

Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Parte 1.^a: Configuración del fenómeno) (*)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO SOCIOLOGICO Y MORAL.—II. CONCEPTO Y CARACTERES: A) CONCEPTO DOCTRINAL, JURISPRUDENCIAL Y LEGAL. B) CARACTERES QUE DELIMITAN EL FENÓMENO. C) TERMINOLOGÍA.—III. NATURALEZA JURIDICA.—IV. CAUSAS QUE LA ORIGINAN.—V. ANTECEDENTES.—VI. DERECHO COMPARADO: A) SISTEMAS POSIBLES. B) PAÍSES QUE REGULAN LAS UNIONES DE HECHO DE MODO ESPECÍFICO: a) *Países hispanoamericanos*; b) *Países nórdicos*; c) *Países de la Commonwealth*; d) *Francia*. C) PAÍSES SIN REGULACIÓN ESPECÍFICA: a) *Italia*; b) *Inglaterra*; c) *Alemania*.—VII. REGULACION DE LAS UNIONES DE HECHO EN ESPAÑA: A) NORMAS NACIONALES: a) *Referencia en la Constitución*; b) *Alusiones en otras leyes*; c) *Intentos legislativos específicos*. B) NORMATIVA AUTONÓMICA: a) *El problema competencial*; b) *La Ley de Cataluña*; c) *La Ley de Aragón*; d) *La Ley Foral de Navarra*. C) REGISTROS MUNICIPALES DE UNIONES DE HECHO.

I. PLANTEAMIENTO SOCIOLOGICO Y MORAL

El origen de la pareja humana coincide con la misma creación del hombre. El Génesis, en su capítulo segundo, versículo 18, nos lo dice: *Entonces dijo Yahvé Dios: No es bueno que el hombre esté solo; le haré una ayuda semejante a él*. Y, formada la mujer y presentada a Adán, dice el versículo 24: *Por eso dejará el hombre a su padre y a su madre, y vendrán a ser una misma carne*.

Y desde entonces hasta hoy, el hombre se ha unido a una mujer, bien en las diversas formas de matrimonio, como solución normal y más común, o por cauces al margen de la ley, cuando no pueden o no quieren acudir al matrimonio.

(*) Trabajo dirigido por el profesor doctor don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ.

Aparecen así las uniones de hecho desde tiempos bien lejanos, y se han mantenido a lo largo de todas las épocas históricas y civilizaciones, hasta llegar a la actualidad, en que el fenómeno, además de generalizarse hasta proporciones considerables, ha dado lugar a una figura más irregular, que es la pareja homosexual. Como nos dice el notario EDUARDO MARTÍNEZ PIÑEIRO (1), las uniones homosexuales, causa que provocó, entre otras, la caída de civilizaciones varias, existen y se van extendiendo al amparo de las libertades reconocidas en los modernos Estados democráticos, y sus componentes reclaman los derechos que consideran que les asisten, basados en los principios de igualdad, dignidad de la persona y libertad.

Nos proponemos estudiar los problemas que originan estas parejas o uniones de hecho en su prurito de ser tratadas en régimen de igualdad, o al menos de analogía, con el matrimonio. Para ellos, junto a los antecedentes, habrá que analizar su naturaleza jurídica a la luz tanto de la legislación española como de la comparada.

Y una vez abordadas estas premisas preliminares, hemos de contemplar sus efectos patrimoniales, que serán muy diferentes según la postura que se haya adoptados. Durante la unión, ¿caben los pactos que la regulan? ¿Cabe la analogía en los regímenes matrimoniales regulados en las legislaciones? Si esto no se admite, ¿se pueden equiparar estas uniones a la figura societaria civil o mercantil? ¿Se tratará de una simple comunidad, de tipo romano, por supuesto?

Los problemas se multiplican en caso de cesación o ruptura de la convivencia. Lo que antes podría tener solución mediante el consenso de la vida en común, se torna difícilísimo o casi imposible cuando surge la discordancia, hecho frecuentísimo en esas relaciones inseguras. La vivienda que antes fue común y que ahora se hace incompatible, es una de las cuestiones candentes que es preciso abordar, cuando no hay normas concretas para ello.

La problemática jurídica que estas uniones plantean se manifiesta de forma creciente ante los tribunales, teniendo éstos que decidir, en cada caso, si se pueden aplicar normas que valdrán para la cuestión en el caso de que la pareja hubiera contraído matrimonio. Por ello, recogeremos algunas de las sentencias más representativas de nuestra actual jurisprudencia.

Junto a estos aspectos jurídicos, no queremos dejar pasar la consideración sociológica y moral de este fenómeno. El profesor CASTÁN VÁZQUEZ (2) se-

(1) En su trabajo «Matrimonios asexuados. Parejas de hecho y el contrato de unión civil», en la Revista *Lunes* 4,30, de los Registradores de Valencia, núm. 243, págs. 24 y sigs.

(2) En su trabajo *Observaciones sobre la situación jurídica de las parejas no casadas*. Comunicación al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 28 de febrero y 14 de marzo de 1994. En *Anales de dicha Academia*, 1994, págs. 136 y sigs.

ñala que estas situaciones se han multiplicado en muchos países a lo largo de los últimos años, habiéndose desarrollado en tales proporciones frente al matrimonio, unión legítima regulada por la ley, tendiendo, por el contrario, a establecerse fuera de toda regla jurídica este *remedo de matrimonio*. Sigue diciendo que no deja de ser complejo e importante este hecho. En efecto, habrá que contemplarlo no sólo a la luz del Derecho, sino también de la Sociología, al ser éste uno de los temas en que no es fácil dilucidar las relaciones entre los términos *familia* y *Derecho*. Por el contrario, es difícil el estudio sociológico de la unión libre, porque la Sociología opera con encuestas y éstas no abundan o no son muy fiables en esta materia.

No obstante, recogemos los datos que al respecto nos proporciona el profesor CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE (en su artículo, «Las uniones de hecho: Derecho aplicable», en la Revista *Actualidad Civil*, núm. 36, octubre de 1999, págs. 1096 y 1097), aunque no reseña la fuente de donde los ha obtenido. Dice que las uniones no matrimoniales, comparativamente, son poco numerosas, pues en España las parejas de hecho estables constituyen apenas un 2 por 100, frente al 98 por 100 que son matrimonio, aunque en algunas regiones se ofrecen recientemente cifras más altas; así, se habla de un 4 por 100 en Cataluña. Sin embargo, si se tienen en cuenta las cifras extraídas del Censo de Cataluña en 1991, resulta un porcentaje muchísimo menor; así, aparecen 1.505.754 parejas matrimoniales frente a 10.843 uniones de hecho, lo que arroja tan sólo un porcentaje de 0,72 por 100. Sigue diciendo el profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE que en otros países de nuestro entorno su número es más alto hasta alcanzar en algunos casos proporciones notables.

Según él, las uniones de hecho son poco estables, pues más del 50 por 100 tiene una duración menor de cinco años; así, se señala que en Francia se alcanza un 65 por 100 de separaciones prematuras, y en Inglaterra se llega al 84 por 100 de uniones que no llegan a esos cinco años.

Nos dice también el mismo profesor que estas uniones de hecho son relativamente menos fecundas que los matrimonios. Según el Instituto Nacional de Estadística, en 1995, mientras que los matrimonios sin hijos son el 9,41 por 100 del total, el número de uniones de hecho sin hijos asciende hasta el 51,44 por 100.

Si contemplamos el fenómeno desde el punto de vista moral, hay razones que invalidan el intento de igualar legalmente las parejas de hecho con la familia originada en el matrimonio.

En efecto, esa equiparación no tiene ningún fundamento antropológico, pues no es buena ni para el hombre ni para la mujer, ya que tal pareja no tiene un compromiso fuerte al convivir sin un vínculo estable. Tampoco es justo que ese reconocimiento legal de la pareja defienda por igual derechos y deberes correlativos entre dos personas que no tienen compromiso legal conyugal de futuro, sino tan sólo una mera relación sexual más o menos estable.

Lo mismo cabe plantearse, si desde el punto de vista social es beneficioso aceptar la regulación jurídica de las parejas de hecho, preguntándose si favorece a la pareja, a los hijos o a los demás ciudadanos. No aportan ningún bien a la sociedad, la cual no se enriquece ni política ni éticamente.

El autor AURELIO FERNÁNDEZ (3) se pregunta si el paradigma de parejas de hecho corresponde a un sistema válido en sí para el varón y para la mujer, es decir, si favorece a la relación hombre-mujer, si es bueno para la educación de los hijos y favorece la vida y es útil para la convivencia social, y si ayuda a los ciudadanos a movilizar y enriquecer la comunidad.

La respuesta, dice el mismo autor, no puede menos de ser negativa. El único bien real es para aquellas parejas que, queriendo, no pueden casarse. Para las demás, se trata de un bien sólo aparente: se logra satisfacer el deseo individual de unas personas que no se conducen de un modo normal ni natural, sino que, por los factores que sean, adoptan un estilo de vida que se manifiesta opuesto a la naturaleza sexual del hombre y la mujer.

La unión de hecho fuera del matrimonio ha sido vista severamente desde siempre por la Iglesia católica, como notaremos al recoger los antecedentes sobre el particular.

En la actualidad, pese a la mayor permisividad que la sociedad adopta, la norma moral no puede ser tan flexible. El catecismo de la Iglesia católica, promulgado el 11 de octubre de 1992, mediante la Constitución Apostólica *Fidei Depositum*, por el Papa Juan Pablo II, en su número 2390 dice textualmente: *Hay unión libre cuando el hombre y la mujer se niegan a dar forma jurídica y pública a una unión que implica la intimidad sexual. La expresión en sí misma es engañosa. ¿Qué puede significar una unión en la que las personas no se comprometen entre sí y testimonian con ello una falta de confianza en el otro, en sí mismo o en el porvenir? Esta expresión abarca situaciones distintas: concubinato, rechazo del matrimonio en cuanto tal, incapacidad de unirse mediante compromisos a largo plazo.*

Y concluye de modo rotundo: *Todas estas situaciones ofenden la dignidad del matrimonio; destruyen la idea misma de la familia; debilitan el sentido de la fidelidad. Son contrarias a la ley moral; el acto sexual debe tener lugar exclusivamente en el matrimonio, fuera de éste constituye siempre un pecado grave y excluye la comunión sacramental.*

Como muestra más reciente de la clara postura de la Iglesia, recogemos algunos párrafos del discurso de Juan Pablo II a los participantes en la XIV Asamblea Plenaria del Consejo Pontificio para la Familia, publicado en

(3) En el folleto *Parejas de hecho*, Ediciones Palabra, Madrid, 1999, que contiene un breve, pero vigoroso alegato contra ellas, estudiándolas desde el punto de vista social, moral y jurídico.

L'Osservatore Romano, edición española, el 11 de junio de 1999, y reproducido por la revista *Verbo*, núm. 379-380, págs. 749 a 754. Dice así este discurso papal en sus pasajes más salientes:

Se pueden imaginar otras formas de relación y de convivencia entre los sexos, pero ninguna de ellas constituye, a pesar del parecer contrario de algunos, una auténtica alternativa jurídica al matrimonio, sino más bien una debilitación del mismo. En las así llamadas uniones de hecho se da una carencia, más o menos grave, de compromiso recíproco, un paradójico deseo de mantener intacta la autonomía de la propia voluntad dentro de un vínculo que, a pesar de todo, debería ser relacional. Lo que falta en las convivencias no matrimoniales es, en definitiva, la apertura confiada a un futuro para vivir juntos, que corresponde al amor activar y fundar, y que es tarea específica del derecho garantizar. En otras palabras, falta precisamente el derecho, no en su dimensión extrínseca de mero conjunto de normas, sino en su dimensión antropológica, la más auténtica, de garantía de la coexistencia humana y de su dignidad.

Además, cuando las uniones de hecho reivindican el derecho a la adopción, muestran claramente que ignoran el bien superior del niño y las condiciones mínimas que le son debidas para una adecuada formación. Por otra parte, las uniones de hecho entre homosexuales constituyen una deplorable distorsión de lo que debería ser la comunión de amor y de vida entre un hombre y una mujer en una recíproca entrega abierta a la vida.

Así, en algunos países se quiere imponer a la sociedad las así llamadas uniones de hecho, apoyadas por una serie de efectos legales que erosionan el sentido mismo de la institución familiar. Las uniones de hecho se caracterizan por la precariedad y la falta de un compromiso irreversible, que engendre derechos y deberes y respete la dignidad del hombre y de la mujer. Por el contrario, se quiere dar valor jurídico a una voluntad alejada de toda forma de vínculo definitivo. Con estas premisas, ¿cómo se puede esperar una procreación realmente responsable, que no se limite a dar la vida, sino que incluya también la formación y la educación que únicamente la familia puede garantizar en todas sus dimensiones? Esos planteamientos acaban por poner en grave peligro el sentido de la paternidad humana, de la paternidad en la familia. Eso acontece de diferentes maneras cuando las familias no están bien constituidas.

Cuando la Iglesia expone la verdad sobre el matrimonio y la familia, no lo hace sólo basándose en los datos de la Revelación, sino también teniendo en cuenta los postulados del Derecho natural, que representan el fundamento del verdadero bien de la sociedad misma y de sus miembros. En efecto, es muy importante para los niños nacer y ser educados en un hogar formado por padres unidos en una alianza fiel.

Y en el artículo 1.º de la Carta de los Derechos de la Familia presentada por la Santa Sede el 22 de octubre de 1983, se postulaba claramente la diferencia entre el matrimonio y el concubinato. Así, se dice en su apartado c): *El valor institucional del matrimonio debe ser reconocido por las autoridades públicas; la situación de las parejas no casadas no debe ponerse al mismo nivel que el matrimonio debidamente contraído*. En esta breve pero categórica afirmación, como nos dice el profesor CASTÁN VÁZQUEZ (4), sin expresarse una condena explícita hacia las uniones libres, las coloca en un plano inferior al reclamado para las uniones matrimoniales.

Señala el mismo autor que aunque estos textos confirman una línea que ha sido tradicional en la moral católica, cabe recordar que también hay otros pasajes recientes del Magisterio de la Iglesia que mitigan en cierta medida aquel rigor y expresan una preocupación pastoral por las parejas no casadas. Cita al efecto la Exhortación *Familiaris Consortio* del Papa Juan Pablo II, donde se manifiesta esa sensibilidad, que desea hacer extensiva a toda la Iglesia, afirmando que *los pastores y la comunidad eclesial se preocuparán por conocer tales situaciones y sus causas concretas, caso por caso*.

JOSÉ M.^a DÍAZ MORENO (5) señala como líneas básicas de una actuación cristiana, el Código de Derecho Canónico y la antes citada Exhortación Apostólica *Familiaris Consortio*, y resume la doctrina del Papa diciendo que las uniones de hecho constituyen un fenómeno cada vez más corriente y que las motivaciones más frecuentes que dan origen a este fenómeno son la pérdida de las ventajas económicas, la contestación y la agresión a la sociedad, la ignorancia y situaciones de evidente injusticia, la inmadurez psicológica y las costumbres tradicionales en algunos sitios. Cada uno de estos planteamientos o motivaciones, afirma el Papa, suponen para la Iglesia un serio problema por la pérdida del sentido religioso del matrimonio y la destrucción del concepto de familia. Por ello indica que los sacerdotes tienen la obligación de examinar cada una de estas situaciones, acercarse a ellas con discreción y respeto e iniciar una acción de clarificación paciente y de corrección caritativa con la finalidad de allanarles el camino para regularizar su situación.

El mismo autor, JOSÉ M.^a DÍAZ MORENO, concluye, como aplicaciones concretas en relación con estas uniones de hecho, que tanto los creyentes como los no creyentes admiten de una manera mayoritaria que la familia tiene un valor primario en la sociedad humana, y que el fundamento de la familia es el matrimonio. Por lo que es un error equipararla con otro tipo de uniones que no llevan consigo el compromiso, pública y libremente asumido, de es-

(4) En su trabajo citado, pág. 137.

(5) En su trabajo «Las familias de hecho. Aproximación a su vertiente jurídica y ética», en la Revista *Razón y Fe*, julio-agosto de 1997, págs. 33 a 54.

tabilidad permanente. No deja de ser una contradicción que quienes no quieren someterse a los derechos y deberes que constituyen el núcleo primario de la institución matrimonial, pidan un cierto reconocimiento que, de hecho, al menos les equipare al matrimonio. Teniendo en cuenta esto y pensando en los males que podrían derivarse de ignorar o prohibir estas situaciones, el legislador civil puede darles la posibilidad de que estas parejas puedan establecer mediante contratos las reglas de su relación que facilitase al menos el acceso a los beneficios sociales. Este tipo de regulación, según dice, puede venir aconsejada por el bien común y el orden público, en una adecuada aplicación de los principios de libertad y seguridad jurídica.

El teólogo LÓPEZ AZPITARTE (6) sigue la misma línea de firmeza al calificar las uniones de hecho, pero dulcificando el rigor ante los casos particulares de imposibilidad del matrimonio, que merecen estudio y comprensión. Dice que *la respuesta del cristianismo, de acuerdo con los principios actuales de su legislación, es suficientemente conocida y explícita: cualquier tipo de vida conyugal, al margen del matrimonio canónico, se convierte para el católico en una situación irregular e inaceptable. Aunque se haya dado cierta mitigación en las penas, el concubinato no tiene ningún reconocimiento eclesiástico y es rechazado desde una perspectiva moral.*

Pero a continuación introduce el factor de sensibilidad al decir que *la reflexión cristiana, sin embargo, no deberá acercarse al análisis y valoración de este fenómeno con una visión demasiado objetiva, en la que no cabe otra postura que la condena generalizada, olvidando otros aspectos y dimensiones que lo condicionan y favorecen. Una conducta tan extendida no se explica sólo por la perversión, la mala voluntad o el libertinaje, aunque tampoco pueda excluirse en todas las ocasiones, sino por los condicionantes sociológicos y culturales que provocan semejante conducta y constituyen un reto también para nuestros planteamientos teológicos y pastorales.*

Un punto de vista distinto podemos ver en otro autor, EDUARDO ESTRADA ALONSO (7), que rotula el capítulo IV de su libro con la expresión *La supuesta contradicción de las uniones extramatrimoniales con los conceptos de moral, orden público y buenas costumbres*. Dice que tanto en España como en otros países se ha venido negando tradicionalmente todo tipo de consecuencias jurídicas a las formaciones extramatrimoniales por su contradicción con la moral, el orden público y las buenas costumbres, y todo ello sin que en realidad exista algún obstáculo legal. Reconoce que aunque la

(6) En su trabajo «Cristianismo y familias no matrimoniales», en el libro *Políticas de familia*, editado por la Universidad de Comillas, Madrid, 1993, pág. 147, citado por el profesor CASTÁN en su artículo reseñado en la nota 2.

(7) En su libro *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, 2.^a edición, Madrid, 1986, especialmente págs. 77 y sigs.

moral reside en el fuero interno de los hombres, tiene una manifestación externa en las creaciones sociales como el Derecho, lo que condiciona sin duda la elaboración de las normas y soluciones jurídicas. Según este autor, se ha tratado de un mal entendido concepto de la moral cristiana, la cual, si bien señala como modelo la unión en matrimonio, no condena al ostracismo a las personas que desarrollan este modelo de convivencia y es evidente que en los últimos años se ha producido un cambio en la conciencia social. Igualmente entiende que son indeterminados los conceptos de orden público y buenas costumbres, y así, tanto la jurisprudencia española como la de otros países, cuando ha tenido que resolver alguno de los problemas que conciernen a las uniones libres, casi siempre recurren a desestimar cualquier petición basándose en estos inconcretos motivos. Dice que las nociones de orden público y buenas costumbres hay que concretarlas a su lugar y tiempo determinados y la colectividad ya no considera escandalosas las relaciones extramatrimoniales: los mismos compañeros se presentan como tales socialmente, y, salvo grupos reducidos, a nadie se le ocurre discriminar socialmente a quienes desarrollen este modelo de vida. Considera que en la actualidad ya no podrían calificarse como inmorales o contrarias al orden público y a las buenas costumbres, pues la relajación de estas costumbres, la crisis de los valores tradicionales, la inestabilidad alcanzada por el matrimonio y otras diversas causas, han provocado la naturalidad social de la convivencia *more uxorio* que, en principio, no configura ningún peligro para la institución matrimonial.

Estas poco consistentes premisas valen al autor para justificar, sólo social, pero no moralmente, a las uniones de hecho, y por eso dice que, a su entender, estas uniones sólo pueden perjudicar al matrimonio en el caso de que sean adulterinas, aunque después amplía el repertorio a aquéllas que por su carácter delictivo deben ir acompañadas de sanción penal y excluidas de todo reconocimiento jurídico, como cuando arrastran el abandono de la familia legítima, el escándalo público o las constituidas a través de la seducción, la violación, el estupro y las incestuosas. O sea, que no está tan clara la inocuidad de estas situaciones en todo caso, ni mucho menos, dada la lamentable frecuencia con que se presenta toda esta retahíla de dañosas anomalías.

Que con el auge de las parejas de hecho, la familia legítima, o sea, la matrimonial, pueda peligrar, es algo que tienen claro algunos autores. Entre ellos citamos al notario VICENTE SIMÓ SANTONJA (8), quien nos dice que tal familia legítima está comprometida por el mundo que la rodea y es evidente que las contradicciones de la sociedad actual, entre las que están las uniones de hecho, repercuten negativamente en su estructura interna.

(8) En su discurso de ingreso en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, el 11 de diciembre de 1986, pág. 16.

Y el profesor de la Universidad de Córdoba, IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ (9) nos dice que se constata la caída del número de matrimonios celebrados y el correlativo aumento de uniones extramatrimoniales. El fenómeno de la disminución numérica de los matrimonios es una realidad que se percibe en los países industrializados desde algunas décadas y que aumenta con el transcurso de los años. El matrimonio va perdiendo progresivamente una importancia no sólo cuantitativa, sino también cualitativa, pues el matrimonio que regulan las leyes actuales no es el tradicional, sino un matrimonio distinto, donde prima la igualdad de los cónyuges, donde su voluntad es tenida en cuenta por el Derecho, un matrimonio que puede acabar por esa voluntad de los sujetos, mediando o no diversas causas, lo que conlleva una cierta pérdida o declive de la idea de institución. Y esta pérdida de importancia y este cambio del matrimonio se ven acompañados por un auge creciente de las uniones de hecho, que es un fenómeno que está ocurriendo no sólo en España, sino en todos los países de nuestro entorno y modo de vida.

Ello hace que, como dice el profesor GONZÁLEZ PORRAS (10), ante un fenómeno social de la envergadura de éste, el Derecho no puede dejar de ocuparse de él. Nadie, dice, se atrevería hoy a suscribir las palabras de Napoleón cuando, durante los trabajos preparatorios del *Code*, afirmó que si los concubinos ignoran la ley, la ley se desinteresa de ellos.

Está claro que el estudio de las uniones de hecho exige la atención del Derecho para atender a los intereses dignos de tutela que se producen en situaciones de larga convivencia, y mucho más a su ruptura, que es lo que nos proponemos abordar. Hemos expuesto por delante la doctrina de la Iglesia antes reseñada, pues la moral es una, y no cambiante, como se pretende. En el mismo sentido, el citado profesor GONZÁLEZ PORRAS dice que cree justo rechazar la falsa aspiración ajurídica y laicista que nos quiere hacer creer (apoyándose en supuestos valores de libertad individual) que la unión libre de un hombre y una mujer, con todas sus consecuencias personales y patrimoniales, se puede igualar al matrimonio legal y que todos sus problemas pueden encontrar solución al margen de la Ley.

Queda patente, pues, nuestro juicio sobre las uniones extramatrimoniales desde el punto de vista moral, pero hay que constatar el hecho de que se percibe una evolución social que está pasando claramente de condenarlas a tolerarlas. Los tiempos han cambiado, las situaciones se presentan con mayor frecuencia y aquí hay una problemática que merece la atención de los juristas.

(9) En su Tesis Doctoral *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, editada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995, pág. 32.

(10) En sus «Notas» al libro *La liquidación de los bienes en las uniones de hecho*, de BERNARD DEMAÏN. Traducción española. Editorial Reno, Madrid, 1992, pág. 130.

II. CONCEPTO, CARACTERES Y TERMINOLOGIA

A) CONCEPTO DOCTRINAL, JURISPRUDENCIAL Y LEGAL

Cuestión difícil, ciertamente, es la de encontrar un concepto que recoja la esencia de estas situaciones de hecho, sobre todo si con ello se procura presentarlas frente a otros supuestos de uniones pasajeras y esporádicas que no pueden optar en caso alguno a la protección de las normas.

En principio, al hablarse de unión de hecho, parece que hay que acudir, por exclusión, a toda unión fuera de matrimonio, o sea, un *matrimonio* sin constitución legal. Pero, como advierte el notario JOSÉ CERDÁ GIMENO (11), nos encontramos en presencia de una realidad proteica, multiforme y plurifacética que difícilmente se presta a una exacta definición. Inicialmente se puede hacer referencia a una noción genérica como *las relaciones sexuales voluntarias y libres que se mantienen fuera del matrimonio*, que es demasiado amplia, por lo que otros dan una definición más concreta hablando de *unión de un hombre y una mujer que, sin estar casados, conviven sexualmente*. Precizando un poco más, entiende que habría que exigir una cierta exclusividad por parte del varón y la mujer, con lo que se apartarían determinadas situaciones de promiscuidad sexual, como en las llamadas *comunidades*. Otros autores exigen que el concubinato, situación de hecho que copia o imita el estado matrimonial, requiere una cierta duración para que surta sus efectos como tal.

Después de todas estas observaciones, CERDÁ GIMENO intenta una primera aproximación al concepto que puede lograrse a base de un doble principio: el concubinato no es el matrimonio, pero se asemeja al matrimonio; la dificultad estriba en que son muy confusas las notas que le diferencian de las simples relaciones sexuales extramatrimoniales. Por ello los autores suelen exigir, para que exista concubinato, una comunidad de vida o cohabitación, duración o estabilidad de la situación y existencia de relaciones sexuales. A la vista de estas precisiones, CERDÁ GIMENO da una noción estricta del concubinato como *una comunidad duradera de vida, habitación y techo entre un hombre y una mujer que no están casados*, y considera que carece de sentido hablar de requisitos de capacidad o de impedimentos para constituir válidamente una relación concubinaria.

El notario SIMÓ SANTONJA (12) da una definición tan escueta como expresiva al sintetizar este fenómeno como *comportamiento matrimonial al que la ley no reconoce como tal*. Y añade que si bien la primera parte —el comportamiento matrimonial— no se discute, en cambio, el segundo tramo no es

(11) En su conferencia «Reflexiones jurídicas sobre el concubinato», Ibiza, 1977, recogida en el libro *Estudios sobre el Derecho de Familia*, editado por el Colegio de Registradores, Madrid, 1993, págs. 530 y 531.

(12) En su discurso académico citado en la nota 8.

siempre exacto, dado que las leyes, que son negativas en reconocer el comportamiento, sí reconocen algunas de sus consecuencias, aunque exigiendo criterios de notoriedad, cohabitación durante algún tiempo o nacimiento de hijos. Considera demasiado amplio y aún disparatado un estudio de conjunto de *parejas no casadas* si se engloba en ellas tanto las relaciones fortuitas como las duraderas, tanto las que viven juntas como aquéllas que se encuentran más o menos esporádicamente, tanto las heterosexuales como las homosexuales. Por ello concluye que una definición de estas parejas debe limitarse a las heterosexuales que, sin estar casadas, conviven de modo permanente. O sea, que vuelve a su concepto inicial que vimos, es decir, las que llevan una vida común sin matrimonio.

El profesor JAVIER O'CALLAGHAN (13) da un concepto estricto y otro amplio de las uniones de hecho. El concepto estricto es el que recuerda al matrimonio en el modo de comportarse como unión *paramatrimonial* o como *matrimonio de hecho*.

Este es el concepto recogido en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil en materia de adopción, y que en su Disposición Adicional 3.^a amplía la posibilidad de adoptar conjuntamente tanto a los cónyuges como *al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*

También nos da el profesor O'CALLAGHAN un concepto amplio, quizá demasiado amplio, de la unión de hecho que no tiene por qué, dice, asimilarse al matrimonio. Así, el concepto de convivencia puede ampliarse en cuanto al sexo, pues puede ser heterosexual o también homosexual; en cuanto al número, puede ser monógama o en pluralidad, y por último, entiende que la unión de hecho puede darse también entre personas parientes entre sí en cualquier grado.

Concluye en que el concepto negativo de la unión de hecho es la convivencia no constituida en la forma solemne que se exige para el matrimonio, porque no se quiere (unión de hecho en sentido estricto) o porque no se puede (unión de hecho en sentido amplio). El concepto positivo de la unión de hecho, a juicio de este autor, se centra en el hecho positivo de la convivencia.

El profesor GALLEGO DOMÍNGUEZ (14) no acepta esos conceptos amplios que hemos visto y considera preferible, como premisa para intentar delimitar el fenómeno extramatrimonial, partir de la idea de que en principio sólo deben tenerse en cuenta las parejas no matrimoniales que remedan al ma-

(13) En su ponencia «Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho», incluida en *Cuadernos de Derecho Judicial*, editado por la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pág. 20.

(14) En su Tesis Doctoral citada en la nota 9, pág. 47.

trimonio, pues no en vano se alega que tales uniones son un *matrimonio de hecho*. Tal expresión, nos dice, es muy plástica y expresiva del contenido de estas relaciones y trae la cita de autor francés CARBONNIER, según el cual, *el concubinato parece ser al matrimonio lo que el hecho es al derecho*. Partiendo de estas ideas define la unión extramatrimonial como *la unión de un hombre y una mujer, sin necesidad de formalidades en su constitución que se manifiesta externamente y que conforma una comunidad de vida, continuada y estable, en un mismo lugar*.

ESTRADA ALONSO (15), tras señalar unos supuestos o requisitos que conforman estas uniones, considera que, si se aspira a su reconocimiento jurídico, han de presentarse ante el Derecho con unos caracteres concretos y adaptados a los principios jurídicos y sociales imperantes y por ello acepta un concepto bastante estricto, diciendo que la unión libre es *la unión duradera, exclusiva y estable de dos personas de sexo diferente y capacidad suficiente, que con ausencia de toda formalidad y desarrollando un modelo de vida en comunidad como cónyuges, cumplen espontánea y voluntariamente los deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos*.

El profesor GITRAMA GONZÁLEZ (16) parece centrar el concepto en la sexualidad, estabilidad y convivencia, al definir a las uniones de hecho como *aquellas relaciones heterosexuales no conyugales, pero de naturaleza exclusiva, que presentan una cierta estabilidad en el tiempo y tienen por marco un hogar común*.

A la vista de las anteriores ideas y resumiendo los caracteres que identifican, por nuestra parte entendemos que las uniones de hecho se pueden definir como *la convivencia more uxorio, iniciada sin formalidades externas entre dos personas capaces y maduras, normalmente de distinto sexo, que aceptan de modo voluntario el cumplimiento de los deberes básicos del matrimonio y constituyen una comunidad estable en la que media una afectio continuada, exista o no prole común*.

La jurisprudencia ha intentado delimitar el concepto de estas uniones de hecho y en las varias sentencias ya pronunciadas por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se alude a diversos aspectos según el asunto concreto que dilucidaban, en fallos no siempre concordes y a veces con votos particulares disintiendo.

Recogemos entre ellas la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1992, que alude a los requisitos que deben considerarse mínimos para que se evite una interpretación amplia de esta figura, que desborde y desvirtúe la

(15) Obra citada, págs. 75 y 76.

(16) En su artículo *Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada*, en el Libro homenaje al profesor JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. Universidad de Salamanca, 1984, pág. 210.

debida aplicación del Derecho. En su Fundamento Jurídico 4.º establece que *la convivencia more uxorio ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar*. Como se ve, casi un matrimonio, pues sólo le falta la formalidad de su constitución, religiosa o civil, y su inscripción en el Registro Civil de verdad, pues a veces acuden a esos registros fácticos que se han inventado algunos municipios.

En el ámbito legal, hasta ahora sólo teníamos la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, permitiendo la adopción *al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*, y la disposición de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994, autorizando la subrogación del contrato a la persona *que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual*, con lo que parece admitir la pareja homosexual, aunque exigiendo dos años de convivencia, a no ser que haya descendencia común.

Ahora tenemos los conceptos que nos dan las leyes autonómicas de Cataluña, Aragón y Navarra, a las que nos referiremos después con mayor amplitud.

La Ley de Cataluña, de 15 de julio de 1998 (17), regula y acoge tanto las uniones heterosexuales como las homosexuales. En su artículo 1.º dice que sus disposiciones se aplican tanto a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a esta Ley. No es necesario el transcurso de esos dos años cuando tengan descendencia común, pero sí debe concurrir siempre el requisito de la convivencia. Para intentar dejar a salvo el prurito de la competencia, la constitucionalidad más que dudosa, esta Ley establece que, como mínimo, uno de los dos miembros de la misma pareja debe tener vecindad civil en Cataluña.

En cuanto a la unión homosexual, se dice en el artículo 19, las disposiciones de esta Ley se aplican también a las uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo, con la exigencia de convivir maritalmen-

(17) Publicada en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña el 23 del mismo mes. Puede verse su texto en el Boletín del Colegio de Registradores, núm. 40, julio de 1998, págs. 2253 y sigs., y también el libro *Normativa autonómica (1997-1998)*, editado por dicho Colegio, tomo II, pág. 1817.

te y manifestar su voluntad de acogerse a ella en la forma prevista. Aparte de requerir la vecindad civil en Cataluña de uno de ellos, se establece en el artículo 20 que no pueden constituir esta clase de *unión estable* los menores de edad, las personas que estén unidas por un vínculo matrimonial, las que forman una pareja estable con otra persona, los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción y los parientes colaterales con consanguinidad o adopción dentro del segundo grado.

Más reciente y menos explícita es la Ley de Aragón de 26 de marzo de 1999 (18), pues aunque en su preámbulo parece aludir a la unión homosexual, después no la regula de modo expreso, pero tiene una redacción que no se sabe si es o no ambivalente. Así, en su artículo 1.º dice que la Ley será aplicable a las personas mayores de edad que, cumpliendo los requisitos y formalidades que en la misma se establecen, formen parte de una pareja estable no casada, en la que exista relación de afectividad análoga a la conyugal, exigiéndole en el artículo 2.º la inscripción en un registro regional que se crea. Según el artículo 3.º, se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirse mediante escritura pública; si no hay escritura pública, se podrá acreditar la existencia de pareja estable por los medios de prueba admitidos en Derecho y especialmente a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia.

Aparte de la duda —parece que sí, pero no se dice— sobre la admisión de la homosexualidad, el concepto que da esta Ley de las parejas de hecho se limita a acudir a la analogía respecto al matrimonio en cuanto a la relación de afectividad y es dubitativa en extremo sobre si es o no requisito constitutivo la escritura pública y acude a un registro administrativo para encuadrar a los que por definición no admiten encuadres.

La Ley Foral de Navarra, de 3 de julio del 2000, considera pareja estable la unión libre y pública en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas, sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta, o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

(18) Publicada en su Boletín autonómico el 6 de abril siguiente, pudiendo verse su texto completo en el Boletín del Colegio de Registradores, núm. 48, abril de 1999, pág. 1457.

B) CARACTERES QUE DELIMITAN EL FENÓMENO

A la vista de las ideas expresadas en los conceptos recogidos, los autores no siempre se ponen de acuerdo a la hora de señalar las líneas características de este fenómeno de las uniones fácticas. Veamos cuáles pueden ser esos caracteres, según el concepto amplio o estricto con que se concibe la unión de hecho:

1. Convivencia *more uxorio*, o sea, identificación con el modelo de vivir en los hogares familiares fundados en el matrimonio. Nos parece requisito fundamental para diferenciar la unión de hecho de las relaciones esporádicas que a nada comprometen. Sin embargo, esta convivencia no exige que los componentes de la unión se hagan pasar por cónyuges, sino que basta la vida en común como si lo fueran y aunque expresamente manifiesten que no aceptan el matrimonio, pues a veces se da esta curiosa paradoja de vituperar la institución matrimonial, pero querer acogerse a sus normas ventajosas, no a las que les obligan. La convivencia es el dato análogo entre unión de hecho y matrimonio.

2. Ausencia de formalidad. Este es el dato que diferencia el matrimonio y la unión de hecho, ya que estas figuras prescinden de toda celebración, formalidad o solemnidad. El concubinato sólo requiere la voluntad de sus componentes, que se presume renovado de modo continuo por la convivencia. Sin embargo, a veces resulta chocante que quieran hacer valer su condición de convivientes, aunque por medios distintos de las formalidades comunes o normales en el matrimonio. Así, discute la posibilidad de pactar por contrato sus relaciones, sean personales o patrimoniales, cosa no siempre admitida por las legislaciones. En España, las Leyes autonómicas de Cataluña, Aragón y la Ley Foral de Navarra permite a los convivientes manifestar en escritura pública la voluntad de acogerse a sus normas y hasta se llega a articular un futuro registro administrativo de parejas de hecho, calco deplorable de parecidos seudo-registros creados por la inventiva de algunos alcaldes, carentes de toda efectividad en el ámbito civil. ¿Cuáles pueden ser los motivos de acudir a ellos? Recogemos una noticia publicada en *ABC*, suplemento de Madrid, el 4 de marzo de 2000, página 12, que nos habla de las inscripciones en los registros municipales y de su posible motivación. Dice así:

El número de inscritos en el registro de parejas de hecho supera al de matrimonios civiles en Torrejón de Ardoz

Desde su apertura en el mes de noviembre del año 1998, el registro de parejas de hecho de la localidad de Torrejón de Ardoz ha roto con una marca importante. Por primera vez, han sido más las parejas que ha decidido inscribirse en este registro a aquéllas que,

por el contrario, han optado por formalizar su relación contrayendo nupcias.

Según datos facilitados por el propio Ayuntamiento, en el año y medio que ha transcurrido desde su apertura, 130 parejas del municipio ha preferido registrarse como pareja de hecho, frente a las 80 que han contraído matrimonio por lo civil.

Las uniones de hecho todavía no tienen plena vigencia legal en nuestro país; sin embargo, varios ayuntamientos que apuestan por la creación de una Ley de Parejas de Hecho han decidido abrir sus propios registros para que aquellas parejas que lo deseen puedan formalizar su relación sin tener que casarse.

Obtener mayores beneficios

Generalmente, los jóvenes optan por esta fórmula para obtener los beneficios y derechos que se les reconocen a la hora de adquirir una vivienda o aquellos que están reconocidos en los convenios colectivos de sus empresas.

Asimismo, este sistema permite que las parejas de homosexuales también puedan inscribirse y obtener las mismas ventajas que las uniones de hecho heterosexuales. En el caso concreto de Torrejón de Ardoz, fuentes municipales informaron a ABC que la mayor parte de las parejas que se registran son jóvenes y de tendencia heterosexual.

Las mismas fuentes reconocen que «el dato contabilizado es el de aquéllos que han contraído nupcias por lo civil, pero no se ha podido contar aquellos matrimonios que han optado por desposarse por la Iglesia en ceremonia religiosa».

Otros municipios que poseen esta posibilidad, como es el caso de Getafe, Leganés, Pinto, Fuenlabrada o Parla, poseen un alto número de uniones de hecho, pero su número no ha llegado a rebasar al de matrimonios civiles.

3. Cumplimiento voluntario de los deberes matrimoniales. Así lo considera ESTRADA ALONSO (19), entre cuyos deberes está el de fidelidad, admitiendo a título de analogía los artículos 67 y 68 del Código Civil. Sin embargo, no parece muy adecuado extender estas obligaciones a quienes no han contraído matrimonio, y así lo reconoce este autor y son de la misma opinión CERDÁ GIMENO (20) y MARTÍNEZ-PIÑEIRO (21), quienes consideran que los

(19) Obra citada, pág. 55.

(20) Conferencia citada en la nota 11, pág. 572.

(21) Obra citada, pág. 29.

deberes de respeto, ayuda, convivencia, fidelidad y socorro mutuo no son exigibles entre compañeros que integran la unión de hecho, pues sólo serán, a lo más, obligaciones morales, sin que su incumplimiento lleve aparejada sanción jurídica directa.

4. Comunidad estable y duradera. MARTÍNEZ-PIÑEIRO, en la obra que acabamos de citar, nos dice que esta comunidad de vida implica para algunos que la hagan en techo, mesa y cama. Para otros, no puede identificarse con una cohabitación a ultranza, ya que la convivencia *more uxorio* supone que ha de ser semejante a la de los cónyuges, no podrá pedirse a los compañeros extra-matrimoniales en buena lógica más requisitos que a los cónyuges.

Lo que sí es esencial es que las relaciones sean continuas y con una duración mínima que denote la suficiente estabilidad. Tanto la Ley catalana como la aragonesa se inclinan por un plazo de dos años, a no ser que haya descendencia común, lo que denota ya un ligamen que, aunque sea puramente fáctico, parece pesar lo suficiente.

5. ¿Heterosexualidad? Depende del concepto amplio o estricto de la pareja. GALLEGU DOMÍNGUEZ (22) opina que la pareja de hecho, en cuanto unión de personas a modo de matrimonio, requiere, como éste, la diversidad de sexos. Si se parte de esa similitud, debemos sentar el carácter heterosexual de la pareja de hecho. Sin embargo, la cuestión de las parejas homosexuales y su acercamiento a las heterosexuales es un hecho que se va imponiendo poco a poco y ya existen varias manifestaciones en ese cambio de rumbo, y al efecto cita una Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, sobre igualdad de derechos de los homosexuales y lesbianas. La homosexualidad se reconoce expresamente en la Ley de Arrendamientos Urbanos y en la Ley 27/1982, de 11 de noviembre, modificando la adopción. La Ley catalana no sólo reconoce, sino que regula expresamente las parejas homosexuales, y las leyes aragonesa y navarra, sin regularlas expresamente, aluden a ellas, y dan pie para entender que las acogen en la manera poco definida de sus normas al respecto. Las normas que regulan los Registros municipales acogen, como regla general, la posibilidad de recibir a las uniones homosexuales en igualdad de condiciones con las heterosexuales. La Iglesia, ya lo hemos visto, enseña que las uniones de hecho entre homosexuales constituyen una deplorable distorsión de lo que debería ser la comunión de amor y de vida entre un hombre y una mujer en una recíproca entrega abierta a la vida.

6. Relación sexual. Se suele considerar elemento normal y necesario. GALLEGU DOMÍNGUEZ (23) dice que es una nota que no suele presentar problemas, pues existe siempre o casi siempre, y cita la frase del autor francés RODIERE de que *puede haber matrimonios blancos, pero nunca hay concubi-*

(22) Obra citada, pág. 50.

(23) Obra citada, pág. 67.

atos blancos. De no existir relación sexual estaríamos ante una simple relación de amistad o de convivencia entre compañeros, como puede ocurrir con estudiantes, hermanos o compañeros de trabajo que viven en un mismo piso por ahorrar gastos o procurarse compañía, pero nada más. Hay quien opina que la unión se mantiene cuando la pareja no pudiera seguir manteniendo el contacto sexual iniciado, pero continúan viviendo juntos.

7. La *affectio* o voluntad continuada. Es uno de los caracteres fundamentales, en cuanto que si falta se produce la ruptura de la unión de hecho, carente de otro vínculo que no sea esa voluntad de permanecer en la pareja. Es elemento esencial y determinante de la voluntad de mantener la unión en el tiempo, ya que la unión por sí no supone un vínculo compulsivo, sino que necesita una renovación constante del deseo de seguir juntos; sin afecto recíproco no puede hablarse de unión.

8. Capacidad y madurez. La doctrina se encuentra dividida en orden a si la edad para iniciar una convivencia extramatrimonial debe ser la exigida para contraer matrimonio o la necesaria en orden a la capacidad para contratar cuando exista regulación contractual de la unión libre, o bien una edad mínima coincidente con la mayoría de edad en el momento de iniciarse la convivencia.

Esta última opinión es la que defiende ESTRADA ALONSO (24), quien dice que para el buen desarrollo de las uniones libres debe exigirse una madurez física y mental en los convenientes que haga posible el enfrentamiento con este modelo de vida y que las haga, en definitiva, merecedoras de consecuencias jurídicas. Cree que para que los convivientes desarrollen espontáneamente los deberes de fidelidad y ayuda mutua e incluso para un definitivo desarrollo sexual, debe fijarse una edad mínima que coincida cuando menos con la mayoría sexual de los convivientes en el momento de iniciarse la relación.

De la misma opinión es CERDÁ GIMENO (25), que entiende que esa posición, que se fundamenta en el buen desarrollo de las responsabilidades derivadas de las uniones extramatrimoniales, exige una completa madurez física y mental, y por ello la idea de la mayoría de edad es plenamente aceptable y tiene el suficiente sentido común para no ser contradicha.

Hay quienes, acudiendo a la supuesta analogía con el matrimonio, defienden que, a la vista del artículo 48 del Código Civil, podría permitirse la unión desde los catorce años, previa dispensa judicial. Nos parece totalmente inaplicable esta norma, que está dada para casos muy concretos, no susceptibles de la pretendida aplicación analógica. GALLEGO DOMÍNGUEZ (26) cita el Registro Municipal de Vitoria, al cual tienen acceso no sólo los mayores de edad, sino

(24) Obra citada, pág. 73.

(25) Obra citada, pág. 567.

(26) Obra citada, pág. 55.

también los menores emancipados; desconocemos otros casos posibles de estas irregulares normativas.

Sólo tenemos a la vista lo dispuesto en las citadas leyes de Cataluña y Aragón, estableciéndose en ambas que sus disposiciones sólo serán aplicables a los mayores de edad, con lo cual ha acogido, según parece, la opinión más aceptada por la doctrina. La Ley Foral de Navarra admite también la unión para los menores emancipados.

9. La procreación. Según la doctrina mayoritaria, la procreación ni es consecuencia ni requisito imprescindible de la relación sexual de la unión de hecho. Algunos autores italianos (27) se plantean si la atribución o no de consecuencias jurídicas a las uniones libres debe estar condicionada por el hecho de la existencia de filiación, haciendo depender la relevancia jurídica del concubinato de la procreación.

En España, la opinión más aceptada es que no es necesaria la existencia de hijos en una unión de hecho para que pueda considerarse jurídicamente relevante (28); del mismo modo que puede existir matrimonio sin hijos, también podrán existir uniones extramatrimoniales sin hijos.

Otra cosa muy distinta es que el hecho de tener hijos sirva como modo de prueba de la unión existente, y así lo admiten normas que consideren la existencia de prole como sustitutivo de algún requisito concreto, como puede ser el plazo mínimo de convivencia.

Así, en la Ley de Cataluña, tras exigir la convivencia en un período ininterrumpido de dos años en el apartado 1 del artículo 1, dice en el apartado 2 del mismo artículo que no será necesario el transcurso de dicho período, cuando tengan descendencia común, aunque, eso sí, se considere preciso el requisito de la convivencia. Igual se establece en la Ley Foral navarra. En cambio, en la Ley aragonesa no existe disposición análoga sobre el particular.

C) TERMINOLOGÍA

Lo que hemos venido llamando indeterminadamente fenómeno o unión de hecho goza en la doctrina de una variadísima terminología, según los aspectos salientes con que se la contempla.

El término inicialmente empleado fue el de *concubinato*, que aparece en el Derecho romano y aún perdura en algunos autores modernos. Según el profesor CASTÁN VÁZQUEZ (29), se aplicaba a la unión que no respetaba las

(27) Como CARRARO y FARENGA, citados por ESTRADA ALONSO en su libro, pág. 71.

(28) En este sentido, GALLEGO DOMÍNGUEZ, obra citada, pág. 59.

(29) En su Comunicación a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, citada en la pág. 38.

exigencias de forma o de fondo del matrimonio, según se recoge en el Digesto, 25, 7.

En las Partidas se habla de la *barraganía*, en el título 14 de la cuarta Partida, al que nos referiremos después, diciendo que barraganas son las otras mujeres que tienen los hombres y que *no son de bendiciones*.

En la actualidad, tanto en la doctrina como el lenguaje popular, se emplean multitud de términos, a cual más expresivo, que aluden a determinados aspectos del fenómeno.

Siguiendo a GALLEGO DOMÍNGUEZ, podemos anotar los siguientes:

- a) Denominaciones que destacan la situación de hecho. A ellos se refieren estos términos: *matrimonio de hecho*, *relaciones de hecho*, *convivencia de hecho*, *familia de hecho* y *unión de hecho*, que es la que nos parece de uso común y quizá la más aceptable, porque se centra en la esencia de la figura que no es, ni más ni menos, que un puro y simple hecho, aunque después se le quieran derivar consecuencias jurídicas.
- b) Denominaciones que se basan en su aparente analogía con el matrimonio, tales como *vivir como matrimonio*, *relación análoga al matrimonio*, *unión análoga a la conyugal*, *vivir maritalmente*, *convivencia a imagen de matrimonio*, *convivencia more uxorio*, *matrimonio fingido*, *matrimonio consensual*, y otras por el estilo que tienden a un *quiero y no puedo asimilarlo al verdadero matrimonio*, todas ellas inconcretas e inexactas.
- c) Otras denominaciones resaltan, precisamente, las diferencias con el matrimonio, así como *convivir sin ser cónyuges*, *vivir en pareja sin casarse*, *convivencia extramatrimonial*, *unión extramatrimonial*, *familia no conyugal*, *pareja no casada*, etc.
- d) Denominaciones que pretenden remarcar el carácter familiar que se quiere atribuir a estas uniones, como *familia de hecho*, *familia no matrimonial*, *familia de afectos* y *familia no conyugal*.
- e) Hay otras denominaciones también empleadas histórica o actualmente. Señalamos entre otras:
 - *Concubinato*, la más antigua, que parece tener ahora una cierta connotación peyorativa.
 - *Barraganía*, por la denominación dada por las Partidas a la mujer que entraba en la pareja sin casarse. Por cierto, que el Diccionario de la Real Academia, injustamente, define de muy distinto modo las palabras, el femenino *barragana* (*concubina que vivía en casa del que estaba amancebado con ella*), y el masculino *barragán* (*esforzado, valiente*).
 - *Cohabitación*, que se refiere, más que a la convivencia en el mismo domicilio, a la existencia de relación sexual.

- *Unión libre*, indicando que se constituye por pura voluntad de los interesados, aunque a veces no hay tal libertad, sino constreñimiento por no poder casarse como quisieran.
- *Arrejuntamiento*, término bastante popular en ciertas regiones españolas, especialmente en Andalucía (30).
- Por último, *uniones civiles*, es la denominación que suelen emplear las disposiciones municipales que regulan los registros allí instituidos. Creado el primero en Vitoria, el 28 de febrero de 1994, se adoptó este nombre, que, por mimetismo, ha pasado a las posteriores.

Las Leyes autonómicas de Cataluña y Aragón aceptan, respectivamente, la primera, la denominación de *uniones estables de pareja*, y la segunda, *parejas estables no casadas*. La Ley navarra, las llama, simplemente, *parejas estables*.

Como hemos dicho, nos parece que el de *uniones de hecho* es el término más concreto y aceptable, porque se trata de una manifestación puramente fáctica. Por eso, y por ser la más extendida y concisa, creemos que la denominación *uniones de hecho* es la que mejor cuadra a este fenómeno que estamos estudiando.

III. NATURALEZA JURIDICA

Para determinar después cuáles son los efectos patrimoniales que puedan derivarse de las uniones de hecho y encontrar el fundamento a las soluciones a adoptar, parece necesario determinar cuál sea la naturaleza del vínculo, si es que existe, entre las personas que se encuentran en esta situación.

En primer lugar, es preciso tener en cuenta que se trata de relaciones extramatrimoniales que son contrarias a la moral, y aunque el Código Penal no las considere delictuales salvo en algunos casos, los actos destinados a crear o mantener esa vida común pueden resultar afectados de nulidad por ser contrarios a la moral, el orden público o atentar a las buenas costumbres, según el artículo 1.255 del Código Civil. El Tribunal Supremo ha dictado algunas sentencias declarando nulas las donaciones a la barragana, sobre todo en casos de donantes con herederos legítimos cuando se ha dañado su cuota legal hereditaria mínima.

Frente a esta postura tradicional, las opiniones permisivas modernas tratan de aceptar diversas configuraciones para encajar en este fenómeno la posibilidad de atribuirle efectos jurídicos.

(30) Así lo recoge el profesor LASARTE ALVAREZ en su libro *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia*, 1997, pág. 46.

Seguimos al notario CERDÁ GIMENO (31), quien nos esboza las siguientes posturas:

1. El concubinato como institución jurídica. Esta doctrina sostiene la validez de la unión de hecho hasta el punto de concederle la creación de un vínculo jurídico permanente, producto de derechos y obligaciones entre los pseudo cónyuges; por virtud de ese vínculo, la mujer se obliga a comportarse como una mujer legítima, cumpliendo sus deberes típicos, como cuidar o educar a los hijos y atender la buena marcha de hogar; por parte del hombre, se compromete a subvenir, a medida de sus posibilidades, a las necesidades económicas de la unión. Se basa esta opinión en que es posible separar, de un lado, el acuerdo de voluntades encaminado a mantener relaciones carnales (acuerdo que sería nulo por ilicitud del objeto), y de otro lado, el acuerdo que tiene por objeto el cuidado del hogar y la educación de los hijos, que sí sería válido.

Sin embargo, esta doctrina parece dar por demostrado lo que había que probar; en efecto, pocas serán las parejas que practiquen esa sumisión a unas reglas morales que, por principio, les repelen; si las aceptasen, se casarían. Institución es el matrimonio; la unión no lo es.

2. El concubinato como matrimonio aformal, parecido al matrimonio *sine manu* romano. La construcción es muy forzada, que pretende nada menos que ahora una evolución del matrimonio, que acabará siendo una unión consensual centrada en la familia como concepto social con la obligación central de dar alimentos a sus hijos y componentes. Pobre concepción, como se puede ver.

3. Otra solución se basa en la analogía con el matrimonio. Un sector de la doctrina italiana trata de equiparar la familia fundada en el matrimonio con la que llama familia *de facto*, por lo que se les puede aplicar el mismo régimen. Pero las parejas no casadas carecen de régimen económico, ya que entre ellos no hay un vínculo jurídico del que se derive una situación jurídica que se origine por el hecho de la unión. Por lo tanto, las reglas a las que tendrá que atenerse para administrar, disponer o dividir los bienes que haya podido adquirir, serán las normas de Derecho común, no las normas matrimoniales. Así lo declara nuestra jurisprudencia, según veremos después.

4. La unión de hecho, tal como su denominación aceptada indica, es un simple estado de hecho que, si bien en principio es ignorada por el Derecho, puede producir algunos efectos jurídicos.

Esta es la doctrina que nos parece más aceptable y concorde con la realidad del fenómeno y la doctrina jurisprudencial que analiza cada caso con arreglo a sus circunstancias y los hechos que la conforman.

(31) Conferencia citada, págs. 532 y 533.

La teoría del hecho aplicada a las uniones es la que mantiene también el profesor O'CALLAGHAN (32), quien parte de la clara distinción del matrimonio, que es un negocio jurídico, y la unión de hecho que sólo se centra en la convivencia y no es un negocio al no haber declaración de voluntad, sino sólo un hecho, aunque produzca una serie de efectos jurídicos. Consecuencia de ello, dice, es que en el Derecho Civil (que está formado por un conjunto de instituciones) se halla la institución del matrimonio, en el sentido más propio del término *institución*; la unión de hecho no llega a la categoría de institución jurídica; como simple hecho jurídico carece de normativa propia, y sus efectos jurídicos, si son regulados normativamente, lo son con normas particulares para cada uno de ellos, sin formar un conjunto de normas como en la institución. Como primera conclusión sobre la calificación jurídica de la unión de hecho, el profesor O'CALLAGHAN afirma que ésta es un hecho jurídico. Carece de regulación jurídica, pero el ordenamiento no desconoce ni puede desconocer ciertos efectos jurídicos que sí son contemplados. Se trata tan sólo de prever ciertas consecuencias y regularlas jurídicamente en atención o para evitar perjuicios a la persona que pueda resultar desfavorecida o perjudicada por ese hecho jurídico.

5. La tesis de la sociedad universal entre concubinos atiende más al tema concreto de la naturaleza de la comunidad de bienes existente entre ellos y no afecta a la relación personal, que es la que estamos estudiando, por lo que dejamos su examen para después. No obstante, señalaremos que la doctrina francesa (33) formula objeciones a esta teoría, diciendo que aquí falta por un lado la *affectio societatis*, y por otro, el ánimo de lucro, que son consustanciales a las sociedades típicas: la obtención de beneficios no se da ni se busca en la simple confusión de bienes que se produce en la unión de hecho.

6. La jurisprudencia tampoco acepta un concepto unitario que solucione el problema de la naturaleza de las uniones de hecho. El notario CERDA GIMENO (34) hace una detallada exposición de las sentencias de nuestro Tribunal Supremo, algunas de las cuales contemplaremos en la última parte de este trabajo. La multiplicidad de matices que plantean las uniones de hecho supone una gran dificultad a la hora de captarlos y por ellos corresponde a la jurisprudencia conseguir un correcto tratamiento a través del caso concreto.

(32) En su trabajo citado, págs. 16 y 17.

(33) Así lo recoge BERNARD DEMAÏN, en su libro *La liquidación de bienes en las uniones de hecho*, traducción del profesor GONZÁLEZ PORRAS y prólogo del profesor CASTÁN, Madrid, 1992, pág. 27.

(34) En otro de sus trabajos sobre el tema, titulado «Una aproximación realista para una visión de conjunto de las sentencias del Tribunal Supremo relativas a aspectos de la situación de parejas no casadas», en el libro *Estudios sobre el Derecho de Familia*, Colegio de Registradores, Madrid, 1993, pág. 609 y sigs.

Por ello, la doctrina de que el concubinato como situación debe ser regulado por la jurisprudencia cuenta con bastantes partidarios, entre ellos PUIG PEÑA. Dicen que se debe dejar toda esta materia al arbitrio judicial para que en cada caso concreto provea lo más conveniente y vaya moldeándose así esta figura para su sanción legal, guardando las distancias debidas que impone respecto al matrimonio-sacramento. Se cree que la solución de los conflictos de intereses a que dan lugar las situaciones concubinarias en la práctica podrían resolverse acudiendo a las teorías de la obligación natural (para los efectos de la ruptura del concubinato y validez de las donaciones), la posesión de estado, la doctrina de la apariencia (respecto a los terceros), y la técnica derivada del Derecho común.

Ciertamente, en cada caso, los tribunales resolverán acudiendo a las normas que puedan aplicarse al caso concreto, como la buena fe, el enriquecimiento sin causa, la nulidad de prestaciones por inmoralidad, el respeto a la legítima de los herederos forzosos, etc. Pero siempre será sobre la base de considerar la unión de hecho como simple hecho jurídico, que es la opinión de O'CALLAGHAN, y que consideramos la más respetable.

La doctrina extranjera, en general, discute y se adhiere a algunas de las teorías antes señaladas (35). Algunos aceptan la tesis de la *sociedad de hecho*, otros las del enriquecimiento sin causa, otros la analogía con el matrimonio. Se termina diciendo que no es posible generalizar sobre supuestos que se consideran invariables cuando en realidad no lo son. Se cita una sentencia de la Corte Suprema de Uruguay que sostuvo que los problemas patrimoniales del concubinato no pueden encasillarse en una fórmula rápida, sino que deben resolverse en función de los principios que regulan la sociedad de hecho o por los del enriquecimiento sin causa, según las circunstancias del caso concreto.

IV. CAUSAS QUE LA ORIGINAN

Sería muy simplista decir que acuden a las uniones de hecho los que no pueden o no quieren contraer matrimonio. Hay una gran variedad de causas, de tipo religioso, sociológico o económico que pueden concurrir a la hora de adoptar decisiones en este sentido.

En primer lugar, en los países subdesarrollados, y aún en los desarrollados, cuando concurren zonas con bolsas de pobreza, las uniones de hecho están extendidas porque sus propias concepciones culturales les hacen ver tales uniones como algo natural. Cuando hay un bajo nivel económico, la

(35) Ver el libro «El concubinato», de GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA, en la serie *Estudios de Derecho Jurisprudencial*, Montevideo, 1995, pág. 8 y sigs.

penuria alcanza a grandes dificultades para la celebración de una boda y los gastos consiguientes de obtener una vivienda digna. En España y los países de nuestro entorno occidental sólo podrán darse estas situaciones en los cinturones de miseria de las grandes ciudades, por lo que, salvo esta excepción, no son extrapolables estas situaciones justificativas extremas.

Dejando aparte estos supuestos de inopia, bien ajenos a la voluntad de los interesados, hay otras causas que pueden originar que se decanten por la unión de hecho y no por el matrimonio.

Empecemos por aquellas queridas plenamente. Nos señala ESTRADA ALONSO (36) que el desarrollo y propagación actual de las ideologías ácratas y libertarias da lugar a la formación de grupos, principalmente de jóvenes que intentan afirmar lo que creen su personalidad o de intelectuales o fanáticos de algún pensamiento político y que rechazan toda religión o razonamiento trascendente y toda institución tradicional, incluyendo, por supuesto, el matrimonio, y por ello viven en oposición a cualquier tipo de norma que les venga impuesta. Estos grupos consideran la unión de hecho como una manifestación más de un modelo de vida contestatario. No sólo no se avergüenzan, ni disimulan, sino que más bien hacen ostentación de su situación.

Hay otras causas sociológicas, religiosas y económicas. Así, hay minorías étnicas, como, por ejemplo, la raza gitana, que tiene normas, costumbres y ritos propios de celebración del matrimonio que pueden resultar incompatibles para uno de los interesados o su entorno familiar o social, que no tolerarían el casamiento con persona fuera del grupo o clase social.

La religión puede influir, tanto cuando no coincide la profesada por cada uno de ellos, como cuando el Estado sólo reconoce formas de contraer matrimonio mediante ritos que van contra la creencia de los contrayentes, siempre que no se reconozca otra forma matrimonial civil o supletoria. Esto puede llevar a los interesados a contraer matrimonio exclusivamente con arreglo a su religión, viviendo en este caso al margen de la regulación jurídica establecida por el Estado.

Puede haber causas de carácter económico, que aún no siendo de pobreza extrema, originan dificultades que los interesados no se atreven o no se deciden a superar, y eso determina que no contraigan matrimonio. Un caso que no es infrecuente es el temor a perder una pensión de viudedad o de divorcio, o un usufructo viudal; es cierto que el artículo 101 del Código Civil declara que la pensión compensatoria por nulidad o divorcio se extingue tanto por contraer nuevo matrimonio como por vivir maritalmente con otra persona, pero siempre le resultará más difícil la prueba de la unión de hecho a la persona interesada en que la pensión cese que si se celebra matrimonio, por lo que huyen de éste.

(36) Libro dicho, pág. 41.

Antes había otra causa de carácter económico, de origen fiscal, y era la mayor onerosidad del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuando se hacía la declaración conjunta, que era la prescrita para los matrimonios. Se dirá que era tan pequeña la motivación que más se la podría tachar de pretexto que de verdadera causa; por supuesto, sólo aludían a esta pseudojustificación quienes no tenían una conciencia demasiado exigente. De todos modos, ha desaparecido ya este *clavo al que agarrarse*, porque a raíz de una sentencia de 8 de septiembre de 1988, se declaró inconstitucional el precepto correspondiente, dando lugar a la reforma de la Ley.

Hemos dicho que unas veces no quieren y otras veces es que no pueden contraer matrimonio, y por eso ha de recurrir a la unión de hecho. Es causa de imposibilidad para matrimoniar la existencia de un vínculo anterior o la dificultad de romperlo. En España, hasta 1981 no estuvo permitido el divorcio; actualmente sí lo está, pero hasta que no transcurran los plazos exigidos para divorciarse por el artículo 86 del Código Civil, los que ya estuvieran casados no podrán casarse de nuevo. Hasta tanto no pasen estos plazos, no se puede acceder a nuevo matrimonio, y, si no quieren esperar, acuden a la unión de hecho.

Tampoco pueden casarse los que, por ser menores de edad, precisan la aprobación judicial con audiencia de los padres. Si ésta se les niega, los jóvenes acuden a la unión de hecho, aunque con poca madurez, con lo que la debilidad del vínculo fáctico será manifiesta.

A veces se aduce que es conveniente el llamado *matrimonio a prueba*, o sea, la unión condicionada a que, si todo sale a gusto, se confirmará después con un matrimonio. La verdad es que ya inicialmente se aparta todo deseo de casamiento, bien por rechazo de las formalidades iniciales, bien por miedo a las consecuencias económicas y legales de una disolución posterior. Casi siempre, la práctica lo confirma, estos ensayos suelen terminar como empezaron, sin más salida que una disolución previamente cantada. Cuando sólo hay en realidad razones de egoísmo personal, no hay posibilidad de convivencia estable: sólo buscan placeres propios de una sociedad hedonista y consumista, aunque después originan daños y disgustos a costa de instrumentalizar a los demás.

En definitiva, puede haber una causa principal y otras subsidiarias o varias conjuntas, pero lo cierto es que la motivación central tiene mucho que ver con la actual relajación de la moral. Como bien dice GALLEGU DOMÍNGUEZ (37), en España, un factor que ha motivado el desarrollo de las uniones libres ha sido el laicismo creciente de nuestra sociedad en los últimos lustros; la pérdida en la conciencia social de la importancia del matrimonio como sacramento ha llevado a una tolerancia, cuando no a la aceptación social de las

(37) Libro citado, pág. 46.

uniones de hecho, antaño consideradas socialmente como algo pecaminoso e irregular.

Y este dato es ciertamente bastante fácil de constatar sólo con leer u oír las manifestaciones que suelen hacer personajes más o menos populares en los medios de comunicación; cuando se les pregunta si piensan cambiar su situación de hecho por la matrimonial, contestan, casi siempre, que *están muy bien así*, arrastrando con su ejemplo a sus admiradores, receptivos a un fácil mimetismo.

V. ANTECEDENTES

Aunque las uniones de hecho entre hombre y mujer son probablemente tan antiguas como la misma humanidad, no tenemos datos históricos fiables hasta el Derecho romano, que las configuró bajo la denominación de concubinato.

Dice el profesor CASTÁN VÁZQUEZ (38) que el *concubinatum* aparece en los textos romanos como una unión que no se preocupa de respetar ciertas exigencias de forma o de fondo del *matrimonium*. La unión es posible entre un hombre y una mujer libres o libertos. Así resulta de un texto de MARCIANO que ha pasado al Digesto, 25.7, *De concubinis*, donde se advierte que la unión puede establecerse con una *ingenua* o una liberta. Una Constitución de Justiniano del año 529 habla a este respecto de *licita consuetudo*, reconociendo así la licitud de tal relación.

La legislación justinianeá estableció los requisitos mínimos que había de reunir la unión para que se constituyera en verdadero concubinato, al ser éste considerado como un verdadero matrimonio, aunque fuese de rango inferior. Así, el concubinato, según los datos aportados por varios romanistas, debió ser frecuente en el Imperio, aunque con la llegada de los emperadores cristianos, que lo consideraron contrario al espíritu de su religión, fue disminuyendo su estimación moral.

Ya en España, el Derecho visigodo tuvo presente en sus textos el concubinato, ya entonces conocido como barraganía, atribuyéndole determinados efectos (39). El Fuero Juzgo se limitó a prohibir la relación sexual entre la barragana del padre y los hijos o colaterales de éste, pero en los Fueros municipales se trató frecuentemente el fenómeno con atención, quizá con el

(38) En la comunicación académica dicha, pág. 139, citando al autor francés GAUDEMET, en su trabajo «Union libre et mariage dans la Rome imperiale», volumen colectivo *Le droit de la famille en Europe*, Presses Universitaires, Strasbourg, 1992.

(39) Puede verse el trayecto histórico de esta época en la voz *Barraganía*, de la Enciclopedia Jurídica Española, Seix, tomo cuarto, pág. 278.

propósito de aumentar la población, necesidad urgente y primaria de la época. Así, además del matrimonio solemne, admitieron el concubinato o la barraganía, que fueron sancionados por los Fueros de Soria, Cuenca, Logroño, Zamora, Plasencia, Sepúlveda, Alcalá, Burgos y Cáceres, entre otros. La barraganía era considerada en los Fueros, ciertamente un estado inferior al matrimonio, pero sin dejar de originar derechos importantes, tanto para la barragana como para los hijos. Así, si bien la barragana fue considerada siempre una mujer inferior en categoría a la esposa, sus derechos podían llegar a ser parecidos y aun casi iguales a los concedidos a las consortes legítimas; tal ocurría en los Fueros de Zamora y Plasencia, que otorgaban a la concubina la mitad de los gananciales si probaban haber sido fieles y buenas a sus señores. Los Fueros de Cuenca y Baeza autorizaban a la barragana que se quedaba encinta a pedir alimentos a la muerte de su conviviente.

El Fuero Viejo estudió la barraganía tan sólo relacionada con los hijosdalgos, y el Fuero Real se limitó a reproducir la prohibición que hemos visto establecía el Fuero Juzgo.

Las Partidas sí regularon la barraganía con cierta amplitud en su partida cuarta, título XIV (40), que se titula *De las otras mugeres que tienen los homes que non son de bendiciones*, y empieza con una curiosa contradicción, prohibitiva en principio y permisiva a seguido. Dice así: *Barraganas defiende Santa Eglezia que non tenga ningunt cristiano, porque viven con ellas en pecado mortal. Pero los antiguos que fecieron las leyes consintieron que algunos las podieren haber sin pena temporal, porque tovieron que era menos mal de haber una que muchas, et porque los fijos que nasciesen déllas fuesen más ciertos.*

Aparte este casi pintoresco quiebro, el Rey Sabio dijo que podrían ser recibidas por barraganas tanto la mujer liberta como la sierva, siempre que ella no fuera virgen menor de doce años, ni viuda honesta y de buena reputación; se prohibía tener por barragana a mujer pariente o cuñada, y el tener muchas barraganas, *porque según las leyes es llamada barragana la que es una sola, y tal que si quisiere el que la tiene, podría casarse con ella.*

A continuación de las Partidas, las leyes promulgadas en España no mencionan ni la barraganía ni ninguna otra forma de unión de hecho, y su desarrollo fue reduciéndose a medida que el sentimiento religioso mostró su influencia en este campo. Las doctrinas del Concilio de Trento, en el siglo xvi, que se concretaron en el Decreto *Tametsi*, acabaron incluso en el matrimonio *a iuras* o escondido, y establecieron una forma de celebración del matrimonio, con lo que toda unión extrasacramental era pecaminosa y prohibida.

(40) Tenemos a la vista «Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio», cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia, *De orden y a expensas de S.M.*, Madrid, en la Imprenta Real, año de 1807.

Al llegar la codificación, y siguiendo el dicho que se atribuye a Napoleón, la ley no presta atención a los concubinos, ya que ellos se apartan de toda norma. Y así, lo mismo el *Code* francés que todos los que le han seguido, han ignorado las uniones de hecho y sólo aparece su regulación más o menos tímidamente mediante leyes dispersas en varios países que vamos a reseñar.

VI. DERECHO COMPARADO

A) SISTEMAS POSIBLES

Al lado de la postura napoleónica, de pura ignorancia, podemos encontrar, para superarla, dos tendencias contrapuestas: por una parte, los que entienden que no se debe legislar sobre un fenómeno puramente fáctico, y además inmoral; otros autores entienden que, dejando aparte esos inconvenientes morales y jurídicos, es una realidad que no se puede desconocer. Así lo resume el jurista argentino LUIS MOISSET DE ESPANÉS (41), al decir: *Lejos está de mi ánimo defender el concubinato, pero no puedo dejar de señalar que es un error pretender ignorar su existencia; se trata de una realidad latente en nuestra sociedad, que genera numerosos conflictos, y la misión de las leyes es solucionar esos conflictos.*

Las tres tendencias aducen las razones que justifican sus posturas respectivas, y que vamos a resumir siguiendo en esto a GALLEGO DOMÍNGUEZ (42):

- a) Postura contraria a su regulación legal. Basada en la protección del matrimonio, se considera que la unión de hecho es un atentado a la familia matrimonial, y por esto debe ser combatida. Tras una primera época en la que se daba una cierta tolerancia del fenómeno, es la postura mantenida por el Derecho canónico, sobre todo a partir del Concilio de Trento y del ya citado Decreto *Tametsi*. La unión extra-matrimonial es una situación de continuo pecado.
- b) Ignorancia o tolerancia del fenómeno. Es el sistema de los Códigos Civiles del siglo XIX derivados del napoleónico y se ha seguido en la mayoría de los países occidentales hasta que últimamente han girado en otro sentido. La sociedad se desentiende de estas uniones, aunque respete la situación cuando se trata de proteger los derechos de los

(41) En su libro *El cazador casado*, Editorial Miguel Angel, Córdoba, Argentina, 1991, pág. 41. También lo cita el profesor CASTÁN VÁZQUEZ en su discurso dicho, pág. 144.

(42) Página 72 de su libro citado.

descendientes. En el fondo, este sistema de ignorancia es también, en cierto modo, una manera de proteger la familia matrimonial; conforme a esta postura, los problemas y cuestiones jurídicas que puedan nacer de la convivencia de hecho habrán de resolverse, no por normas propias, sino por los principios generales del Derecho.

- c) Reconocimiento y regulación. Es el sistema que rige en la mayoría de los países. Tal como acabamos de decir, aun cuando no se comparta la aceptación de este fenómeno por ser evidentemente inmoral, se admite que las uniones de hecho son una realidad social que no se puede ignorar. Ciñéndonos a España, y salvando las normas especiales de Cataluña, Aragón y Navarra, de las que hablaremos, no hay una regulación que contemple la unión de hecho como institución, sino que sólo hay normas aisladas aplicables a supuestos concretos aplicables a puntuales consecuencias o hechos derivados de este fenómeno social.

Expuestas estas tres posiciones o teorías, ¿cuáles son las adoptadas en los diversos países?

B) PAÍSES QUE REGULAN LAS UNIONES DE HECHO DE MODO ESPECÍFICO

a) *Países hispanoamericanos*

Dentro de nuestro ámbito cultural e histórico, curiosamente, es en los Derechos hispanoamericanos donde existe una mayor regulación de las uniones de hecho, sea ésta extensa o puntual. GALLEGO DOMÍNGUEZ (43) cita a Bolivia, según su Código de Familia de 1972, de acuerdo con su Constitución de 1945; Cuba, cuya Constitución de 1943 (art. 40), y cuyo Código de Familia de 1975 dejan en manos de los Tribunales el que las uniones de hecho singulares y estables puedan llegar a surtir todos los efectos del matrimonio; Ecuador, donde se regula por Ley de 19 de diciembre de 1982; Guatemala, con el Estatuto de Uniones de Hecho, de 29 de octubre de 1947, y su Código Civil de 1963; Honduras, en la Constitución de 1982; México, en diversos Estados: el Código de Familia de Zacatecas, el Código Civil del Distrito Federal de México de 1928 y el Código de Familia del Estado de Hidalgo, que es el que regula la materia con más amplitud dentro de los Estados mejicanos; Panamá, con la Ley 1000, de 30 de diciembre de 1974, y Paraguay, en el Código Civil de 1987.

(43) Libro dicho, pág. 85.

b) *Países nórdicos* (44)

1. Suecia. Se rige por la Ley 232 de 1987, que empezó a regir el 1 de enero de 1988, y se aplica a los casos de cohabitación extramatrimonial, donde una mujer no casada y un hombre no casado conviven en condiciones similares al matrimonio y tiene por objeto ofrecer soluciones legales a los conflictos que pueden surgir, pretendiéndose proteger a la parte económicamente más débil en caso de que se disuelva la relación. Regula exclusivamente el destino de la vivienda y de los bienes del ajuar doméstico que sean comunes y deja al margen de la regulación tanto el resto de relaciones patrimoniales, como el bloque de relaciones personales entre los convivientes. Sobre el hogar común, la ley sigue de cerca el régimen económico-matrimonial de participación que rige en Suecia; pero la regulación no tiene carácter imperativo, pues pueden excluir su aplicación mediante convenio. Se establece la posibilidad de que uno de los convivientes pueda continuar en la vivienda común tras el cese de la convivencia.

También ha regulado Suecia las uniones homosexuales en la Ley de Cohabitación 813 de 1987. Es una ley muy corta y concede a estas parejas la misma protección que a las heterosexuales en relación a la vivienda y los enseres comunes, pero no se les permite la adopción de niños, vivir con ellos en comunidad, ni realizarse inseminaciones para formar una familia (45).

2. Dinamarca. La Ley de 7 de junio de 1989 regula la relación de pareja entre personas del mismo sexo, que ha de ser registrada para que produzca los efectos jurídicos iguales a los que se desprenderían de la celebración de un matrimonio, que son derechos sociales (seguridad social y pensiones) y civiles, incluidas los sucesorios. La ley aclara que esta unión sólo tiene efecto ante las autoridades danesas y dentro de su ámbito, y es únicamente aplicable a personas que tengan nacionalidad danesa, al menos una de ellas, y con domicilio en Dinamarca. Contiene la ley tres importantes prohibiciones, que son la de adoptar, celebración *civil* del enlace e imposibilidad de que en el procedimiento de disolución se pueda solicitar la mediación de un clérigo.

3. Noruega. La ley que regula las uniones de hecho es la de 1 de agosto de 1993, sobre *Registro de parejas*, y establece que la inscripción de dos personas del mismo sexo produce los mismos efectos legales que el matrimonio, salvo las disposiciones relativas a la adopción. No pueden registrarse los casados o los que tengan registrada otra relación de la misma índole. También

(44) Seguimos el trabajo *Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho*, de MIGUEL MARTÍN CASALS, Catedrático de la Universidad de Gerona. Anuario de Derecho Civil, 1995, pág. 1709 y sigs.

(45) Este último apartado, relativo a parejas homosexuales, procede del trabajo de MARTÍNEZ PIÑEIRO, obra citada, pág. 32, del que también tomamos los datos referentes a Dinamarca y Noruega que siguen.

se exige el domicilio en Noruega y la nacionalidad de este país en cuanto a una de las partes al menos.

4. Holanda. También dice el autor que venimos siguiendo, el notario MARTÍNEZ PIÑEIRO, que tiene conocimiento de la existencia de una ley que entró en vigor el 1 de enero de 1998, similar a las anteriores, pero cuyo texto no ha podido conseguir.

c) *Países de la Commonwealth*

Existe regulación de las uniones de hecho en Australia y Canadá (46).

1. Australia. En realidad no se extiende a toda Australia la regulación uniforme de las uniones de hecho, pues existe en algunos Estados o territorios, mientras que en otros se siguen aplicando los principios clásicos del *Common Law*. Hay normas especiales en Nueva Gales del Sur, Victoria y Territorio del Norte.

En Nueva Gales del Sur rige la *De Facto Relationships Act* de 1984, que establece las bases legales de la compensación que debe producirse entre los convivientes de hecho, una vez cesada la convivencia, y se ocupa principalmente de tres aspectos: el derecho de alimentos del conviviente, la compensación por haber contribuido al incremento del patrimonio y la pensión compensatoria por las expectativas en el patrimonio de otro conviviente. Esta ley también establece el derecho de alimentos si éstos proceden y se concede el derecho a suceder a favor del conviviente de hecho supérstite en diverso grado, según concurran o no cónyuge e hijos matrimoniales del causante.

Esta ley de Nueva Gales del Sur ha sido seguida muy de cerca por la *Property Law Amendment* de 1987, en Victoria, y por la *De Facto Relationships Act* de 1991 del Territorio del Norte.

2. Canadá. En los últimos años se ha producido en las diversas jurisdicciones canadienses un progresivo reconocimiento de la pareja de hecho, aunque sin llegar a su equiparación con el matrimonio. Algunas provincias y territorios han abordado legislativamente algunos aspectos de la convivencia de hecho, acudiendo a la técnica analógica, estableciendo que cuando en determinadas leyes se habla de *cónyuge*, debe hacerse extensivo el término al conviviente de hecho si se cumplen determinados requisitos.

La jurisprudencia de Quebec acude al recurso de utilizar las figuras generales del *Civil Law*, adoptando soluciones muy parecidas a las que se usan en Francia. Así, se utilizan los conceptos del enriquecimiento sin causa, la obligación natural y la sociedad de hecho limitada a los bienes de la unión. Sin

(46) MARTÍN CASALS, informe citado en la nota 44, pág. 1772 y sigs.

embargo, al promulgarse el nuevo Código Civil de Quebec en 1991, no se ha procedido a regular esta figura de hecho.

Sí se ha hecho en la *Ontario Family Act* de 1986, que emplea el sistema dicho de aplicar las normas de los cónyuges a los convivientes que cumplan determinados requisitos. Al regular las *obligaciones de sostenimiento* define lo que a estos efectos se entiende por *spouse*. Se establecen cuatro categorías de cónyuges: las dos primeras se refieren a aquéllos que han contraído matrimonio, según sea válido o inválido; las dos últimas se estipulan para incluir a aquellas parejas que no han contraído matrimonio pero reúnen los requisitos de haber convivido de modo continuado por un período no inferior a los tres años o en una relación de cierta permanencia si son padres naturales o adoptivos de un menor.

d) En *Francia*, hasta tiempos muy recientes, se consideraban ilícitas, pero ante la extensión de su práctica y los conflictos que provocan, se han ido dando soluciones legislativas y jurisprudenciales a puntos concretos. La ruptura conlleva una obligación natural de reparar a la otra parte; se ha llegado a reconocer una sociedad *de facto*; se ha aplicado la doctrina del enriquecimiento injusto; se admite la subrogación en el arrendamiento y se reconoce el subsidio familiar y la pensión de viudedad.

La antigua denominación del concubinato o *concubinage* ha sido sustituida por la de *unión libre*, que parece contemplar más bien el elemento intencional de una unión sin formalidades y sin vínculo, lo que permite su libre ruptura.

En Francia la unión de hecho se entiende referida únicamente a la pareja heterosexual, y así lo ha declarado el Tribunal de Casación, el cual ha declarado que, a los efectos que le puede atribuir el ordenamiento jurídico, por *concubinage* se entiende tan sólo la situación de las personas que hayan decidido vivir como esposos, pero sin unirse en matrimonio, lo cual únicamente puede referirse a la pareja constituida por un hombre y una mujer.

En la esfera social hay una clara tendencia a otorgar a los convivientes unos derechos de pensión idénticos a los de los cónyuges. En el Derecho privado se ha reformado en 1993 el artículo 372 del *Code civil*, permitiendo el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los hijos con tal que los hayan reconocido voluntariamente dentro del primer año de su nacimiento si en ese momento los padres conviven.

Respecto a las relaciones de Derecho privado entre los convivientes, no existen obligaciones personales ni patrimoniales que puedan asemejarse a un régimen económico-matrimonial; no obstante, la jurisprudencia considera que entre ellos, como en toda relación que se da entre personas, existe un cierto deber de lealtad y de actuación de acuerdo con la buena fe.

En cuanto a la aplicación de la figura de la sociedad de hecho, no es suficiente la simple convivencia, sino que se requiere que concurren los elementos esenciales de toda sociedad, o sea, lo que se conoce como *affectio societatis*, que entraña la intención de asociarse, la aportación de bienes por ambos convivientes y la participación en pérdidas y ganancias.

En 1991 se proyectó un plan de reconocimiento jurídico de parejas, que dio lugar, en 1998, a la aparición de un *Pacto de Interés Común (PIC)*, hecho público en abril de 1998, en el que se contemplaba todo tipo de sociedades entre amigos, hermanos, matrimonios, parejas no casadas, homosexuales, etc., pretendiéndose así la no equiparación de las parejas de hecho al matrimonio. Rechazado dicho proyecto, se propuso un *Contrato de Unión Social (CUS)*, que pretendía la concesión a las parejas de homosexuales de casi todos los derechos del matrimonio, dando lugar así a una fuerte contestación. En octubre de 1998 se presentó el nuevo *Pacto Civil de Solidaridad (PACS)*, que iguala a las parejas de hecho con el matrimonio, el cual fue aprobado por la Asamblea General francesa por 316 votos contra 244.

C) PAÍSES SIN REGULACIÓN ESPECÍFICA

Es el sistema normal en el ámbito de la Unión Europea y así lo muestran, como países típicos, Italia, Inglaterra y Alemania, cuyas legislaciones mostraremos brevemente:

a) En Italia, el artículo 29 de la Constitución de 1947 reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio. Como dice MARTÍNEZ PIÑEIRO (47), este texto imposibilita cualquier reconocimiento de la unión de hecho como familia; sin embargo, en los últimos tiempos avanza una interpretación permisiva en virtud de la cual la protección constitucional a la familia matrimonial no supone la exclusión al reconocimiento de la familia de hecho, que se intenta basar en otros preceptos constitucionales. Así, se han presentado algunos proyectos legislativos regulando las parejas de hecho, que no han llegado a fructificar en norma positiva específica.

Hay preceptos en el ámbito social que equiparan las parejas de hecho a las matrimoniales en las prestaciones sanitarias y económicas. El Derecho fiscal ignora a los convivientes de hecho y les hace tributar como extraños. En el Derecho privado, desde la reforma del Derecho de familia, se atribuye la patria potestad a los convivientes sobre los hijos que hayan reconocido; el Tribunal de Casación ha declarado que, en caso de ruptura, el conviviente *more uxorio* que permanece en la vivienda tiene derecho a suceder en el

(47) Obra dicha, pág. 32.

contrato de arrendamiento. Para intentar la resolución de los conflictos que plantean las relaciones entre los convivientes de hecho, la doctrina y la jurisprudencia italianas, como en otros países de nuestro continente, recurren a las figuras generales del Derecho civil. En relación a las indemnizaciones por causa de muerte, la jurisprudencia italiana excluye su posibilidad respecto al conviviente supérstite; tampoco se reconocen a éste los derechos sucesorios que corresponden al cónyuge viudo.

b) En Inglaterra (48), el término *cohabitation* denota la relación de la pareja heterosexual que, sin estar casada, convive como marido y mujer. Se considera que deben tener la intención de convivir juntos, poniendo en común recursos económicos y compartir una vida social; también constituye un elemento importante que los convivientes tengan hijos comunes o tengan la intención de contraer matrimonio.

El Derecho inglés, ante la unión de hecho, adopta una posición de compromiso y sólo la equipara al matrimonio en algunos aspectos aislados.

En el Derecho social trata a los convivientes de hecho de modo independiente e individual en las pensiones contributivas, mientras que en las asistenciales aplica la llamada *cohabitation rule*, que tiene por objeto evitar que la pareja de hecho reciba un trato más favorable que la pareja casada. En el ámbito de los tratos familiares vejatorios, la *Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act* de 1976 extiende a las parejas de hecho la protección que en estos casos otorga a las matrimoniales.

En el ámbito del Derecho privado y en relación con la patria potestad, la regla tradicional del *Common Law* no la concedía a los padres no casados; la nueva *Children Act* de 1989 dispone que, a petición del padre, el tribunal puede otorgarle la patria potestad. Los convivientes sólo pueden adoptar cada uno de ellos por separado: sólo pueden adoptar conjuntamente los matrimonios.

En el arrendamiento, la convivencia de hecho no da derecho a subrogarse en la vivienda locada por el otro conviviente cuando se trata de vivienda pública; en la privada, la *Housing Act* de 1988 considera como cónyuge con posibilidad de subrogarse a la persona que estaba conviviendo con el arrendatario como marido o mujer.

Los conflictos patrimoniales que se plantean a la ruptura de la unión de hecho, especialmente en relación con la atribución de la vivienda familiar y los bienes del ajuar doméstico, se intentan resolver de acuerdo con los principios de la *equity*. Para aplicar estos principios, los tribunales analizan caso por caso la conducta y las intenciones de los convivientes, se recurre a figuras de carácter general como el *trust* o el *estoppel*. Estas consideraciones pueden

(48) En este país y Alemania, seguimos a MARTÍN CASALS, obra citada, pág. 1739 y sigs.

extenderse a todos los bienes adquiridos durante la convivencia de hecho, aunque la mayoría de los litigios se centran en la vivienda familiar.

El conviviente supérstite no es legitimario en la sucesión testada del premuerto. En la sucesión intestada, el conviviente de hecho no ocupa lugar alguno, a diferencia del cónyuge, que tiene una posición preeminente.

c) En Alemania, la pareja de hecho no puede pretender la protección que al matrimonio concede el artículo 6 de la Ley Fundamental o *Grundgesetz*, y por ello la doctrina alemana excluye de manera prácticamente unánime todo intento de establecer una regulación específica de la pareja de hecho.

En el ámbito del Derecho social no hay trato especial alguno a favor de los convivientes, y el Derecho fiscal favorece claramente a la pareja matrimonial y trata a las parejas de hecho con los mismos criterios que aplica a los extraños.

En el Derecho privado, la patria potestad de los convivientes de hecho sobre el hijo nacido de la unión es atribuida por el parágrafo 1705 del BGB, únicamente a la madre, con total postergación del padre, el cual tampoco puede adquirirla por disposición judicial ni por acuerdo con la madre.

En el caso de vivienda arrendada, se distingue si los dos convivientes de hecho son titulares del contrato o si es uno solo de ellos. Si lo son los dos, ambos son acreedores solidarios del uso de la vivienda y deudores solidarios del pago de la renta. Si la titularidad es exclusiva de uno de los convivientes, por analogía con lo que se dispone para el subarriendo, el arrendatario necesitará autorización del arrendador, en cuanto que se considera extraño al otro conviviente; el Tribunal Supremo Federal ha declarado que no hay subrogación en caso de muerte, porque el conviviente no es un familiar, aunque en algún caso ha admitido la aplicación analógica.

Los problemas matrimoniales que surgen tras la ruptura reciben un tratamiento por la doctrina encaminado a resolverlos echando mano de la normativa general aplicable a las donaciones, la sociedad, el mandato o el enriquecimiento injustificado. La propiedad de la vivienda, si es de ambos, se trata con las reglas de la división de cosa común; si es propiedad de uno de ellos, a él corresponderá, salvo que el otro tenga alguna participación.

En Derecho alemán, y según las normas del BGB, los convivientes de hecho carecen de todo derecho sucesorio, a no ser que ocurra por vía de la sucesión testada, si el testador carece de herederos forzosos.

VIII. REGULACION DE LAS UNIONES DE HECHO EN ESPAÑA

Al igual que los tres países europeos que acabamos de contemplar en el último apartado, España tampoco tiene una regulación especial de las parejas de hecho.

En el ámbito nacional sólo hay alusiones más o menos directas, casi siempre muy breves y de carácter puntual en otras leyes de contenido distinto.

Ha habido intentos legislativos que hasta el momento no han llegado a ser tramitados hasta convertirse en ley.

Y, por último, se han promulgado leyes en las Comunidades Autónomas de Cataluña, Aragón y Navarra, de ámbito naturalmente limitado a sus territorios respectivos.

A) NORMAS NACIONALES

a) *Referencias en la Constitución*

No faltan autores que pretenden traer a colación algunos preceptos de la Constitución que, según ellos, pueden basar el fenómeno de las parejas de hecho. El argumento podría valer si estas uniones fuesen análogas al matrimonio y como tales constituyesen una familia, lo cual es precisamente lo discutible.

El artículo 39 ordena a los poderes públicos la protección de la familia. Pero la Constitución no da un concepto de la familia, a pesar de que la menciona en varios artículos.

Son fundamentales a este respecto el propio artículo 39, en cuyo número 1 se establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia: en el artículo 32 se reconoce al hombre y a la mujer el derecho a contraer matrimonio. Enlazando ambos preceptos parece que la familia constitucional es precisamente la matrimonial y no otra. Sin embargo, también es cierto que en los puntos 2 y 3 del artículo 39 se amplía la protección a los hijos aunque no sean matrimoniales, y ése es el resquicio al que acuden los que opinan que también la unión de hecho puede ser núcleo inicial en la formación de la familia. Con GALLEGO DOMÍNGUEZ (49) entendemos que la Constitución no considera realmente familia en sentido jurídico a una unión de hecho, pues entre los unidos extramatrimonialmente no existe vínculo jurídico alguno, sino tan sólo una relación fáctica. Quizá cuando de esa unión de hecho nacen hijos, hay ya una relación de parentesco en sentido vertical que implica una cierta naturaleza familiar que puede a la vez relacionar a los dos padres y que nos llevaría a considerar la convivencia *more uxorio* como familia en sentido amplio. Así lo han aceptado algunas sentencias, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, en casos concretos.

(49) Tesis Doctoral citada, pág. 88.

b) *Alusiones en otras leyes*

Aparte este discutido reconocimiento constitucional, hay varias leyes nacionales que aluden a las uniones de hecho, atribuyéndoles concretas posiciones o reconociéndoles algunos derechos o ventajas, pero sin regularlas.

Veamos algunas de éstas:

- La Disposición Adicional 10.2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que reguló las causas de nulidad, separación y divorcio, atribuye derecho a prestaciones de la Seguridad Social y a la pensión correspondiente a *quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedirlo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieren vivido como tal*.
- La misma Ley, al dar nueva redacción al artículo 101 del Código Civil, contempla como causa de extinción de las pensiones dimanantes de separación o divorcio la convivencia marital del perceptor de la pensión.
- La Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley 29/1994, de 24 de noviembre, dando fin a una polémica doctrinal y jurisprudencial, ha adoptado soluciones favorables para los componentes de estas parejas de hecho en varias situaciones. Así, en el artículo 12, que regula el derecho del cónyuge a continuar en el arrendamiento cuando el arrendatario desiste, se dice en su apartado 4 que lo dispuesto anteriormente será también de aplicación a favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante los dos años anteriores, salvo que hubieren tenido descendencia en común, en cuyo caso bastaría la mera convivencia. En el artículo 16, letra b), se concede a estas mismas personas y en iguales circunstancias el derecho de subrogarse en el contrato a la muerte del arrendatario. En el artículo 24 se autoriza al mandatario a realizar obras necesarias para adecuar la vivienda a la condición de minusvalía de su cónyuge o de su conviviente. Y por último, la facultad de subrogarse en el lugar del arrendatario fallecido se concede al conviviente de hecho para los contratos anteriores a 1985, en los mismos términos vistos en el artículo 16 de la Ley.
- La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, señala en su Disposición Adicional tercera que *las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*. O sea, que se les permite adoptar conjuntamente

te, aunque parecen justificarse los redactores del aparente atrevimiento acudiendo al concepto de la analogía con el matrimonio.

- La Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó varios artículos del Código Civil en materia de filiación y patria potestad, entre ellos el 320, en el cual se establece que el Juez podrá conceder la emancipación a los hijos mayores de dieciséis años cuando el que ejerciere la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor.
- La Ley sobre técnicas de reproducción asistida, Ley 35/1988, de 22 de noviembre, se refiere a la pareja no casada en los artículos 4, 6, 8 y 9. La mujer que forma parte de una pareja estable puede ser receptora de las técnicas de reproducción asistida, y la paternidad se atribuirá a su compañero, siempre que éste haya dado su consentimiento.
- Los hijos nacidos de una unión de hecho se equiparan a los hijos matrimoniales a todos los efectos; así resulta de los artículos 108, 110, 154, 156 y 160 del Código Civil. Para la determinación de la paternidad, el 135 establece que podrá declararse la filiación que resulte de la convivencia con la madre en la época de la concepción.
- El Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, extiende la cobertura a la Seguridad Social a las personas sin recursos que convivan de forma marital con el titular del derecho a dicha prestación.
- Hay, además, otras alusiones en el Código Penal, en la Ley de Habeas Corpus, la de Enjuiciamiento Criminal, la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por ser materias ajenas al Derecho privado, que es el que interesa a nuestro estudio, no las consideramos de cita necesaria (50).

c) Intentos legislativos específicos

Aunque no es una verdadera iniciativa legislativa, porque se trata de una *Proposición no de ley*, el primer intento que aparece en este sentido fue la presentada por los socialistas en la Asamblea de Madrid en 1993, que instaba sobre la necesidad de redactar una *Ley de convivencia*, independientemente del sexo de sus componentes, y que utilizó como argumento fundamental el nuevo modelo de familia que, según los proponentes, *ya no está exclusivamente fundada en el vínculo matrimonial, sino más bien en el consentimiento y la solidaridad libremente aceptados, con la finalidad de llevar a efecto una plena comunidad de vida matrimonial y espiritual*. Y se

(50) Pueden verse estos casos mencionados en el estudio de la profesora CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Problemática jurídica en torno a las uniones de hecho*, Folleto de la Asociación de Profesores Jubilados de Escuelas Universitarias, Madrid, 1995, págs. 7 y 8.

finaliza reconociendo que *es claro que no es posible tratar de igual manera situaciones jurídicas diferentes, como lo son la familia tradicional asentada sobre el vínculo matrimonial y la unión de hecho*. Pero se insiste en que, aun admitiendo esa clara diferencia, *el legislador no puede desamparar a las uniones de hecho precisamente por aplicación del principio de igualdad que consagra nuestra Constitución*. No sabemos a qué igualdades constitucionales se refiere el texto, pues ¿no se ha empezado reconociendo que tal igualdad no existe? Y se termina acudiendo a que se debe evitar la discriminación, lo cual es otra cuestión; así, se dice que *el reconocimiento de la familia tradicional nunca podrá provocar la discriminación de otros grupos «familiares» (las comillas son nuestras), como las uniones de hecho, tanto homosexuales como heterosexuales, en las que se desarrolla la libertad y dignidad de la persona*.

Esta Proposición no de ley fue aprobada por la Asamblea de Madrid, tras rechazar una enmienda del grupo de Izquierda Unida, que pretendía el reconocimiento a las parejas de lesbianas y homosexuales de los *plenos derechos y beneficios del matrimonio*. La profesora CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ critica fuertemente este intento de considerar verdaderas familias a las parejas de hecho (51).

En las Cortes Generales también se han presentado varias proposiciones en el mismo sentido:

- En el Senado, el Grupo Mixto presentó una propuesta el 8 de marzo de 1994, según la cual se pretendía la declaración de que *el Senado insta al Gobierno para que remita a las Cortes Generales un proyecto de Ley de Protección Social, Económica y Jurídica de la pareja, que elimine las discriminaciones que por razón de su condición o circunstancia personal puedan existir, incluyéndose en esta reforma la protección a las parejas que conviven de forma estable, independientemente de su orientación sexual*.
- Con fecha 19 de julio de 1994, el Grupo Socialista del Congreso presentó una Proposición no de Ley por la que instaba al Gobierno a remitir a la Cámara un proyecto de Ley sobre la regulación de las uniones de hecho con independencia de su sexo.
- El mismo grupo insiste en una Proposición de Ley publicada en el Boletín Oficial de las Cortes el 12 de septiembre de 1994, sobre protección social, económica y jurídica de la pareja. En su artículo 1.º se establecía que *todas las familias tienen la misma protección social, económica y jurídica, así tengan su origen en la filiación, en el ma-*

(51) Verlo en el trabajo citado en la nota anterior donde expone los avatares de esta proposición en la Asamblea de Madrid.

trimonio o en la unión de dos personas que convivan por análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual.

- En otra proposición de Ley del mismo Grupo Socialista, publicada en el Boletín de las Cortes el 8 de noviembre de 1996, se dice que lo previsto en la Ley que se propone *será de aplicación a quienes convivan en pareja de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad similar a la conyugal, independientemente de su orientación sexual, mayores de edad o menores emancipados, ligados de forma estable al menos durante dos años.* Esta convivencia se acreditará a través de los registros específicos existentes en la Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante documento público (art. 2.º).
- Habiendo sido rechazada esta proposición en sesión de 18 de marzo de 1997, se reitera el 1 de abril siguiente, y es nuevamente rechazada en la sesión de 27 de mayo del mismo año.
- Por su parte, el Grupo de Izquierda Unida presenta una proposición, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes el 15 de noviembre de 1996, cuyo artículo 1.º reproducía el mismo texto de la proposición socialista, insistida según aparece en el Boletín Oficial de las Cortes de 10 de abril de 1997. Ambas fueron rechazadas en las citadas sesiones de 18 de marzo y 27 de mayo de 1997.
- Hay una proposición de Ley de Coalición Canaria sobre *Reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho estable*, y de modificación del Código Civil y otras leyes que resultarían afectadas. La proposición fue admitida a trámite según aparece en el Boletín de las Cortes de 14 de abril de 1997. Se definen las uniones de hecho como *las uniones de mayores de edad o menores emancipados, sin vínculo de parentesco en primer o segundo grado de consanguinidad, que conviven en pareja con independencia de su sexualidad, al menos durante un año, libre, pública y notoriamente.* Las enmiendas se publicaron en el Boletín de las Cortes de 21 de noviembre de 1997.
- Por último, el mismo Boletín Oficial del Congreso publicó el 9 de septiembre de 1997, una proposición de *Ley Orgánica de contrato de unión civil*, presentada por el Grupo Popular. En su artículo 1.º se establece que *por el contrato de unión civil, dos personas físicas, mayores de edad, acuerdan convivir y prestarse ayuda mutua.* Según dice el notario GARCÍA MAS (52), puede apreciarse que el texto del Partido Popular pone el énfasis en el aspecto contractual de la unión

(52) En su trabajo «Las uniones de hecho: Su problemática jurídica», publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, septiembre-octubre de 1998, pág. 1513.

y en una simple lectura de su articulado aparece mencionada varias veces la palabra *contrato*. Se establece en esta proposición de Ley Orgánica que no podrá ser parte de este contrato de unión civil quien lo fuere de otra vigente o estuviese casado, no pudiendo otorgarse bajo término o condición; su objeto será la convivencia y la prestación de ayuda mutua entre los convivientes, no produciendo efecto el contrato antes de transcurrido un año de su formalización. A estos efectos se establecía en el artículo 1.º-3 que el contrato de unión civil se habrá de otorgar ante notario y deberá inscribirse en el Registro Civil correspondiente a cada uno de los contratantes. Como efectos patrimoniales, se prescribe en el artículo 1.º-4 que *el régimen económico de estas uniones será dispuesto expresamente en el contrato de entre las modalidades establecidas en el Código Civil*. No se contemplan derechos sucesorios legitimarios, ni por vía intestada; en cambio, en el artículo 1.º-5 dice que las partes podrán establecer en el contrato de unión civil efectos sucesorios.

En el Congreso de los Diputados se acordó tomar en consideración esta proposición de Ley Orgánica, se abrió el período de enmiendas, ampliado cuatro veces, hasta el 11 de marzo de 1998. En la sesión del Pleno de 26 del mismo mes fueron rechazadas las enmiendas a la totalidad.

El Parlamento Foral de Navarra ha presentado a las Cortes Generales una Proposición de Ley para reformar varios artículos del Código Civil. Puede verse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 19 de julio del 2000. Se pretende introducir una extraña igualdad entre matrimonio y unión de hecho por el simple procedimiento de añadir en cada artículo del Código donde aparecen las palabras *matrimonio* o *cónyuge*, las coletillas de *pareja* o *conviviente*.

Y en la actualidad, clausurada la VI Legislatura de las Cortes, por sesión plenaria de 19 de septiembre del 2000, se rechazaron las proposiciones que estaban pendientes de Coalición Canaria y otras, y queda en pie la duda de si en la VII Legislatura, que empieza ahora, se llegará a legislar sobre las uniones de hecho con una norma extensiva a todo el ámbito nacional, para evitar la anomalía de leyes autonómicas parciales y dudosamente constitucionales, de las que ya hay tres, y pudieran proliferar, dañando con su variedad la seguridad jurídica en tema tan importante y crucial como la familia.

B) NORMATIVA AUTONÓMICA

a) *El problema competencial*

El artículo 149.1.8 de la Constitución dispone que *el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los Registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para remediar los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial.*

El precepto es tan conocido como discutido. La literatura sobre el mismo es abundante y variada (53) y las posturas que han tratado de interpretar el contenido y extensión de esta norma pueden resumirse en las siguientes:

- Para algunos foralistas, señaladamente catalanes, el término *Derecho foral* debe ser abandonado tras la Constitución (cosa extraña, pues la Ley Fundamental lo utiliza expresamente). Dicen que las Comunidades Autónomas pueden desarrollar indefinidamente el Derecho Civil que se aplique en su territorio, por lo que podrán legislar dichas autonomías sobre cualquier materia de Derecho Civil, sin limitación alguna. Nos parece exagerada tal postura, por demasiado desproporcionada y no concorde con las propias limitaciones de la Constitución.
- Otros civilistas entienden que los límites a la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales vendrían representados por el contenido normativo de las respectivas Compilaciones en el momento de aprobarse la Constitución. Esta posición, en cambio, es muy restrictiva, pues si sólo se puede legislar sobre lo que ya está legislado, el ámbito de su desarrollo será prácticamente inexistente.
- Algunos foralistas propugnan que el carácter particular de los Derechos forales sólo puede identificarse a través de los principios inspiradores que le son propios y que, por tanto, tales principios son el rasero por el que se debe medir la puesta al día de los Derechos forales. Postura más amplia, pero un tanto elástica e insegura, ya que no siempre será fácil fijar cuáles sean esos principios inspiradores.

(53) Podemos citar como fuentes bibliográficas sobre este punto las citadas por el profesor LASARTE ALVAREZ en *Principios de Derecho Civil*, Madrid, 1998, tomo I, págs. 41 y 42, y en el libro *La diversidad de legislaciones civiles en España*, del profesor ENRIQUE LALAGUNA, Valencia, 1998, pág. 173.

- Hay otra postura que defiende el profesor LASARTE y que nos parece la más correcta técnicamente. Según ella, el límite constitucional de desarrollo del Derecho civil foral ha de identificarse con las instituciones características y propias de los territorios forales que, tradicionalmente, han sido reguladas de forma distinta por el Derecho común y los Derechos forales.

No faltan argumentos favorables a la interpretación más amplia del artículo 149.1.8 de la Constitución, entendiendo que sólo hay un límite negativo a la competencia de las Comunidades Autónomas, que es el conjunto de materias que, como se dice en su texto, se reservan al Estado *en todo caso*.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este punto de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho foral, y son especialmente interesantes las sentencias 881/1993, de 12 de marzo, sobre Aragón, y la 156/1993, de 6 de mayo, sobre Baleares. Sus fundamentos jurídicos son bastantes análogos y su doctrina puede aplicarse a otros casos.

En el primer fundamento jurídico se rechaza el argumento aducido por la Comunidad Autónoma, según el cual, la reserva *en todo caso* por el Estado de las materias señaladas en el artículo 149.1.8 vendría a suponer, *a contrario*, la permisión para las Comunidades Autónomas de desplegar sus competencias estatutarias para el desarrollo del Derecho civil foral o especial en todo el campo no cubierto por aquellas específicas reservas, por ajena que fuera la legislación a introducir al ámbito regulado cuando entró en vigor la Constitución. Esta amplia interpretación es expresamente rechazada por el Tribunal Constitucional.

En el fallo se analizan los términos *conservación, modificación y desarrollo* que emplea el artículo 149 para delimitar la esfera legislativa autonómica.

En el fundamento jurídico segundo se refiere al concepto *conservación*, diciendo que es el que permite la asunción o integración en el ordenamiento autonómico y sus normas de las fuentes derivadas de su ordenamiento y puede hacer viable la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial. Lo que la Constitución permite, se declara, es la conservación o mantenimiento del Derecho Civil propio, de modo que la mera invocación a los precedentes históricos, por expresivos que sean, de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española.

Tampoco es admisible una ley modificadora cuando en el Derecho especial preexistente no se contiene regla alguna, directa y expresa, sobre el punto ahora regulado.

Y en el fundamento jurídico tercero se declara que el concepto constitucional de *desarrollo* del propio Derecho Civil, especial o foral, debe ser

identificado a partir de la garantía autonómica de la foralidad civil que establece el citado precepto de la Norma fundamental. Se permite la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales; pero ese crecimiento, dice la sentencia, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no debe olvidarse que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido en la Constitución solamente a fin de garantizar determinados Derechos civiles forales vigentes en ciertos territorios, y no en atención a una valoración abstracta y general demandada por las Comunidades Autónomas.

Concluye el Tribunal Constitucional en esta sentencia que el desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales enuncia una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de las Compilaciones u otras normas de su ordenamiento; cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho Civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de éste, según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa ilimitada de *ratione materiae* dirigida a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, pues, dice el Tribunal Constitucional, pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido garantizar por vía competencial.

El ansia competencial de los entes autonómicos puede suponer que se incremente exacerbadamente la falta de una orientación deseable en orden a la apetecible uniformidad legislativa en materia civil y más en el ámbito concreto de las figuras familiares. Si no fuese así, como dice el profesor LASARTE (54), sería, como poco, llamativo, pues realmente las diferencias estructurales entre la sociedad civil de las distintas regiones españolas son cada vez menores y la interpretación paneuropea es cada vez mayor.

A la vista del precepto constitucional, con la interpretación doctrinal y jurisprudencial, la pregunta es inevitable: ¿las leyes de Cataluña, Aragón y Navarra sobre uniones de hecho, están dentro de las competencias que la Constitución confiere a las Comunidades Autónomas?

Resulta sintomático que si en la generalidad de las disposiciones autonómicas se trae a colación, en sus respectivos preámbulos o exposiciones de motivos, los preceptos concretos de la Constitución o del Estatuto de Autonomía correspondiente, en cuya virtud se apoya la facultad de promulgarlas, en cambio, en estas dos leyes autonómicas de uniones de hecho falta por comple-

(54) Obra citada en la nota anterior.

to esa básica justificación. En el preámbulo de la Ley de Cataluña se hace una etérea alusión al artículo 32 de la Constitución, que tiene poco que ver con las uniones de hecho, ya que en él se proclama el derecho a contraer matrimonio, pero nada más; añade dicho preámbulo que también hay otras formas de unión, pero no cita, porque no existe, disposición alguna, ni constitucional ni estatutaria, a la que acogerse. Es curioso el hecho de que a la vez que esta Ley especial se promulgó el llamado Código de Familia, y sin embargo, no se fundieron ambas disposiciones; en el Código de Familia se hace expresa relación de las disposiciones refundidas, todas ellas procedentes de la Compilación e integrantes del Derecho de Familia vigente hasta el momento en Cataluña. En cambio, en la Ley de uniones de hecho, eso no se dice, sencillamente por que no se puede decir: aquí no hay ni conservación, ni modificación, ni desarrollo de ninguna costumbre o norma foral o especial preexistente, o sea, que no cabe en el número 1.8 del artículo 149 de la Constitución.

A nuestro entender, por tanto, carece de base la afirmación que se hace en el penúltimo párrafo del preámbulo, donde se dice que *como es obligado, el trato legislativo de estas uniones en convivencia se ha ajustado al marco de las competencias autonómicas en la materia, razón por la cual ha sido preciso excluir las cuestiones propias del Derecho Penal, las de carácter laboral y las relativas a la seguridad social*. La verdad es que las dudas de sus redactores sobre la falta de competencia de la norma se extienden, no sólo a esos puntos, sino también a su texto completo (55).

Un dato sintomático de la no plena constitucionalidad de esta Ley es que el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 3 de diciembre de 1999 (según consta en su Boletín Oficial núm. 276-2 de la misma fecha), ha rechazado la toma en consideración de una proposición de ley que se había presentado, sobre aspectos procesales de la Ley de Cataluña de uniones estables de pareja. ¿Hubiera sido otra la decisión si no hubiese duda alguna sobre la constitucionalidad de tal norma autonómica?

Así pues, a diferencia del Código de Familia donde se recoge toda la legalidad anterior vigente en Cataluña, tal como se expresa en su preámbulo, en esta Ley de Uniones estables de pareja no hay ni conservación, ni sustitución ni desarrollo alguno, porque no había norma alguna anterior de Derecho especial catalán. ¿En qué se apoya, por tanto, esa supuesta competencia que quiere atribuirse el Parlamento de Cataluña?

Pero hay más. No sólo falta la competencia en sentido positivo, sino que además se incurre en varias invasiones de ámbitos que *en todo caso* corresponden al Estado, según el básico artículo 149.1.8 de la Constitución.

(55) Ver, entre otros, la profesora ROCA TRÍAS en su trabajo «El nou dret català sobre la família», en la *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1 de 1999, pág. 27, y CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en *Actualidad Civil*, núm. 22, 1999, pág. 586.

Veamos cuáles son esas invasiones:

1.º En primer lugar, la norma estatal para regular las formas del matrimonio. Se dirá que la unión de hecho no es una forma de matrimonio, y hasta ahí estamos de acuerdo. En el último párrafo del preámbulo de la Ley se dice respetar esa competencia exclusiva, pero se entra después en un juego de *quiero y no puedo* de ampulosas frases justificadoras, diciendo que *son situaciones no necesariamente equiparables*. Pero lo cierto es que en el texto de la Ley se reconocen a los convivientes de hecho unas situaciones típicamente matrimoniales, estableciéndose algunas normas de carácter imperativo, creadoras de derechos y deberes entre los unidos que en poco o nada se diferencian de las existentes entre los esposos. Resulta un tanto paradójica la afirmación de que son cosas distintas, porque así interesa externamente para justificar la intromisión, cuando en la realidad se concede a los unidos de hecho un régimen jurídico que en nada se diferencia del matrimonial.

2.º Se ha invadido la competencia exclusiva del Estado para resolver los conflictos de leyes, mantenida en el artículo 149.1.8 de la Constitución. En el último inciso del artículo 1.º y en el artículo 20 se dice que para aplicar la Ley catalana *como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña*. Pero la vecindad civil se rige por el artículo 14 del Código Civil, aplicable a toda España, y puede ocurrir que personas que viven en Cataluña no tengan vecindad civil catalana, y, por el contrario, habrá quienes residen fuera de Cataluña y sin embargo mantienen la vecindad civil catalana. ¿Se puede aplicar esta Ley según el criterio que en ella misma se fija? Con razón ironiza MARTÍNEZ PIÑEIRO (56) sobre las consecuencias de acceder a una convivencia marital con personas de vecindad civil catalana: dice que más de uno, y sin darse cuenta, se podrá encontrar con la sorpresa de que se le exijan, una vez extinguida la unión, las compensaciones económicas, pensiones y demás consecuencias que en esta Ley se establecen; el peligro, dice, se habría evitado exigiendo que la pareja residiera, además, en Cataluña. Opinión distinta tiene CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (57), que considera que, aunque la redacción de la Ley puede conducir a equívocos, la solución más lógica es que sea necesario que al menos uno de los miembros ostente este tipo de vecindad, con independencia de que viva dentro o fuera de esta Comunidad.

La misma cuestión se presenta en el punto 3 del artículo 2.º de la Ley Foral de Navarra, que declara aplicable sus disposiciones cuando al menos uno de los miembros de la pareja tenga vecindad civil navarra.

(56) En su trabajo «Uniones estables de pareja en Cataluña», en la Revista *Lunes* 4,30, de los Registradores de Valencia, núm. 260, pág. 30.

(57) En el trabajo citado en la nota 55.

Pero lo importante a nuestros efectos es determinar si esta extraterritorialidad que se atribuyen estas Leyes es o no constitucional. SERGIO LLEBARIA SAMPER (58) dice que estos artículos 1 *in fine* y 20.2 de la Ley catalana, que regulan este punto, vulneran el artículo 149.1.8 de la Constitución, por cuanto legislan sobre el contenido que en exclusiva pertenecen a los artículos 9.1, 2 y 8, 14 y 16 del Código Civil, que son también de ámbito estatal y extensivos a toda la nación.

En el mismo sentido, MARTÍNEZ PIÑEIRO (59), citando a GARRIDO MELERO, considera que, dado que el Estado se ha reservado de modo exclusivo la competencia sobre las normas para resolver los conflictos de ley en el espacio, la adopción unilateral de esta competencia entra en claro conflicto en el caso de que cualquiera de los ordenamientos civiles del propio Estado quieran regular las uniones de hecho y utilicen como punto de conexión también el de la vecindad civil de otro de los miembros de la unión legal que tenga una vecindad distinta, por lo que tendría más sentido acudir al lugar de residencia, especialmente en aquellas uniones de hecho que se consoliden por el transcurso del tiempo.

3.º La ordenación de los registros públicos es también una de las competencias que la Constitución reserva al estado de modo exclusivo y en todo caso. Por eso, conscientes de su extralimitación, los redactores de la Ley catalana sólo se atreven a esbozar, en su Disposición Final segunda, que *si la legislación del Estado prevé la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por la presente Ley, los efectos que ésta les otorgue han de entenderse referidos a las parejas que se inscriban*.

Algo más avanza la Ley aragonesa, que en su artículo 2 señala que *toda pareja estable no casada deberá ser inscrita en un Registro de la Diputación General de Aragón para que le sean aplicables las medidas administrativas reguladas en la presente Ley, así como anotada o mencionada en el Registro Civil competente si la legislación estatal lo previera*. Como se ve, hasta se atreve a crear un Registro de ámbito regional, pero lo limita a efectos administrativos y no civiles, pues éstos sólo pueden corresponder al auténtico Registro Civil depositario de los actos del estado civil de la persona.

Lo mismo dice, calcándolo literalmente, la Disposición Adicional de la Ley Foral Navarra.

En cualquier caso, estos registros carecen de virtualidad, pues si se les quisiera atribuir alguna, sería contra la Constitución.

En resumen, entendemos que estos tres ensayos normativos autonómicos se han precipitado en el intento de reglar un hecho que deberá asumir el Estado por ser de la competencia de éste, ya que se trata de situaciones que,

(58) *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, 1997, pág. 25.

(59) Mismo lugar de la nota 56.

aun siendo fácticas, afectan más o menos al estado civil de las personas y a las relaciones dimanantes de esa unión. La concepción sociológica, moral y jurídica de las familias es prácticamente igual en todos los ámbitos españoles, sin apenas diferencias, que no existen, en los diversos territorios. Al cúmulo de problemas que tienen los convivientes, sobre todo a la hora de romper la relación, no puede sumarse la confusión que proporcionaría una injustificada variedad de normas que sería vivero seguro de más pleitos.

Por esta razón y por los argumentos que anteceden, entendemos que es más que dudosa la constitucionalidad de las leyes autonómicas existentes, y que los jueces y tribunales tienen abierto el camino para plantear las oportunas cuestiones de inconstitucionalidad si llegase el caso.

b) *La Ley de Cataluña*

Se titula oficialmente *Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja*, y se publicó en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña el 23 de julio de 1998, con entrada en vigor a los tres meses de esta publicación (60).

Consta esta Ley de un preámbulo y dos capítulos; en el primero, que comprende los artículos 1 al 18, se trata de la unión estable heterosexual, y el segundo capítulo (arts. 19 a 35) se refiere a las uniones de homosexuales, concluyendo con una Disposición Adicional, otra Transitoria y tres Disposiciones Finales.

En el preámbulo trata de explicar por qué se ha dejado fuera del Código de Familia esta regulación de las parejas de hecho, alude al inaplicable artículo 32 de la Constitución, que se refiere al matrimonio y no a estas unio-

(60) Su texto se publicó en el Boletín del Colegio de Registradores, número 40, del mes de julio de 1998, págs. 2253 a 2259. Puede verse también en el libro *Normativa autonómica*, editado por el mismo Colegio, tomo 1997/1998, págs. 1817 a 1832.

Han comentado esta Ley los siguientes estudios:

— «Uniones estables de pareja en Cataluña», por EDUARDO MARTÍNEZ PIÑEIRO, en *Lunes* 4,30, núm. 260, págs. 27 y sigs.

— «La unión de hecho», de ESTEBAN BOSCH CAPDEVILA, en el *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 81, noviembre-diciembre de 1998, pág. 319.

— «El nou Dret català sobre la família», de ENCARNA ROCA, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1 de 1999, pág. 27.

— «Consideraciones en torno a la Ley de uniones estables de pareja de Cataluña», por JOSÉ LUIS LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, en la *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 56, 1999, pág. 261.

— «Una aproximación a la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja en Cataluña», por CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en *Actualidad Civil*, núm. 76, 1999, pág. 1095.

— «La Ley catalana de uniones de pareja», de JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIEL, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3 de 1999, pág. 9 y sigs.

nes, quiere justificar la oportunidad de la regulación y bordea el problema de la competencia. Hubiera sido más deseable frenar estas ansias competenciales y aguardar a una mejor coordinación en la legislación estatal en atención a lo delicado del tema, para evitar posibles fraudes y abusos por originarse conflictos de leyes.

Al abordar el articulado, resalta en primer lugar la importancia que se le da a la figura de la homosexualidad (61), dedicándole preceptos especiales que en muchos casos suponen una simple repetición, y por ello son extravagantes.

En el artículo 1.º se define la unión heterosexual como la que se da entre un hombre y una mujer, mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan vivido maritalmente por un período ininterrumpido de dos años como mínimo o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que se establece; no es preciso acreditar la convivencia por dos años cuando haya habido hijos comunes. En el mismo artículo se exige que al menos uno de los convivientes tenga vecindad civil en Cataluña, lo que, como ya hemos explicado, puede dar lugar a problemas de extraterritorialidad y roza abiertamente la competencia estatal en este punto.

En el artículo 2 se admite con amplitud cualquier medio de prueba para acreditar la convivencia, pero lo que no se aclara es qué clase de convivencia es la adecuada para conformar lo que la Ley llama *unión estable*. Debería explicarse, al menos, en qué consiste la convivencia *more uxorio* a que alude la Ley; como dice LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS (62), las preguntas en este punto pueden prolongarse y el denominador común de todas ellas es la carga de la prueba; más que centrar el concepto *marital* en el componente sexual (cuya existencia se presupone, pero no siempre existirá, como, por ejemplo, por motivos laborales, por la avanzada edad de los convivientes, etc.), parece más acertado reconducirlo a la voluntad de ambos para construir un proyecto de vida conjunta. Si la prueba de esa plena convivencia *more uxorio* puede no ser tan fácil en los momentos de armonía, tal prueba será más que difícil y hasta imposible en el caso de ruptura, que es cuando *los* convivientes discuten sus *derechos*.

En el artículo 3 se concede autonomía a las partes para regular sus derechos y deberes, aunque estableciendo un mínimo que se considera irrenunciable. Siguiendo el sistema matrimonial catalán, se establece el régimen de separación de bienes. En el mismo artículo 3, a título supletorio, se señala la contribución de ambos al mantenimiento de la casa y a los gastos comunes,

(61) Según el Censo de Cataluña de 1991, de 64.965 uniones de hecho censadas, sólo 10.863 parejas son de homosexuales. ¿Es tan importante ese número, sobre todo si se compara con el millón y medio de matrimonios, como para dedicarle una ley?

(62) En su trabajo citado en la nota 60, pág. 268.

señalándose en el artículo 4 lo que ha de entenderse por tales gastos, de los cuales ambos responden solidariamente (art. 5); de los demás casos sólo responde quien haya contraído la obligación; es obligación preferente la prestación de alimentos al otro conviviente (art. 8).

Un efecto patrimonial importante resulta de lo que se ordena en los artículos 11 y 28, en cuyo número 1 se dice que *el conviviente titular de la vivienda común o de los muebles de uso ordinario no puede llevar a cabo ningún acto de enajenación, de gravamen o, en general, de disposición de su derecho que compromete su uso sin el consentimiento del otro o, en su defecto, de autorización judicial*. Y según el artículo 2, el acto efectuado sin consentimiento es anulable a instancia del otro conviviente en el plazo de cuatro años desde que tenga su conocimiento o desde la inscripción en el Registro de la Propiedad. La norma está tomada del artículo 1.320 del Código Civil y del artículo 9 del Código de Familia de Cataluña, y la pregunta ahora es si también será aplicable a este supuesto el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, ya que todos estos artículos tienen solamente como base el matrimonio. En efecto, este precepto reglamentario ordena a los Registradores que cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene tal carácter.

Ya se ha presentado el caso con motivo de unas escrituras de hipoteca cuya inscripción fue suspendida por el *defecto* de que los otorgantes, solteros, viudos y divorciados *eran susceptibles de integrar una unión estable de pareja*. Nos parece exagerado y fuera de contexto obligar a un otorgante a manifestar si forma o piensa formar una unión de hecho. El casado ha de manifestar que el piso no es vivienda familiar, pero que el soltero tenga que decirlo es apurar demasiado la letra de la Ley.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ante el que se interpuso recurso gubernativo, confirma la nota del Registrador. Pero mejor será que reproduzcamos la letra del Auto Presidencial, que en este caso no es susceptible de alzada ante la Dirección General de los Registros y el Notariado, por tratarse de Derecho propio catalán.

AUTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, NUMERO 14, DE 2 DE JUNIO DE 1999: El artículo 91 RH es de aplicación a los actos dispositivos sobre vivienda perteneciente a persona susceptible de integrar la unión estable de pareja (63).

(63) Texto tomado del Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña, núm. 84, mayo-julio de 1999, pág. 77.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS. Primero.—Presentadas a inscripción ante el Registro de la Propiedad de Granollers, número 3, tres escrituras de otros préstamos hipotecarios, otorgados a favor de personas sobre las que únicamente constan sus condiciones de soltera, divorciada o viuda (más en concreto, soltero y viuda, en un caso, divorciados ambos en otro y viuda y soltero en el último), el Registrador suspende las inscripciones demandadas con notas análogas en las que sólo varía la consignación de las respectivas condiciones personales.

El cuerpo sustancial de las notas es el siguiente:

Toda vez que la Ley del Parlamento de Cataluña 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, exige en sus artículos 11 y 28 el consentimiento de los convivientes para disponer de derechos sobre su vivienda común, resulta necesario —ex art. 91.1 del Reglamento Hipotecario— para la inscripción de una hipoteca sobre la vivienda perteneciente a una persona susceptible de integrar una unión estable de pareja (cfr. don Manuel Frutos Vega, de estado civil soltero; don Francisco Javier Carrascosa Miñana, de estado civil divorciado; doña Aurora Mómpart Tutusaus, de estado civil viuda), que en el título conste: bien, la declaración expresa de que el titular de la citada vivienda no se encuentra incluido en alguno de los supuestos que previene la Ley 10/1998, bien la manifestación de que dicha vivienda no ostenta el carácter de común a que aluden los preceptos mencionados, o bien, en su caso, al preceptivo consentimiento del/de la conviviente del titular de la vivienda o la autorización judicial subsidiaria. La presente nota de calificación responde a la necesidad de adecuar la interpretación de los preceptos a la realidad social del tiempo en que éstos se aplican (ex art. 3.1.º del Código Civil). En el plano legislativo, como realza el Preámbulo de la nueva ley, «se considera que ha llegado la hora de emprender esta labor (...) y de que nuestro ordenamiento jurídico se alinee, en este sentido, con las incipientes corrientes prelegislativas y legislativas que afloran en el seno del Estado y en los Estados de nuestro entorno geográfico y cultural» y, evidentemente, esta labor debe continuar en todos aquellos que operan en su distinta aplicación. Aplicación que debe guiarse por criterios sistemáticos, o sea, atendiendo a la unicidad del ordenamiento en el que se inserta y sobre supuestos que la ley desea. E indudablemente la reforma global del derecho de familia (Ley 9/1998, de 15 de julio), conjuntamente con la plasmación legal de la realidad de las uniones en convivencia de carácter estable (Ley 10/1998, de 15 de julio), muestran que los actos de enajenación y de gravamen sobre viviendas de naturaleza habitual (séalo de la familia o de una unión estable, cfr. la dicción del art. 9 de la Ley 9/1998, con la de los arts. 11 y 28 de la Ley 10/1998) se hallan restringidos y penden en su eficacia del consentimiento del otro cónyuge/conviviente bajo amenaza de anulabilidad. De tal modo

que, en base a lo expuesto, los requisitos de acceso registral de los negocios dispositivos sobre la vivienda habitual de la familia perteneciente a un solo cónyuge (art. 91.1.º del Reglamento Hipotecario) deben trasladarse a los actos dispositivos sobre viviendas cuya titularidad corresponden a personas integradas o susceptibles de integrarse en uniones de convivencia estable. ESTIMANDOSE SUBSANABLE EL DEFECTO INDICADO, EL INTERESADO O EL PRESENTANTE PODRAN SOLICITAR LA EXTENSION DE LA ANOTACION PREVENTIVA QUE REFIEREN LOS ARTICULOS 42.9.º DE LA LEY HIPOTECARIA Y 111 Y 430 DEL REGLAMENTO PARA SU EJECUCION».

Segundo.—La cuestión presentada en los recursos se resume, pues, a la aplicación del artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario (redactado conforme al Real Decreto de 10 de octubre de 1984) a los actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a persona susceptible de integrar una unión estable de pareja.

Como se sabe, el artículo 91.1 del citado Reglamento establece taxativamente que *cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene tal carácter*. La disposición reglamentaria coincide con la previsión contenida en el artículo 1.320 del Código Civil y hoy coincide, asimismo, con lo establecido en el artículo 9 del Codi de Família aprobado por la Llei 9/1998, de 15 de julio, del Parlament de Catalunya, según el cual, *amb independència de quin sigui el règim econòmic matrimonial aplicable, el cónyuge titular, sense el consentiment de l'altre, no pot dur a terme cap acte d'alienació, gravamen o, en general, de disposició del seu dret en l'habitatge familiar o en els mobles d'ús ordinari que en comprometí l'ús, encara que es refereixi a quotes indivises*, declarando en el apartado segundo del propio artículo la anulabilidad del acto efectuado sin atender a las condiciones mencionadas.

Pues bien, los artículos 11 y 28 de la Llei 10/1998, de 15 de julio, del Parlament de Catalunya, d'uniones estables de parella, referido el primero a las uniones heterosexuales y aplicable el segundo a las uniones homosexuales, establecen idénticamente que *el convivent titular de l'habitatge comú o dels mobles d'ús ordinari no pot portar a terme cap acte d'alienació, de gravamen o, en general, de disposició del seu dret que en comprometí Vós sense el consentiment de l'altre o, si hi manca, de l'autorització judicial*, refiriendo los segundos párrafos de los artículos la anulabilidad de tales actos.

La integración de los preceptos indicados en una visión unitaria y global de nuestro Ordenamiento Jurídico imponen la solución dada al conflicto por el Registrador de la Propiedad de Granollers, en la medida que todos aquellos

preceptos orientan una proyección común: la protección de la vivienda que es sede de una familia o de una pareja a ella asimilada. No existe, en consecuencia, razón o base para una regulación discriminatoria y, en el ámbito estrictamente registral en el que ahora nos movemos, es predicable la inscribibilidad de los actos anulables, como lo son, según lo visto, los dispositivos de la vivienda sin el consentimiento del conviviente, precisamente en defensa de la presunción de validez de los actos ingresados en el Registro y en defensa del tercero de buena fe como sería, en su caso, el adquirente de la finca por ejecución hipotecaria.

Finalmente, cabe señalar que las disposiciones contenidas en los citados artículos 11 y 28 de la *Llei catalana* no violan el derecho a la intimidad personal que consagra el artículo 18.1 de la Constitución, como aduce el recurrente, sino que son consecuencia de las disposiciones generales contenidas en toda la regulación legal, que no ha sido tachada de inconstitucionalidad.

Tercero.—Por todo lo anterior procede desestimar los recursos presentados por el notario de Granollers contra las notas de calificación, manteniéndose el íntegro contenido de las mismas, sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

Hasta aquí la solución que se da al recurso interpuesto, que, a nuestro entender, no se ajusta ni a los preceptos legales ni al reglamentario, pues éstos se refieren a esposos y todo enajenante casado debe manifestar que no se trata de vivienda familiar. Para los solteros o viudos no existe esa obligación, que aquí se quiere imponer y que implica la declaración de si están en situación irregular. No en balde el notario recurrente alegaba que con esto se viola el principio de intimidad personal, que es un derecho reconocido por el artículo 18 de la Constitución. No hay por qué declarar si hay situación de convivencia de hecho; creemos que el artículo 91 del Reglamento Hipotecario aquí se cumpliría con afirmar que la vivienda que se enajena o grava no es domicilio *familiar*, sin referencia alguna a la situación convivencial de hecho que sólo al enajenante interesa, y no hay por qué publicarla.

Siguiendo con la exposición resumida de esta Ley catalana, dijimos que en el artículo 12 se contempla la crisis de la pareja que puede efectuarse de mutuo acuerdo o por voluntad unilateral comunicada fehacientemente al otro, que serán las causas más comunes en la práctica; además, por defunción, lo que es natural, y por una separación de hecho superior a un año, supuesto inseguro en contemplar su realidad, y, por último, por matrimonio de uno de los miembros, se supone que con persona distinta. Los efectos son la compensación económica y la pensión, si proceden, y la prohibición de iniciar otra convivencia en el plazo de seis meses, prohibición que suena a algo parecido a querer poner puertas al campo.

En el capítulo II de la Ley, que comprende los artículos 19 a 36, se regulan las uniones estables homosexuales, en una regulación paralela a las

heterosexuales, con una práctica repetición de reglas, lo que compone un conjunto tan poco útil como llamativamente analógico.

Mas hay una diferencia que nos parece totalmente injustificada por paradójica, y es el tema de la sucesión, que se soluciona de modo bien distinto y extraño, ya que no se concede sucesión abintestato al supérstite de una pareja heterosexual, que sería lo natural (art. 18), y en cambio sí se concede al homosexual (art. 34). La simple comparación de ambos preceptos produce no poca perplejidad, y nos ha parecido tan extraña que hemos tenido que constatarlo con otros dos autores que han reparado en el mismo error (64). Dice el notario MARTÍNEZ PIÑEIRO que ningún derecho se reconoce al supérstite en la herencia del premuerto en la unión heterosexual; y toda vez que sí se reconocen derechos en la sucesión intestada cuando se trata de uniones homosexuales, en principio dudamos de si se trata de un error que sería subsanado *a posteriori*; pero no es así, pues en la unión heterosexual no hay reconocido ningún derecho en la sucesión intestada de los convivientes. Se remite a la durísima crítica de LLEBARIA SAMPER, y dice que también constata el contrasentido que supone que el legislador catalán trate de resaltar la aceptación social de esta figura y no les reconozca derechos abintestato.

Y la profesora HERNÁNDEZ IBÁÑEZ también expresa su extrañeza de que en la pareja heterosexual no haya precepto alguno en concreto que haga referencia a la sucesión testada ni a la intestada, a diferencia del capítulo II de la ley, que se ocupa de la unión estable homosexual, donde hay dos preceptos que regulan estas instituciones. Por lo tanto, dice, *aquí la Ley ha omitido el que un conviviente de sexo distinto puede ser heredero en la herencia de su pareja, ya que guarda silencio sobre ello, en contraposición a lo que regula para el mismo tipo de uniones estables la misma Ley, y es una omisión de la que no se entiende el por qué, al mismo tiempo que lleva a un trato desigual*. Considera que esto es una incongruencia al originar este distinto trato entre las dos clases de uniones.

c) La Ley de Aragón

Se titula oficialmente *Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas*, y se publicó en el Boletín Oficial de Aragón el 6 de abril de 1999 (65).

(64) MARTÍNEZ PIÑEIRO, en *Uniones estables*, pág. 38, y CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en *Una aproximación*, pág. 604.

(65) Puede verse su texto completo en el Boletín de Información del Colegio de Registradores, núm. 48, abril de 1999, págs. 145 y sigs.

Al igual que lo hacíamos notar en la Ley de Cataluña, en el preámbulo de esta norma aragonesa brilla por su ausencia toda referencia a la posible competencia de las Cortes autonómicas para regular una materia que, según creemos, queda bastante fuera de sus atribuciones. Son aplicables aquí los mismos argumentos antes expuestos. Quizá temiendo la clara intromisión en los conflictos de las diferentes legislaciones, aquí no se dice si la Ley es aplicable a los que tengan vecindad civil aragonesa o será la residencia la decisiva, ni si se trata de uno o de los dos convivientes los que han de tener alguna conexión con Aragón; en este punto, se rehuye la inconstitucionalidad, pero se cae en una indefinición deplorable. De lo que no se libra la Ley es de la inconstitucionalidad, al crear y definir un registro, materia exclusivamente estatal. Y lo mismo cabe decir del intento de construir algo que se quiere parecer a un matrimonio, materia igualmente estatal.

Hay un preámbulo breve en el que se pretende justificar esta regulación, diciendo que, no sólo la sociedad aragonesa, sino también la española, demandaba desde hace tiempo una normativa para las parejas de hecho, aludiendo incluso a los demás habitantes del continente, al referirse al congreso de 1982, auspiciado por el Consejo de Europa.

Y se termina el preámbulo reconociendo que ésta es materia que corresponde al Estado, al decir que *aun cuando el legislador español trata de regular el fenómeno desde un punto de vista general*, parece que acuden a remediar una supuesta urgencia de los aragoneses, y por eso *no pueden orillar* (las Cortes de Aragón) *en estos momentos el especial tratamiento que estos tipos de convivencia ha de tener en nuestra Comunidad*. Y concluye: *Ello es lo que de forma especial justifica esta Ley*.

¿De verdad era tan urgente regular una situación de hecho que se viene produciendo desde siglos atrás? Aunque lo fuera, ¿sólo así se justifica una ley?

Lo que sí era necesario es señalar en qué preceptos de la Constitución y del Estatuto de Autonomía se basa la competencia para legislar en esta materia. Si en otras leyes es lo primero que se dice, ¿por qué no se dice aquí? Sencillamente, porque estos preceptos básicos en los que habría de apoyarse no existen. Al igual que en Cataluña, creemos que en cualquier pleito que esta Ley suscitara, habría base para intentar que los Tribunales plantearan una cuestión de inconstitucionalidad.

La Ley aragonesa tiene 18 artículos y dos Disposiciones Adicionales, en la primera de las cuales se da valor de futuras capitulaciones matrimoniales a la escritura convivencial si la pareja llegara a casarse, y en la segunda se da un plazo para crear el registro de parejas, que, por cierto, ha transcurrido sin producirse tal regulación. En la Disposición Final se fija la entrada en vigor de la Ley a los seis meses de su publicación.

En el artículo 1.º se señala que la Ley será de aplicación a las personas mayores de edad que, cumpliendo los requisitos y formalidades que en la

misma se establecen, formen parte de una pareja estable no casada en la que existe relación alguna de afectividad análoga a la conyugal. No hace alusión al vínculo, de vecindad o residencia, con la región aragonesa para acogerse a esta normativa. Como formalidades sólo se marcan las expresadas en el número 1 del artículo 3, según el cual se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública. Los requisitos de capacidad se fijan de modo negativo en el artículo 4, donde se señala que no pueden constituir pareja los ligados con vínculo matrimonial, los parientes en línea recta y los colaterales hasta el segundo grado, y los emparejados con otra persona.

En el artículo 5 se fija el régimen de convivencia, y en el artículo 6, las causas de extinción, con sus efectos patrimoniales en el artículo 7.

Aunque se declara expresamente (art. 14) que la unión de hecho no genera relación alguna de parentesco, en el artículo 13 se establece que los convivientes están obligados a prestarse alimentos con preferencia a otras personas legalmente obligadas.

En el artículo 15 se concede a los miembros de la pareja estable no casada la posibilidad de testar de mancomún de conformidad con lo dispuesto en la legislación sucesoria aragonesa. La verdad es que esta disposición no deja de ser extraña, pues el testamento mancomunado se explica en una situación de estabilidad normal en el matrimonio, pero no en la inestable figura de la unión de hecho. Si entre esposos la sentencia de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación hacen ineficaz las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las disposiciones correspectivas, ¿cuál será el valor de un testamento entre quienes, de entrada, no quieren comprometerse a un vínculo permanente? ¿Queda ineficaz el testamento cuando hay una ruptura tan fáctica como fue la unión? ¿Cuál será el procedimiento para declarar la nulidad del testamento?

Lo mismo cabe decir de los pactos sucesorios que se autorizan en el artículo 16. No son lo mismo, aunque se quiera, los pactos en el ámbito familiar estable que en una unión que, por principio, adolece de esa firmeza que caracteriza la institución matrimonial.

Claro que estas dos normas de la posibilidad del testamento mancomunado y los pactos sucesorios entre convivientes no casados no suponen una excepción, sino más bien una confirmación o consecuencia de las normas generales sucesorias vigentes en Aragón. En efecto, la Ley de Sucesiones aragonesa de 1998, anterior a la de parejas de hecho, permite que el testamento mancomunado pueda ser otorgado por dos y hasta por más personas con tal que sean aragoneses, cualquiera que sea la relación personal o familiar que exista entre ellos, aunque no haya ninguna. En cuanto a los pactos sucesorios, la Compilación exigía que los otorgantes fueran mayores de dieciocho años

y que entre ellos existiera relación conyugal o de parentesco de consanguinidad, afinidad o adopción; en la nueva Ley de Sucesiones pueden pactar su sucesión cualesquiera aragoneses, aunque no tengan relación entre sí.

Tengan o no, que no la tienen, relación entre sí como no sea la de hecho, los convivientes no casados pueden hacer testamento mancomunado o pactar su sucesión de acuerdo con la Ley general de sucesiones aragonesa, sin que la ley de parejas añada nada nuevo.

A diferencia de la Ley de Cataluña, que ha sido objeto de varios comentarios ya citados, no conocemos trabajos doctrinales que se hayan ocupado de la Ley aragonesa. En la Revista de Derecho Aragonés sólo hemos visto la escueta relación de las enmiendas que se presentaron al proyecto legislativo en las Cortes regionales.

Únicamente hemos visto que el notario de Zaragoza, JOSÉ LUIS MERINO, ha publicado un folleto de 182 páginas, bajo el título de *Manual de parejas estables no casadas*, de carácter más bien divulgativo, en el que narra los antecedentes y el *iter* de la discusión de la Ley. Resulta que se ha copiado a la ley catalana, diciéndonos que el Parlamento aragonés ha hecho una *absurda e innecesaria imitación* de la misma, lo que la obliga a hacer constantes referencias en su texto. Aunque aclara que no ha tratado de hacer un libro científico, al menos ofrece una primera y sucinta visión de este texto legal para facilitar su labor interpretativa. En efecto, hace una exposición sencilla, pero no deja de mostrar las razonables dudas que sobre la constitucionalidad de esta Ley tuvieron los propios parlamentarios: se pidió informe a los Servicios Jurídicos de la Cámara y aún se pensó en pedirlos al Justicia de Aragón, aunque esto último no llegó a verificarse. Estos Servicios Jurídicos estimaron de dudosa constitucionalidad en su informe la propuesta inicial de que esta ley se aplicará cuando *al menos uno de sus miembros tenga vecindad aragonesa*, pues con ellos se invadía un campo, el de las relaciones interterritoriales de los Derechos civiles españoles, que conforme a la Constitución (art. 149.1.8), pertenecen a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil. El notario MERINO recuerda que la ley catalana sí ha incluido el requisito de la vecindad civil, y se extraña de que no haya sufrido tacha de inconstitucionalidad, y añade en nota al texto, *yo creo que sólo razones políticas, sobradamente conocidas, son las que han hecho que el Gobierno español, como en otras ocasiones, no recurriera este precepto de la Ley catalana por inconstitucional. Los problemas que el mismo va a generar no serán pocos*. La confesión no puede ser más paladina.

Algo parecido deja entrever al recordar que la Ley catalana debería haberse incluido en el Código de Familia, promulgado en la misma fecha. Cita al autor SERGIO LLEBARIA, quien ha opinado que la Ley de Parejas aislada puede dar lugar a una serie de problemas que con el Código no se producirían, pues en el dicho Código *se orilla la regulación de la pareja no casada*. Y lo

mismo, dice MERINO, está sucediendo en Aragón. O sea, que se reconoce que esta regulación entra dentro de la organización de la familia. Y si esto es así, ¿no se han invadido competencias del Estado?

En la materia del registro de parejas que se instituye, empieza diciendo en primer lugar que estos registros están llamados a no tener valor ni efecto alguno. Por otra parte, dice el mismo autor, aunque la referencia que hace la Ley al Registro Civil no sobra, tampoco era imprescindible, y reconoce que *la legislación sobre este Registro es materia de competencia exclusiva del Estado*.

Tras este breve resumen del folleto citado, no nos queda más que reiterar nuestra idea de que las dos leyes autonómicas que preceden tienen graves problemas de constitucionalidad. Si esto no ha sido instado por el Gobierno, no obsta a que ante los Tribunales se pueda pedir por el cauce de las cuestiones de inconstitucionalidad, las cuales tendrían amplia base para prosperar.

d) *La Ley Foral de Navarra*

Con fecha 3 de julio del 2000, la Comunidad de Navarra ha promulgado la *Ley Foral para la igualdad jurídica de las parejas estables*, cuyo texto puede verse en el Boletín Oficial del Estado de 6 de septiembre, y en el Boletín de Información del Colegio de Registradores de la Propiedad del mismo mes de septiembre.

Según su exposición de motivos, parece que se quiere dar a las uniones de hecho una situación de paridad con el matrimonio, acudiendo a un inaplicable artículo 14 de la Constitución en un intento no justificado de alegar una discriminación que no existe, pues en realidad se trata de dos figuras completamente distintas. El matrimonio está regulado por el Derecho, y la unión es puramente fáctica, por lo que no cabe aplicar las mismas normas a situaciones dispares, ni cabe hablar en modo alguno de discriminaciones, tal como la doctrina reconoce o unánimemente.

Tampoco es acertado el párrafo de dicha exposición de motivos que acude al artículo 48 del Amejoramiento del Fuero, donde se atribuye a Navarra competencia exclusiva, según se dice, en materia de Derecho Civil Foral. Y es que, antes que el fuero están las disposiciones competenciales de la Constitución ya vistas, y que no es preciso repetir, por lo que las normas de la Comunidad Foral no pueden excluir a las normas de la Constitución, que son superiores.

Pero, además, esta situación de las parejas de hecho, muy poco o nada tienen que ver con las particularidades que pueden configurarse como Derecho Foral navarro; este Derecho es, por naturaleza, de carácter especial de cada región, y las parejas de hecho, ni son privativas de Navarra ni se relacionan para nada con sus normas específicas.

Por todo ello, damos aquí por repetido lo que dijimos al presentar las leyes autonómicas de Cataluña y Aragón. Tampoco tiene Navarra competencia para regular las uniones de hecho por cuanto se sale de las concesiones tasadas en el artículo 149 de la Constitución por razón de la materia, y además, porque se excede al regular el conflicto de leyes del régimen personal, queriendo aplicar sus normas cuando uno de los miembros de la pareja tiene vecindad civil navarra; por último, también se excede en competencias en cuanto la Disposición Adicional de la Ley intenta regular la inscripción de las parejas en el Registro Civil, materia ésta de clara competencia estatal.

La Ley Foral es breve y adolece de un claro mimetismo, en cuanto que sigue, casi literalmente en bastantes preceptos, a las leyes regionales de Cataluña y Aragón. Se diferencia de la primera en que no regula claramente la unión homosexual, aunque parece admitirla implícitamente en el último inciso de su artículo 1.º, al comprender la convivencia de dos personas *con independencia de su orientación sexual*. Otra diferencia, y ésta es notable, propiciada por el régimen fiscal especial de que gozan los navarros, es la amplia regulación que la Ley Foral contiene en su artículo 12, donde se conceden a los convivientes de hecho las mismas bonificaciones y privilegios de que gozan los esposos.

Por lo demás, la Ley Foral no es muy extensa, pues sólo contiene 13 artículos, divididos en tres capítulos. El primero de éstos comprende las Disposiciones Generales, empezando por un artículo 1.º que incide en repetir lo que llama *principio de no discriminación*, que ya hemos rebatido. En el artículo 2.º se da un concepto de pareja estable, calcado de las leyes catalana y aragonesa, aunque añadiendo el dato excluyente de que las personas unidas de hecho no tengan vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción, como hemos visto. En el artículo 4.º se trata de la disolución, siguiendo el mismo patrón de las normas autonómicas citadas.

El capítulo II, referido al contenido de la relación de pareja, comprende los artículos 5 al 10, donde se dan reglas de convivencia a base de pacto; sin embargo, en defecto de pacto, no se acude al régimen legal navarro de conquistas, y esto sí que es una discriminación, sino que sólo se establece como regla general la contribución de ambos convivientes a los gastos comunes; se regula una pensión y la posibilidad de una compensación económica para el caso de disolverse la unión, y en el artículo 7.º se señala que los convivientes responden solidariamente frente a terceros de las obligaciones comunes.

El capítulo III es el que contiene más especialidades en el aspecto fiscal. En el artículo 11 se regula el régimen sucesorio introduciendo tres modificaciones a la Compilación de Derecho Civil Foral navarra, que consisten en la equiparación sucesoria del conviviente de hecho con el cónyuge viudo, la inclusión del compañero fáctico en el artículo 254 y la declaración de su incapacidad para ser contador-partidor en la herencia del concubino premuer-

to. El artículo 12 es muy amplio y parte del principio de que los miembros de una pareja estable serán considerados como cónyuges a los efectos previstos en la legislación fiscal navarra en lo referente a computar rendimientos y para aplicar deducciones o exenciones.

A continuación se relacionan las modificaciones referentes a los impuestos sobre Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El artículo 13 regula el régimen de la Función Pública, pero únicamente referido, como es natural, al personal al servicio de las Administraciones Públicas de la Comunidad Foral.

Según su Disposición Final 2.^a, la Ley Foral ha entrado en vigor en el plazo de un mes a partir en el Boletín Oficial de Navarra, que tuvo lugar en el número del día 7 de julio del 2000.

El BOE del 15 de noviembre de 2000 publica que el Tribunal Constitucional por providencia del 31 de octubre ha admitido a trámite el recurso inconstitucional número 5297/2000 promovido por don Alvaro de Lapuerta Quintero, comisionado por 83 diputados del Grupo Parlamentario Popular en relación con la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, del Parlamento de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

C) REGISTROS DE UNIONES DE HECHO (66)

Este es un tema en el que todos los autores están de acuerdo: tales registros carecen de efectos civiles, y, por tanto, no inciden en la legislación civil: sólo pueden servir a efectos administrativos o quizá, todo lo más, como medio de prueba de un hecho. Porque la unión extramatrimonial es eso, sólo un hecho, y no constituye en ningún caso un supuesto de modificación del estado civil de la persona susceptible de inscribirse en el auténtico y único Registro Civil.

Es conocida la definición que del estado civil da el profesor FEDERICO DE CASTRO (67) como, *aquella cualidad de la persona que resulta del puesto que tenga en cada una de las situaciones tipificadas como fundamentales en la*

(66) Sobre esta materia pueden verse los siguientes estudios:

— «Algunas reflexiones sobre los registros municipales de uniones civiles no matrimoniales», de JAIME MORENO VERDEJO, en *Revista General del Derecho*, 1994, pág. 12543 y sigs.

— «Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho», en *Anuario de Derecho Civil*, 1995, pág. 1709, de MIGUEL MARTÍN CASALS.

— «Las uniones de hecho: Derecho aplicable», de CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en *Actualidad Civil*, núm. 36, 1999, pág. 1108.

— «Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, por XAVIER O'CALLAGHAN, pág. 31.

(67) En su libro *Derecho Civil de España*, 1946.

organización civil de la comunidad y que afecta a la capacidad de obrar, es decir, al ámbito propio de poder y responsabilidad.

De acuerdo con la importancia que tienen los actos concernientes al estado civil, el artículo 325 del Código Civil establece que han de hacerse constar en el Registro destinado a este efecto, el cual constituye la prueba central de dicho estado civil.

Y la Ley reguladora del Registro Civil establece en su artículo 1.º los actos susceptibles de inscripción, entre ellos, en el número 9, el matrimonio, pero no figura la unión de hecho, porque no constituye acto que afecte legalmente a la situación de poder y responsabilidad de la persona.

Las disposiciones autonómicas o los decretos municipales que crean estos registros son nulos de raíz. En primer lugar, porque de acuerdo con el artículo 149.1.8.º de la Constitución, la potestad legislativa en materia de ordenación de los registros públicos está reservada en exclusiva al Estado. Y además, porque la coexistencia de una pluralidad de registros relativos a las uniones de hecho con el Registro Civil no puede permitir que varios registros oficiales diferentes publiquen realidades contradictorias. Una situación de ese tipo, dice MARTÍN CASALS, minaría gravemente la seguridad del tráfico jurídico y la función de protección de terceros que ejerce el Registro, y añade que le parece claro que esos pretendidos registros municipales tienen un valor puramente testimonial y simbólico, y no resisten el más mínimo análisis jurídico. No es posible establecer relación alguna entre estos registros y el Registro Civil, ni tampoco entre ellos mismos, puesto que pueden no sólo publicar algo que sea contrario a lo que consta en aquél, sino permitir que quien hoy se inscribe en un registro como pareja de hecho con su vecina, pueda ir mañana a otro municipio a inscribirse con su sobrina y, pasado mañana, a un tercero para hacerlo con su propia mujer, sin necesidad de estar empadronado en ninguno de los tres municipios.

En el tiempo, parece que la primera manifestación ha sido un decreto del Ayuntamiento de Vitoria de 28 de febrero de 1994, que apareció en el Boletín Oficial de Alava el 11 de marzo siguiente. En su artículo 5 se establece que *todas las uniones no matrimoniales de convivencia inscritas en el registro municipal de uniones civiles tendrán la misma consideración jurídica y administrativa que las uniones matrimoniales*. En otros varios registros municipales o autonómicos se ha reproducido literalmente este precepto, pues lo normal es que estas regulaciones se suelen caracterizar por un mimetismo exagerado.

Como se ve, en la mayoría de los casos se ha ido más allá de la estricta creación de un organismo registral con finalidades administrativas o para facilitar la prueba de estas uniones; llegan a adentrarse en la atribución de efectos a esas uniones de hecho mediante una declaración de principios que las equipara a las verdaderas parejas matrimoniales; se conceden a las parejas unos derechos que obviamente no tienen.

La intromisión municipal en materias de la exclusiva competencia del Estado es evidente. Pero además, estas regulaciones implican que se concede la equiparación al matrimonio sólo para las parejas que se inscriben, negándola para las no inscritas, lo que concede a la inscripción una eficacia constitutiva. Resulta paradójico que se quiera aplicar un régimen formalista a quienes, por principio o por imposibilidad, han huido de las formalidades del matrimonio. Se genera una discriminación igual a la que se pretende evitar frente al matrimonio, al abrir una desigualdad entre las uniones inscritas y las no inscritas.

Otras regulaciones no llegan tan lejos, conscientes del terreno que pisan. Así, el Decreto de 20 de abril de 1995, que crea este registro para la Comunidad de Madrid, dispone que las inscripciones tienen meros efectos declarativos, y la validez jurídica y los efectos de los contratos reguladores de las relaciones personales y patrimoniales que se inscriban se producen al margen de su inscripción (art. 5); asimismo, prevé que la publicidad del registro queda limitada exclusivamente a la expedición de certificaciones de sus asientos; por tanto, carece de la eficacia jurídica civil y la fuerza protectora de que goza el Registro Civil. Por eso, opina el profesor O'CALLAGHAN que tan sólo tiene el simple efecto de publicidad, no ya del hecho mismo de la unión, sino de la declaración hecha por la pareja que ha manifestado su unión, pero nada más; se publica una declaración de ciencia, pero no hace prueba sobre la verdad de esa declaración, o sea, que exista o no realmente esa unión.

La Ley de Cataluña trata el tema sólo de modo tangencial, estableciendo en la Disposición Final segunda que si la legislación del Estado prevé la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas en dicha Ley, los efectos que ésta les otorgue han de entenderse referidos a las parejas que se inscriben.

Pero lo cierto es que bastantes municipios de Cataluña han adoptado acuerdos creando esos registros municipales. El profesor MARTÍN CASALS (68) dice que de marzo a septiembre de 1994, en veintidós municipios catalanes que relaciona, se instauraron tales registros, y es de suponer que hasta la fecha se hayan multiplicado, por el efecto contagioso que producen estas decisiones pseudoprogresistas.

La Ley de Aragón es más expeditiva, pues orillando por completo el respeto al Registro Civil, tal como se hace en la Ley catalana, se plantea en la Disposición Adicional 2.^a la creación y regulación de un registro de parejas no casadas. Menos mal que le añade el calificativo de *administrativo*, pero queda por ver, cuando salga el decreto, el carácter del régimen que establezca y la efectividad que se trata de conceder a sus asientos, pues no será difícil que se quiera equiparar a los convivientes con los cónyuges, dados los derechos que se les atribuyen a aquellos en el propio texto de la Ley.

(68) En el trabajo citado en la nota 66, pág. 1711.

La Ley Foral de Navarra dedica a esta materia, como hemos dicho, su Disposición Adicional, en la que, siguiendo a la Ley catalana, se limita a expresar que el Gobierno de Navarra y los Ayuntamientos podrán crear registros de parejas estables para facilitar a través de su inscripción voluntaria la prueba de su constitución. Y sigue diciendo que si la legislación del Estado previera la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por la Ley Foral, los efectos que ésta les otorgara han de entenderse referidos a las parejas que se inscriban en el mismo.

Como se ve, la Disposición adolece de una total imprecisión, quizá porque sus redactores han sido conscientes de que entraban en una parcela de exclusiva competencia estatal.

M.^a DEL CARMEN CORRAL GIJÓN
Ciclo de Doctorado, 2.º curso. Investigación
Universidad San Pablo CEU. Madrid
Curso 1999-2000