matrimonio no es sólo requisito para otorgar el instrumento matrimonial, sino el presupuesto y base de la norma estatutaria; tal es así que el profesor LACRUZ, en opinión que comparto, llegó a afirmar «que el matrimonio no es una simple consecuencia puesta por el derecho (y por lo tanto dentro de los *naturalia negotii*) para que el contrato produzca los efectos que le son propios, sino que crea el propio *objeto del contrato* (41). De ahí que las estipulaciones capitulares sigan las vicisitudes del matrimonio y sean válidas mientras éste existe, y nulas cuando no» (42).

En vista de lo anterior, podemos afirmar que las normas estatutarias, el régimen económico del matrimonio, únicamente puede acordarse entre esposos o cónyuges, y sólo quienes ostenten esta posición jurídica podrán determinarlos. Es, pues, la relación matrimonial el objeto sobre el que la

(38) En este sentido, MANRESA señalaba que el objeto o fin de los capítulos es el establecimiento de las normas de la sociedad conyugal (cfr. *Comentarios al Código Civil español*, t. IX, pág. 95).

(39) LACRUZ, *Capítulos matrimoniales y estipulación...*, 1962, pág. 20. En el mismo sentido DE PAGE, *Traité élémentaire du Droit belge*, t. X. *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1, 1949, págs. 132 y 137 y sigs.

(40) LACRUZ, *Capítulos matrimoniales y estipulación...*, 1962, pág. 49.

(41) El subrayado es mío.

(42) LACRUZ, *Capítulos matrimoniales y estipulación...*, 1962, pág. 49.

estipulación capitular despliega su eficacia: se origina cuando se celebra el matrimonio —o habiéndose previamente **celebrado**— y deja de ser eficaz cuando cesa legalmente la relación matrimonial —o legalmente se sustituye una norma estatutaria por otra, acordándola nuevamente en capítulos y siguiendo el régimen jurídico previsto en la Ley (arts. 1.331 CC y 28 Compilación aragonesa).

C) *Capítulos matrimoniales: La forma como elemento esencial*

De todo lo anterior se deduce que el destinatario de las normas establecidas en el Título III del Libro IV del Código Civil es, en general, el matrimonio, y sus sujetos, los contrayentes o cónyuges.

A su vez, los futuros o actuales cónyuges en virtud de una *cuasi* delegación legislativa ofrecida en el artículo 1.315 permite a aquellos sustituir el régimen legal de sociedad de gananciales (art. 1.316 CC) por el que ellos estipulen en capítulos matrimoniales.

En consecuencia, son los capítulos matrimoniales el documento habilitado por la Ley para que los contrayentes puedan estipular el régimen económico.

En este sentido la forma —**escritura pública notarial de capítulos matrimoniales**— es un elemento esencial en la determinación de la norma estatutaria, pues sin dicha forma aquélla sería nula de pleno derecho (arts. 1.327 CC y 25 Compilación aragonesa).

En este sentido, el profesor LACRUZ escribió que la forma en las capitulaciones matrimoniales no es simplemente un requisito de oponibilidad frente a terceros, sino un requisito *ad solemnitatem* (43).

CABANILLAS SÁNCHEZ, por lo que respecta a la forma de los capítulos, no sólo destaca su valor *ad solemnitatem*, sino que considera al instrumento capitular como un elemento constitutivo (44).

En consecuencia, los capítulos matrimoniales son elemento esencial para el establecimiento del régimen económico; a falta de capítulos no es

(43) LACRUZ, *Elementos de Derecho civil. Derecho de familia*, 1989, pág. 345.

(44) CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 1.327 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 665. En el mismo sentido, TORRES LANA, «De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas», en *Aranzadi Civil*, núm. 15, 1993, págs. 19-20.

En el mismo sentido RAMS ALBESA, quien además manifiesta su opinión contraria a que puedan constituirse, aun entre parejas casadas, normas de régimen económico fuera de capítulos por ser la forma, en la determinación del régimen económico, un elemento esencial (cfr. «Sociedad de gananciales: si es estipulación capitular un pacto hecho en contrato de compraventa. Comentario a la Res. de la DGRN de 25 de septiembre de 1990», en *CCJC*, núm. 25, enero-marzo 1991, págs. 30-31).

posible la creación de normas estatutarias, y estas últimas carecen a su vez de eficacia sin una relación matrimonial sobre la que aplicarse.

Por lo tanto y retomando el planteamiento que hemos hecho al inicio de esta exposición, únicamente aquellos que puedan ser sujetos de capítulos matrimoniales podrán acordar entre sí normas de régimen económico matrimonial. Así pues, negando tal cualidad a los componentes de la unión libre es evidente que no pueden asumir convencionalmente regímenes económicos al estar éstos destinados por el legislador a las parejas unidas en matrimonio.

D) *Conclusión. El artículo 1.255 del Código Civil: una norma general frente al artículo 1.315 del Código Civil*

En las líneas anteriores hemos negado la posibilidad de que los convivientes no casados puedan asumir las normas del régimen económico matrimonial, relacionando esto con la posibilidad o no de ser sujetos de capítulos matrimoniales.

Ahora bien, decíamos que el argumento utilizado por el sector doctrinal que considera posible la asunción paccionada de normas económicas del matrimonio entre convivientes no casados se fundaba en el artículo 1.255 del Código Civil.

Ciertamente, dicho precepto establece lo que se ha venido en llamar el principio de libertad civil, puesto que, y a tenor de dicho precepto, «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público».

A lo que creemos, dicho precepto únicamente justifica la posibilidad de que los convivientes no casados puedan celebrar entre sí cualesquiera pactos para regular sus relaciones patrimoniales, pero al igual que lo podrían hacer cualesquiera otros contratantes.

En efecto, la libertad contractual no es exclusiva de los convivientes no casados heterosexuales, puesto que el artículo 1.255, al ser una norma general, está destinada a todos los contratantes. Por ello, y en aplicación de dicho precepto, también podrían regular su situación patrimonial una pareja de homosexuales o unos laicos y célibes que comparten piso y ponen en común las ganancias que obtienen con su trabajo: nada de ello vulnera los límites del precepto.

Sin embargo, la convención entre particulares de normas estatutarias tiene una regulación especial que por sus efectos margina al artículo 1.255, pues para el régimen económico es el artículo 1.315 el que contiene la posibilidad de que los que se vayan a casar o estén casados —y sólo ellos—

regulen mediante capítulos —y no de otra *forma*— las normas económicas de su relación.

A su vez, los límites de tales pactos no están únicamente regulados en el artículo 1.255, sino que además el artículo 1.328 especifica en esta sede el contenido de aquél y aún añade, teniendo en cuenta la relación matrimonial, «que serán nulas las estipulaciones limitativas de los derechos de cada cónyuge» (45).

En consecuencia, el artículo 1.255, a lo que creemos, no es argumento suficiente y bastante para admitir que los componentes de la unión libre, en el sentido que la hemos definido, puedan convencionalmente regular sus relaciones patrimoniales mediante la asunción de normas económicas destinadas a la relación conyugal, puesto que dicha materia tiene una regulación especial y unos destinatarios particulares: los contrayentes o cónyuges. E incluso podría decirse que permitir a otros sujetos y mediante otras formas la asunción paccionada de normas de régimen económico sería contrario a la Ley que establece el régimen jurídico de los capítulos matrimoniales.

A lo más, el artículo 1.255, y como norma general, legitima a los convivientes no casados para regular de forma paccionada sus relaciones patrimoniales, si bien dentro del marco del derecho general de los contratos y no en sede de matrimonio, pues este elemento previo no existe en la unión libre (46).

3) UN PUNTO DE VISTA HISTÓRICO: LA CARTA DE CONCORDIA EN ARAGÓN

La Sentencia de la Audiencia provincial de Granada de 21 de abril de 1986 para justificar la validez y eficacia de un acuerdo celebrado entre convivientes no casados utiliza en su fundamento de Derecho segundo una erudita exposición de Derecho histórico sobre la regulación de la barraganía en las Partidas y en diversos fueros municipales.

Ahora bien, la barraganía y la unión libre no son situaciones compara-

(45) Vid. LACRUZ, *Elementos...*, t. IV, 1989, págs. 326-329. Para el Derecho aragonés, DE PABLO CONTRERAS, «En tomo a los "fines propios del matrimonio" del artículo 25.1 de la Compilación aragonesa», en *Actualidad Civil*, 1986, págs. 1050 y sigs.

(46) Esta ha sido la opinión tradicionalmente defendida en el Derecho francés desde el siglo pasado, que se ha seguido, desde luego, en éste. Las normas de régimen únicamente se aplican a la relación matrimonial; sin tal relación serían ineficaces, pues no tendrían realidad sobre la que aplicarse. A su vez, las normas de régimen se vinculan con un contrato especial: el contrato de matrimonio; y partes esenciales del mismo son los esposos. Vid. en este sentido LAURENT, *Principes de Droit français*, t. XXI, París, 1878, pág. 18, y BEUDANT, *Cours de Droit civil français*, t. X (*Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux*), 1937, págs. 6-7.

bles (47) ni su referencia una vía de solución para los problemas que hoy en día plantea la unión libre.

Es importante tener en cuenta que si en ciertos fueros la barragana tenía derecho a alimentos o a la mitad de las ganancias, no era como efecto de la voluntad de las partes, sino simplemente porque así lo disponía quien tenía el poder de establecerlo. Hoy la unión libre no está regulada, luego no hay punto de comparación; es cierto que podría regularse e igualmente establecerse que la concubina o el concubino se repartiesen las ganancias: acaso entonces dejaríamos también de hablar de unión libre.

Otra forma de justificar los pactos entre convivientes no casados, tanto por parte de la anterior sentencia como por parte de varios autores, consiste en recordar aquellos antiguos pactos de amistad y compañía que celebraban los convivientes no casados de hace unos cuanto siglos (48).

También en Aragón, donde no se reguló la barraganía, existieron unos documentos denominados *cartas de concordia* mediante los cuales los convivientes no casados regulaban su situación.

Estas cartas de concordia, según los documentos que transcribe GARCÍA HERRERO, se otorgaban entre personas solteras o entre aquellas otras que no podían contraer matrimonio por existir algún impedimento matrimonial, fundamentalmente el de vínculo.

Curiosamente, los pactos que se acuerdan entre los convivientes no casados no hacen referencia alguna a normas establecidas en el Libro V de los fueros de Aragón —de referencia constante, bien para seguirlos o para renunciarlos en las escrituras de capítulos matrimoniales— para regular la relación matrimonial, sino que, a lo más y de forma pacífica, simplemente acuerdan aquellos los alimentos que el varón prestará a la mujer: su mantenimiento en la casa del varón, tanta sana como enferma, con todo lo necesario para la vida humana, a cambio de los mismos cuidados de la mujer hacia el varón (49).

(47) PANTALEÓN, «La autorregulación de la unión libre», en *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, pág. 125.

(48) En este sentido, FOSAR BENLLOC, «La Constitución española de 1978 y la unión libre», *RJC*, núm. 4, 1982, pág. 136; ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales...*, 1986, pág. 137; PIÑOL AGUADÉ, quien con poca técnica califica de capitular a una Carta de «amaxia», que a su vez transcribe, otorgada en Córcega en 1287 (cfr. «Matrimonio: sobre capitulaciones matrimoniales, concubinarias y algunos de sus flecos», en *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, núm. 13, enero 1982, pág. 160).

(49) En el año 1478 Joan de Perpinyan otorga junto a Gracia Gonya una carta pública de concordia, en la que, entre otras cosas, establecen: Primo, es **condicion** que vos, dita Gracia Gonya, biviendo castament e honesta, sia tenido yo, dito Johan, sustener vos sana e enferma de comer, beber, bestir e calcar bien e suficientement durante toda vuestra vida natural.

A veces, incluso se compromete también el varón a costear el funeral y entierro de la mujer e, incluso, a contraer matrimonio con ella cuando pueda.

También era frecuente acordar una indemnización cuando se separaban para contraer matrimonio —o por otra causa— no entre ellos, sino entre uno de ellos y un tercero (50).

Ciertamente esto, que no es más que una curiosidad, poco puede resolver acerca de la situación actual de las parejas no casadas, pero al menos y de cara a la posición aquí defendida es ejemplarizador el comprobar cómo en esos documentos no se acordaban normas de régimen económico. Tanto en la forma como en el contenido diferenciaban claramente lo que era matrimonial de lo que no lo era.

Sirvan, pues, estos ejemplos de nuestros antepasados para poner cada cosa en su sitio: pactos sí, pero no de régimen económico, porque los convivientes no casados no son sujetos de capítulos matrimoniales, único documento en que tales normas estatutarias se pueden convenir.

IV. BIBLIOGRAFIA

- ALBACAR LÓPEZ: «Comentario al artículo 1.325 del Código Civil», en *Código Civil, doctrina y jurisprudencia*, t. IV (arts. 1.088-1.444), Trivium, Madrid, 1991.
 ALT-MAES, FRANÇOIS: «La situation de la concubine et de la femme mariée dans le Droit civil français», *RTDC*, 1983, págs. 641-691.
 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO: «Las parejas de hecho», en *Aranzadi Civil*, núm. 1, septiembre 1992, págs. 13-27.
 BEUDANT: *Cours de Droit civil français*, t. X («Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux»), París, 1937.
 BLANCO PÉREZ-RUBIO, LOURDES: *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Trivium, Madrid, 1992.
 CABANILLAS SÁNCHEZ: «Comentarios a los artículos 1.325 a 1.335 del Código Civil»,

Item más es condicion que vos, dita Gracia Gonya, me siades tenida servirme sano e enfermo todo el tiempo de mi vida natural, bien e lealment, aredrarme todo danyo, procurarame todo proveyto e honra, e traballar honestament en mi casa e fazer como buena muller lo que poreys».

En esta misma carta también se dispone que a la muerte de Joan, Gracia percibirá la mitad de los bienes de aquél (cfr. GARCÍA HERRERO, *Las mujeres en Zaragoza en el siglo XV*, t. II, Zaragoza, 1990, pág. 248).

(50) Este es el caso de María Martín y Antón d'Aysa, otorgada en Zaragoza el 27 de mayo de 1481. Ambos deciden vivir juntos, y para el caso de que rompan la convivencia porque cualquiera de ellos contraiga matrimonio, o por cualquier otra causa, él le entregará a ella 300 sueldos y los bienes muebles de la casa en la que estarán. Ella a cambio se compromete a serle fiel; y si no lo es, nada de lo convenido podrá reclamar (cfr. GARCÍA HERRERO, *Las mujeres...*, t. II, 1990, pág. 276).

- en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 602-615.
- CARBONIER, JEAN: *Derecho civil*, t. I, vol. II («Situaciones familiares y cuasi familiares»). Traducido por MANUEL RUIZ ZORRILLA, Bosch, Barcelona, 1960.
- CERDÁ GIMENO, JOSÉ: *Estudios sobre Derecho de familia*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1993.
- «La situación de las parejas no casadas ante el Derecho», en *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia (BIMJ)*, núm. 1.482, 1988, págs. 599-643.
- «Una aproximación realista para una visión de conjunto de las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) relativas a los aspectos de la situación de "parejas no casadas"», *BIMJ*, núm. 1.496, 1988, págs. 3232-3255.
- CORONA QUESADA: *Derecho de familia*, vol. II; *Diccionario práctico de jurisprudencia*, PPU, Barcelona, 1992, págs. 943-952 y 1081-1106.
- CHEVALIER, JEAN-PIERRE: «Concubinage et imposition des revenus», en *Le Droit non civil de la famille*, t. X, edit. Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Potiers, París, 1983, págs. 105-132.
- D'ANGELI, FIORELLA: *La famiglia di facto*, Giuffrè, Milano, 1989.
- DE PAGE: *Traité élémentaire du Droit belge*, t. X; *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1, Bruselas, 1949.
- DEMEIN, BERNARD: *La liquidación de bienes en las uniones de hecho. Traducción, notas y relación de sentencias en el Derecho español*, por JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ PORRAS. Prólogo a la edición española, J. M. CASTÁN VÁZQUEZ. Edit. Reus, S.A., Madrid, 1992.
- DURÁN RIVACOBA: «La capacidad en las capitulaciones matrimoniales», en *ADC*, 1991, págs. 97-181.
- ESTRADA ALONSO, EDUARDO: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Cívitas, Madrid, 1986.
- FOSAR BENLLOCH, ENRIQUE: «Análisis de la jurisprudencia sobre las relaciones económicas en las uniones extramatrimoniales», en *RGLJ*, 1983, págs. 885-934.
- «Constitución española de 1978 y uniones libres», en *RJC*, núm. 4, 1982.
- «Las uniones no matrimoniales en el Derecho histórico español. La sucesión *mortis causa* a favor de los hijos extramatrimoniales en el Derecho civil aragonés», *RCDI*, 1983, págs. 133-176 y 823-870.
- GARCÍA CANTERO, GABRIEL: *El concubinato en el Derecho francés*, edit. CSIC, Roma, 1965.
- GARCÍA HERRERO: «La mujer en Zaragoza en el siglo xv», en *Cuadernos Zaragoza*, núm. 62, Ayuntamiento de Zaragoza, Zaragoza, 1990.
- GOUNOUT, EMMA: «Les familles légitimes non fundées sur le mariage», en *Mariage et famille en question*, t. I, dirigido por ROGER NERSON, Institut de Droit comparé de l'université Jean Moulin (Lyon III), edit. CNRS, Lyon, 1978, págs. 191-210.
- HANOTIAU, MICHEL: «Reflexions sur l'union libre», en *L'union libre*. Dirig. DE PAGE et VALKENNER. Actes du colloque tenu à l'université libre de Bruxelles le 16 de octobre 1992, 1992, págs. 7-28.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presuncio-

- nes», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1061-1069.
- *Elementos de Derecho civil II*, vol. 2; *Teoría general del contrato*, Bosch, Barcelona, 1987.
- «Capítulos matrimoniales y estipulación capitular», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1962, págs. 1-58.
- LAURENT: *Principes de Droit français*, t. XXI, París, 1878.
- MALAUURIE, PHILIPPE: «Mariage et concubinage en Droit français contemporain», en *Archives de Philosophie du Droit*, t. XX («Réformes du Droit de famille»), edit. Sirey, París, 1975, págs. 17-28.
- MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, t. IX, Madrid, 1950.
- MARTY-SCHMID, HELEN: *La situation patrimoniale des concubins à la fin de l'union libre. Etude des Droits suisse, français et allemand*, Librairie Droz, Genève, 1986.
- MOREU BALLONGA, JOSÉ LUIS: «Comentario al artículo 25 de la Compilación aragonesa», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, DGA, Zaragoza, 1988, págs. 638 y sigs.
- MUÑOZ DE DIOS, G.: «Régimen jurídico de las uniones extramatrimoniales», en *La Ley*, t. II, 1987, págs. 1163 y sigs.
- PABLO CONTRERAS, PEDRO DE: «En torno a los "fines propios del matrimonio" del artículo 25.1 de la Compilación aragonesa», en *Actualidad Civil*, 1986, págs. 1577-1591.
- PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO: «La autorregulación de la unión libre», en *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, págs. 119-125.
- PEYRAD, GEORGES: «Les couples non maries», en *Mariage et famille en question*, t. I. Dirigido por ROGER NERSON, Institut de Droit Compare de l'Université Jean Moulin (Lyon III), edit. CNRS, Lyon, 1978, págs. 211-238.
- PIÑOL AGUADÉ, JOSÉ MARÍA: «Matrimonio: capitulaciones matrimoniales, concubinarias y algunos de sus flecos», *Boletín Informativo del Colegio Notarial de Granada*, núm. 13, enero 1982, págs. 149-160.
- PUYOL MONTERO, F. JAVIER: *Derecho de familia. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, PPU, Barcelona, 1992, págs. 883-908.
- RAMS ALBESA, JOAQUÍN: «Comentario a la Resolución de la DGRN de 25 de noviembre de 1990 sobre si el pacto es estipulación capitular», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 25, 1991, págs. 19-33.
- ROCA TRÍAS, ENCARNA: «Familia, familias y Derecho de familia», en *ADC*, 1990, págs. 1055-1091.
- RONDEAU-RIVIER, MARIE-CLAIRE: «Les dimensions de la famille», en *Mariage et famille en question*, t. I. Dirigido por ROGER NERSON, Institut de Droit Compare de l'Université Jean Moulin (Lyon III), edit. CNRS, Lyon, 1978, págs. 23-73.
- SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. 1, Madrid, 1912.
- SERRANO MORENO, JOSÉ LUIS: «Una propuesta para la tutela jurídica de la familia sin matrimonio», en *Actualidad Civil*, núms. 27 y 28, 1987, págs. 1719-1727 y 1767-1778.
- TORRES LANA, JOSÉ ANGEL: «De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas», en *Aranzadi Civil*, núm. 15, septiembre 1993, págs. 9-23.

- VERHEYDEN-JEANMART, N.: «Les effect **patrimoniaux** de l'union libre et de sa rupture», en *L'union libre*. Dirg. DE PAGE et VALKENNER. Actes du colloque tenu a l'université libre de Bruxelles le 16 de octobre 1992, 1992, págs. 45-179.
- VIDAL MARTÍNEZ, JAIME: «Aplicación del régimen de la sociedad de gananciales a una relación de convivencia no matrimonial. Convenio económico. Validez (comentario de urgencia a la S. de 21 de abril de 1986 de la Audiencia provincial de Córdoba)», en *Revista General del Derecho*, 1986, págs. 4303-4317.
- WATTÉ, NADIEN, y LAURENT BARNICH: «L'union libre en Droit international privé», en *L'union libre*. Dirg. DE PAGE et VALKENNER. Actes du colloque tenu a l'université libre de Bruxelles le 16 de octobre 1992, 1992, págs. 293-311.

MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ
Universidad de Zaragoza