

JOSÉ GONZÁLEZ GARCÍA

RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS PAREJAS DE HECHO

Lección Inaugural
Curso Académico 2002/03



UNIVERSIDAD DE JAÉN

*Régimen jurídico aplicable
a las parejas de hecho*

JOSÉ GONZÁLEZ GARCÍA

Catedrático de Derecho Civil

RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS PAREJAS DE HECHO



UNIVERSIDAD DE JAÉN

Lección Inaugural. Septiembre 2002

© José González García

© Universidad de Jaén (Para la 1ª edic. septiembre de 2002)

Depósito Legal: J - 311 - 2002

Difusión: Publicaciones de la Universidad de Jaén
Vicerrectorado de Extensión Universitaria
Campus Las Lagunillas, s/n
23071 JAÉN

Imprime: Gráficas La Paz de Torredonjimeno, S. L.
www.graficaslapaz.com

SUMARIO

- I.- Referencia histórica.
- II.- Familia y pareja de hecho.
- III.- Concepto y requisitos de la unión de hecho.
 - 1.- Convivencia *more uxorio*.
 - 2.- Desarrollo de la vida en común en el mismo domicilio.
 - 3.- Relación estable y notoria.
 - 4.- Cumplimiento voluntario de los deberes matrimoniales.
 - 5.- Ausencia de formalidades.
 - 6.- Requisitos subjetivos.
 - A) Edad.
 - B) La *affectio*.
 - C) Relación heterosexual – homosexual.
- IV.- Regulación jurídica de las parejas de hecho.
 - 1.- Situación actual en nuestro Derecho.
 - A) La no aplicación analógica de las normas reguladoras de la familia matrimonial.
 - B) Legislación fragmentaria sobre uniones de hecho.
 - a. Derecho civil.
 - b. Derecho penal
 - c. Otras disposiciones.
 - 2.- Hacia un régimen jurídico específico de las uniones de hecho.
 - 3.- Regulación de las parejas de hecho mediante pactos entre los convivientes.

I.- REFERENCIA HISTÓRICA.

Las parejas estables no casadas o parejas de hecho constituyen un fenómeno social tan viejo como el matrimonio, con el que ha convivido a lo largo de la historia, gozando de cierto reconocimiento jurídico. En tal sentido se considera probable que, antes de la conquista romana, junto al matrimonio monogámico, existieran formas de uniones no matrimoniales en todos los Derechos vigentes en la Península: el fenicio, el celta, el íbero y el griego. Los atenienses conocían el concubinato como unión legal de inferior rango que el matrimonio.

En el Derecho Romano clásico, el concubinato tenía su causa en las desigualdades sociales existentes; el *ius connubi*, es decir, el derecho a contraer matrimonio, era reconocido solamente a los ciudadanos romanos; esto explica que entre los esclavos y peregrinos, incluso cuando uno de los miembros de la pareja era ciudadano romano, no existiera un verdadero matrimonio porque no se les consideraba romanos, y, además, al carecer de libertad, no podían manifestar el consentimiento matrimonial. El concubinato, es decir, las relaciones extramatrimoniales, se consideraban como una unión autorizada, aunque ilegítima, entre mujer y varón. No era reconocido por las leyes, pero tampoco se establecieron obstáculos para su desarrollo, lo que avocó a que la relación extramatrimonial, creada por el consentimiento de las partes, se convirtiera en una forma de convivencia semejante a la matrimonial. En este sentido, puede afirmarse que las uniones de hecho, monogámicas, al igual que el matrimonio, eran consideradas como un matrimonio de segundo grado.

En la legislación de Augusto, la *lex Iulia de adulteriis* castigaba como adulterio las relaciones extramatrimoniales, aunque excluía a ciertas personas con las cuales no se cometía adulterio; por su parte, la *Lex Iulia et Papia Poppea* pretendió impedir los matrimonios entre miembros de diferentes clases sociales. Podían contraer matrimonio civil las personas que tenían *connubium*, y sólo podía celebrarse con mujeres ingenuas y honestas; no obstante, se autorizó a las personas que carecían de los mencionados requisitos a unirse, sin que esta relación se considerara adulterina. De este modo, el concubinato se convirtió en la única forma posible de convivencia con libertas y mujeres tachadas sin infringir los preceptos de la *Lex Iulia de adulteriis*.

A partir de Constantino, se prohíbe al varón que esté casado tener también concubina. Sin embargo, esta prohibición no afectaba a los varones solteros, a quienes se les permitió, hasta las *Novellae* de Justiniano, tener varias concubinas a la vez.

Después de la publicación de las *Novellae*, se establecieron las condiciones necesarias para que las situaciones de concubinato pudieran generar efectos jurídicos.

La influencia del cristianismo, que consideraba a estas uniones ilegítimas y contrarias a su religión, se materializó en una serie de medidas cuya finalidad era suprimir o convertir las uniones libres en matrimonio. Para los Emperadores cristianos estas situaciones eran ilícitas y, por consiguiente, debían ser prohibidas.

En la época visigoda, el concubinato constituyó una realidad social que generalmente se creaba por la libre voluntad de las partes. El único supuesto de concubinato forzoso fue el originado por la incapacidad de los siervos para contraer matrimonio. Al

no ser posible esta institución, las uniones entre siervos, o entre libres y siervos, eran consideradas concubinatos.

En la Edad Media, adquiere gran relevancia la institución jurídica denominada *barraganía* o *barraganería*, término con el que se conoce al concubinato. La regulación de las uniones de hecho en los Fueros medievales, especialmente en Castilla y León, destaca en relación con los del resto de Europa. La *barraganía* se fundaba en un contrato de amistad y compañía, cuyas principales condiciones eran la permanencia y la fidelidad. En suma, se trataba de relaciones no condenadas por el ordenamiento secular de la época. Se constituían mediante el libre consentimiento de los contratantes, manifestado y regulado, normalmente, mediante la firma de un contrato (denominado *cartas de compañía*), en el que se establecían los derechos y deberes de ambas partes. En este sentido, la *Carta de Ávila* de 1361 concedió a la concubina el derecho a percibir rentas de su señor incluso después de la muerte de éste.

Junto a esta constatación escrita de la barraganía, el Derecho reconocía algunos efectos jurídicos a las uniones de hecho cuando hubiese transcurrido un año de la relación, llegando a reconocer a la mujer barragana casi los mismos derechos que tenía la mujer legítima. En varios Fueros, se conceden amplios derechos hereditarios a los hijos naturales, pudiendo éstos heredar de los padres conjuntamente con los hijos legítimos.

Durante esta época, la barraganía se desarrolló especialmente entre los clérigos, ya que éstos no podían contraer matrimonio. Prueba de su importancia es que en muchos Fueros municipales se recogió con absoluta claridad la existencia de la barraganía entre los sacerdotes. Los Fueros de Alcalá, Soria, Molina y Plasencia reconocen a los hijos de clérigos la posibilidad de heredar a sus padres, y que éstos pudiesen instituir sucesores a sus descendientes tenidos con mujer barragana.

El Título XIV de la partida 4ª regula la barraganía, cuyo significado era *sin ganancia*, y los hijos que nacen de las mujeres barraganas son llamados hijos de ganancia. Este Título define la barraganía y establece los requisitos exigibles para considerarla constituida.

La publicación de las Partidas supuso la prohibición de la barraganía a los clérigos, bajo pena de privación de oficio y beneficio.

La Iglesia siempre se ha opuesto a las relaciones extramatrimoniales. Sin embargo, hasta el Concilio de Trento no se condenaron con claridad las uniones no matrimoniales. En él se estableció la solemnidad necesaria para contraer matrimonio y rechazó con claridad cualquier institución contraria a éste. Se pretendía eliminar las uniones extramatrimoniales que la Iglesia había tolerado en otras épocas y que hasta aquél momento constituyeron uniones de hecho con reconocidos efectos jurídicos y aceptación social.

Desaparecida la institución de la barraganía, el legislador parece ignorar la existencia de las relaciones extramatrimoniales, que, aunque fueron prohibidas y castigadas con dureza después del Concilio de Trento, no dejaron de existir.

Por lo que se refiere a nuestro país, la posición del legislador y de los tribunales ha sido, hasta no hace demasiado tiempo, negar el reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones de hecho al margen del matrimonio, basándose en que estas situaciones son contrarias a la moral y a los principios de orden público y buenas costumbres. Con estos argumentos moralistas han ignorado durante años el desarrollo de las uniones de hecho, negándoles reconocimiento jurídico.

Sin embargo, la actitud de nuestros tribunales en los últimos tiempos, acorde con la realidad social que vivimos, se muestra más respetuosa con la libertad de las personas que desean iniciar una vida en común sin contraer matrimonio, y es ya un hecho real la preocupación, tanto del legislador como de los tribunales, acerca de estas uniones extramatrimoniales, haciéndose eco de su presencia en la sociedad y reconociéndoles determinados efectos jurídicos.

II.- FAMILIA Y PAREJA DE HECHO.

La Constitución española de 1978 reconoce expresamente el derecho a contraer matrimonio en el art. 32, y dispone en el art. 39 la obligación de los poderes públicos de proteger a la familia. Según el último artículo citado:

1.- Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2.- Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3.- Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4.- Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

La protección de la familia en el texto constitucional (art. 39) se separa de la regulación del derecho a contraer matrimonio expresada en el art. 32. Mientras que el art. 32 está en sede *De los Derechos y Deberes de los ciudadanos*, el 39 inicia los artículos destinados a determinar los *principios rectores de la política social y económica*. Esta diferencia de regulación, a diferencia de lo que sucedía en la Constitución de 1931, cuyo art. 43 regulaba conjuntamente el derecho a contraer matrimonio y la protección de la familia, permite una interpretación distinta de la concepción tradicional de la familia.

Centrándonos en el párrafo primero del artículo 39 de la CE, debemos dar solución a ese gran debate doctrinal y social sobre si las uniones de hecho, como grupo familiar, están o no amparadas por dicho precepto. Es decir, si el término familia del art. 39 se refiere solamente a la familia fundada en el matrimonio o si, por el contrario, son dignas de protección otras situaciones familiares y, entre ellas, las uniones de hecho.

Nuestra Constitución no define a la familia, limitándose a afirmar que los poderes públicos aseguran su protección social, económica y jurídica. Ante la ausencia de calificativo que la defina, la interpretación del referido precepto ha dado lugar a dos posturas encontradas. De un lado, quienes entienden que sólo la familia fundada en el matrimonio es digna de protección; de otro, los que consideran que las uniones de hecho tienen la consideración de familia, y, por tanto, deben considerarse incluidas en el artículo 39.

Para los primeros, apoyándose en el concepto tradicional de familia, entienden que la institución matrimonial es la adecuada con carácter exclusivo para la creación de una familia. Se afirma, en este sentido, que la Constitución reconoce de forma expresa el derecho a contraer matrimonio en el art. 32, y coloca después de éste al art. 39, por lo que no hay duda de que en dicho precepto se protege exclusivamente la familia creada por el vínculo matrimonial.

Ante el reproche de que el artículo 39 protege a los hijos con independencia de su filiación y a las madres, cualquiera que sea su estado civil, se afirma que esta circunstancia no quiere decir que se tutele a las parejas de hecho, pues en esos apartados no se vuelve a mencionar la palabra familia. Lo que verdaderamente se protege son relaciones de filiación y de maternidad, creadas por

vínculos biológicos de procreación que originan derechos y deberes, aunque puedan surgir al margen del matrimonio.

Sin embargo, no dejan de reconocer quienes defienden que la familia protegida es únicamente la familia matrimonial, la necesidad de que la unión de hecho debe recibir una tutela jurídica adecuada. Se ha afirmado, ante la evidencia de la realidad social, que esta forma de organización familiar, aunque no jurídica o legal, ha proliferado enormemente en nuestra sociedad, donde se admite la existencia de este tipo de familias con normalidad; y ello unido a que en la Constitución se ordena la protección de los hijos, con independencia de su origen familiar, hace necesario que se produzca una reforma constitucional que contemple la realidad de estos grupos familiares.

Frente a esta tesis estricta, según la cual sólo se protege la familia matrimonial, se alza, cada vez con mayor fuerza, la de quienes consideran que partiendo de la protección constitucional de la familia, sin calificativos respecto a su modo de constitución, dentro de ella está comprendida la familia en sentido amplio, es decir, la matrimonial y la no matrimonial.

Prueba de ello es que el texto constitucional no prohíbe las uniones de hecho; estas situaciones no pueden considerarse antijurídicas, aunque sí ajurídicas, es decir, ausentes de regulación expresa con carácter general. Y por otra parte, ningún precepto constitucional exige que la familia deba constituirse necesariamente sobre el matrimonio, puesto que en el artículo 32 sólo se establece el *derecho* del hombre y mujer *a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*. Aspecto este que afecta, y así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, no al concepto de familia, sino a la prohibición de matrimonio entre homosexuales.

Sin duda nuestra Constitución acertó propiciando la protección social, económica y jurídica de la familia, sin configurar el tipo o modelo de familia tutelable. La familia es un concepto histórico y relativo, es decir, constituye un modo de organización social que se configura, en cada momento histórico, en función de las distintas creencias, tradiciones y modelos de comportamiento existentes. Por ello, sólo si tenemos en cuenta las ideas vigentes en cada etapa histórica y las necesidades económicas a las que sirve, puede definirse la familia en cada momento de su evolución.

La realidad social nos muestra dos significados de la idea de familia: de un lado, la familia en sentido amplio (familia extensa) que congrega en el hogar a padres, hijos (a menudo con mayoría de edad bien rebasada) y abuelos, o a hijos casados que no han podido aún formar su propia familia, e incluso hay sitio para algún pariente solitario o personas acogidas a la hospitalidad de la casa. Es el fenómeno de la *prolongación de la familia*, que hace rebrotar una *potestad* meramente simbólica en los padres que están al frente del hogar. De otro, la familia en sentido estricto o familia nuclear que incluye a la pareja y los hijos.

Junto a estas acepciones del término familia, extensa y nuclear, encontramos hoy otros modelos de organización social que también reclaman la consideración de familia y que, sin duda, están contemplados y tutelados por el artículo 39 de nuestra Constitución. Así las *familias recompuestas*, integradas por la convivencia de dos personas divorciadas, separadas, solteras, viudas o procedentes de matrimonio anulado, que se unen de hecho o en matrimonio, y cada uno forma el nuevo hogar trayendo consigo a sus hijos. A ellos se añadirán los que nazcan de la nueva unión.

El artículo 39 CE contempla y tutela, sin duda, el modelo de familia *monoparental o unilineal*, tan propia de nuestras socieda-

des actuales, en la que falta la pareja de base (por viudedad o ruptura del vínculo matrimonial, separación, madres o padres solteros que viven con su hijo o hijos). Bien clara está la protección dispensada a las madres, cualquiera que sea su estado civil. Y del mismo modo a los padres, cualquiera que sea su estado civil. La separación y el divorcio son la causa principal de la proliferación de estas familias. Abundan también las familias unilineales en circunstancias de madres solteras, por abandono del compañero, por libre elección, como consecuencia de la fecundación artificial, incluso, derivada de la adopción que lleva a cabo una persona. (art. 175.4 C.c.).

No hay inconveniente en amparar tras los preceptos constitucionales la *familia de acogida*, especialmente el acogimiento familiar permanente (art. 173 bis, 21 C.c.), que conlleva una integración plena del menor en la vida de la familia, e impone a la familia acogedora las mismas obligaciones que si se tratara de los deberes inherentes a la patria potestad (art. 173 C.c. en comparación con el 154, II C.c.). Otros ordenamientos europeos y la legislación catalana regulan también el acogimiento de personas mayores, que, por su declive físico o psíquico, se comportan como auténticos menores.

Incluso, las formas familiares se expanden en la hora presente hasta el infinito. Un ejemplo patente lo constituyen *las situaciones convivenciales de ayuda mutua*, reguladas por la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, promulgada por el Parlamento Catalán, donde conviven dos o más personas en una misma vivienda habitual, sin formar una familia nuclear, y comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas (art. 1). Como reconoce el Preámbulo de la Ley catalana esta es una forma de convivencia familiar para dar solución a muchas personas mayores, dado el envejecimiento progresivo de la población como consecuencia de la prolongación

de la vida, que resuelva sus dificultades económicas y sociales y evite su aislamiento en instituciones geriátricas.

En fin, el artículo 39 CE contempla a la familia conviviente, fruto de la unión de hecho emanada por vía consensual expresa o tácita. Aunque siempre se ha considerado el matrimonio como la única forma de constituir la familia, lo cierto es que hoy en día no puede negarse que también la unión de hecho crea un vínculo familiar entre los convivientes. Prueba de ello es que esta realidad familiar comienza a ser atendida por el ordenamiento jurídico dotándola de ciertos efectos jurídicos. Así el derecho a percibir algunas prestaciones sociales (disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio), el derecho de *subrogación mortis causa* en los contratos de arrendamiento (art. 16.1b) de la Ley de Arrendamientos urbanos de 1994. Es obvio que este reconocimiento jurídico, aunque sólo sea en determinados casos, demuestra que el legislador tiene en cuenta esta realidad social y constata que la unión de hecho constituye una forma más de familia.

En esta misma línea se ha pronunciado la jurisprudencia española, la cual destaca la importancia de las uniones de hecho en la sociedad actual como una forma más de familia, y considera que esta relación familiar merece también la protección que la Constitución de 1978 asegura a la familia.

El Tribunal Constitucional ha reconocido que la protección a la familia que dispensa el artículo 39 de nuestra Constitución se extiende tanto a la familia fundada en el matrimonio como a la extramatrimonial. La sentencia de 11 de diciembre de 1992, que declaró inconstitucional el art. 58.1 del texto Refundido de la Ley de Arrendamientos urbanos de 1964, afirma que “nuestra Constitución no ha identificado a la familia que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una

institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresan. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por lo tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura –en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales– esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el artículo 39.1. Criterio mantenido en sentencias posteriores.

Por su parte el Tribunal Supremo, con anterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional de 1992, había entendido que la protección constitucional a la familia (art. 39 CE) alcanza no sólo a la familia creada en el matrimonio, sino también a la unión de hecho. Así la sentencia de 18 de mayo de 1992 afirma que “las uniones libres aunque están carentes de toda normativa, no por eso son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución no las prevé, pero tampoco expresamente las interdicta o rechaza, y así se desprende de la lectura de su artículo 32 en relación con el 39, que se proyecta a la protección de la familia de forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio, como por la unión de hecho. Esta misma línea doctrinal se mantiene, entre otras, en las sentencias de 21 de octubre de 1992, 18 de febrero de 1993, 22 de julio de 1993 y 18 de noviembre de 1994.

A modo de conclusión, puede afirmarse que desde la entrada en vigor de la Constitución ya no se puede considerar que las

uniones de hecho sean contrarias a la moral, al orden público ni a las buenas costumbres, por tratarse de situaciones totalmente lícitas y de las que derivan múltiples consecuencias jurídicas, pues dicho texto constitucional ni prohíbe ni considera contrario a derecho que una persona, en manifestación de su derecho fundamental al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1), conviva con otra constituyendo una familia de hecho.

El hecho de que el artículo 32.1 de la CE reconozca al hombre y mujer el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, no quiere decir que la Constitución prohíba el derecho a formar una unión de hecho, ni que reduzca su protección a la familia como institución jurídica (unión de dos cónyuges que suscriben el correspondiente contrato de matrimonio) y no la extienda también a la familia como realidad natural (unión efectiva y estable de una pareja). Precisamente la referencia genérica que a la familia contiene los artículos 18, 35 y 50 y, sobre todo, 39 del texto constitucional, avalan esta última tesis amplia y generosa respecto al reconocimiento y tutela de efectos que produce la convivencia extramatrimonial.

Sentado esto, es cierto que esta igualación entre una y otra clase de familia no impone una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y de las no matrimoniales (STC 194/1990).

III.- CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA UNIÓN DE HECHO.

Hemos de preguntarnos si la expresión unión de hecho incluye cualquier relación extramatrimonial o, por el contrario, sólo aquellas que cumplan determinados requisitos deben tener esa consideración. La delimitación es importante, a efectos del reconocimiento de efectos jurídicos.

El Tribunal Supremo ha delimitado con acierto los requisitos que deben concurrir en una relación extramatrimonial para que goce de protección jurídica, de forma que estos elementos se convierten en presupuestos imprescindibles para poder calificar una relación afectiva extramatrimonial como “unión de hecho” y, en consecuencia, para que esta situación se tome en consideración por el Derecho.

Afirma el Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de mayo de 1992, que “la convivencia *more uxorio* debe desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida amplia, intereses y fines, en el núcleo del mismo hogar.

1.- Convivencia “*more uxorio*”.

Es decir, que la vida en común de la pareja se identifique con la vida matrimonial: que los convivientes se comporten en sus relaciones personales y sociales como si estuviesen casados. En

definitiva, que la relación afectiva que les une sea análoga a la conyugal. Esta última expresión utilizan las leyes autonómicas promulgadas sobre las parejas de hecho.

2.- Desarrollo de la vida en común en el mismo domicilio.

No es posible una unión de hecho sin convivencia. La convivencia diaria bajo el mismo techo, compartir día a día todas las vicisitudes que se presentan en el hogar familiar constituye, sin duda, un hecho diferenciador de las uniones de hecho respecto de otras situaciones.

Convivencia que, al igual que sucede en el matrimonio, debe considerarse compatible con la separación temporal cuando, por motivos de salud, trabajo o de otra índole, no sea posible mantener la convivencia bajo el mismo techo. Por eso, la separación temporal de la pareja no debe interpretarse como la ruptura de la unión, pues lo que prevalece es el "animus", es decir, el propósito de estar juntos.

3.- Relación estable y notoria.

Se considera fundamental el aspecto temporal de la unión, ya que estableciendo un plazo determinado se podrá demostrar la seriedad del compromiso. La mayoría de las legislaciones que reconocen efectos jurídicos a las uniones de hecho, contemplan la duración de la relación como la mejor forma de juzgar su estabilidad. En este sentido, también se pronuncia del Tribunal Supremo.

La tendencia en nuestro ordenamiento es la de fijar plazos cortos. Así, en la resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1984, exige un año de convivencia para que la persona que convive con el titular del derecho reciba la prestación de asistencia sanitaria.

La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 reconoce el derecho de subrogación “mortis causa” en el contrato de arrendamiento al conviviente de hecho, distinguiendo dos situaciones: a) Parejas de hecho sin descendencia: podrá subrogarse en el contrato de arrendamiento la persona que hubiera convivido con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores, al tiempo del fallecimiento. b) Pareja de hecho con descendencia: en este caso el legislador, a efectos de la subrogación en el contrato de arrendamiento, equipara la unión de hecho con hijos al matrimonio, reconociendo el derecho de subrogación sin exigir un período de convivencia determinado.

Aunque es cierto que la duración de la convivencia es uno de los medios para averiguar si la unión se presenta como una relación estable y con intención de durar en el tiempo, sin embargo no es el único. Existen otros que nos pueden orientar sobre si la unión de hecho se presenta con tintes de seriedad o, por el contrario, es una relación pasajera. Así, por ejemplo, el reconocimiento de hijos fruto de la unión, la intención de los convivientes de hacer comunes los bienes adquiridos durante la convivencia o la simple apertura conjunta de cuentas bancarias, la manifestación expresa de constituir una pareja estable en documento público, la inscripción en el Registro de Uniones de hecho, etc.

Asociado a la exigencia de un tiempo determinado de convivencia para otorgar efectos jurídicos a las uniones de hecho, está la puesta en marcha por muchos Ayuntamientos y Comunidades Autónomas, de registros para las uniones de hecho. En ellos pueden inscribirse la constitución de dichas uniones, así las circunstancias o hechos relevantes que afecten a la relación.

La inscripción de estas situaciones servirá para acreditar, entre otras cosas, la convivencia mediante la expedición de las certificaciones de sus asientos a instancia de cualquiera de los miembros de la unión o de los Jueces o tribunales de Justicia que lo soliciten.

La unión, además de estable, debe ser notorio, es decir, pública y no oculta, o como dice el Tribunal Supremo, “debe practicarse de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados”.

4.- Cumplimiento voluntario de los deberes matrimoniales.

Los artículos 67 y 68 del Código civil establecen las obligaciones que asumen los cónyuges al contraer matrimonio: respeto y ayuda mutua y actuación en interés de la familia, obligación de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

Si bien estos deberes sólo pueden ser exigidos a los esposos, pues nacen del vínculo matrimonial, que no existe en la unión de hecho, sin embargo, es cierto que, en la mayoría de las uniones de hecho, los convivientes cumplen voluntariamente estos deberes matrimoniales; y el cumplimiento de esta obligación moral demuestra, a mi juicio, la seriedad y la solidez de la comunidad de vida que desarrollan. De ahí que consideremos que si en la unión extramatrimonial falta el cumplimiento de estos deberes, la convivencia no puede ser estable ni constituye una auténtica unión de hecho.

5.- Ausencia de formalidades.

La unión de hecho se diferencia básicamente del matrimonio en la ausencia de cualquier formalidad o solemnidad al iniciar la convivencia. La unión de hecho se crea por la voluntad de la pareja

que decide iniciar un proyecto de vida en común. Esta situación plantea dificultades para acreditar la existencia de la convivencia de hecho, que, en la actualidad, son suplidas mediante la inscripción de la unión de hecho en los Registros creados al efecto.

Sin embargo, algunas leyes promulgadas por Comunidades Autónomas exigen la inscripción en el Registro Autonómico de parejas de hecho con carácter constitutivo. Así la Ley Balear de parejas estables, Madrid, Valencia.

6.- Requisitos subjetivos.

En cuanto a los requisitos subjetivos, varias consideraciones deben hacerse:

A) Edad.

La mayoría de edad, contemplada en el Código civil como la primera causa de adquirir la emancipación, atribuye la plena capacidad de obrar a quien la alcanza. Por consiguiente, es claro que los mayores de edad pueden crear una comunidad de vida al margen del matrimonio, pues tienen suficiente madurez para ello.

Por otra parte, nuestro ordenamiento jurídico permite que los mayores de 16 años puedan adquirir la emancipación, tanto por concesión paterna como por concesión judicial (arts. 317 y 320 C.c.), lo que les habilita para regir su persona y bienes como si fuera mayor, aunque con ciertas limitaciones para realizar determinados actos.

Si tenemos en cuenta la capacidad del menor emancipado, sería admisible, y así lo recoge la legislación autonómica sobre la materia, que el menor emancipado pudiese constituir una unión de hecho. Por otra parte, si tenemos en cuenta lo dispuesto en el

artículo 46 del Código civil que, “a sensu contrario”, permite contraer matrimonio a los menores emancipados, debemos estimar que la edad exigida para la emancipación es idónea, pues los miembros de la pareja tendrán suficiente madurez para afrontar tanto una convivencia matrimonial como de hecho.

B) La affectio.

Implica el afecto mutuo entre los convivientes, el cariño y la amistad existente entre ellos. De este elemento derivan todos los demás requisitos presentes en una unión de hecho. No es sino la causa primera que motiva la convivencia extramatrimonial. Si no existe *affectio*, no es posible que dos personas compartan una vida en común. Por ello, debe considerarse un requisito esencial de las parejas de hecho.

C) Relación heterosexual – relación homosexual.

Intensa polémica social ha suscitado si debe considerarse como pareja de hecho la unión estable entre personas de diferente sexo o, por el contrario, del mismo sexo.

Sin entrar ahora en las distintas opiniones al respecto, debe afirmarse que la Constitución española, además del derecho a contraer matrimonio entre hombre y mujer, reconoce también, por una parte, el libre desarrollo de la personalidad del individuo, y obliga a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y, por otra parte, establece el principio de igualdad prohibiendo cualquier discriminación que pudiera darse en razón del sexo (arts. 9.2, 10.1 y 14)

El Parlamento Europeo, mediante Resolución de 8 de febrero de 1994 sobre igualdad de los derechos de los homosexuales en la

Comunidad Europea, ha reiterado la convicción de que todos los ciudadanos tienen derecho a un trato idéntico con independencia de su orientación sexual y pide a los Estados de la Comunidad que supriman todas las disposiciones jurídicas que criminalicen o discriminen las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo.

La existencia en nuestra sociedad de un número creciente de parejas homosexuales, aceptada por algunos, y tolerada por la mayoría, que reivindican una igualdad de trato, ha dado como consecuencia la superación de ciertos valores morales que discriminaban a las personas que mantenían una relación afectiva con personas del mismo sexo. Una demostración de este cambio, ha sido la creación de Registros Municipales y Autonómicos de uniones civiles que, en la mayoría de los casos, reconocen la posibilidad de inscribir la unión tanto a parejas heterosexuales como homosexuales.

Otro paso significativo ha sido la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, que recoge expresamente el derecho de subrogación "mortis causa" en el contrato de arrendamiento a las parejas de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales.

Así mismo cabe destacar la proposición de Ley sobre reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho, con independencia de su sexualidad, presentada por el Grupo parlamentario de Coalición canaria, que actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria. Lo mismo puede decirse de la Proposición de Ley Orgánica de contrato de Unión civil presentada por el Grupo Parlamentario Popular, actualmente en tramitación Y a nivel autonómico: Aragón, Asturias, Baleares, Cataluña, Madrid, Navarra, Valencia, han aprobado sus respectivas leyes, en el ámbito de sus competencias, para regular las parejas de hecho con independencia de su sexualidad.

Para concluir, podemos definir la unión de hecho como la relación afectiva de una pareja, con independencia de su sexualidad, que comparte un proyecto de vida en común, con intención de permanencia y que, sin ningún tipo de formalidad en su constitución, desarrollan la convivencia en el mismo hogar de forma semejante a la conyugal.

IV.- REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS PAREJAS DE HECHO.

Ante la realidad fáctica de las uniones de hecho, hemos de preguntarnos qué solución adoptar respecto a su regulación jurídica. Al respecto los ordenamientos jurídicos han optado por una de estas dos posibilidades: a) La regulación parcial de algunos efectos jurídicos de la convivencia de hecho. b) Aprobar una normativa específica, un régimen jurídico específico para las parejas de hecho, que puede ser distinto del matrimonial, o bien equiparando la unión de hecho al matrimonio en determinadas cuestiones.

1.- Situación actual en nuestro Derecho.

A) La no aplicación analógica de las normas reguladoras de la familia matrimonial.

Antes de entrar a analizar la regulación existente en nuestro ordenamiento, conviene hacer alguna reflexión sobre la posibilidad de la aplicación analógica de las normas reguladoras de la familia matrimonial a las uniones de hecho. Se ha afirmado al respecto que las diferencias de tratamiento jurídico entre la unión matrimonial y la extramatrimonial iría, entre otros, contra el artículo 14 de nuestra Constitución que proclama, como sabemos, el principio de igualdad ante la ley. Sin entrar ahora en el debate doctrinal sobre este tema, la doctrina mayoritaria se inclina por la no aplicación analógica de las normas de la familia matrimonial a otras situaciones, puesto que la razón de estas normas ha de encontrarse exclusivamente en el matrimonio, como

única situación jurídica que crea un status con contenido propio, compuesto por unos derechos y unas obligaciones que sólo pueden tener eficacia mediante su celebración.

En este sentido, para el Tribunal constitucional el principio de igualdad ante la ley sancionado en el artículo 14 de la Constitución no puede fundamentar una equiparación de la unión libre a la matrimonial. Es claro, dice el Tribunal Constitucional, que en la Constitución Española de 1978 el matrimonio y la convivencia matrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (32.2). Nada de ello ocurre en las uniones de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y en el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador

Es cierto que la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o soltero está íntimamente ligado al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución), de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. Pero lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del artículo 14, sea acreedora al mismo tratamiento que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestarse en reiteradas ocasiones sobre este extremo, afirmando que “sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho como manifestación del derecho fundamental al pleno desarrollo de la personalidad y la susceptibilidad de construir con ella una familia tan protegible como la creada a través de la unión matrimonial, no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio, y al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges) la normativa reguladora de éste, pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron precisamente (en la generalidad de los casos), para quedar excluido de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma.

En consecuencia, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica.

De acuerdo con esta posición, se aboga por construir un núcleo legislativo, de aplicación a las uniones de hecho, fundamentado en principios generales que pueden deducirse de la familia matrimonial, siempre que no tengan relación directa con la formalización del matrimonio, y de otras disciplinas. De esta forma podrán resolverse algunos problemas que la unión libre presenta, sin perjuicio de que puedan aplicarse otras técnicas conjuntamente, como la convencional o la jurisprudencial.

B) Legislación fragmentaria sobre uniones de hecho.

Como hemos visto, el fenómeno de las uniones de hecho ha experimentado en los últimos tiempo una creciente relevancia social y jurídica, de forma que en la actualidad se produce una

actitud de tolerancia y aceptación. Ello supone, sin duda, un importante reto al legislador, que no puede permanecer impasible ante el arrollador empuje de aquellas. De ahí que desde las reformas efectuadas en 1981, el legislador iniciase el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos, con el fin de resolver cuestiones muy puntuales que, en la práctica, se presentaban como necesitadas de protección.

El legislador, por el momento, sólo se ha preocupado de esta problemática mediante una regulación fragmentaria y dispersa que atribuye ciertos efectos jurídicos a las uniones de hecho. Sin embargo, el vacío legal existente respecto a los principales problemas que suscita la convivencia de hecho, especialmente de índole patrimonial, encuentran solución por la vía judicial: son los tribunales, quienes, ante la problemática que presentan las parejas de hecho, aplican la solución que consideran mas conveniente al supuesto que han de resolver, aunque, en muchos casos, se observan criterios contradictorios.

Sin intentar ser exhaustivo, podemos citar entre los efectos jurídicos de las uniones de hecho los siguientes:

a. Derecho civil.

* El artículo 101 del Código civil incluye entre las causas de extinción de la pensión compensatoria la convivencia marital del acreedor con otra persona.

* El artículo 320 señala los supuestos en que el hijo mayor de dieciséis años puede solicitar la emancipación a la autoridad judicial. Entre los casos que se contemplan para la concesión de la emancipación por el Juez, se señala el hecho de que el progenitor que ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor.

* Para los casos de parejas de hecho con hijos, hay que tener en cuenta que las normas del Código civil relativas a la filiación también les afectan.

* La Disposición Adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reconoce derecho a percibir pensión por fallecimiento a “quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedirlo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta ley”.

* La Ley de Adopción de 1 de noviembre de 1987 establece, en su Disposición Adicional tercera, la posibilidad de que los miembros de una unión de hecho heterosexual puedan adoptar conjuntamente.

* La Ley de Arrendamientos de 1994 reconoce en el artículo 16.1b), el derecho de subrogación “mortis causa” en el contrato de arrendamiento 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, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que tuvieran tenido descendientes en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia. Por su parte el artículo 12. 4 reconoce el derecho a continuar en la vivienda si el arrendatario desiste del contrato manifestando su voluntad sin el consentimiento del conviviente, o sin esa manifestación expresa abandona la vivienda.

b. Derecho penal.

En el Código penal de 1995, se contienen las siguientes referencias a las uniones de hecho:

* Artículo 23, según el cual es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad.

* El artículo 153, que castiga a quien habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad.

* El artículo 424 castiga el soborno a favor del reo cometido por un cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad.

* Con relación a los Funcionarios de Instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitare sexualmente a una persona sujeta a su guarda o a un familiar de éste, el artículo 444.2 se refiere a la unión de hecho cuando dispone que incurrirá en las penas señaladas (de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años) cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad.

* También se refiere a las uniones de hecho el artículo 454, en el que se exime de las penas impuestas a los encubridores a aquellos que lo sean de cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad.

* El artículo 617.2 que sanciona, como falta, al que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, establece en su párrafo segundo una agravación cuando el agraviado sea, entre otras personas que menciona, persona a quien el autor se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad.

c. Otras disposiciones.

* La Ley reguladora del Derecho de asilo y de la condición de refugiado, atorga el derecho de asilo al cónyuge y a la persona con que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia (art. 10.1).

* La Ley Orgánica de 1984 reguladora del procedimiento del "Habeas Corpus" establece entre las personas legitimadas para promoverlo, entre otros, además de la persona privada de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad.

* En el ámbito de la Seguridad Social, la Secretaría General de la Seguridad Social por Resolución de 29 de diciembre de 1984 acuerda dispensar asistencia sanitaria a las personas que, sin ser cónyuge, convivan con el titular del derecho, así como a los hijos de aquella.

* La Ley de 22 de diciembre de 1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, contempla la posibilidad de que estos métodos puedan ser utilizados tanto por parejas casadas como por no casadas. Igualmente hace referencia al varón no casado, permitiéndole que pueda consentir en escritura pública o en testamento que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su compañera.

* En fin, también existe asimilación entre la convivencia marital de hecho y la matrimonial en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 (en concreto, respecto de las causas de abstención y recusación de Jueces y Magistrados; pertenencia simultánea a una misma Sala de Magistrados), Ley de 8 de noviembre de 1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros

Privados (respecto a la valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación).

2.- Hacia un régimen jurídico específico de las uniones de hecho.

Partiendo de la situación actual de nuestro ordenamiento, caracterizado, como hemos visto, por la ausencia de una ley que regule expresamente las uniones de hecho, es necesario resaltar la preocupación, fundamentalmente desde el año 1997, por elaborar un régimen general aplicable a las parejas de hecho en el ámbito nacional, no sin señalar, asimismo, la existencia de normas en determinadas comunidades autonómicas: Ley catalana de 15 de julio de 1998, por la que se regulan las uniones estables de pareja; la Ley de parejas estables no casadas aprobada por las Cortes de Aragón el 26 de marzo de 1999; la Ley Foral navarra de 3 de julio de 2000, de parejas estables; la Ley valenciana de 6 de abril de 2001, reguladora de las uniones de hecho; la Ley de la Comunidad de Madrid de 19 de diciembre de 2001 y la Ley balear de la misma fecha, por la que se regula el régimen jurídico de las parejas estables. La Ley del Principado de Asturias de parejas estables de 17 de mayo de 2002.

Si bien la opción de conformar un estatuto legal propio de las uniones de hecho ha sido el sistema adoptado por algunos países hispanoamericanos, así como en Australia y en Canadá, en el ámbito europeo no existe ningún país con un régimen jurídico propio de las uniones de hecho; si bien, en el Coloquio Internacional sobre parejas no casadas celebrado en Messina en 1981 se llegó a defender la necesidad de una reglamentación jurídica unitaria en el Derecho europeo sobre estas situaciones familiares. Sin embargo, después de haber comparado las distintas legislaciones europeas, se llegó a la conclusión de que no era el momento para proceder a una armonización de las mismas.

Es evidente que ni en España ni en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales, las uniones de hecho reciben un tratamiento jurídico que de modo unitario regule las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes. Gran parte de la doctrina coincide en afirmar que mediante una reglamentación orgánica de las uniones de hecho se crearía una unión matrimonial de segunda clase. Además, con este sistema la familia de hecho se convertiría en una familia de derecho, en perjuicio de esta última y ello supondría rebasar los límites de la libertad individual.

Sin embargo, los inconvenientes apuntados no deben llevarnos a rechazar de plano la intervención del legislador en la protección jurídica de los efectos que derivan de la convivencia de hecho. Al contrario, nos parece aconsejable que el derecho tome en consideración la problemática que deriva de esta realidad familiar, pues su desconocimiento sólo conduce a situaciones de injusticia y discriminación, que suponen un atentado a los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico.

No se trata de establecer una equiparación absoluta entre unión de hecho y matrimonio, ni de crear un matrimonio de segunda clase, fundamentalmente porque estamos ante dos situaciones que, si bien comparten elementos comunes, son esencialmente distintas, pues el matrimonio constituye un estado de las personas del que derivan un conjunto de derechos y obligaciones que afectan a los cónyuges en sus relaciones personales y patrimoniales, y esto no sucede en la convivencia extramatrimonial que se caracteriza precisamente por la ausencia de vínculos y obligaciones entre los convivientes. De manera que, como decía antes, no parece viable invocar la aplicación global de la normativa del matrimonio.

Sin embargo, el rechazo a la plena o casi plena equiparación entre unión de hecho y matrimonio no excluye, en ciertos aspectos,

la conveniencia de una aplicación particularizada de determinadas disposiciones legales que tienen en cuenta la relación familiar que origina el matrimonio para reconocer algunos derechos a los cónyuges. Es el caso de las normas en materia social, como la pensión de viudedad, el auxilio por defunción o la indemnización especial en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, prestaciones que la ley reconoce al cónyuge superviviente; así como normas en materia de sucesión intestada, que podían ser modificadas en el sentido de incluir a las personas unidas de hecho, pues tales disposiciones contemplan unas situaciones que también se producen en la convivencia extramatrimonial.

En definitiva, aun reconociendo las diferencias que separan a las parejas no casadas de las unidas por el matrimonio, no debemos permanecer ajenos a la realidad familiar que conforman quienes, por razones diversas, optan por un proyecto de vida en común, en muchos aspectos semejante al que desarrollan los cónyuges, pero obviamente distinto a éste.

El principal problema reside en determinar qué fórmula legal es la adecuada para dotar a las parejas no casadas de una reglamentación jurídica que, sin desvirtuar la esencia de su unión libre, tutele los derechos e intereses que derivan de la misma. En síntesis, el contenido de esa regulación y, sobre todo, la forma en que se articulen las medidas de protección dirigidas a las parejas de hecho, constituyen el objeto de diversas iniciativas legislativas promovidas por distintos Grupos Parlamentarios de nuestro país a nivel nacional y a nivel autonómico.

Ahora bien, la intervención del legislador no debe significar una limitación de la voluntad de la pareja, si ésta opta por regular su convivencia mediante pactos. Todo lo contrario, entendemos que deben favorecerse estos convenios de autorregulación celebrados entre convivientes, pues de esta forma se respeta el

libre consentimiento expresado por las partes y, asimismo, se evita una excesiva institucionalización de la unión de hecho.

Si se lleva a cabo la citada regulación, será necesario que el legislador defina con claridad que debe entenderse por unión familiar de hecho y, más aún, qué requisitos deben presentar estas parejas para gozar de protección jurídica. Asimismo, cabe también plantearse si una eventual regulación sobre la familia de hecho estará dirigida únicamente a las parejas heterosexuales o, si por el contrario, se tratará de un régimen para las parejas de hecho, con independencia de la orientación sexual de sus miembros.

En mi opinión sería conveniente que el legislador español abordara el tema de las parejas de hecho con una regulación normativa propia, que ofrezca soluciones a las múltiples cuestiones que provoca esta forma de convivencia que desarrollan tanto las parejas heterosexuales como parejas homosexuales, pues el desconocimiento legislativo de esta realidad sólo origina situaciones de desamparo y discriminación para las personas unidas de hecho.

3.- Regulación de las parejas de hecho mediante pactos entre los convivientes.

La posibilidad de que los convivientes autorregulen ciertos aspectos de su relación es, sin duda, una forma adecuada para resolver los intereses de la pareja mientras dura la relación. Pero además, la autonomía de la voluntad en la unión de hecho se revela como un sistema aconsejable para solucionar los conflictos que puedan existir al concluir la vida en común.

Sin embargo, durante años, nuestros Tribunales han considerado a los contratos celebrados entre convivientes como nulos de pleno derecho, pues la relación extramatrimonial era

considerada como una relación contraria a la moral y a las buenas costumbres y, por tanto, ilícita. Este rechazo a la validez de los pactos entre parejas de hecho tiene su apoyo en una concepción subjetiva de la causa, según la cual se identifica la causa del contrato con los móviles que llevan a las partes a la celebración del mismo.

Si tenemos en cuenta que, hasta hace poco, los tribunales consideraban a las uniones extramatrimoniales como ilícitas, los motivos que pudieran llevar a los miembros de la pareja a celebrar convenios o cualquier negocio jurídico se consideran motivos inadmisibles, por encontrar su causa en una relación inmoral y, por tanto, contraria al ordenamiento jurídico.

Este concepto de causa ilícita utilizado por el Tribunal Supremo se aparta de la concepción objetiva de la causa que recoge el artículo 1274 Código civil. Aplicando esta concepción objetiva, ni la relación extramatrimonial que une a los convivientes ni los móviles que les indujeron a contratar, debían provocar la invalidez del negocio que celebraron, pues la causa del contrato no ha de identificarse con los motivos que impulsan a los convivientes a celebrar un negocio y, por tanto, no afectan a la validez del acto.

Es evidente que el tema de los pactos o contratos celebrados entre convivientes no puede plantearse actualmente con los mismos criterios que hasta fecha reciente acogía la jurisprudencia. No existe actualmente en nuestro ordenamiento ninguna norma que prohíba a los convivientes contratar entre sí o celebrar convenios en virtud de los cuales regulen su situación patrimonial. Por tanto, los convenios celebrados entre los integrantes de una pareja de hecho que no sean incapaces o menores de edad, son perfectamente válidos.

Ahora bien, los pactos celebrados por los convivientes deben tener por objeto la regulación de sus intereses patrimoniales du-

rante la convivencia; lo que supone excluir un convenio que verse sobre los aspectos personales de la convivencia, pues se trata de relaciones que quedan fuera de la disponibilidad de las partes.

Por tanto, los deberes legales que obligan a los cónyuges a respetarse, guardarse fidelidad, ayudarse o socorrerse, así como a vivir juntos, son propios del matrimonio, no pueden ser pactados entre los convivientes. Si bien ello no significa que la unión de hecho excluya que sus miembros desarrollen una convivencia en la que cumplan escrupulosamente tales deberes, ayudándose y cooperando en bienestar de la familia, pero libremente, sin mediar obligación alguna.

En consecuencia, los convivientes pueden celebrar entre sí cualquier tipo de contrato, pactar de qué forma van a contribuir ambos a los gastos que origina la convivencia y a que régimen económico de los previstos para el matrimonio en el Código civil van a someter la liquidación de sus bienes y gananciales. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1992, después de rechazar la aplicación analógica de las normas matrimoniales a las uniones de hecho, admite la aplicabilidad de algún determinado régimen económico de los regulados para el matrimonio, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducible éste de unos hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los cónyuges fue someterse al mismo.

Esta sentencia insiste en la necesidad de que los convivientes regulen su situación patrimonial mediante pactos, puesto que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial, por el mero hecho y exclusivo de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso

o por su aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho.

Para concluir afirmar que, ante la falta de reglamentación de las principales consecuencias jurídicas que derivan de la convivencia extramatrimonial, la solución jurisprudencial parece ser la única vía posible para reconocer efectos a estas situaciones familiares. Las resoluciones judiciales más recientes demuestran que los Tribunales, en la mayoría de los asuntos que se les plantean, han ofrecido una respuesta ajustada a criterios de justicia y equidad. De este modo, el conjunto de sentencias que resuelven las controversias patrimoniales de las parejas de hecho acudiendo a diversas figuras de nuestro derecho conforman una importante doctrina jurisprudencial que ofrece soluciones concretas a esta realidad social.

En consecuencia, mientras no se lleve a cabo una regulación legal que reconozca los efectos jurídicos de estas uniones, son los Tribunales los únicos que pueden proporcionar a las parejas de hecho una solución jurídica a los diferentes problemas patrimoniales que plantea la vida en común.

BIBLIOGRAFÍA.

- AGÜERO DE JUAN, Alberto: "El fenómeno social y jurídico de las uniones de hecho", en *Parejas de Hecho*. Granada, 1996.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: "El Derecho de Familia, entre lo viejo y lo nuevo", en *Matrimonio y uniones de hecho*. Salamanca, 2001.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "Las parejas de hecho". *Aranzadi civil*, septiembre de 1992, págs. 13 a 27.
- CAMARERO SUAREZ, M^a. Victoria: "Uniones de hecho y conflictividad matrimonial", *RGD*, números 628 y 629, 1997, págs. 67-80.
- CANTERO NÚÑEZ, Federico: "Reflexiones en torno a la pretendida regulación de las uniones de hecho", *RDP*, marzo de 1995, págs. 219-224.
- CASADO LÓPEZ, Lourdes: "Las uniones de hecho", en *Vivienda, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XIV, CGPJ. Madrid, 1992, págs. 233-242.
- CASAS BARQUERO, Enrique: "Aspectos constitucionales y jurídico-positivos sobre la institución de la familia", *RGD*, enero-diciembre de 1981, págs. 186-194.
- ESTRADA ALONSO, Eduardo: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*. Madrid, 1991.
- FERNANDO SAURA, Luis: *Uniones libres y la configuración del nuevo Derecho de Familia*. Valencia, 1995.
- GARCÍA MÁZ, Francisco Javier: "Las uniones de hecho: su problemática jurídica", *RCDI*, núm. 648, 1998, págs. 1509-1532.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente: *La unión libre (El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*. Valencia, 1995.

- HERRERA CAMPOS, Ramón: "Las parejas de hecho y el legislador español. El papel de la jurisprudencia", en *Parejas de hecho*. Granada, 1996.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: "Convivencia "more uxorio": estipulaciones y presunciones", en *Comentario del Código civil*, T. I. Madrid, 1990, págs. 1061-1069.
- MESA MARRERO, Carolina: "Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos". Madrid, 1999.
- MORENO QUESADA, Bernardo: "La comunidad de bienes surge en la convivencia de parejas de hecho", en *Parejas de hecho*. Granada, 1996.
- O'CALLAGHAN, Xavier: "Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho", en *Consecuencias Jurídicas de las uniones de hecho, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1998, págs. 13-34.
- ORTUÑO, MUÑOZ, Pascual: "Parejas de hecho", *IURIS*, junio, 1998, págs. 14-18.
- OSORIO SERRANO, Juan Miguel: "Relaciones y efectos puramente personales o no patrimoniales que se derivan de la convivencia de las parejas de hecho", en *Parejas de hecho*. Granada, 1996.
- PANTALEÓN PRIETO, A. Fernando: "La autorregulación de la unión libre", en *Poder Judicial*, núm. 4, págs. 119-125.
- PERLINGIERI, Prieto: "La familia en el sistema constitucional español", *RDP*, febrero 1988, págs. 107-113.



Servicio de Publicaciones