

Sesión IV.

**EFFECTOS JURÍDICOS DE LAS PAREJAS ESTABLES NO
CASADAS EN ARAGÓN**

PONENTE:

Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado
PÁG. 381

COPONENTES:

D. Pedro Martínez Viamonte
PÁG. 417

D.^a Sol Otto Oliván
PÁG. 427

LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS PAREJAS ESTABLES EN ARAGÓN

ILMO. SR. D. JAVIER SEOANE PRADO

Magistrado. Audiencia Provincial secc. 5ª de Zaragoza.

I.- INTRODUCCIÓN.

Por muy diversas razones que no siempre comprometen el prestigio del matrimonio, los datos estadísticos muestran en los últimos tiempos una clara tendencia favorable a la convivencia en pareja fuera de él, que se extiende a lo largo y ancho de todo el mundo¹.

El reconocimiento de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, dignidad personal, a la creación de una familia, y al principio de igualdad ha conducido a reconocer esta forma de emparejamiento como fundamento de una familia en paridad con el matrimonio. Así lo ha declarado tempranamente el TC con base en el art. 39 CE, que ordena la protección social, económica y jurídica de la familia separadamente de la del matrimonio, institución a la que dedica el art. 32.²

1. La encuesta de población activa española publicada por el INE en 2001 evidencia que Sólo 563.785 parejas de las parejas 9.510.817 censadas en España en 2001 son de hecho (entendiendo por ello que al menos uno de los miembros de la pareja no está casado), lo que supone un 6% del total. No obstante, con respecto a 1991, cuando solo había 221.075 supone un incremento muy importante. (se ha multiplicado por 2'5). En igual dirección apuntan los datos del Eurostat más actualizados (2008), conforme a los que la ratio de nacimientos fuera del matrimonio en Europa ha pasado de poco más de un 10% en 1998 a casi un 40% en 2008, y lo mismo ocurre en EEUU, en los que cada vez menos adultos se casan, si bien es de destacar la relación inversamente proporcional existente entre los nacimientos fuera del matrimonio y la escala social, así, en el año 2008, el 72% de los negros nacían fuera del matrimonio, mientras que el porcentaje bajaba en el caso de los hispanos al 53%, y en el caso de los blancos la cifra era un escueto 29%.

2. Así la STC 222/1992 dice:

“Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la 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 expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por 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 art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo. Del propio art. 39.1 no cabe derivar, por tanto, una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales”

Tales fórmulas alternativas se han cobijado bajo muy diversas denominaciones³, en general con poca precisión, lo que ha dado lugar a un auténtico galimatías terminológico, que se corresponde perfectamente con el desorden con el que ha sido abordada su regulación. En general, o bien pretenden resaltar su contraposición al matrimonio, o, con menos fortuna, su dimensión como mero hecho.

El legislador aragonés, con buen criterio a mi juicio, ha optado por la primera fórmula al elegir la denominación “*pareja estable no casada*” desde la L 6/1999, 26 de marzo, y digo que la denominación es acertada porque contiene las dos ideas centrales sobre las que llevar a cabo una aproximación a este fenómeno: las de *convivencia en pareja* y *extramatrimonialidad*.

Esta idea de pareja no coincide con la tercera de las entradas del Diccionario de la RAE

“*Conjunto de dos personas, animales o cosas que tienen entre sí alguna correlación o semejanza, y especialmente el formado por hombre y mujer.*”

La pareja de que tratamos es mucho más rica que la que definida por el Diccionario. Cuando hablamos de parejas estables, pareja significa relación entre dos personas que surge de una singular atracción, producto de profundas trazas de la naturaleza humana, y que conduce a un proyecto de vida en común que incluye los aspectos más íntimos de la biología y la afectividad, y que es incompatible con la presencia de un tercero en ella, así como con cualquiera otra relación simultánea del mismo signo con otra persona. A esta idea responde la expresión de *vivir ambos a dos* que emplea la Partida IV.2.1 para definir el matrimonio, o la de *unión legal de dos personas con exclusión de todas las demás* empleada por la Civil Marriage Act canadiense con el mismo fin.⁴

El dato de la estabilidad es presupuesto necesario para que pueda hablarse de convivencia, como ha puesto de relieve la STS nº 469/1992, de 18 de mayo.

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 conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar.

Con mayor desarrollo, la STS 42/2012, de 9 febrero, seguida por la 179/2012, de 28 marzo señalan, a los efectos del art. 101 CC que:

“la calificación de la expresión “vida marital con otra persona” puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los

3. La expresión *parejas de hecho* se emplea en 8 legislaciones autonómicas (Andalucía, Canarias, Cantabria, Castilla la Mancha, Extremadura, Galicia, La Rioja País Vasco); *pareja estable* con el añadido de no casada o sin él en 4 (Aragón, Asturias, Baleares y Navarra); *Uniones de hecho* en tres, (Castilla León, Comunidad de Madrid y Valencia); y finalmente, *Convivencia estable en pareja* en una (Cataluña).

4. “The lawful union of two persons to the exclusion of all others.” En su texto en Inglés.

*sujetos viven como cónyuges, es decir, more uxorio, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina "vida marital" son complementarios, no se excluyen y el carácter no indisoluble del matrimonio en la actualidad **no permite un acercamiento entre las dos instituciones sobre la base de criterios puramente objetivos distintos de la existencia de forma**, porque es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio."*

La pareja puede ser formada por personas de igual o diferente sexo - *con independencia de su orientación sexual*, dice el art. 12 LAU 1994-. Lo que no parece es que la pareja en sí, o por mejor decir, las relaciones entre los dos integrantes de la pareja no tenga una connotación sexual (*relación afectivo-sexual, dice la ley vasca*, con expresión más explícita que la contenida en el art. 303 del Código de Derecho Foral de Aragón que aparece igualmente en otras regulaciones: *relación afectiva análoga a la conyugal*).

En esta clase de uniones es indiferente *el género*, pero no el *número*, pues todas las regulaciones reconocen como impedimento a la constitución de esta clase de parejas la existencia de un matrimonio o de otra pareja anterior (así, art. 306 CDTA)

Extramatrimonialidad implica que la pareja no surge por razón de la celebración de un matrimonio, sino por otro motivo, que puede ser el hecho mismo de la convivencia, durante un tiempo determinado o unido a una descendencia común, o la emisión de la voluntad de sus integrantes para constituir la extramuros a dicha institución.

Esta nota, que excluye someter a estas uniones a las normas rectoras de la institución matrimonial, no implica, sin embargo, la ausencia de regulación jurídica, por lo que no siempre podremos utilizar con propiedad el término "*hecho*" para calificarla.

Por el contrario, por razones de política legislativa, o más bien de falta de una política legislativa convenientemente coordinada, podemos decir que estas uniones "*disfrutan*" en España de un nada desdeñable cuerpo jurídico, que se ha producido pese a los perjuicios históricos hacia ellas surgidos bien por motivos morales, bien por otras consideraciones, como la contenida en la famosa expresión atribuida a Napoleón, *les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*, las sostenidas por quienes -principalmente por razones religiosas- definden el monopolio del matrimonio como base de organización en pareja de la sociedad, que ven en la regulación de las parejas fuera de él una grave amenaza para el mismo, o las resistencias a su regulación por considerarlo un atentado a la libertad de quienes quieren unirse sin ver su convivencia sujeta al corsé de la regulación jurídica uniformizada.

El mayor impulso a ese desarrollo legislativo vino de quienes pretendían contraer un matrimonio que la ley les vedaba. Me refiero a los colectivos homosexuales, que, una vez liberados del estigma de su rechazo social, desearon el reconoci-

miento público de su afectividad, y optaron por las uniones de hecho como una alternativa al matrimonio. La apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo en varios puntos del globo, que en España se produjo con la Ley 13/2005, restó fuerza a este impulso, y continúa rampando por Europa, como es de ver recientemente el Francia⁵ y en Inglaterra⁶.

Sea como consecuencia de aquéllas resistencias, o por otras razones, lo cierto es que la regulación de las parejas de hecho no puede ser más insatisfactoria, hasta el punto que ha sido descrita como *patchwork* o *retales* de normas, no siempre armonizadas, y que no siempre acometen la regulación de las parejas ajenas al matrimonio desde una misma óptica e igual criterio, hasta el punto de que parece que no miran a la misma realidad social, ni dan igual tratamiento a una misma situación en función del ámbito normativo de que se trate.

Tal estado de cosas se da en España, pero no es una nota exclusiva nuestra, como es de ver en los estudios que se llevaron a cabo en el seno de la Unión Europea como motivo del Libro Verde sobre conflictos de leyes en relación con los regímenes matrimoniales.

II.- LA SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA.

Por más que desde la instauración de la democracia se han acumulado hasta doce iniciativas legislativas sobre esta materia, desde la primera presentada por el Grupo Federal Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya durante la V legislatura allá por el año 1994, hasta la presentada diez años más tarde por el Grupo de Esquerra Republicana, el legislador estatal se ha negado sistemáticamente a afrontar la regulación de esta materia, lo que ha dado lugar que hayan sido las Comunidades Autónomas las que han tomado la iniciativa de acometer su regulación ante la proliferación del fenómeno social, cada una conforme a su particular sensibilidad, y con una no siempre muy clara competencia.

Para eludir la reserva constitucional a favor del Estado sobre *las relaciones jurídico-civiles relativas a la formas del matrimonio* establecida en el art. 149.1.8ª CE, las exposiciones de motivos de las diferentes leyes autonómicas acuden a justificaciones de lo más variopintas. Unas invocan su competencia para la conservación, modificación o desarrollo de su derecho civil propio (casos de Aragón, Baleares, Galicia Navarra, y País Vasco), y las que no tenían derecho civil propio al tiempo en que la constitución fue promulgada aluden a otras competencias reconocidas en sus estatutos de autonomía; en general las relativas a la protección social y de la familia, y a la promoción de la libertad y la igualdad.

En la actualidad todas las CCAA, salvo Murcia, Ceuta y Melilla, han regulado de una u otra manera estas parejas. De tal forma que al día de hoy disponemos

5. La Asamblea Nacional francesa votó favorablemente el día 12 de febrero de 2013 el proyecto de ley 344/2012 que permite el matrimonio a las parejas homosexuales mediante la modificación del art. 143 CC, cuya redacción será "Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe."

6. El proyecto de ley sobre matrimonio del mismo sexo para Inglaterra y Gales (Bill 2012-13) fue introducido en la cámara de los comunes el día 24 de enero de 2013, y se encuentra en tramitación. Conforme al párrafo 1.1 de la parte primera del proyecto "Marriage of same sex couples is lawful."

nada menos que de 16 disposiciones autonómicas que se ocupan de las uniones de hecho, de las que trece tienen rango de Ley y las tres restantes de Decreto.

Por lo general, pese a que la doctrina ha manifestado sus dudas sobre la competencia autonómica para legislar sobre esta materia, el poder político central no ha cuestionado tal competencia ante el TC mediante los pertinentes recursos de inconstitucionalidad, con la salvedad de la legislación Navarra, que fue impugnada en cuanto permite la adopción de la pareja homosexual. No obstante, la competencia autonómica para legislar sobre parejas de hecho ha sido cuestionada ya por algún TSJ, cual ocurre con el de Galicia⁷.

III.- DERECHO ESTATAL.

Desde el punto de vista constitucional, hemos de partir de la plena legalidad de las parejas de hecho como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10 CE, y fundamento de una familia que ha de ser social, económica y jurídicamente protegida por los poderes públicos, por hallarse comprendida dentro del concepto de familia de que trata el art. 39 CE. Así lo han entendido el TC en la SSTC 19/1990 entre otras muchas resoluciones, y el TS a partir de la S de 18 de mayo de 1992 en SS n° 272/1997 o 327/2001. En igual sentido se ha pronunciado el TEDH en SS tales como las dictadas en los casos *Serife Yigit v. Turquía*, de 2-11-2010; o . *Lebbink v. Holanda*, de 01-09-2004.

La plena admisión de estas parejas dentro del esquema constitucional ha provocado un difícil acomodo de las mismas en el resto del ordenamiento jurídico, pues no parece que se haya llegado a una decisión definitiva sobre qué tratamiento legal dispensarles, hasta el punto de que no hay acuerdo en si ha de ser dentro del derecho de familia, o fuera de él, en particular el ámbito del pleno derecho patrimonial, alternativa de especial importancia por los diferentes principios que inspiran uno y otro derecho.

1. Parejas estables y matrimonio.

Como ya hemos apuntado, la existencia de la institución matrimonial y de las uniones estables de parejas como formas hábiles para fundar lazos familiares y convivenciales necesitados de regulación ha dado lugar a una importante tensión entre los sistemas jurídicos a que las segundas deben ser sometidas y el conjunto de normas que configuran la institución matrimonial, pues el paralelismo y semejanza de ambas figuras es evidente.

La cuestión se complicó en gran medida por la renuencia del legislador a regular las uniones extramatrimoniales, que pronto comenzaron a plantear conflictos, sobre todo en relación a los supuestos de extinción de la pareja, ante los

7. El TSJ de Galicia ha planteado cuestión de inconstitucionalidad de la DA Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil De Galicia, que equipara a todos los efectos el matrimonio y las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia mediante su auto n° 25/2010 de 30 de junio de 2010, en el que sostiene que el legislador autonómico ha invadido la competencia exclusiva del estado al entrar a establecer una nueva forma de matrimonio mediante esta regulación. Es la Cuestión de inconstitucionalidad n.º 3809-2012, en relación con la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, reformada por la Ley 10/2007, de 28 de junio, por posible vulneración del artículo 149.1.8ª de la CE.

Tribunales, quienes se vieron en la necesidad de resolverlos sin disponer de un cuerpo jurídico al que acudir, por lo que han ido elaborando un cuerpo de doctrina jurisprudencial, que si bien rechaza la aplicación en su conjunto de la normativa del matrimonio a las parejas constituidas fuera de él por entender que no son situaciones asimilables, sí ha permitido la aplicación de alguna de las normas que tienen como presupuesto de aplicación la existencia del matrimonio, entendiéndose que no hacerlo así podría suponer un quebranto al principio de igualdad.

A ellos nos referimos seguidamente.

2. Rechazo de la equiparación al matrimonio.

La misma doctrina que le da cabida en nuestro derecho sostiene con firmeza que la unión paramatrimonial es una realidad distinta del matrimonio, de tal forma que el derecho no tiene que dispensar igual trato a ambos. Ello justifica que no se anude a estas uniones la producción del entramado armonioso y estructurado de efectos jurídicos que surge con la *institución del matrimonio*, en particular, el conjunto de derechos y obligaciones propias entre cónyuges (arts. 66 a 71 CC), ni un régimen económico común (art. 1315 CC y ss), ni, en general, puede serle aplicadas las normas reguladoras de las crisis matrimoniales (art. 90 CC y ss), de tal forma que los conflictos que surjan entre los convivientes tienen que ser resueltos a través de otros cuerpos jurídicos diferentes al rector de la relaciones matrimoniales, en particular se ha acudido al de las sociedades, al de los contratos, o a expedientes como el enriquecimiento injusto, la protección del perjudicado, la responsabilidad civil, o la aplicación de muy particulares normas aplicables al matrimonio, en concreto, los arts 96, 97 y 1438 del CC .

La primera consecuencia de tal diferencia es que mientras que el matrimonio altera el estado civil de los contrayentes, que mudan su condición de soltero por la de casado, la unión extramatrimonial no lo hace, de tal modo que el estado civil de quienes se unen continúa siendo el mismo que antes de la unión.

3. El principio de igualdad como motor de supuestos de equiparación en las relaciones externas de la pareja.

Pese al rechazo de la equiparación de matrimonio y pareja extramatrimonial, el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE ha servido de ariete para que se haya iniciado una tímida aproximación del tratamiento de ambas uniones, reclamando para las parejas formadas por quienes no tienen la condición de cónyuges el mismo trato que para las parejas integradas por quienes sí lo son, al menos en cuanto a los sistemas de protección pública, y, en algunos casos, en el ámbito privado, en relación a terceros y en particulares aspectos de la ruptura de la situación convivencial.

Hito de especial significación en este camino el la STC 222/1992, que proclamó la inconstitucionalidad de la exclusión del conviviente del régimen de subrogaciones previstas para el cónyuge en la ley de arrendamientos urbanos de 1964 con fundamento en el derecho a la igualdad establecido en el art. 14 CE, en contra del tradicional criterio de no entender asimilable la figura del conviviente con la

del cónyuge a los efectos de obtener la pensión de viudedad, que había acogido el TC desde su S 184/1990, y de la que es exponente la STC 69/2007, cuyo criterio no fue compartido ni por un voto particular ni por el TEDH, al que acudió la interesada, en su STEDH Muñoz Díaz v España, de 8-3-2010, si bien este tribunal declara la violación del convenio no con base al derecho a la igualdad en relación con el de constituir una familia y contraer matrimonio, sino por discriminación de las minorías (se trataba de un matrimonio por el rito gitano).

En cualquier caso, el impacto del principio de igualdad en esta materia se encuentra limitado por las constantes declaraciones sobre la falta de identidad entre el matrimonio y las uniones extramatrimoniales, que privan a la ecuación de unos de sus elementos fundamentales para que la igualdad de trato pueda ser reclamada, la identidad de supuesto de hecho, y así lo han entendido en el TC y el TEDH en las sentencias acabadas de citar, y asimismo el TJUE en la S Claudia Gualtieri V Comisión Europea, de 15-4-2010 reitera la idea de que matrimonio y unión hecho son realidades diferentes, y que por ello no tienen por qué estar sujetas a los mismos beneficios.

En definitiva, cabe afirmar que es decisión del legislador reconocer en cada caso a los convivientes fuera del matrimonio los mismos beneficios de los unidos por él.

Y en este sentido es de destacar que por aplicación del principio de igualdad la práctica totalidad de las autonomías han proclamado igualdad de trato en el ámbito del derecho público que le es propio –con la notoria salvedad del tributario- para las uniones de hecho que se hallen sometidas a su regulación específica, y así lo establece en la actualidad el art. 315 CDEFA:

“Los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en la normativa aragonesa de Derecho público, que no tenga carácter tributario, serán de igual aplicación a los miembros de la pareja estable no casada.”

Por el contrario, el principio de igualdad no ha tenido el mismo impacto en las relaciones jurídico privadas entre los miembros de la pareja, y de estos con terceros, ámbitos en que raramente se aplican las normas reguladoras del matrimonio, si bien en alguna ocasión han sido aplicadas particulares normas previstas para los casos de crisis matrimoniales a las de las parejas no matrimoniales, en particular los arts. 96⁸ CC con los mismos requisitos y presupuestos que ellos establecidos para la ruptura matrimonial, y con más dudas el art. 97.CC⁹, si bien con la precisión de que dichas normas no son aplicadas por razón de analogía, sino por darse los presupuestos directos de aplicación, y con el aviso de que esta aplicación ha de ser realizada con suma precaución, en tanto pueden coartar la libertad de los convivientes para poner término a su relación.

8. STS nº 221/2011, de 1 Abr. 2011, rec. 1456/2008 y nº 340/2012, de 31 May. 2012, rec. 1057/2011

9. STS nº 611/2005, de 12 septiembre

IV.- LEGISLACIÓN.

Como hemos dicho, el legislador estatal ha optado por no configurar un estatuto general para las uniones no matrimoniales, pese a los intentos de diversos grupos parlamentarios, ni tan siquiera se ha decidido por abordar la regulación de los compromisos de convivencia al modo del Contrato De Unión Civil y Social (PACS) instaurado en Francia por la ley 99-944, de 15-11-1999, que inspiró la propuesta presentada por el Grupo Parlamentario Popular bajo el título de LO de *contrato de unión civil* el día 19-9-1997 durante la VI legislatura, que sospecho dirigida a desviar los intentos de los demás grupos de acometer de forma específica la regulación de las uniones paramatrimoniales.

Por el contrario, el legislador nacional ha decidido tomar en consideración figura de que tratamos mediante un sinfín de normas dispersas que abordan fragmentariamente la cuestión para dar igualdad de trato a los cónyuges y los unidos fuera del matrimonio, no siempre en beneficio de ellos, es preciso señalarlo, que conforman un cuerpo jurídico que responde a la idea de *patchwork* ya avanzada, y que en algunas ocasiones no puede ser calificado sino como estrambótico en razón del lugar en que el legislador decidió establecerlas, fuera del cuerpo principal de la regulación, escondidas en muy diversos apartados de las leyes.

Así cabe señalar:

- la DA 10ª de la Ley, 30/1981, de divorcio, con la que se persigue garantizar la pensión de viudedad a las parejas que por razón del sistema anterior no hubiera podido contraer matrimonio pero que *hubieran vivido como tal* hasta el fallecimiento de uno de sus integrantes.
- la DA 3ª L 21/1987, que modifica el CC en materia de de adopción, en la que se indica que las referencias de la 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 unidad de forma permanente por *relación de afectividad análoga a la conyugal*.
- Pero sin duda la palma se la lleva en legislador con la L 30/1995, que instaura el sistema baremado de determinación de la responsabilidad civil en accidentes de circulación. En esta ocasión, hay que ir a buscar la proclamación de igualdad de trato de *las uniones conyugales de hecho consolidadas* a las notas 2 y 3 de la tabla I del anexo al Decreto 632/1968 (TRef. Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor) que introduce la DA 8ª de dicha ley (llamado baremo del automóvil).

En otras ocasiones regla de la igualdad de trato se lleva a cabo de forma más abierta, cual ocurre con:

- el art. 12 L 29/1994 de arrendamientos urbanos, en el que por primera vez se amplía la igualdad de trato a favor de quien *hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación, sexual*, si bien en este caso se exige para la equiparación que la convivencia se hubiera prolongado

por tiempo de dos años o que haya dado fruto a descendencia común. Equiparación que se produce a los efectos de la posibilidad de que el no arrendatario que permanezca en domicilio familiar constituido en una vivienda arrendada pueda continuar el arriendo cuando el que lo sea lo abandone y se desentienda de él.

- el artículo 101 CC, que dispone la extinción de la pensión compensatoria por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por *vivir maritalmente* con otra persona.
- el art. 320 CC, que permite la emancipación judicial de los menores si quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o *conviviere maritalmente* con persona distinta del otro progenitor
- la ley 40/2007, que completa el régimen establecido para las parejas de hecho en la ley 30/1981 antes indicado, y modifica el art. 173 TRef de la LSS¹⁰ a fin de extender las pensiones por razón de supervivencia a las parejas de hecho, concepto por el que se ha de entender *la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria que acrediten una convivencia estable y notoria durante al menos cinco años, así como dependencia económica del conviviente sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.*

El elenco de normas puede ser completado con las contenidas; el código penal, que emplea la expresión *ligada en forma estable por análoga relación de afectividad* para equipararla a los unidos en matrimonio a los efectos de la circunstancia mixta de parentesco, agravar en los delitos contra las personas, tipificar los de violencia de género y solicitación, atenuar en los de soborno, y eximir en el encubrimiento (*arts. 23, 57, 148, 153, 171, 172, 172, 173, 424, 443, 454*); o en la dedicada a la organización de tribunales (también con la locución *análoga relación de afectividad*).

Recordemos las diferentes expresiones empleadas por el legislador:

- hubieran vivido relación de afectividad análoga a la conyugal
- uniones conyugales de hecho consolidadas
- conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge

10. A partir de dicha reforma los párrafos 4 y 5 del apartado 3 del art. 173 quedan redactados del siguiente modo:

“A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica.”

- análoga relación de afectividad a la conyugal
- convivir maritalmente
- ligada en forma estable por análoga relación de afectividad –a la conyugal–

Diferencias a las que hay que sumar los requisitos añadidos (2 años o descendencia común en la LAU; soltería, impedimento matrimonial, cinco años de convivencia y empadronamiento común en la LGSS), o excluidos (como ocurre con los delitos de violencia de género, que prescinden de la convivencia), para preguntarnos si el legislador estatal tiene un concepto unívoco de pareja extra-matrimonial, o si por el contrario lo determina *ad hoc* para cada caso en que decide extender el tratamiento dado a los cónyuges a los emparejados que no lo son.

También les recuerdo las leyes autonómicas sobre parejas de hecho, cada una de las cuales ha optado por su particular fórmula para definir las¹¹, y configurar

11. Las definiciones dadas en la normativa autonómica son las que siguen:

Andalucía

Artículo 3 Definición

1. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por pareja de hecho la unión de dos personas, con independencia de su opción sexual, a fin de convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal.

Aragón

Artículo 303. Concepto

Se consideran parejas estables no casadas, a efectos de este Código, las formadas por personas mayores de edad entre las que exista relación de afectividad análoga a la conyugal y que cumplan los requisitos y formalidades que se establecen en este Título.

Asturias

Artículo 3 Pareja estable

1. A efectos de lo dispuesto en esta Ley, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, 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.

2. Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público, o se hayan inscrito en el Registro de Uniones de Hecho del Principado de Asturias.

Baleares

Artículo 1 Objeto y ámbito de aplicación

1. Constituye el objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico de las parejas estables en las Illes Balears, entendiéndose como tales las uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal.

Canarias

el título de la ley es el de parejas de hecho

Artículo 1 Ámbito de aplicación

La presente Ley será de aplicación a las personas que convivan en pareja de forma libre, pública y notoria, vinculados de forma estable con independencia de su orientación sexual, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que se cumplan las exigencias establecidas en el artículo siguiente.

Bastará la mera convivencia cuando la pareja tuviera descendencia en común.

Cantabria

Artículo 4.2

A los efectos de la aplicación de esta ley, se considera pareja de hecho a la que resulta de la unión de dos personas de forma estable, libre, pública y notoria, en una relación afectiva análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual

Castilla y León

RD registro Artículo 2 Ámbito de Aplicación

los requisitos para su válida constitución, para preguntar si cuándo una pareja

En el Registro podrán inscribirse las uniones que formen una pareja no casada, incluso del mismo sexo, en relación afectiva análoga a la conyugal, de forma libre, cuyos componentes hayan convivido, como mínimo, un período de seis meses

Castilla la Mancha

RD registro Artículo 2

Tendrán acceso a la inscripción en este Registro las uniones que formen una pareja no casada, incluso del mismo sexo, que convivan en relación afectiva análoga a la conyugal, de forma libre

Cataluña

Artículo 234-1 Pareja estable

Dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos.
- b) Si durante la convivencia, tienen un hijo común.
- c) Si formalizan la relación en escritura pública.

Extremadura

Artículo 2. Ámbito de aplicación

1. A los efectos de la aplicación de la presente Ley, se considera pareja de hecho la unión estable, libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la pareja en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

2. Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público.

La Rioja

Tendrán acceso a este Registro las uniones que formen una pareja estable no casada entre dos personas, con independencia de su sexo, que convivan de forma libre, pública y notoria, existiendo una relación de afectividad análoga a la conyugal

Madrid

Artículo 1 Ámbito de aplicación

1. La presente Ley será de aplicación a las personas que convivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

Navarra

Artículo 2. Concepto de pareja estable

1. A efectos de la aplicación de esta Ley Foral, se 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.

2. Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público.

País Vasco

Artículo 2 Concepto de pareja de hecho y ámbito de aplicación

1.- A los efectos de la aplicación de esta ley, se considera pareja de hecho a la resultante de la unión libre de dos personas, mayores de edad o menores emancipadas, con plena capacidad, que no sean parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral y que se encuentren ligadas por una relación afectivo-sexual, sean del mismo o distinto sexo. Asimismo, ambos miembros de la pareja deberán cumplir el requisito de no estar unidos a otra persona por vínculo matrimonial o por pareja de hecho.

Valencia

Artículo 1 Ámbito de aplicación

1. La presente ley será de aplicación a las personas que convivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana.

de hecho lo es conforme a la ley autonómica que le sea aplicable también lo es ante las demás y el Estado central, y al contrario, si siempre que conforme a la ley estatal, o a una cualquiera autonómica, no estamos ante una pareja de hecho, tampoco lo estaremos ante tal figura en el Estado y en todas y cada una de las autonomías.

En el sistema federal americano la cuestión ha sido resuelta por la llamada *Full Faith and Credit Clause*, en virtud de la cual cada uno de los Estados federados y el Estado federal se reconocen entre sí la validez de los actos realizados en cada uno de ellos (el particular problema que planteó el desigual reconocimiento del matrimonio de homosexuales, que fue tratado de solucionar por la Defense Of Marriage Act de 1996 DOMA y de sus versiones en los Estados contrarios a tal matrimonio, llamadas LITTLE DOMAs)

Y en el derecho español puede verse un vestigio este problema en el quinto de los párrafos del art. 173 TRLGSS¹², conforme al que:

“En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”

Tal norma implica el reconocimiento por el Estado como parejas de hecho a las que se hubiere constituido de acuerdo con las normas autonómicas, y plantea serios problemas sobre si la remisión se refiere a la totalidad de las promulgadas, o solamente las que lo han sido en las Autonomías que tienen reconocido en sus estatutos la competencia para la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil que tuvieron; la norma de conflicto que determina la aplicación de las normas autonómicas; y, finalmente, su compatibilidad con el derecho general de todos a la igualdad (art. 24 CE) y al particular a la igualdad de los españoles en cualquier parte del territorio nacional (art. 139 CE), pues de tal remisión podría derivarse que el derecho a la pensión de viudedad haya ser reconocido o no en una misma situación convivencial dependiendo de la norma autonómica que fuere aplicable, sin duda por ello ha sido planteada recientemente cuestión de inconstitucionalidad sobre este artículo¹³.

V.- JURISPRUDENCIA.

La jurisprudencia del TS se ha enfrentado al problema desde una perspectiva meramente estatal, si bien ha hecho alguna referencia *obiter dicta* a la norma-

12. Sobre la problemática de dicho precepto puede verse: “Pensión de viudedad, parejas de hecho y Comunidades Autónomas (a propósito de la remisión a la legislación autonómica en el art. 174.3 LGSS)”. IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO.

Entre las resoluciones de los Tribunales, cabe destacar la STSJ de Aragón, Sala de lo Social, nº 341/201, 18 May. 2011, rec. 257/2011, y la del TSJ de Canarias, de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, nº 310/2012, 25 Abr. 2012, rec. 636/2011, en la última de las cuales se afirma que la remisión a la legislación de las comunidades autónomas que contiene el precepto tan solo es aplicable en relación a las que de acuerdo con sus estatutos tienen reconocida capacidad normativa en derecho civil., de tal forma que el resto se hallan sometidas al derecho común.

Finalmente es de señalar que la Sala de lo social del TSJ de Madrid ha planteado cuestión de constitucionalidad de la norma de mención por poder ser contrario a la igualdad que proclaman los arts. 14 CE y 139 CE.

13. Ver nota anterior.

tiva autonómica (STS 611/2005) para declararla de preferente aplicación, y ha advertido la inexistencia de regulación para las parejas de hecho, por lo que, no pudiendo desentenderse de la resolución de los conflictos surgidos con ocasión de tales uniones que les fueron sometidos en virtud del *non liquet*, hubo de decir qué normas aplicar en cada caso.

El tal cometido ha afirmado reiteradamente la falta de equiparación entre matrimonio y unión paramatrimonial, a las que tiene por relaciones diferentes, y que hay que respetar la decisión de los convivientes de mantenerse ajenos a las normas que disciplinan el matrimonio.

Por ello, ha venido entendiendo que estas uniones se hallan en una situación de *ajuridicidad o anomia* desde su Sentencia de 21 de octubre de 1992 (RC 1520/1990), de tal forma que ni le son aplicables las normas del matrimonio, ni se hallan sujetas a un cuerpo legal propio, y, si bien le reconocen ciertos efectos jurídicos, éstos han de ser determinados, a falta de pacto, mediante fórmulas de integración jurídica.

Tal criterio ha sido mantenido hasta la fecha en SS tales como la nº 270/1997, la nº 327/2001, la nº 61/2005, de especial importancia por ser de pleno y haber sido dictada con la especial determinación de fijar doctrina legal, aunque la cuestión no accedió a casación por la vía del interés casacional, la nº 1040/2008, o en fin, la nº 431/2010, que es la última de que tengo constancia de las que hacen declaraciones generales al respecto.

De igual modo, la jurisprudencia ha abandonado todo recelo contra las relaciones extramatrimoniales, y no encuentra causa torpe en ellas que limite la libertad de pactos para regular sus relaciones o ruptura, más allá de los contornos de la ley la moral o orden público que dibuja el art. 1255 CC, lo que constituye ya un criterio jurisprudencial sentado (STS 1085/1996 y 61/2005) que incluye la posibilidad de acogerse a un concreto régimen económico matrimonial, (SSTS 469/1992 o 913/1992), ni ve impedimento alguno para que puedan otorgar entre ellos toda clase de contratos, como ha entendido la STS 1041/1994, que se ocupó de un caso de donación entre convivientes. No obstante, permanece todavía la espinosa cuestión de determinar los límites de la autonomía de la voluntad de los otorgantes para regular sus relaciones personales.

Es de especial importancia la STS 611/2005, a la que ya me ha referido, que contiene dos votos particulares. La sentencia es del Pleno de la Sala Primera, y pese a que no ha sido dictada en recurso de casación por interés casacional, sí persigue sentar doctrina legal para tratar de aunar los dispares criterios de los tribunales, finalidad que ha sido resaltada por la posterior STS 1040/2008.

Las reglas establecidas en tal resolución son:

1ª han de prevalecer los pactos alcanzados por los convivientes para regular sus relaciones durante la unión, y su liquidación en el caso extinción. A tal efecto la repetida sentencia, precedida de otras tales como las 913/1992, o 1181/1994 afirma que uno de los pocos puntos de acuerdo alcanzados sobre esta cuestión era la admisibilidad general de los pactos expresos o tácitos, y la sentencia nº

1085/1996 lamenta que tal acuerdo no hubiera sido alcanzado en el supuesto por ella resuelto.

En el caso de pacto tácito habrá de estarse la prueba practicada para esclarecer lo pretendido los otorgantes, sin que sea dable presumir la voluntad de los convivientes de constituir un patrimonio común por el mero hecho de la convivencia.

Tal clase de pactos pueden tener por finalidad la constitución de cualquier tipo de sociedad, irregular incluida, así como cualquier forma de comunidad de bienes, y no tienen otros límites que los generales del art. 1255 CC.

2º en caso de inexistencia de pacto, no cabe acudir las normas reguladoras del matrimonio, de modo que la mera unión no provoca como consecuencia el surgimiento de un patrimonio común que haya de ser liquidado, ni de un particular régimen económico ni tan siquiera por vía analógica, por no existir identidad de razón al ser matrimonio y unión de hecho realidades jurídicas netamente diferentes.

3º en cualquier caso, a falta de ley aplicable (legislación autonómica) y en ausencia de pacto, es posible acudir a diversas soluciones jurídicas para dar remedio al litigio, que no son incompatibles entre sí, de tal forma que habrá que determinar caso por caso la que deba ser aplicada. Entre tales soluciones cabe acudir a:

- La buena fe y el abuso del derecho
- El enriquecimiento injusto
- La responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 CC
- El artículo 96 CC
- EL ART. 97 CC
- El principio general de protección al conviviente perjudicado.

Posibilidades todas ellas que la sentencia se ocupa de ordenar por preferencias del siguiente modo:

“En conclusión y como epítome, se puede decir que en el criterio jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas de hecho, se puede constatar que la técnica más utilizada es la de la doctrina del enriquecimiento injusto, seguida por la de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho, más tarde la de la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil, y por la de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, y por último la de disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes.”

El ranking de soluciones queda, entonces, establecido del siguiente modo:

1. enriquecimiento injusto
2. protección del conviviente más perjudicado
3. aplicación analógica del artículo 97 CC
4. responsabilidad civil extracontractual
5. sociedad civil irregular o comunidad de bienes

No obstante la existencia de dos votos particulares, uno del Magistrado Xavier O’Callaghan Muñoz, que defiende la aplicación con carácter general del princi-

pio general de protección del conviviente perjudicado, y otro suscrito por Ramón Ferrándiz Gabriel y D^a Encarnación Roca Trias, que defienden la aplicación directa de ciertas normas reguladoras de la ruptura matrimonial en los supuestos de extinción de las uniones de hecho sin necesidad de acudir a la analogía, debe ponernos sobre aviso de que la doctrina jurisprudencial puede cambiar, máxime si se tiene en cuenta que el ponente de la sentencia, el a la sazón presidente de la Sala Primera, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, ya se encuentra jubilado, y el peso específico que los disidentes tienen en dicha Sala.

Por lo demás la aplicación del art. 97 CC, o la de los principio del enriquecimiento injusto, o en fin, el de protección al más débil de los convivientes ha servido indistintamente para otorgar una pensión mensual (STS 749/2000), una indemnización compensatoria (STS 327/2001, 700/2001), o, finalmente, una participación en los bienes adquiridos durante la convivencia por el otro miembro de la pareja (STS 5/2003).

Por tanto, pese el notable esfuerzo de la sentencia que decimos para dotar de seguridad jurídica, la cuestión no debe ser tenida por definitivamente zanjada.

Ello supone una notable dificultad para articular las reclamaciones que puedan hacerse entre convivientes en caso de conflicto, lo que ha dado lugar a rocambolescos y enrevesados suplicos en alguna de las demandas presentadas, en las que se entrecruzan peticiones principales, alternativas y subsidiarias para evitar el peligro de no ver desestimada la pretensión por razón del principio de congruencia.

VI.- DERECHO AUTONÓMICO.

Como dijimos, ante la falta de decisión del legislador estatal, la asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas han tomado la iniciativa, cada una con su particular criterio, y se han lanzado a promulgar sus leyes sobre parejas de hecho.

Pese al discutible fundamento competencial sobre el que lo han hecho, es lo cierto que el Estado no reaccionado contra dichas leyes promoviendo los pertinentes conflictos de competencia o recursos de inconstitucionalidad, y cuando lo han hecho no se dirigían contra la regulación de tales uniones en sí, sino contra la facultad de adopción conjunta que se les atribuía en algunos casos.

La situación en la actualidad es la que expresa la siguiente tabla:

Andalucía	L 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho.
Aragón	DLEG 1/2011, de 22 de marzo, Código del Derecho Foral de Aragón Arts 303 ss
Asturias	L 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables
Baleares	L 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables
Canarias	L 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la CA de Canarias
Castilla-Mancha	D 124/2000, de 11 de julio, Registro de parejas de hecho
Castilla-León	D 117/2002, de 24 de octubre, Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León
Cantabria	L 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la CA de Cantabria
Cataluña	L 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, art. 234 ss
Extremadura	L 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la CA de Extremadura
Galicia	L 2/2006, DE 14 De Junio, De Derecho Civil De Galicia DA 3ª
La Rioja	D 30/2010, de 14 de mayo, por el que se crea el Registro de Parejas de Hecho
Madrid	L 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid
Navarra	LF 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables
País Vasco	L 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho
Valencia	L 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho
Andalucía	L 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho.

Y como no podía ser de otra manera, la regulación que cada una de estas leyes hace es asimismo diferente, desde las más decididas, como la DA 3ª de la L 2/2006 de derecho civil de Galicia, que dispone la equiparación plena entre el matrimonio y las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia a los efectos de dicha Ley, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que reconoce a los cónyuges, hasta las más timoratas, como las valenciana y madrileña, que no reconocen efectos civiles, sino meramente administrativos, a las uniones de hecho, y se limitan a establecer un sistema de registro de los pactos que pudiera ser alcanzado en el seno de la pareja, como es de ver en la siguiente tabla:

TABLA COMPARATIVA DE REGULACIÓN

	Norma	Inscripción constitutiva	Por Convivencia	Tiempo de convivencia	Por descendencia común	Por Declaración de voluntad	Escritura Pública.	Ante Municipio	Ante el Registro	Prueba libre	Especialidad. Procesales.	Régimen Primario.	Pacto regulador	Compensación.	Pensión	Derechos sucesorios.	Adopción	Acogimiento
Andalucía	L					X	X	X	X	X			X			X		X
Aragón	L		X	2 a		X	X			X	X	X	X	X		X	X	
Asturias	L		X	1 a	X	X	X		X	X			X					X
Baleares	L	X							X			X	X	X	X	X		
Canarias	L		X	12m	X					X		X	X					
Castilla-Mancha	D		X															
Castilla-León	D		X	6 m	X	X												
Cantabria	L	X		1 a	X	X			X			X	X	X			X	X
Cataluña	L		X	2 a	X	X	X						X	X	X	X		
Extremadura	L	X	X	1 a	X	X	X		X			X	X	X				X
Galicia	L	X	X						X			X	X	X	X	X	X	X
La Rioja	D		X		X	X	X		X	X								
Madrid	L	X							X			X	X					
Navarra	L		X	1	X	X	X			X		X	X	X	X	X	X	X
País Vasco	L	X				X			X				X	X	X	X	X	X
Valencia	L	X		12m					X			X	X					

Como consecuencia de todo lo dicho, cabe concluir que no todas las comunidades autónomas asumen la misma idea de pareja de hecho. Alguna tiene por tal el mero hecho de la convivencia por un tiempo que varía de una a otra regulación, otras exigen una voluntad manifestada, para otras basta una descendencia común, y otras, en fin, exigen la inscripción en un registro especial como elemento constitutivo de esta especial relación.

La existencia de este disímil derecho autonómico sobre las parejas de hecho plantea de inmediato la cuestión de cómo aplicarlo en los diversos territorios del Estado, o por decirlo de otro modo, de cuáles son las normas de conflicto que determinan a qué parejas aplicar unas u otras leyes. También aquí la dispersión es descorazonadora, pues cada Comunidad optó por el punto de conexión que le vino en gana. Así resulta el siguiente cuadro:

ÁMBITO DE APLICACIÓN

	Residencia 1	Residencia 2	Empadronado 1	Empadronado 2	Vecindad civil 1	Vecindad civil 2	Empadronado y residencia 1	Empadronado y residencia 2	Vecindad administrativa 1	Vecindad administrativa 2
Andalucía	X									
Aragón L6/99										X
Aragón CDFA										
Asturias				X						
Baleares					X					
Canarias				X						
Castilla-Mancha							X			
Castilla-León		X								
Cantabria		X								
Cataluña										
Extremadura							X			
Galicia				X						
La Rioja										X
Madrid							X			
Navarra					X					
País Vasco									X	
Valencia			X							

Pero es que además, y aquí sí que no parece que pueda haber disputa, dada la claridad de las SSTC nº 156/1993 y 226/1993, el artículo art. 149.1.8ª CE contiene una reserva absoluta a favor del Estado en cuanto a las *normas para resolver conflictos de leyes*, de tal modo que todo intento de las Comunidades Autónomas que tienda a disciplinar esta materia incurre en exceso competencial.

Sin embargo, el Estado, al igual que lo hizo con la regulación de la parejas de hecho, se ha abstenido de establecer tales normas de conflicto, lo que puede dar lugar a superposiciones y lagunas en la aplicación de tales normas con las previsibles consecuencias que ello puede comportar.

La doctrina¹⁴ ha apuntado muy diversas soluciones, como la que parte de un entendimiento meramente contractual de la unión de hecho, que conduce a la aplicación de las normas de conflicto propias de los contratos; la que, admitiendo la similitud con el matrimonio, defiende la aplicación de la reglas de conflicto aplicables a éste; o la que opta por crear una nueva norma de conflicto extraída analógicamente de las rectoras del estatuto familiar y personal.

Por su parte, los tribunales que se han enfrentado a la cuestión la han resuelto del modo que mejor entendieron; así:

- La SAP de Barcelona (12ª), nº 863/2009 optó por la **aplicación territorial** de derecho civil catalán;
- La SAP Navarra (2ª) nº 99/2002 se decidió la aplicación de la norma de conflicto aplicable al matrimonio contenida en el **art. 9.2 CC**; y finalmente;

14. JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL Conflictos de Leyes internos. Notas fundamentales de la situación actual. Boletín JADO. Bilbao. Año VII. Nº 18. Diciembre 2009, pp. 53-94

- La SAP Girona (2ª) nº 474/2002 de inclinó por aplicar un **estatuto familiar** que extrajo por vía analógica de los nº 1 y 2 del art. 9 CC y 107 CC

VII.- LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO.

Como es habitual, y en el entendimiento de que la legislación sobre familia es muy dispar en el ámbito de la unión europea, el derecho comunitario se dedica solamente a los aspectos meramente patrimoniales de las relaciones en las parejas, y ha optado por intervenir respetando legislación de cada Estado. No pretende regular él mismo estas relaciones, sino que trata de asegurar la vigencia del espacio de justicia común que exige la unidad de mercado mediante el establecimiento de normas de competencia y de conflicto de leyes.

Para acometer su regulación encomendó la redacción del libro verde sobre normas de conflicto de leyes en materias relativas a los regimenes matrimoniales que la Comisión presentó el día 1/7/2006 [COM (2006) 400]. Dicho estudio mostró que la dispar regulación sobre parejas de hecho existente en España se reproduce entre los distintos Estados Miembros, y que de los 27 existentes tan solo 14 han decidido regularlas, mientras que todos ellos regulan el matrimonio. Un documento de trabajo confeccionado con ocasión del libro verde recoge la siguiente tabla resumen de la situación existente en los diferentes Estados miembros de UE en relación a la regulación de las uniones extramatrimoniales, hecho. Es oportuno señalar que España figura como Estado que no dispone de regulación sobre parejas de hecho, pese a la existencia de elenco de normas autonómicas, lo que sin duda es debido a la inexistencia de ley estatal.

États membres	Aucune	Contrat enregistré	Partenariat enregistré	Cohabitation de fait
Belgique		X		
Danemark			X	
Allemagne			X	
Grèce	X			
Espagne	X			
Finlande			X	
France		X		X
Irlande		X	X	
Italie	X			
Luxembourg			X	
Pays-Bas			X	
Autriche	X			
Portugal				X
Suède			X	
Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles)		X	X	
Royaume-Uni (Écosse)		X	X	
Pologne				X
Estonie	X			
Lettonie	X			
Malte	X			
Tchèque	X			
Slovaquie	X			
Hongrie				X

Del mismo documento de trabajo puede ser extraída la enrevesada tabla comparativa de la regulación dispensada en cada uno de los derechos de los Estados miembros que reproduzco a continuación:

EFFETS SUR LES BIENS ET SUR LES CONTRATS		Identique au régime matrimonial	Régime différent	Réglementation des parties autorisée	Solutions suivant les Principes Générales du Droit	Régime général des contrats	
Partenariat enregistré	D	X	X	X			
	A	X	X	X			
	Fi	X		X			
	P-B	X		X			
	S	X		X			
	G-B		X				
	Ir		X				
	L		X	X			
Contrat enregistré	Couples du même sexe	D					
		A					
		Fi					
		S					
	Couples du sexe différent	F		X		X	
		L					
		B		X		X	
Couples de fait	Fi				X		
	S				X		
	P		X				
	H		X				

Por ello, el Consejo de la UE ha optado por dar un tratamiento diferenciado a las uniones matrimoniales y a las extramatrimoniales, el mediante dos proyectos de Reglamentos Comunitarios:

- uno relativo a la competencia, ley aplicable y reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales, de 13 de marzo de 2011 [COM (2011) 126]

- el otro, que es el aquí nos interesa, relativo a la competencia, ley aplicable y reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, de la misma fecha que el anterior [COM (2011) 127].

Dicho reglamento prescinde de la terminología al uso para designar las uniones extramatrimoniales y opta por un aséptico *uniones registradas*, que define como *régimen de vida en común entre dos personas contemplado por la ley y registrado por una autoridad pública*, lo que supone la exclusión de las parejas de mero hecho

Establece como punto de conexión general el del Estado *de registro de la unión*, cuyo derecho no puede ser excluido con fundamento en el orden público interno por el tribunal del foro en razón de no hallarse regulado en el mismo tal clase de uniones, si bien tal ausencia de reconocimiento interno sí puede dar lugar a la declaración de incompetencia del tribunal designado por las reglas de competencia.

VII.- FUTURO DE LAS UNIONES DE HECHO.

Todo lo dicho pone en evidencia el nada tranquilizador panorama ante el que nos encontramos; un Estado central que, ante la intensa polémica social existente en torno al tratamiento que debe ser dado a las uniones extramatrimoniales en relación con el dispensado al matrimonio, se ha negado a regular de una forma completa aquéllas, y ha preferido sujetarlas a una regulación fragmentaria que no parece responder a un concepto unívoco de lo que es una unión de hecho, así como al criterio de los tribunales, que en su labor de integración del ordenamiento jurídico han tratado de colmar el vacío acudiendo a una amplia gama de soluciones jurídicas para dar salida a los conflictos que le fueron siendo planteados, pero a los que en modo alguno les corresponde el ejercicio de potestades legislativas; y unas Asambleas de las Comunidades Autónomas que han iniciado una carrera desbocada para llenar tal vacío ante la que el Estado se ha plegado, pese a la reiteradamente denunciada infracción del esquema de las competencias constitucionales diseñado por la CE.

No parecer que las Comunidades Autónomas vayan a abandonar el terreno que tienen conquistado, ni que el Estado esté dispuesto a acometer la regulación de las uniones extramatrimoniales de una manera completa en un futuro próximo, por lo que quizás la opción más plausible sea seguir el ejemplo iniciado por la UE, y que el Estado desarrolle las competencias que le son propias y establezca unas normas claras de conflicto, de tal manera que las soluciones dadas a cada caso sean siempre las mismas por ser siempre aplicable la misma norma, cualquiera que sea el territorio en el que pueda ser planteado un litigio en relación con una unión extramatrimonial.

En cualquier caso, el Estado todavía mantiene un poderoso resorte de control; el que le da su competencia exclusiva sobre los registros públicos, y hasta la fecha no ha abierto ninguno que tenga por objeto registrar las parejas de hecho.

De igual modo, tampoco las legislaciones fiscal ni procesal han recibido el impacto de esta forma de convivencia.

VIII.- DERECHO ARAGONÉS.

El legislador aragonés no quiso quedarse atrás en la carrera de la regulación de las parejas de hecho, y lo hizo tempranamente, aunque sin ser la más adelantada, mediante la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, seguida por el RD 203/1999, de 2 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro Administrativo de parejas estables no casadas, sin que faltaran críticos que tildaran dicha ley de inoportuna e innecesaria, lo primero por entender que no existía una necesidad social que justificase su promulgación, y lo segundo, por que la mayor parte de las disposiciones de dicha ley que acometían la regulación de las uniones de hecho se hallaban ya en otras disposiciones del derecho civil propio¹⁵. Sin embargo, nadie puso en tela de juicio la competencia de la Comunidad Autónoma para acometer la regulación de las consecuencias civiles de tales uniones, debido a que es una de las que tiene reconocida competencia en esta materia en el art. 71. 2ª de su Estatuto.

La Ley 2/2004, de 3 de mayo, modificó la Ley 6/1999 con el único fin de permitir la adopción a las parejas estables no casadas compuestas por personas del mismo sexo, por considerar una discriminación permitirla solamente a las heterosexuales, como expresa en su exposición de motivos.

El proceso se completó con el RDLeg. 1/2011 que aprobó, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», un texto refundido de la legislación civil de la comunidad autónoma, incluyó:

- a) El Título preliminar de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.
- b) La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte.
- c) **La Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas.**
- d) La Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad.
- e) La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona.
- f) **La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.**
- g) La propia Ley de Derecho civil patrimonial.

El nuevo texto refundido dedica los arts. 303 a 315 a la regulación de las parejas estables no casadas, en los que se siguen los mismos criterios ya marcados por la ley de 1999, como no podía ser de otra manera, pero otras normas contenidas en el texto derivadas de otras posteriores a aquélla ley, en particular la L 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, suponen, a mi entender, un importante impacto en la regulación de las parejas estables no casadas, en tanto que dedica no pocos preceptos a la regulación de la ruptura de las relaciones familiares derivadas de la paternidad común de los convivientes, con independencia del vínculo existente entre los progenitores, sea matrimonial, de pareja estable o de mera pareja de hecho.

15. Carlos Martínez-de-Aguirre Aldaz. "notas críticas sobre la ley de parejas estables no casadas"

El cambio de perspectiva es importante, porque el legislador aragonés no afirma como criterio fundamental a la hora de regular la ruptura familiar la relación sobre la que dicha relación se ha constituido, sino la existencia de progenie común, con independencia de aquélla, de tal modo que, cuando existen hijos comunes, las normas que regulan la ruptura familiar son las mismas para las uniones matrimoniales, las estables no casadas y las de mero hecho, como se deduce claramente del art. 75 CDFA:

*“1. La presente Sección tiene por objeto regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, **incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio** y los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores.”*

Encuentro ello llamativo, porque, a diferencia de las regulación de otras comunidades autónomas, la normativa aragonesa de parejas estables no casadas no reconoce esta condición a los convivientes por el hecho de haber tenido una descendencia común, sino que exige un tiempo de duración de la convivencia (dos años) o la emisión de una declaración de voluntad de constituir la en escritura pública, por lo que parece oportuno introducir como modificación en la regulación de las parejas estables no casadas considerar como tales las que tengan una descendencia común, pues, a la postre, la mayor problemática que ofrecen las parejas de hecho es la derivada de su ruptura.

En otro caso tendremos dos regulaciones de los efectos de la ruptura de estas parejas, en función de si ha tenido o no descendencia común, que afectan exclusivamente a los convivientes, como la asignación compensatoria que regula el art. 83 del código, notablemente más generosa que la compensación económica del art. 310, que plantearán serias dudas sobre la norma a aplicar en relación a las parejas estables reconocidas como tales que tengan descendencia común, que no sería fácil de determinar por razón de especialidad, pues habría que decidir si la especialidad sería la descendencia común o la fórmula convivencial de los progenitores.

IX.- CÓDIGO DE DERECHO ARAGONÉS.

El código de derecho foral aragonés dedica el título VI del libro segundo, dedicado a la familia, a la regulación sistemática de las parejas estables no casadas, pero a lo largo de su articulado se contienen otras menciones a tal situación, como ocurre con el art. 46 en relación al nombramiento del defensor del ausente, y el art. 116 para la delación dativa de la tutela.

Su regulación tiene dos ámbitos, el primero, el relativo a la regulación de los efectos de derecho privado, el segundo garantiza el principio de igual tratamiento de estas parejas y las matrimoniales en el ámbito del derecho público, a excepción de las normas de carácter tributario, lo que tiene su mayor proyección en las políticas de ayuda públicas y derechos asistenciales, y al efecto baste recordar

aquí la importante cuestión de las pensiones de viudedad reguladas en el art. 173 LGSS¹⁶.

El reconocimiento de estas uniones en el ámbito del derecho público, que acoge plenamente el principio de igualdad se contiene en el art. Artículo 315, bajo el rótulo *Normativa aragonesa de Derecho público*.

“Los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en la normativa aragonesa de Derecho público, que no tenga carácter tributario, serán de igual aplicación a los miembros de la pareja estable no casada.”

A diferencia del reconocimiento de estas parejas en el ámbito del derecho privado, que como veremos no exige la inscripción en el registro de parejas estables no casadas, para que les sean aplicables las medidas administrativas que le corresponden han de hallarse inscritas en el Registro establecido al efecto en la DGA, así como anotadas en el Registro Civil, si la legislación estatal lo previera –lo que por el momento no ha ocurrido–.

Sin negar importancia a este segundo aspecto, nos centraremos en el primero de ellos, esto es, en el reconocimiento de estas uniones en el ámbito del derecho privado.

X.- CONSTITUCIÓN DE LAS UNIONES ESTABLES NO CASADAS.

De acuerdo con el sistema aragonés, la pareja de hecho puede surgir por dos medios:

- El mero hecho de la convivencia por más de dos años de forma estable, categoría esta última que ha de ser valorada de acuerdo con los criterios sentados por el TS en las dos sentencias citadas al comienzo de esta ponencia,
- Por la mera declaración de voluntad de constituirla expresada por los “contrayentes” en escritura pública.

No basta por tanto la mera convivencia sin cumplir estos requisitos, que tan sólo dará a una situación de pareja de mero hecho no sujeta a dicha normativa.

En el primer caso, la existencia de la pareja estable puede ser acreditada mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho (art. 305.2), y en el segundo, por la presentación de la copia de la escritura pública en que conste la declaración de voluntad de constituirla.

Esto es, la aplicación de la normativa aragonesa a las parejas estables no casadas no siempre depende de la voluntad de sus miembros, sino que en ocasiones es llevada a cabo con base un elemento independiente de aquélla, el mero hecho de la convivencia que reúna las condiciones establecidas en la ley.

En ambos casos, sea por el hecho de la convivencia, sea por declaración de voluntad, es preciso que los convivientes reúnan los requisitos establecidos en el art. 306:

“No podrán constituir una pareja estable no casada:

a) Los que estén ligados con vínculo matrimonial.

16. Ver STSJ Aragón, Sala de lo Social, nº 362/2012 y 315/2012

- b) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- c) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado.
- d) Los que formen pareja estable con otra persona.”

Requisitos al que los que habrá de ser añadido el de la mayoría de edad de ambos, que se contiene en la definición de la unión estable del art. 303 CDFa:

“Se consideran parejas estables no casadas, a efectos de este Código, las formadas por personas mayores de edad entre las que exista relación de afectividad análoga a la conyugal y que cumplan los requisitos y formalidades que se establecen en este Título.”

Y el temporal que establece el art. 309 CDFa:

4. En caso de ruptura de la convivencia, las partes no pueden volver a formalizar una pareja estable no casada mediante escritura pública hasta que hayan transcurrido seis meses desde que dejaron sin efecto el documento público correspondiente a la convivencia anterior.

Lo que supone que si no concurren tales requisitos no serán aplicables a la pareja las normas contenidas en el Código destinadas a regularlas, sino que nos hallaremos ante una pareja de hecho carente de regulación, y este sentido puede ser citada la STSJ de Aragón nº /2005, de 20 de junio¹⁷, en cuyo fundamento de derecho tercero puede leerse:

“En la determinación de los efectos legales que tal opción de la situación de convivencia supone debe, además, valorarse que no cabe estar a la constitución obligatoria como pareja estable prevista en el artículo 3 de la Ley 6/99 para los supuestos de convivencia superior a dos años. Porque, en el presente caso, en que subsiste el vínculo matrimonial anterior de uno de los convivientes, el artículo 4 a) de la ley prohíbe estar a la formación de la pareja estable que la misma norma prevé, de modo que los propios preceptos de la ley excluyen su posible aplicación. Por lo que hay que estar, finalmente, al efecto jurídico de haber quedado la relación convivencial, tanto por la situación creada por los convivientes, como por observancia de la Ley especial, sin que tal cuerpo normativo le sea aplicable.”

XI.- EFECTOS DE LA CONSTITUCIÓN DE LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA.

Uno de los objetivos perseguidos por la legislación de parejas establece es colmar el vacío jurídico o situación de anomia, como la había calificado el Tribunal Supremo, en que se encontraban estas parejas, en tanto que se les niega la aplicación de los normas que regulan el instituto de matrimonio, ya sea por la protección de éste, ya sea por la de la libertad de quienes optan por esta forma de unión no encorsetada por aquellas normas, lo que conlleva necesariamente regular los efectos propios que produce.

1. Efectos personales.

Por lo que se refiere a los efectos personales de la unión, es de señalar que no afecta al estado civil de sus componentes, que no mudan de estado civil al

17. RC nº 5/2005

de casado, ni ven afectada en modo alguno su capacidad ni sus facultades de disposición, administración y disfrute de los bienes propios (art. 307.3 CDFA), ni surgen relaciones de parentesco por afinidad con las familias de los convivientes (art. 314 CDFA).

Carece el código de normas particulares para la regulación de las relaciones entre los ascendientes y descendientes en el seno de las parejas estables, que por ello se hallan sometidas a las reglas generales de los arts. 56 CDFA, y a las que conforman la institución de crianza y la autoridad familiar (art. 63 CDFA y ss), configuradas con independencia de las relaciones existentes entre los progenitores, que son totalmente inocuas a tales efectos, pues ambos tienen la obligación de contribuir a la crianza y educación de los hijos con independencia de los avatares por lo que pueda pasar la pareja formada por los padres (art. 76 CDFA, art. 92 CC y art. 39.3 CE), como pone de relieve la STSJ Aragón, Sala Civil y Penal, nº 4/2008, que rechaza la pretensión deducida por un padre para que se dejara sin efecto la pensión de alimentos señalada para el sostenimiento de una hija habida con quien tras la ruptura con él inició una relación de pareja estable con un tercero, a cuyo efecto argüía que conforme al art. 5.3 L 6/1999 aragonesa el sostenimiento de los hijos de cualquiera de los componentes de la pareja estable es carga común y *exclusiva* de la nueva pareja.

Permite expresamente el art. 307 CDFA la conclusión de pactos convivenciales que afecten a las relaciones personales de la pareja, aspecto este que siempre ha sido visto con reticencia, y cuyo alcance se ha de ver seriamente limitado por los principios constitucionales de igualdad establecida en el art. 14 CE, y en la medida que pudiera serle aplicable, el art. 32 CE, así como por el respeto a los derechos y dignidad de cualquiera de los otorgantes, y a la normas imperativas que sean aplicables, como recuerda la norma aragonesa.

La problemática que plantea esta clase de pactos relativos a las relaciones personales puede ser fácilmente advertida, y su estudio excede del objeto de este trabajo.

Un aspecto personal de de especial trascendencia es el que atañe a capacidad de la pareja para **adoptar**.

El art, 175.4 CC dispone que :

“Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte”

Y la disposición adicional tercera de la ley Ley 21/1987, de 11 noviembre, extendió esta facultad a las parejas de hecho cuando dispuso que:

“Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal”.

En franca oposición con la decisión del legislador nacional, seguida en un principio por el aragonés, como veremos, los vascos y los navarros decidieron autorizar la adopción por las parejas de hecho compuestas por personas del mis-

mo sexo en sus respectivas leyes, los primeros en la L 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, y los segundos con la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, del Parlamento de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables, lo que dio lugar a sendos recursos de inconstitucionalidad, recurrida la primera por parte del Presidente del Gobierno de la Nación¹⁸, que desistió posteriormente de ella, y la segunda por parte de 80 parlamentarios del Grupo Popular¹⁹.

En el mismo sentido, más tarde, se pronunció la L 3/2005 de 8 Abr. CA Cataluña (modificación de la L 9/1998, Código de Familia, de la L 10/1998, uniones estables de pareja y de la L 40/1991, Código de Sucesiones por causa de muerte, en materia de adopción y tutela).

Por lo que se refiere al a legislación aragonesa, antes de la reforma por L 2/2004, de 3 de mayo, el art. 10 de la L 6/1999, de 26 marzo, disponía con el mismo criterio que el legislador nacional:

“Las parejas estables no casadas heterosexuales podrán adoptar conjuntamente”

Pero el criterio cambió con la ley de reforma de dicho precepto, que a partir de entonces prescinde de cualquier alusión al sexo de los componentes de la pareja, con la escueta mención que ahora recoge el art. 312 CDFA:

Las parejas estables no casadas podrán adoptar conjuntamente.

Una vez reformado el art. 44 CC por la Ley 13/2005, de 1 de julio, que abre el matrimonio a las parejas homosexuales, la cuestión en la legislación nacional parece insostenible, en tanto que los matrimonios entre homosexuales pueden adoptar, mientras que sólo lo podían hacer las parejas de hecho heterosexuales, pues la adicional de mención hace expresa referencia a hombre y mujer como integrantes de la pareja de hecho capaz de adoptar.

Queda abierta, sin embargo, en la legislación aragonesa la cuestión de si los miembros de una pareja estable no casada pueden adoptar sucesivamente, esto es, si uno de los convivientes puede adoptar al hijo, adoptivo o biológico, de su pareja.

La cuestión ha sido objeto de estudio por la Sala de lo Social del TSJA nº 315/2012, de 13 de junio, R 278/2012, que contiene un detenido estudio del a cuestión, cuya resolución elude. Otras resoluciones han propuesto la aplicación del art. 176 CC, para permitir la adopción sucesiva, pero la cuestión se halla todavía sin una resolución definitiva.

Efectos patrimoniales.

El esquema seguido para las parejas de hecho reproduce el establecido para los matrimonios en cuanto se refiere a los efectos patrimoniales o económicos, esto es, el régimen económico de la pareja se sujeta en primer lugar a la plena

18. recurso de inconstitucionalidad 5174-2003, planteado por el Presidente del Gobierno, contra el art. 8 de la Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, cuyo desistimiento fue acogido por el Pleno TC en AUTO 514/2004, 14 de diciembre de 2004

19. RECURSO de inconstitucionalidad número 5297/2000, promovido, por ochenta y tres 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

libertad de pacto de los convivientes, que exige escritura pública, y en defecto de éste a unas normas supletorias que podrían ser calificadas como de régimen primario de escasa densidad normativa, pues se limitan a establecer el derecho de alimentos entre los convivientes (art. 313 CDFA), y la obligación de ambos de contribuir al mantenimiento de la vivienda y gastos comunes con sus recursos, en proporción a sus ingresos respectivos, y, en caso de insuficiencia de éstos, con sus patrimonios, especificando como gastos comunes en todo caso los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos, comunes o no, que convivan con ellos, incluyendo el derecho a alimentos, educación, atenciones médico-sanitarias y vivienda (art. 307 CDFA).

En ningún caso la mera constitución de una pareja estable conduce por sí sola a la creación de un patrimonio común que haya de ser necesariamente liquidado en el momento de su extinción.

La regulación se completa con el art. 307.4 CDFA, que se ocupa de regular la responsabilidad por las obligaciones contraídas por los miembros de la pareja con terceros:

4. Ambos miembros de la pareja responden solidariamente ante terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos a que se refiere el número anterior, si se adecuan a los usos sociales; en cualquier otro caso, tan solo respondería quien hubiera contraído la obligación

Norma mucho más simple que la compleja regulación contenida en los arts 218 y ss CDFA, por la inexistencia de una concurrencia de diferentes patrimonios con uno común, pues del mero hecho de la convivencia no resulta, como acabamos de decir, la constitución de un patrimonio común, como ha sido señalado por la jurisprudencia que queda referenciada más arriba.

Pero, como ha sido reiteradamente indicado, y apreciamos diariamente en los tribunales, la práctica totalidad de la problemática ocurre en los casos de ruptura de la pareja, que puede tener lugar, de acuerdo con lo prevenido en el art. 309 CDFA:

1. La pareja estable no casada se extingue:

a) Por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus integrantes.

b) De común acuerdo.

c) Por decisión unilateral.

d) Por separación de hecho de más de un año.

e) Por matrimonio de uno de sus miembros.

2. Cualquier miembro de la pareja estable podrá proceder, unilateralmente, su revocación, notificándolo fehacientemente al otro.

En la regulación de los efectos de la ruptura de la pareja de hecho ha tenido un impacto definitivo la ley La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, hoy refundida en los arts. 75 CDFA y ss, pues como ya hemos avanzado prescinde toda consideración de la fórmula convivencial elegida por los progenitores en la regulación

de las consecuencias de la ruptura de las parejas con descendencia común, que es aplicable a toda convivencia, según expresa el mencionado art. 75 CDFa:

“La presente Sección tiene por objeto regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores”.

Y decimos que el impacto de tal regulación es definitivo porque no solo se dedica a regular las consecuencias de la ruptura en relación a la descendencia común, sino que desliza en ella preceptos que se ocupan de las consecuencias económicas de la ruptura que se proyectan sobre la pareja –en especial la asignación compensatoria del art. 83 CDFa-, y hasta tímidas normas procesales –las medidas provisionales del art. 84 CDFa, y las particularidades procesales del art. 77 y de la DA 3ª-

En consecuencia, la ruptura de las parejas estables no casadas sin hijos se hallará sometida a lo prevenido en su regulación específica, mientras que las que los tengan lo estarán a las normas comunes para toda ruptura de la convivencia de cualquier pareja en tal situación, con independencia de las relaciones existentes entre los convivientes: matrimonio, pareja estable, y, es importante, las parejas que convivan fuera de ambas instituciones, esto es, si me lo permiten, parejas de *hecho-hecho* o parejas de hecho por la gloria de mi madre²⁰, a las que hace mención la STSJ Aragón nº 8/2005, de 20 de junio, cuya regulación en otros ámbitos, en cambio, ha de alcanzarse a través de los mecanismos de integración normativa, como en aquella ocasión hizo el tribunal para aplicar analógicamente a la pareja de hecho ya extinguida en vida la disposición sucesoria aragonesa que deja sin efecto la liberalidades testamentarias hechas por el cónyuge premuerto a favor del supérstite cuando el matrimonio se separa o disuelve, o se comienzan los trámites para ello.

En el caso de que no exista descendencia común, la norma de aplicación es el art. 310 CDFa, que bajo el rótulo de *Efectos patrimoniales de la extinción en vida* dispone:

1. En caso de extinción de la pareja estable no casada por causa distinta a la muerte o declaración de fallecimiento, y si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por el conviviente perjudicado en los siguientes casos:

a) Cuando el conviviente ha contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja estable no casada.

b) Cuando el conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar, o a los hijos del otro conviviente, o ha trabajado para éste.

²⁰ Me he permitido aquí la licencia de introducir un recuerdo a mi madre, que contaba la anécdota del dueño de una cafetería que había puesto un cartel en los años de la postguerra que decía “café 5 cms; café-café 10 cms; café, por la gloria de mi madre, 20 cms).

2. La reclamación por cualquiera de los miembros de la pareja del derecho regulado en el párrafo anterior deberá formularse en el plazo máximo de un año a contar desde la extinción de la pareja estable no casada, ponderándose equilibradamente en razón de la duración de la convivencia.

La idea clave por la que ha optado el legislador aragonés para que pueda ser otorgada la compensación, de entre las muchas avanzadas por la jurisprudencia, que han quedado señaladas, es la de *enriquecimiento injusto*²¹, que como es sabido goza de una consolidada doctrina jurisprudencial que establece los requisitos para que pueda ser reconocida, y advierte contra una excesiva generalización como medio para resolver todos los entuertos.²²

Dicha figura requiere para su aplicación la concurrencia de los elementos que siguen:

- 1) Un enriquecimiento por parte del demandado, que puede producirse por aumento de patrimonio o por una no disminución del mismo.
- 2) Correlativo empobrecimiento del actor representado también por un daño positivo o un lucro frustrado.
- 3) Relación de causa a efecto o conexión entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, esto es, que el enriquecimiento y correlativo empobrecimiento se produzca por virtud del traspaso directo del patrimonio del actor al del demandado
- 4) Falta de causa que justifique el enriquecimiento; y,
- 5) Inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa.

El principio, sin embargo, no ha sido acogido en la ley autonómica con la misma configuración jurisprudencial que tenía, como ha sido señalado por las Audiencias Provinciales del Territorio, que lo aproxima notablemente a la pensión compensatoria establecida en el art. 97 CC.

Así, en la interpretación de este precepto, la doctrina sentada en sus resoluciones destaca que para su concesión es imprescindible apreciar la existencia de un desequilibrio patrimonial entre los convivientes, que derive precisamente de la ruptura, y que ha de ser valorado comparando la situación en que queda cada uno de los miembros de la pareja con que la tenía durante el tiempo que duró la convivencia, no con que la podía tener con anterioridad a que fuera constituida²³.

Sin embargo, siguiendo el criterio legal, ha exigido²⁴ que esta situación de desequilibrio sea debida precisamente a cualquiera de los dos supuestos establecidos en las letras a y b del hoy apartado 1 del art. 310 CDFA, y entonces art. 7 L 6/1999, esto es:

21. Así lo destaca la SAP Huesca nº 31/2010 de 5 de febrero

22. SAP Zaragoza, secc. 4ª, nº 452/2001, de 9 de julio

23. SAP Zaragoza Secc. 4ª, nº579/2006, de 10 de octubre, y SAP Huesca, nº31/2010, de 5 de febrero

24. Ver sentencias anteriores y la de la Secc. 2ª 597/07, de 20 de noviembre

a) Cuando el conviviente ha contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja estable no casada.

b) Cuando el conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar, o a los hijos del otro conviviente, o ha trabajado para éste.

De este modo, es el legislador el que decide cuándo la situación de desequilibrio se torna injusta y da lugar al enriquecimiento que se intenta paliar. Solo en el caso de que el desequilibrio se produzca por consecuencia de las dos circunstancias descritas habrá lugar a la compensación.

No dice la norma la clase de compensación que puede ser otorgada al cónyuge empobrecido, por lo que no veo razón alguna para limitarlo a una suma de dinero a tanto alzado, con exclusión de cualquier otra atribución patrimonial, como ha entendido el TS para los casos de convivencia more uxorio, en los que la aplicación del art. 97 CC, o la de los principio del enriquecimiento injusto o de protección al más débil de los convivientes, ha servido indistintamente para otorgar una pensión mensual o (STS 749/2000), una indemnización compensatoria (STS 327/2001, 700/2001), o, finalmente una participación en los bienes adquiridos durante la convivencia por el otro miembro de la pareja (STS 5/2003).²⁵

La cuantía de la compensación ha de llevarse a cabo, dice el art. 310.2 CDFR, ponderándose equilibradamente en razón de la duración de la convivencia. No obstante, no cabe entender que este sea el único parámetro, pues si el elemento determinante del nacimiento del derecho a esta compensación es el desequilibrio, habrá de tenerse también en cuenta en qué medida se ha producido, aún cuando no pueda hacerse tal valoración en términos contables, como si se trata de un libro de haber y debe, dada la complejidad de toda relación convivencial de pareja, en la que no sólo importan aspectos crematísticos ²⁶.

Finalmente, el Código sujeta la posibilidad de pedir la compensación de que se trata al corto plazo de caducidad de 1 año a contar desde la extinción de la pareja, lo que supondrá en varios casos una cuestión de hecho cuya acreditación puede dar lugar a más de un problema²⁷

25. En sentido contrario se ha pronunciado la SAP de Hueca nº 171/2006, de 8 de septiembre, que denegó la compensación pedida como participación en los bienes adquiridos durante la convivencia y no en el forma de la entrega de una suma de dinero

26. Así la reciente sentencia nº 468/2012, de 14 de septiembre, de la sección 5ª AP de Zaragoza señalaba que: "Como punto de partida de la decisión a adoptar es preciso recordar, como ya hizo la S.T.S. 14 de Mayo de 2004, que la convivencia y sus repercusiones económicas no responden sólo y exclusivamente a cuestiones meramente contables. Se trata de una comunidad de vida, con aportaciones personales mutuas, por lo que la influencia de las aportaciones concretas de cada miembro en el desarrollo de una convivencia más o menos prolongada, no puede reconstruirse como si de un balance societario se tratara. Por ello, las liquidaciones de los regímenes matrimoniales de comunidad (gananciales, consorciales, de conquista, etc.) no atienden a los ingresos y gastos, sino a lo que quedare al momento de la disolución. Por eso, también, el "enriquecimiento injusto" por contribución económica o laboral a la adquisición, mejora o conservación del bien del otro miembro de la pareja no puede inferirse de un análisis contable que recorra todo el periplo de convivencia. Habrá de deducirse de una realidad "directamente" relacionada con esa adquisición, mejora o conservación."

27. SEOANE PRADO, JAVIER La liquidación de patrimonios comunes Cuadernos en cuadernos de derecho judicial 2005, tomo XXVI

En el caso de que exista descendencia común, la norma de aplicación será el art. 83 CDFA Aragón, que establece una *asignación compensatoria* en términos muy parecidos a la pensión compensatoria regulada en el art. 97 CC, y en igual condición que la que reconoce en los casos de ruptura matrimonial y de una pareja que teniendo descendencia común no reúna los requisitos del art. 305 CDFA.

No alcanzo a compartir tal diferencia de trato por la mera razón de una descendencia común, con independencia de las relaciones de pareja.

En caso de que la extinción de la pareja se produzca por causa del fallecimiento de uno de los sus miembros, el art. 311 CDFA le reconoce unos limitados efectos sucesorios entre ellos:

Artículo 311. Derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes.

1. *En caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el supérstite tendrá derecho, cualquiera que sea el contenido de la escritura de constitución, del testamento o de los pactos sucesorios, al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar.*

2. *Asimismo, el supérstite podrá, independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyeran, residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año.*

Por lo demás crisis de la pareja estable produce los mismos efectos que en cualquier otra situación de convivencia en relación con la descendencia común.

XII.- REGULACIÓN PROCESAL.

Finalmente, y sin perjuicio de que la cuestión sea tratada con más profundidad y tino por mi compañera de ponencia, hemos de hacer mención a las normas procesales que, pese a la competencia exclusiva del Estado para la legislación procesal (art. 149.1.6ª CE.), incorpora el legislador aragonés, dejando a parte el nuevo sistema de mediación regulado en el art. 78 CDFA y DT séptima.

El principal problema que veo en estas disposiciones procesales reside en el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pues como es sabido el art. 149.1.6ª CE establece la competencia exclusiva del primero para la legislación procesal, y sólo deja a las segundas el estrecho marco de las particularidades procesales que exija su derecho sustantivo.

La cuestión es, pues, si esta regulación procesal es una consecuencia necesaria de la regulación sustantiva, pues de otro modo el legislador aragonés habría invadido una competencia que el art. 149.1.6ª CE reserva al Estado, de acuerdo con la doctrina sentada por el TC en sentencias como la nº 21/2012, de 16 de febrero de 2012, dictada en la Cuestión de inconstitucionalidad nº 5394/2006 respecto del art. 43.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia, en la que concluyó que la norma por la cuál se autorizaba la acumulación de la acción de división de cosa común a las demandas de separación, divorcio o nulidad y de ejecución en el orden civil de las resoluciones o decisiones

eclesiásticas invadía las competencias del estado porque era una especialidad procesal no requerida por el derecho sustantivo propio de la comunidad autónoma de Cataluña.

Las normas procesales de que se trata son las que siguen:

1) Artículo 77 Pacto de relaciones familiares.

“1. Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos.

5. El Juez aprobará el pacto de relaciones familiares, salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos. Si el pacto de relaciones familiares no fuera aprobado en todo o en parte, se concederá a los progenitores un plazo para que propongan uno nuevo, limitado, en su caso, a los aspectos que no hayan sido aprobados por el Juez. Presentado el nuevo pacto, o transcurrido el plazo concedido sin haberlo hecho, el Juez resolverá lo procedente.”

3) Artículo 84. Medidas provisionales.

*“En los casos de ruptura de la convivencia de los **padres con hijos a cargo**, el Juez, a petición del padre, madre, hijos a cargo mayores de catorce años o del Ministerio fiscal en su función legal de protección de los hijos menores e incapacitados, podrá acordar la adopción de **medidas provisionales** sobre las relaciones familiares de acuerdo con los criterios establecidos en la presente Sección”.*

3) DA Tercera. Especialidades procesales en los casos de ruptura de convivencia de parejas estables no casadas o parejas de hecho con hijos a cargo.

*“En los casos de ruptura de convivencia de **parejas estables no casadas o de parejas de hecho** con hijos a cargo, las medidas judiciales sobre las relaciones familiares tras la ruptura, se adoptarán en el **procedimiento que corresponda según la Ley de Enjuiciamiento civil**. La demanda y la reconvenición deberán ir acompañadas de un **plan de relaciones familiares**.”*

Como es sabido, durante la tramitación de la ley de enjuiciamiento civil se desarrolló una enconada batalla capitaneada por PSOE en un bando y por el PP en otro sobre el tratamiento procesal de los supuestos de ruptura de las parejas de hecho, pues los primeros quería introducirla en los procesos matrimoniales, mientras que los segundos se oponían a ello, pues se resistían al reconocimiento de tal unión. El resultado de la batalla fue una pequeña victoria para los socialistas, pues lograron introducir en título I del libro cuarto las cuestiones relativas a la guarda y custodia de los hijos comunes habidos fuera del matrimonio, y el art. 748.4 LEC, quedó redactado del siguiente modo:

Las disposiciones del presente título serán aplicables a los siguientes procesos:

4º Los que versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra otro en nombre de los hijos menores.

La cuestión no era baladí, pues hasta la entrada en vigor de la nueva ley procesal, la disputa sobre guarda y custodia de los hijos menores fuera del matrimonio estaba sometida a la jurisdicción voluntaria impuesta en la DT 10ª L

11/1981²⁸, a partir de entonces estas cuestiones se tramitan como juicio verbal por las mismas reglas que los procesos matrimoniales (art.768. 3 LEC, 770 LEC)

Pasemos al estudio de las normas procesales aragonesas:

Art. 84 CDFA

El art. 84 CDFA dispone que en los procesos en que se ventile las consecuencias de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo podrán ser adoptadas *medidas provisionales* de acuerdo con los criterios establecidos en el CDFA.

Ello supone una evidente llamada a la aplicación de las medidas provisionales reguladas en los arts. 771 a 773 LEC, pero sustituyendo la remisión que contiene a los arts 102 y 103 del CC -a los que ha de ser añadido el art. 104 CC- por los correspondientes de la legislación foral (arts. 79 a 83 CDFA), lo que en principio no plantea mayor problema si sólo se discuten las consecuencias del cese de convivencia en relación a los hijos (arts. 79 a 82 CDFA), pues éstas se hallan dentro de la regulación de los procedimientos matrimoniales de la LEC, se trate de hijos matrimoniales o no, como hemos explicado más arriba, pero sí que podría plantear serios problemas de constitucionalidad si se pretendieran estas medidas provisionales en procesos que no tuvieran este único objeto, sino también el de determinar las consecuencias de la ruptura para la pareja de convivientes, pues, como hemos dicho, tal objeto determinaría la imposibilidad de seguir el juicio por los trámites establecidos en el libro IV, y la necesidad de acudir a la clase de juicio que corresponda conforme a las reglas del libro II, que no recoge estas medidas provisionales, pues la especialidad sustantiva no reclama necesariamente la especialidad procesal.

Es cierto que el CDFA no impone el trámite a seguir para la adopción de estas medidas, por lo que cabe sostener que estas medidas pueden ser acordadas bien por los trámites de los juicios matrimoniales (art. 770.6ª LEC) cuando el proceso tenga como único objeto las medidas relativas a lo hijos menores, bien, en otro caso, por el de las medidas cautelares (art. 728 LEC y ss), pues pese a que los presupuestos de unas y otras son diferentes, algunos preceptos de la LEC se remiten al procedimiento cautelar para la adopción de medidas de protección provisional (art. 768 LEC).

En cualquier caso, lo que no parece posible es aplicar a los procesos que tengan por objeto la determinación de las totalidad de las consecuencias de la ruptura de las parejas no casadas (sean las reconocidas por la ley, sean las de mero hecho) nada de las normas rectoras de los procedimientos matrimoniales, pues consta la decisión de excluirlas del legislador nacional.

Estimo loable la intención que percibo en el legislador aragonés de cambiar la filosofía del estatal, persiguiendo mediante esta disposición un acercamiento de trato procesal entre la ruptura matrimonial y la extramatrimonial.

Art. 77 y Disposición Adicional Tercera.

El primer inciso de la disposición adicional tercera del CDFA no dispone nada especial -salvo la contraposición expresa entre las parejas estables no casadas re-

28. SEOANE PRADO, JAVIER, Comentarios a la LEC, DYKINSON 200

conocidas y las de mero hecho- pues se limita a establecer lo obvio; que las medidas familiares a adoptar en el caso de ruptura de parejas no casadas (reconocidas o de mero hecho) con hijos a cargo habrán de ser adoptadas en el procedimiento que corresponda de acuerdo con la LEC.

La novedad se introduce en el segundo inciso, que exige que en todos estos procesos demanda y contestación han de ir acompañadas de un *plan de relaciones familiares*.

Esta disposición ha de ser puesta en relación con el art. 77 CDFA, que regula el *pacto de relaciones familiares* en el que los progenitores fijan los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos, que se extiende a la amplia gama de medidas que regula el precepto

Se ve con claridad que este **pacto** del art. 77 CDFA se halla pensado para ser presentado en el procedimiento de mutuo acuerdo regulado en el art. 777 LEC, al que en mi opinión es posible acudir para fijar los términos las nuevas relaciones familiares con los hijos, pues no veo inconveniente en extender a dicho procedimiento la mención que contiene el art. 770.6^a LEC²⁹, de ahí que se exija su aprobación judicial.

Por el contrario, no veo un encaje claro del **plan** de la Disposición adicional en la regulación procesal -salvo en lo que coincidan las dos partes, en cuyo caso nos encontraríamos con el supuesto de los acuerdos parciales del art. 774.1 LEC-, pues la aportación de este plan está pensado en la confrontación litigiosa -en tanto que ha de ser presentado en la demanda y en la contestación-, que conduce al procedimiento establecido coordinadamente en los art. 770 LEC y 774 LEC, en el que no se halla previsto nada parecido para decidir sobre las relaciones familiares para con los hijos, lo que entraña una nueva y particular exigencia procesal que cabe entender no requerida por la especialidad del derecho sustantivo autonómico.

29. SEOANE PRADO, Javier. Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil. DYKINSON 2000, pag. 715

EFFECTOS JURÍDICOS DE LAS PAREJAS ESTABLES NO CASADAS EN ARAGÓN

ESTUDIO DEL PACTO DE CONVIVENCIA. SU CONTENIDO.

D. PEDRO MARTÍNEZ VIAMONTE.

Notario de Jaca

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- ÁMBITO PERSONAL. III.- EL CONVENIO. 1. Forma y límites. 2. Contenido. 3. Operatividad. IV.- RÉGIMEN SUPLETORIO. V.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La presente intervención tiene por objeto el análisis, desde la perspectiva notarial, de los posibles pactos contenidos en el convenio integrante del acto constitutivo de una pareja estable no casada de conformidad con la normativa aragonesa, así como, brevemente, los efectos legales en caso de ausencia de los mismos

I.- INTRODUCCIÓN.

Con carácter previo a este estudio podemos indicar que, desde la entrada en vigor de la Ley Aragonesa relativa a parejas estables no casadas, es decir, desde el día 6 de octubre de 1.999, y hasta junio del presente año, se han formalizado notarialmente, bien por vía de constitución, bien por vía de reconocimiento de la situación de convivencia, 1.519 parejas de hecho, utilizando la terminología popular. Curiosamente, hasta 2.006 sólo se habían constituido 193 parejas.

Pues bien, tras realizar un muestreo en un número demostrativo de Notarías de las tres provincias aragonesas, la conclusión no ofrece lugar a dudas. La inmensa mayoría de los otorgantes de la escritura de constitución o del Acta de reconocimiento de una pareja estable no casada acuden a la Notaría sin ningún tipo de previsión o información relativas al posible convenio de convivencia. Podría alegarse que dicha situación es similar a la existente entre los futuros contrayentes en la institución del matrimonio. En este sentido, y desde hace

tiempo, diversos colectivos profesionales hemos abogado por la necesidad de informar a los futuros esposos, en la elaboración del expediente matrimonial, de las importantes consecuencias jurídicas derivadas del matrimonio y, especialmente, de la situación originada por la divergencia de vecindades civiles y de la sujeción a un determinado derecho matrimonial primario. No obstante, y a pesar de esa falta de información, en los últimos años se ha venido observando una mayor tendencia al otorgamiento de capitulaciones prenupciales, pactando el régimen de separación de bienes, consecuencia de las actividades y responsabilidades económicas de los esposos, tendencia que no se ofrece paralela en la pareja estable no casada.

Cabría preguntar entonces por esta divergencia de situaciones, y creo que la respuesta no es complicada. La inmensa mayoría de los otorgantes de una escritura de constitución o de reconocimiento de la existencia de una pareja estable no casada no han previsto un pacto de convivencia, ni reaccionan con entusiasmo ante la información de la posibilidad de su inclusión en la escritura, porque no es lo que pretenden ni mucho menos. Las parejas de hecho responden, en la mayoría de los casos, a una finalidad muy concreta que es el reconocimiento de determinados efectos administrativos, fundamentalmente relacionados con la vivienda, bien sea a título de propiedad, recordemos que el Decreto 21/2001, de 16 de enero, del Gobierno de Aragón, sobre adjudicación de viviendas de promoción pública ya reconoce a las parejas estables no casadas como posibles adjudicatarias de las mismas, bien a título de uso, como sucede con el artículo 22 de la Orden General número 5 de regulación de Pabellones de la Guardia Civil en cuanto a la residencia en los mismos.

Es más, en bastantes ocasiones los otorgantes insisten en el reconocimiento del derecho a la “pensión de viudedad” como uno de sus objetivos. Recordemos que la actual legislación de la Seguridad Social concede dicha pensión al sobreviviente de la pareja de hecho, con estrictos requisitos. Siempre que acredite:

- Que el fallecimiento es posterior a 01-01-08.
- La inscripción de la pareja de hecho en alguno de los registros administrativos o la formalización del documento público en el que conste la constitución de dicha pareja; en ambos casos, con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.
- Convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante, con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.
- Que, durante el período de convivencia, ningún componente de la pareja estuviera impedido para contraer matrimonio ni tenía vínculo matrimonial con otra persona.
- Que se justifique la dependencia económica del conviviente sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos comunes, con derecho a pensión de orfandad y convivencia.

II.- ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL.-

Todo ello nos lleva a analizar otra interesante cuestión que se planteó en su día en las notarías aragonesas: ¿Qué personas pueden constituir una pareja estable no casada sujeta a la legislación aragonesa? ¿Sólo los ciudadanos con vecindad civil aragonesa? La realidad de los despachos refleja que en muchos casos alguno de los otorgantes no solamente no tiene vecindad civil aragonesa sino que ni siquiera tiene nacionalidad española, sin que ello haya planteado ningún problema a la hora de inscribir la escritura en el Registro administrativo de parejas estables no casadas de la Diputación General de Aragón.

A mi modo de ver, debemos distinguir dos planos de eficacia de la Ley (actualmente integrada en el Código del Derecho Foral Aragonés). Desde el punto de vista del Derecho Civil, el Artículo 9 del Estatuto de Autonomía de Aragón, relativo a la *Eficacia de las normas*, establece que:

1. Las normas y disposiciones de la Comunidad Autónoma de Aragón tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las *excepciones* que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que hayan de regirse por el estatuto personal u otras reglas de extraterritorialidad.

2. El *Derecho Foral de Aragón* tendrá eficacia *personal* y será de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial.

3. Los extranjeros que adquieran la nacionalidad española quedarán sujetos a la vecindad civil aragonesa, si en el momento de su adquisición tienen vecindad administrativa en Aragón, salvo que manifiesten su voluntad en contrario, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación del Estado.

En este sentido, el contenido de los artículos 307, 308, 310, 311 y 312 del Código del Derecho Foral de Aragón, normas de contenido estrictamente civil, solo se aplicaría a las parejas estables no casadas formadas por personas de vecindad civil aragonesa.

Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho Administrativo, la solución debe ser distinta:

El artículo 304 del Código del Derecho Foral de Aragón establece 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* que le correspondan, así como anotada o mencionada en el Registro Civil competente si la legislación estatal lo previera.”

El Artículo 2. del Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro Administrativo de parejas estables no casadas, señala que:

“Tendrán acceso a este Registro las uniones que formen una pareja no casada, que conviva en relación de afectividad análoga a la conyugal, siempre que sus miembros tengan la *vecindad administrativa en Aragón*, al estar empadronados en

cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma, cualquiera que sea su vecindad civil. “

Confirmando el Artículo 3, en cuanto a los requisitos de la inscripción que:

“Para efectuar la inscripción de la pareja estable no casada deberán concurrir los siguientes requisitos: ...

“...Tener *vecindad administrativa* en cualquiera de los municipios de Aragón.”

Y especificando el artículo 5 que “La inscripción constituirá requisito necesario para la aplicación a los miembros de la pareja estable no casada de los derechos y obligaciones reconocidos a los cónyuges por la *normativa de Derecho Público Aragonés*.”

Este es el doble plano de eficacia de la normativa aragonesa en materia de Parejas Estables no casadas a mi modo de ver. El derecho civil solo puede aplicarse a convivientes de vecindad civil aragonesa, mientras que la normativa de Derecho Público Aragonés se aplicará a los integrantes de la pareja de hecho que estén empadronados en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma, cualquiera que sea su vecindad civil. Sería interesante aclarar la posible aplicación a la pareja estable no casada de las reglas de conflicto contenidas en el artículo 9.2 del Código Civil.

III.- EL CONVENIO.

Pero volvamos a la cuestión central, el Convenio de convivencia, su existencia y su contenido. Ya hemos indicado que son escasísimos los casos en los que las parejas de hecho deciden incluir un pacto de convivencia en la escritura de constitución o reconocimiento. Y estos supuestos responden a un arquetipo de pareja de hecho muy concreta: Parejas con una estabilidad de convivencia muy acusada que, en un momento determinado deciden dar forma jurídica a unas relaciones no ya personales sino también económicas consolidadas por el tiempo, y que, en algunos casos, previo asesoramiento por un profesional, acuden a la Notaría a plasmar esos pactos de determinación de su patrimonio y normalmente de previsión de cara al futuro. Es habitual, como veremos, que simultáneamente al otorgamiento de la escritura de constitución o de reconocimiento de la pareja estable no casada, se otorgue también testamento mancomunado.

1. Forma y límites del Convenio.

Frente a lo previsto en otras legislaciones autonómicas relativas a las parejas estables no casadas, que admiten cualquier tipo de forma en la plasmación de los pactos de convivencia, aún la verbal, el Derecho Aragonés opta por la necesidad de otorgar escritura pública para su validez, añadiendo la seguridad jurídica de la intervención del Notario y evitando abusos de parte.

El artículo 307 del Código del Derecho Foral Aragonés parte del principio de libertad en el contenido de dichos pactos, “siempre que no perjudiquen los derechos o dignidad de cualquiera de los otorgantes y no sean contrarios a normas imperativas aplicables en Aragón.”

En este sentido la regulación en sede de capitulaciones matrimoniales es más concisa:

El Art. 195 del CDFA establece que “Los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento, sin más límites que los del principio *standum est chartae*.”

Parece que la mención a los derechos o dignidad de los otorgantes, en sede de pareja estable no casada viene a referirse a principios o derechos fundamentales como el de la igualdad, pero más dudas suscita la expresión “y no sean contrarios a normas imperativas aplicables en Aragón” si además la ponemos en relación, por ejemplo, con el Artículo 311. *Derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes*, que señala que “1. En caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el superviviente tendrá derecho, cualquiera que sea el contenido de la escritura de constitución, del testamento o de los pactos sucesorios, al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar.”

¿Nos encontramos con una norma imperativa, al igual que las relativas a los efectos de la ruptura de la pareja? No parece justificable la prohibición de pactar sobre la atribución del llamado “ajuar doméstico”. En sede de capitulaciones matrimoniales y de derecho sucesorio no existe una norma similar, admitiéndose en consecuencia pactos relativos a esta materia, así como a la disolución de la pareja. En la línea de lo aportado por compañeros como MERINO HERNÁNDEZ y CALATAYUD SIERRA, no veo inconveniente alguno a incluir esta materia en el convenio de convivencia, así como la relativa a los efectos de la extinción. De hecho, existen algunos pactos que incluyen la renuncia anticipada a la pensión compensatoria. Otra cosa es que las circunstancias varíen de forma sustancial y los tribunales atemperen estos pactos adaptándolos a la nueva situación. Lo que no cabría es pactos relativos a instituciones de especial salvaguarda y protección, como por ejemplo la renuncia al ejercicio de la autoridad familiar.

En definitiva, podemos concluir que existe un evidente paralelismo entre la regulación de las capitulaciones matrimoniales y el pacto de convivencia en las parejas estables no casadas en lo relativo a su forma y limitaciones: recordemos que como estas, tampoco pueden someterse a condición ni con carácter temporal, como por otra parte no podía ser de otra forma. Y así, el artículo 308 del Código del Derecho Foral Aragonés señala que:

“Si así lo hubieran acordado expresamente en la escritura, el régimen de convivencia y de derechos y obligaciones de la pareja estable no casada adquirirá el valor de capitulaciones matrimoniales, en caso de que los miembros de la pareja contrajeran matrimonio.”

2. Contenido.

Como es lógico, esos pactos, desde el punto de vista económico, tienden a una situación asimilada a la comunidad. Para lo contrario ya estaría la aplicación

supletoria de la regulación contenida en el Código del Derecho Foral Aragonés. Esta situación asimilable a la comunidad puede alcanzarse por dos posibles vías. La primera, la de la remisión en bloque a un sistema legal ya preestablecido, es decir, a un régimen económico matrimonial de comunidad, que en nuestro caso sería al régimen de Consorcio Conyugal regulado en los artículos 210 y siguientes del Código del Derecho Foral Aragonés. Aunque en su día fue objeto de discusión, especialmente en el ámbito del Derecho Común, no ofrece lugar a dudas la posible remisión a un régimen económico matrimonial, especialmente en nuestro caso amparándonos en la libertad civil del Derecho Aragonés. No obstante ha de señalarse que una aplicación absoluta, total, de la regulación del régimen de Consorcio Conyugal a la pareja estable no casada parece plantear problemas. Dicha regulación está pensada para la institución matrimonial, con requisitos más estrictos en lo referente a su constitución, desarrollo y extinción que los concernientes a la pareja de hecho. La Ley establece, por ejemplo, las presunciones de comunidad (y aún de privatividad) con efectos frente a terceros, como no podría ser de otra forma en un régimen legal supletorio. La comunidad existente entre los cónyuges se ha calificado doctrinalmente de tipo germánico, sin atribución de cuotas, y ello como una excepción al principio general en nuestro derecho favorable a la comunidad de tipo romano. En fin, existen otros supuestos en la normativa del Código del Derecho Foral Aragonés que implicarían una adaptación forzosa, cuando menos, a la pareja estable no casada. Pero, en cualquier caso, son los propios otorgantes, los que al ser informados en el despacho, consideran demasiado extensa, prolija, la regulación del régimen del Consorcio Conyugal en el Código del Derecho Foral Aragonés.

Y por ello, la práctica, la escasa práctica notarial como hemos anticipado, revela que los otorgantes suelen optar en la mayoría de los casos por la segunda de las vías, es decir, por incluir determinados, concretos y especiales pactos en el convenio de convivencia, que suelen tener por objeto las siguientes materias:

Adquisiciones.- Se acuerda que los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, que sean adquiridos constante el convenio, tendrán carácter común, constituyendo, una comunidad ordinaria o romana con igualdad de cuotas. Y ello aunque la adquisición la verifique uno solo de los convivientes. Esta atribución de comunidad se extiende por supuesto a nóminas, ingresos profesionales o empresariales, etc...

Gastos.- Consideran a cargo de la comunidad todos aquellos gastos y cargas relativos a la financiación y mantenimiento de la vivienda habitual, o de otros inmuebles de titularidad común, así como los gastos necesarios para el sustento y atención de los convivientes y sus hijos, y las deudas generadas por cualquiera de ellos en beneficio de la pareja y sus hijos. Los convivientes contribuirán a dichos gastos con el haber común, y en defecto de este, en proporción a sus recursos económicos.

Gestión.- En este apartado lo habitual es que los integrantes de la pareja estable no casada pacten que cualquiera de ellos pueda realizar los actos de administración o gestión, dentro de lo que se considera una gestión ordinaria, pero sin profusión de supuestos como hace el Código del Derecho Foral Aragonés al regular el

Consortio Conyugal. Se excluyen expresamente de esta gestión solidaria o indistinta los actos de disposición o gravamen real sobre bienes comunes o sobre la vivienda habitual, tanto en lo referente a la totalidad de los mismos como a la cuota indivisa que pertenece a cada uno. No obstante, en la práctica puede limitarse la eficacia absoluta de este pacto en los casos en que la vivienda habitual es de titularidad privativa de uno de los convivientes como veremos más tarde.

Autoridad familiar.- Suele pactarse que en el supuesto de existir descendencia común de la pareja la autoridad familiar sobre los hijos menores de edad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores

Ruptura e hijos.- La práctica notarial revela que este apartado queda desierto en la casi totalidad de los convenios de convivencia. Los otorgantes no quieren plantearse norma alguna de liquidación de los bienes comunes ni de la guardia y custodia de los hijos comunes, como por otra parte suele ocurrir en el otorgamiento de capitulaciones pre o post nupciales. A lo sumo, en algún caso se limitan a renunciar a cualquier tipo de indemnización o pensión. Como ya he apuntado anteriormente, opino en la línea aportada por otros compañeros, que si las circunstancias de hecho que envuelven a la pareja han cambiado sustancialmente, el Juez podría interpretar esta renuncia, como sucede con cualquier otro contrato.

Transformación en Capitulaciones Matrimoniales.- Los convivientes pactan que en caso de contraer matrimonio, el convenio adquirirá el valor de capitulaciones matrimoniales, tal y como ya hemos visto prevé el artículo 308 del Código del Derecho Foral Aragonés.

Operatividad del Convenio.- Uno de los principales problemas, si no el mayor, que se derivan del otorgamiento del Convenio de Convivencia es la forma de su operatividad. La exigencia en el artículo 307 del Código del Derecho Foral Aragonés del otorgamiento de Escritura Pública para su validez, en un plano similar al de la Capitulaciones Matrimoniales, aporta seguridad jurídica entre los otorgantes, evitando situaciones de abuso entre ellos o incluso de fraude. Pero dicho Convenio, a diferencia de las Capitulaciones Matrimoniales, no recibe el beneficio de un sistema de publicidad legal que genere eficacia frente a terceros. En efecto, el artículo 304 del Código del Derecho Foral Aragonés establece, como ya hemos visto, la obligación de inscripción de la pareja estable no casada en el Registro de la Diputación General de Aragón “para que le sean aplicables las medidas administrativas”, así como anotada o mencionada en el Registro Civil Competente *si la legislación estatal lo previera*. Esto último, como es lógico, al carecer la Comunidad Autónoma Aragonesa de competencias legislativas en materia del Registro Civil. Y en la misma línea el artículo 5 del Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del indicado Registro al señalar, como ya hemos visto, que “La inscripción constituirá requisito necesario para la aplicación a los miembros de la pareja estable no casada de los derechos y obligaciones reconocidos a los cónyuges por la normativa de Derecho Público Aragonés.” Ni la legislación hipotecaria ni la reguladora del Registro Mercantil admiten el acceso de estos convenios a los respectivos registros.

Podría plantearse la posibilidad de que, al menos en lo referente a la exigencia de codisposición de los bienes inmuebles comunes, y aún de los particulares, el convenio pudiera tener acceso al Registro de la propiedad interpretándolo como una limitación o prohibición de disponer en determinadas circunstancias. El párrafo 3º del artículo 26 de la Ley Hipotecaria admite la inscripción de las prohibiciones de disponer “impuestas por el testador o donante en actos de disposición de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donativos y demás actos a título gratuito, ...siempre que la legislación vigente reconozca su validez”. Podrían argüirse argumentos a favor de esta posibilidad, como la existencia de una presunta voluntad legislativa, la asimilación o analogía con el matrimonio... Pero lo cierto, es que la asimilación del Convenio de convivencia con las Capitulaciones Matrimoniales no parece fácil en este caso, ya que estas últimas suelen ser aquellas que conllevan efectos sucesorios, pactos de institución de heredero en Aragón) y sobre todo, no existe una base legal suficiente. No obstante, creo que no sería disparatado de lege ferenda permitir por esta vía el acceso al Registro de Propiedad para obtener la seguridad de la aplicación de los pactos entre los convivientes.

En definitiva, debemos concluir en la actualidad la ineficacia de dichos pactos frente a terceros. Las autorizaciones en materia de actos de adquisición o de gestión y administración no pueden revestir otra naturaleza que la de un apoderamiento recíproco, y así se suele hacer constar expresamente en la escritura que contiene el Convenio de Convivencia. De esta forma, el conviviente que pretenda realizar estos actos de forma individual, deberá aportar la escritura que contenga el Convenio, como en el supuesto de cualquier otro poder, para que aquellos tengan la eficacia pretendida. En materia de cuentas y demás productos bancarios, además, se aplicarán los mecanismos ordinarios de cotitularidad o autorizaciones bancarias. Ello nos lleva a plantear la situación producida en caso de incumplimiento de lo pactado en el convenio. Es indudable la existencia de responsabilidad inter partes en aplicación de los principios generales del derecho, en concreto por incumplimiento de contrato. Lo que además de una posible reclamación de daños y perjuicios generaría, lógicamente, una situación de desconfianza que podría desembocar en la ruptura de la pareja estable no casada. Y frente a terceros, en materia inmobiliaria, se aplicaría la protección del tercero hipotecario si se cumplieran todos los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

IV.- RÉGIMEN SUPLETORIO.

Pero como ya se ha indicado en esta breve exposición, según la experiencia de los despachos notariales, el arquetipo de otorgantes que constituyen una pareja estable no casada responde a personas que se muestran ajenas, cuando no contrarias, a celebrar cualquier contrato relativo a su relación. No obstante la información recibida profesionalmente, las escrituras reflejan que se limitan a pactar lo mínimo exigido: Fijan un domicilio común y se remiten a la Ley en cuanto a los demás efectos, o como sostiene ENCISO SÁNCHEZ, con

una finalidad didáctica el Notario transcribe en dicha escritura los artículos esencialmente de contenido práctico del Código del Derecho Foral de Aragón. Sí que es frecuente que juntamente con la escritura de constitución de la pareja estable no casada otorguen testamento, mancomunado en el supuesto de que sea posible. Recordemos que el artículo 417, apartado 2 del Código del Derecho Foral Aragonés señala que "Si uno de los dos testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar mancomunadamente, incluso fuera de Aragón". Y si no es posible hacerlo mancomunadamente, mediante testamentos individuales. En ellos, previa institución de heredero a favor de los hijos comunes si existen, suelen establecer disposiciones a título particular, a favor del otro miembro de la pareja, relativas a la propiedad o al usufructo sobre la vivienda habitual u otros bienes.

La conclusión es que el régimen supletorio establecido en el Código del Derecho Foral Aragonés es el que se aplica a la mayoría de las parejas estables no casadas. Aunque su contenido ya fue tratado en otra sesión de este Foro, recordemos siquiera brevemente el mismo. La regulación es sencilla, concisa podría decirse. En materia económica se ha dicho que nos encontramos ante un modo de régimen de separación de bienes. Habría que concluir, atendiendo a la regulación del régimen de separación de bienes en el Código del Derecho Foral Aragonés o del C.C., que la relativa a las parejas estables no casadas está muy simplificada, limitándose en el artículo 307, apartado 3, a señalar que "En defecto de pacto, los miembros de la pareja estable contribuirán al mantenimiento de la vivienda y gastos comunes con sus recursos, en proporción a sus ingresos respectivos y, si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios, sin perjuicio de que cada uno conserve la propiedad, administración y disfrute de sus propios bienes.

Tendrán la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos comunes o no que convivan con ellos, incluyendo el derecho a alimentos, educación, atenciones médico-sanitarias y vivienda." Curiosamente no existe un artículo similar en régimen matrimonial de separación de bienes, aunque sí en el Código Civil. Quizá hubiera sido más adecuado, como indica MERINO y HERNÁNDEZ hablar de proporción a sus recursos económicos, en general, y no utilizar como criterio subsidiario el de los patrimonios, ya que su existencia o valoración no siempre coincide con su productividad. Por otra parte se hace referencia en la reseña de los gastos comunes a la vivienda, entendiéndose por ella la habitual, frente a otras regulaciones autonómicas que utilizan la expresión en plural, al poder existir otros bienes comunes. Destacar que el mantenimiento de los hijos comprende a todos los que convivan con la pareja, sean o no comunes.

En materia de responsabilidad, se establece el criterio de la solidaridad ante terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos a que se refiere el número anterior, si se adecuan a los usos sociales; en cualquier otro caso, tan solo respondería quien hubiera contraído la obligación. En parecidos términos aunque con mejor tino se pronuncian, en sede de efectos generales del

matrimonio, el Artículo 189 del Código del Derecho Foral Aragonés al señalar que “Los cónyuges responden solidariamente, frente a terceros de buena fe, de las obligaciones contraídas por uno de ellos para atender a la satisfacción de las necesidades familiares”, y en la regulación del Consorcio Conyugal, el Artículo 218, al indicar que “Son de cargo del patrimonio común: 1.e) Toda deuda de uno u otro cónyuge contraída en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la comunidad, aunque no haya redundado en beneficio común.”

Finalizaremos este rápido repaso sobre el Convenio de Convivencia con las siguientes conclusiones:

1.- La mayoría de las parejas estables no casadas que se constituyen deciden no pactar sobre sus relaciones económicas y/o personales, remitiéndose a la regulación legal.

2.- En los escasos supuestos de existencia de Convenio de Convivencia, no existe una remisión en bloque a la regulación de un régimen económico matrimonial para su aplicación asimilada, sino que se plasman pactos concretos relativos a la adquisición de bienes y gestión del patrimonio común.

3.- No suelen existir pactos que establezcan anticipadamente criterios aplicables a la ruptura de la pareja, ni en lo económico ni en lo relativo a la guarda y custodia de los hijos comunes.

4.- Si que es frecuente el otorgamiento de testamento entre los integrantes de la pareja estable no casada.

V.- PROPUESTAS-

-Sería necesario acometer de una vez por todas, a instancias de la administración central, la fijación de las normas de conflicto que determinan la ley aplicable, entre todas las existentes, a cada pareja estable no casada y, concretamente, si serían aplicables las reglas de conflicto interregional reguladas en el artículo 9.2 de Código Civil para el matrimonio, lo que resolvería claramente la dualidad de efectos que puede interpretarse actualmente de la legislación aragonesa.

- Podría ser conveniente interpretar los pactos de codisposición de bienes inmuebles contenidos en el convenio de convivencia como prohibiciones de disponer voluntarias, recibiendo la cobertura legal suficiente para que pudieran tener acceso al Registro de la Propiedad y producir efectos frente a terceros.

Pedro Martínez Viamonte.

LA RUPTURA DE LA PAREJA DE HECHO. ASPECTOS PROCESALES

D.^a SOL OTTO OLIVÁN

Dra. en Derecho. Abogada.

Profesora-tutora de Derecho Constitucional UNED de Barbastró

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO GENERAL. II.- CAUCE PROCESAL PARA LAS CUESTIONES DERIVADAS DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE HIJOS MENORES: 1. Procedimiento de mutuo acuerdo. Guarda y custodia. Régimen de visitas y alimentos. Atribución de domicilio. 2. Procedimiento contencioso. Guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos. Atribución de domicilio. III.- CAUCE PROCESAL PARA LA SOLICITUD DE ALIMENTOS A FAVOR DE HIJOS MAYORES DE EDAD O ENTRE CONVIVIENTES. IV.- CAUCE PROCESAL PARA LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA A UN CONVIVIENTE EN EL CASO EN QUE LA PAREJA NO TENGA HIJOS O SEAN MAYORES DE EDAD. V.- PROCEDIMIENTO PARA LA LIQUIDACIÓN DE PATRIMONIOS. 1. Procedimiento Contencioso. 2. Mutuo acuerdo. VI.- COMPETENCIA. 1. Supuestos en que haya hijos menores de edad. 1.1. Material. 1.2. Territorial. 2. Supuestos en que se discuta el domicilio de manera exclusiva en caso de parejas sin hijos o si son mayores de edad. 3. Supuesto en el que se discutan los alimentos para hijos mayores de edad o entre convivientes, exclusivamente. 4. Cuestiones patrimoniales. 4.1. Material. 4.2. Territorial. VII UNA ÚLTIMA CUESTIÓN. LEY DE TASAS

I.- INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO GENERAL.

Las parejas de hecho también entran en crisis y, al decidir dejar de serlo, se plantean, prácticamente, los mismos problemas que en los matrimonios. La ruptura de las parejas “more uxorio” resulta muy complicada, sobre todo, porque no está claro el cauce procesal por el que intentar solventar las múltiples cuestiones que pueden presentarse en ese momento. Desde que entró en vigor en el año 2000 la Ley de Enjuiciamiento Civil, la doctrina ha puesto de manifiesto cómo el legislador no tuvo en cuenta la realidad social y no previó un procedimiento especial para solventar, de una manera ordenada y conjunta, todas las consecuencias de

la ruptura¹. En efecto, así como existe un capítulo, el IV del título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece el proceso especial para solventar las rupturas matrimoniales, no existe un procedimiento especial que se ocupe de la ruptura de las parejas de hecho. Y es también claro que no puede aplicarse la normativa que regula los procesos matrimoniales a las parejas de hecho². No se pueden aplicar, por analogía, a las parejas de hecho los preceptos que regulan el matrimonio, en general. Hacerlo así sería una especie de “estafa”³ porque son realidades jurídicas diferentes. Y en derecho procesal no cabe analogía.

Es cierto que el legislador no estuvo acertado, pero lo que conviene aquí y ahora, puesto que no somos legisladores, es buscar soluciones rastreando la jurisprudencia que se ha ido gestando durante todo este tiempo. Este trabajo intentará concretar, desde la práctica, principalmente, cómo deben plantearse las reclamaciones ante los Juzgados sorteando esa primera dificultad de vacío, al menos en parte, para obtener con éxito la tutela judicial. Con éxito y, a ser posible, con el menor quebranto, tanto económico como personal de quienes se vean abocados a resolver sus diferencias ante un Juez.

II.- CAUCE PROCESAL PARA LAS CUESTIONES DERIVADAS DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES.

1. Mutuo acuerdo.

La misma filosofía de vida que lleva a las parejas de hecho a no supeditarse al contrato matrimonial, puede servir en el momento de la ruptura para obviar la intervención judicial. El pacto privado sustituiría, en consecuencia, a la resolución judicial. Es cierto que el interés de los menores podría verse perjudicado por pactos privados sin intervención del Ministerio Público y no parece lo más oportuno prescindir del trámite judicial para concretar todos los aspectos relativos al futuro de los menores, pero no es menos cierto que al no necesitar para nada la intervención del Juzgado, que no tiene que disolver la unión como cuestión primera de las que derivarían las demás, bien puede ocurrir que las parejas de hecho con hijos menores y sin patrimonio lleven a efecto sus acuerdos de manera privada, exclusivamente.

En todo caso, cualquier consulta sobre el particular, que existen, en buena práctica, debe orientarse hacia la ratificación en sede judicial, en su caso, de los

1. Javier SEOANE PRADO. Las uniones estables de pareja (Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial 2003, págs. 362 y ss.)

M. José BALDA MEDARDE. Aspectos jurídicos de la ruptura de las parejas de hecho: aspectos procesales. (Duodécimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Actas. Pág. 250).

2. Juan MONTERO AROCA. Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. (Tirant lo Blanch, 3ª Ed. 2008 pág. 181. “No es necesario insistir en que el procedimiento -el especial de la LEC- puede utilizarse habiendo existido o existiendo aún todavía matrimonio, por lo que no podrán acudir a él las parejas de hecho”.

3. Rosa María ANGUITA RÍOS. La vivienda en la pareja de hecho. Revista jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Ponencias del XIV Congreso Internacional de Derecho de familia 2007. Pág. 11

acuerdos tomados: por seguridad jurídica y atendiendo de manera fundamental al interés de los menores.

Así, el procedimiento a seguir en este caso sería el establecido en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por expresa remisión del artículo 748,4 de la LEC. Este precepto no distingue aquí entre hijos habidos en el matrimonio u otros, todos son tratados igual a estos efectos. Por tanto, el artículo 777 que regula la separación o divorcio por mutuo acuerdo es pues cauce adecuado para obtener la tutela judicial en el caso de que exista pacto entre los progenitores.⁴

Pero no parece desacertado incluir en el acuerdo lo que corresponda en relación al uso del que fuera domicilio de la pareja, aunque expresamente no se indica en el artículo 748,4 de la LEC. Hay que tener en cuenta que, si ambos convivientes están de acuerdo y no existe oposición y el convenio se ratifica, no parece probable que los Jueces entren a cuestionar la procedencia de este pacto. Y así se viene haciendo y los Juzgados aceptan o no cuestionan la inclusión del uso del domicilio en el convenio regulador.⁵

2. Procedimiento contencioso.

Cualquier cuestión relativa a la guarda y custodia, visitas y alimentos de los menores a solventar en sede judicial tiene cabida en el procedimiento regulado en los artículos 770 a 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por remisión del precitado artículo 748,4. Esto es, se seguirá el trámite de los juicios verbales con las especialidades concretas que se indican en el artículo 770. Y habrá de acompañarse a la demanda el Plan de relaciones familiares, según establece la Disposición Adicional tercera del Código de derecho Foral de Aragón.

Las Medidas Provisionales Previas y Provisionales irán por los artículos 771 a 773 de la LEC. Si bien habría que atender a lo previsto en el artículo 84 del Código de Derecho Foral de Aragón.

Aquí se plantea una cuestión importante cual es la de si cabe tratar en el mismo trámite la cuestión del domicilio conyugal. Esto es, en el artículo 774, al mencionar las medidas en relación a los hijos que se deben adoptar por el Juzgador, se concretan, expresa y exclusivamente, la custodia de los hijos, el uso de la vivienda y ajuar familiares y las cargas del matrimonio. Sin embargo, el artículo 748, 4º, que es el que ha de utilizarse como puente para utilizar este procedimiento en el caso de las parejas de hecho, habla de "guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos". Así, de una interpretación literal estricta del precepto puede llegarse a la conclusión de que la atribución del uso del domicilio conyugal en estos casos deberá sustanciarse en otro procedimiento aparte. Y yendo a las normas generales, según cuantía, el verbal u ordinario que corresponda. Ese

4. Ambos preceptos han de interpretarse a la luz del artículo 748, 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone que se aplica el título I del Libro IV a "los- procesos- que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores"

5. Sentencias del Juzgado de Primera Instancia de Barbastro de 19-5 de 2008 y de 1 de Octubre de 2009. En ambos casos, quedó aprobado el Convenio regulador y además de la guarda y custodia y alimentos se acordó el uso del domicilio conyugal para el padre en el primer caso, aunque no se le atribuía la custodia, y para la madre a la que se atribuía la custodia, en el segundo.

fue el tenor de alguna Resolución al poco de aprobarse la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otras, Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27-6-2000⁶. En ese momento, otra Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 2-10-2002 resuelve un Juicio Ordinario en el que se debatían todas las cuestiones, incluido el uso del domicilio⁷. Sin embargo, la tendencia actual ha variado y en Sentencias, entre otras, de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 28-2-2012, en trámite de modificación de medidas, se resuelve, también, sobre la asignación de domicilio a uno de los convivientes⁸.

A este respecto hay que tener en cuenta que en las resoluciones sobre el uso de la vivienda conyugal se ha utilizado el criterio por el cual se ha venido atribuyendo el uso de la vivienda al cónyuge al que se asignaba la guarda y custodia de los hijos menores luego, en buena técnica, tendrán que verse en el mismo procedimiento las dos cuestiones. Así lo han establecido, entre otras, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona de 14-3-2005; la de la Audiencia Provincial de Córdoba de 4-3-2005, la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22-12-2004 y 14-7-2004, la de Madrid de 19-10-2004 o la del Tribunal Supremo de 7-7-2004. En todas ellas el cauce procesal utilizado es el del Juicio Verbal según los trámites especiales de los artículos 770 y siguientes de la LEC en el que se resuelven todas las cuestiones relativas a los hijos menores del matrimonio.⁹ En el mismo sentido el Tribunal Supremo resuelve en el mismo trámite también la cuestión del domicilio y razona "...la atribución de la vivienda hecha por el Juzgado responde a la obligación que todo Juez tiene de establecer las medidas más adecuadas para el bienestar del menor..."¹⁰

Pero este razonamiento puede quebrar si pensamos en la nueva norma que establece la custodia compartida en nuestra Comunidad ya que no será automática la asignación del domicilio al progenitor custodio: los dos tendrán la custodia¹¹. No he encontrado sentencia alguna que resuelva sobre asignación de domicilio cuando se acuerde la custodia compartida en casos de pareja de hecho. Pero se tendrá que discutir en el mismo cauce procesal porque es lo más beneficioso para las partes para evitar su continuo desfile por los Juzgados, por economía procesal y, sobre todo, porque, de lo que he ido viendo, el Juzgador, sin duda consciente de la maraña procesal que debe ser sorteada por las parejas de hecho, no suele

6. "La nueva ley contempla la posibilidad de que en las uniones de hecho se adopten medidas provisionales cuando lo discutido sea únicamente la guarda de los hijos o los alimentos(Art.748,4), por lo que será preciso acudir al juicio ordinario cuando se planteen otras circunstancias como el uso de la vivienda familiar..."

7. Pero aquí se planteó aún en Juicio de Menor Cuantía, antes de la reforma.

8. "En cuanto al uso del domicilio familiar teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 81 del Código de Derecho Foral de Aragón y valorando la situación de ambos progenitores parece adecuado que el uso del domicilio familiar sea atribuido a la actora limitado hasta un año..."

9. Pero la Jurisprudencia no es unánime, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11-7-2003 indica que la cuestión del domicilio ha de tratarse aparte del resto de las cuestiones sobre los hijos menores, por el Ordinario que corresponda, según cuantía. Lo considera interés económico distinto a debatir de manera independiente.

10. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 2004.

11. Arts. 75 a 77 del Código de Derecho Foral de Aragón.

ser muy severo y, siempre que no se creen problemas de indefensión, no discute cuestiones de procedimiento o las solventa y entra en el fondo del asunto.¹²

III.- CAUCE PROCESAL PARA LA SOLICITUD DE ALIMENTOS A FAVOR DE HIJOS MAYORES DE EDAD. ALIMENTOS ENTRE CONVIVIENTES.

Muy someramente, la solicitud de alimentos a favor de mayores de edad habrá de formularse en Juicio Verbal de conformidad con cuanto establece la regla octava del artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹³. El hijo mayor de edad deberá presentar directamente la solicitud, en su caso.

El conviviente podrá reclamar alimentos en caso de que así se hubiera pactado y, además, el conviviente sujeto al derecho aragonés, en caso de ruptura, podrá solicitar compensación por este trámite, si se encuentra en alguno de los supuestos del artículo 310 del Código de Derecho Foral de Aragón. En ambos casos el cauce procesal será el precitado artículo 250,8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, el Juicio Verbal.

IV.- CAUCE PROCESAL PARA LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA A UN CONVIVIENTE EN EL CASO DE QUE LA PAREJA NO TENGA HIJOS O SEAN ESTOS MAYORES DE EDAD.

Si trato este asunto en un apartado concreto y con cierto detenimiento es porque no es baladí, ni mucho menos.

De cuanto se ha indicado en los apartados 2 y 3, es claro que la cuestión de la atribución del uso de la vivienda que fue hogar de la pareja cuando no hay hijos o son mayores de edad no puede plantearse en el Procedimiento previsto en los artículos 770 y siguientes, si es reclamación contenciosa, o en procedimiento de común acuerdo previsto en el artículo 777, por remisión expresa del artículo 748, 4º, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De manera que el cauce, en principio, parece que habrá de ser el Juicio ordinario o verbal que proceda por cuantía¹⁴. Pero con esto no queda todo resuelto ni mucho menos y la jurisprudencia ha ido solucionando una serie de supuestos por cauces diferentes, como voy a concretar.

Porque puede ocurrir que el conviviente que permanezca en el hogar no sea el propietario, no tenga título idóneo, y como indica Rosa M. Anguita¹⁵ esta si-

12. Sirva de ejemplo la Sentencia de 19-10-2004 de la Audiencia Provincial de Madrid en un proceso instado por una pareja de hecho al amparo del artículo 770 de la LEC. El Juez de Instancia reflexionó y, atendiendo al artículo 254 de la LEC por el que corresponde al Juez el control de oficio de la clase de Juicio, al ser pareja de hecho, entendió que debió seguirse el Juicio Ordinario; pero rectificó él mismo, convocó a Audiencia Previa de las partes y como nadie objetó nada, se siguió por ese procedimiento.

13. El artículo 250 dispone que se decidirán en juicio verbal...pár. 8 "Las demandas que soliciten alimentos debidos por disposición legal o por otro título".

14. Art. 251, 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando la reclamación verse "sobre usufructo...uso, la habitación... el valor de la demanda se fijará atendiendo a la base imponible tributaria sobre la que gire el impuesto...".

15. Op. Cit. Págs. 14 y ss.

tuación "... daría lugar a la figura jurídica del precario como aquella situación de hecho que implica utilización gratuita de un bien ajeno cuya posesión jurídica no le corresponde...". Por consiguientes, siguiendo este razonamiento, el conviviente titular puede interponer el juicio verbal en solicitud de desahucio por precario para que pueda serle restituido el bien y el otro conviviente no titular podrá oponer la convivencia mantenida por la pareja para intentar evitar el desahucio.

Y, en efecto, existe una línea jurisprudencial interesante en este sentido, que entiende adecuado el procedimiento de juicio verbal de desahucio, algunas de cuyas Sentencias son de la Audiencia Provincial de Zaragoza y han sido tomadas en consideración por otras Audiencias. La más completa, quizás, es la de 16-12-2003 que resuelve sobre el desahucio en precario decretado en la Instancia confirmándolo en un supuesto de pareja de hecho como el que se trata aquí. La Sentencia arranca, precisamente, en el Primero de sus Fundamentos de Derecho realizando algunas consideraciones sobre el desahucio por precario a la luz de la nueva regulación de la nueva LEC" y explicando, en consecuencia, el sentido y alcance de este procedimiento que, concluye, tomando los argumentos de la Exposición de Motivos "... no es un proceso sumario sino plenario..." En definitiva, las apreciaciones que se pudieran hacer en este asunto no exceden del ámbito de este Procedimiento en el que se podrá entrar a conocer de todas las circunstancias alegadas por la parte que se oponga a la demanda. La Audiencia despejó cualquier duda sobre la inadecuación del procedimiento y consideró que el Juicio pertinente era el desahucio por precario. Y, en efecto, se entró en el fondo del asunto contestando a todas las pretensiones de la conviviente, que permanecía en el uso de la vivienda propiedad del que fuera su pareja de hecho hasta que se produjo la ruptura, dos años atrás, resolviéndose sobre la procedencia del desahucio.¹⁶

En el mismo sentido se pronunció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8-3-2005 en la que se resolvió la procedencia del desahucio por precario. En esta Sentencia se contestó también a la pretensión de la recurrente sobre inadecuación de procedimiento por la complejidad de la cuestión debatida, dadas las relaciones de la pareja de hecho. En el cuarto de los fundamentos legales resuelve el asunto indicando, al igual que la Sentencia de Zaragoza, que la nueva regulación del precario hace posible debatir en este procedimiento todas las cuestiones, por complejas que sean, por lo que entró en el fondo del asunto desestimando la inadecuación del procedimiento¹⁷. En el mismo sentido acogen

16. Se reflexiona en esta Sentencia, siguiendo muchas otras, sobre el hecho de que "... no contraer matrimonio responde a una libre decisión de la pareja... asentada en el recíproco deseo de crear el menor número de vínculos jurídicos posibles, la aplicación jurídica del régimen jurídico del matrimonio ... debe hacerse con sumo cuidado.

Se cita la ley 6/99 de 26 de marzo de parejas estables que regulaba en su art. 7, como hace hoy el artículo 310 del Código de Derecho Foral de Aragón, los efectos patrimoniales de la extinción en vida de la pareja de hecho y tomando el entonces artículo 9, hoy 311, reconoció a la conviviente no titular un derecho al uso de la vivienda por un plazo de un año, por Analogía con dicho precepto. Pero como ya había disfrutado dos años desde la ruptura, la entendía ya resarcida sin que nada más le correspondiera, por lo que había de dejar ya la vivienda y se desestimaba el Recurso planteado por la conviviente no titular.

17. El fallo de la Sentencia de primera Instancia que se recoge la Sentencia declaraba que la conviviente "ocupa y tiene la mera tenencia de la finca... sin título y en concepto de precario, condenándole a devolver la finca... libre, vacua y expedita... bajo apercibimiento de lanzamiento".

la procedencia del desahucio por precario las Sentencias de la Audiencia Provincial de la Coruña de 28-6-2005 y la de la Audiencia Provincial de Valencia de 22-9-2008.

Ha habido, no obstante, algún pronunciamiento contrario a la aplicación del desahucio por precario que, expresamente, expone que las cuestiones a debatir son complejas, para indicar que el procedimiento a seguir no es éste sino el ordinario que corresponda¹⁸. Pero el Tribunal Supremo ha dejado ya clara la cuestión en sedas sentencias recientes, la de 27-3-2008 y la de 6-10-2011: procede el desahucio por precario en estos supuestos.

Sobre la atribución del uso de la vivienda solicitada por un conviviente copropietario, como petición aislada, no es tan fácil encontrar jurisprudencia. Sí resolvió un asunto así la Audiencia Provincial de Barcelona: pareja estable no casada, sin hijos y que adquirieron una vivienda pro-indiviso. El cauce procesal utilizado fue el juicio verbal en solicitud de atribución del uso del domicilio, el cauce procesal no fue cuestionado, aunque la solicitud fue rechazada por razones de fondos basadas en el derecho catalán.¹⁹

La cuestión se ha planteado también como pieza separada de Medidas Cautelares derivadas de un juicio ordinario en el que se trataban el resto de los aspectos de la ruptura de la pareja de hecho. Recoge este supuesto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15-9-2006. Si bien se denegó por entenderse que no se reunían las características de las medidas cautelares²⁰. No he encontrado un supuesto similar en la jurisprudencia aragonesa. Y realmente no parece que tenga cabida en los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan las medidas cautelares.

V.- PROCEDIMIENTO PARA LA LIQUIDACIÓN DE PATRIMONIOS.

1. Trámite contencioso.

La parte que más complicaciones supone en el momento de orientar el cauce procesal adecuado en las reclamaciones por la ruptura de una pareja de hecho es la que se refiere a la división del patrimonio que haya podido ser adquirido durante la relación. No es preciso insistir en que no son de aplicación los artículos 770 y siguientes y 777 que sólo entran en juego cuando hay hijos menores y para las relaciones con los hijos menores.

En cuanto a los argumentos de fondo, explica la sentencia" ... la mera convivencia, por sí misma, no otorga al conviviente titular, producido el cese... título suficiente para continuar poseyendo..."

18. Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de 23-11-2004 o la de la Audiencia Provincial de Valencia de 13-6-2001.

19. Sentencia de 24-11-2010.

20. " No se dan los presupuestos de los artículos 726, 728 y 732 de la LEC, pero además porque no había base legal para solicitar dicha medida en el proceso principal. Al no haber hijos menores el uso de la vivienda no es un efecto de la ruptura de la pareja de hecho.

Tampoco cabe acudir al procedimiento previsto en los artículos 806 a 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial- con la remisión en la fase a la que se refiere el artículo 810 a los artículos 784 y siguientes- porque esas normas son exclusivas del régimen matrimonial, algo que se destaca, claramente, en la Exposición de Motivos cuando se aborda la reforma en este punto efectuada por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y la Jurisprudencia lo ha reiterado sin que quepa insistir ya en este punto. No hay, por tanto, procedimiento especial al que acudir.

Por ello, insistir en acudir a los Juzgados con la pretensión de la existencia de una comunidad de bienes por el trámite específico, resulta arriesgado en ausencia de pacto y no es aconsejable en modo alguno. Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 8 de Septiembre de 2006 en la que se acudió a esta solicitud y fue desestimada por entender que no había comunidad de bienes. Pero, además, se hubo de indicar que hubiera cabido, con arreglo al entonces artículo 7 de la ley de Parejas estables, hoy 310 del Código de Derecho Foral de Aragón, una reclamación por enriquecimiento Injusto y, al no solicitarse, aún reconociéndose que lo hubo, no pudo resolverse.²¹

Por eso, cuando se va leyendo jurisprudencia sobre el particular, se tiene la sensación de que cada abogado que ha acudido al Juzgado sabía que iba un poco a ciegas, probando lo que más podía convenir. Los más cautos acuden al procedimiento ordinario y allí lo piden todo, medidas sobre custodia, pensiones, domicilio, declaración de condominio, adjudicación, peticiones por enriquecimiento injusto. Algunos, más cautos todavía, en el mismo juicio ordinario concretan peticiones subsidiarias para el caso de que no se considere que existe un patrimonio común con solicitudes de indemnización por enriquecimiento injusto. Y algunos solicitan la declaración de bienes comunes y dejan para el trámite de ejecución de sentencia la división efectiva y adjudicación. Y los Juzgados no discuten, en general, cuestiones de procedimiento aunque expliquen, en algún caso, que no es el más idóneo. Se tiende a tutelar la petición y entrar en el fondo del asunto, siempre que no se vulneren principios fundamentales y, desde luego, sin caer en incongruencia.

Javier Seoane²² concreta al efecto los que, a su parecer, son los caminos que han de seguirse en estos casos. Cuando esté clara la existencia de un pacto previo en el que los convivientes hayan acordado aplicar a su unión el régimen de gananciales, se podrá acudir al trámite de la división de la comunidad- arts. 806 y ss. De la LEC -. Cuando no existan pactos previos habría que acudir al Procedimiento Ordinario que corresponda por cuantía para solicitar la división de cosa común en relación a las cosas concretas adquiridas durante esa etapa.

21. La Sentencia llega a decir que "... por más que se concedieran -los convivientes- poder de disposición sobre las respectivas cuentas que cada uno tenía para ingresar el producto de su trabajo, no consta que convinieran una comunidad de bienes como la pretendida..."

22. Op. Cit. Págs. 368 y ss.

Aunque ha habido alguna resolución del Tribunal Supremo ²³ que equipara la convivencia “more uxorio” con la matrimonial, entendiendo que el régimen económico de la pareja, tácitamente querido, era el de gananciales o consorciales por lo que el procedimiento a seguir es el previsto para la disolución en los arts. 806 y ss. Pero esta solución, citada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20-3-2006 es minoritaria, una postura aislada, en un caso concreto en el que los convivientes lo fueron durante mucho tiempo y sus circunstancias eran muy especiales.

Es por ello que lo menos arriesgado parece lo que indica Javier Seoane y sigue la Jurisprudencia de manera más constante: salvo pacto expreso, ir al Ordinario que corresponda según cuantía. Así la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20-3-2006 y la de la Audiencia Provincial de Huesca de 8-9-2011, la del Tribunal Supremo de 7-7-2010 entienden que el procedimiento adecuado es el ordinario que corresponda por cuantía en solicitud de división de cosa común. También se sigue esta teoría en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barbastro de 19-9-2011.²⁴

Ya se ha adelantado arriba que, por cautela, en ocasiones se han planteado todas o varias cuestiones en el mismo procedimiento, en este caso, el Ordinario o verbal que corresponda por cuantía. Y los Juzgados han resuelto de vez todas las cuestiones que se planteaban. Entre ellas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30-10-2008 que resolvió una petición planteada en Juicio Ordinario en la que se solicitaban todo tipo de medidas para solventar la situación de ruptura: guarda y custodia, alimentos, vivistas, uso de la vivienda, pensión compensatoria, indemnización del 50% de los bienes y, de forma subsidiaria, disolución y liquidación de lo adquirido durante la convivencia.²⁵ Es destacable también la Sentencia del Tribunal Supremo de 16-6-2011 en la que se sigue Juicio Ordinario en la que se pedía que se declarara la existencia de una comunidad de bienes entre la pareja y se pedía la condena de pago de la mitad del importe de varias cuentas. Con independencia del fallo, el cauce procesal no fue discutido.

En ocasiones, puede ser más acertado acudir al procedimiento ordinario por cuantía y plantear todas las cuestiones de vez. Al menos si no hay hijos o son mayores de edad, puede convenir tratar, en su caso, las cuestiones relativas a los bienes y el uso del domicilio o las compensaciones que correspondan entre los convivientes en un solo acto. Por economía procesal y porque puedan verse todas las características y circunstancias concretas de la relación, lo que parece más favorable al justiciable.

23. Sentencia del t.s. de 14-5-2004.

24. Esta Sentencia me la ha proporcionado, amablemente, el Juez de Primera Instancia 1 de Barbastro y es la única que ha resuelto desde que es titular del Juzgado. El otro Juzgado de Barbastro y los otros dos Juzgados de Monzón revisaron también, amablemente, sus archivos y no pudieron proporcionarme ninguna por no haber conocido ningún supuesto.

25. Sigue esta Sentencia la misma pauta que la del T.S. de 12-9-2005 que también conoce un asunto en el que se tratan todos los aspectos de la ruptura -aunque entiende que no existe comunidad de bienes, lo resuelve todo-.

Por último, en alguna ocasión se acudirá al verbal cuando la cuantía de lo que se pretende repartir así lo exija, si bien, no he localizado más que una curiosísima Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 2 de Badajoz de 7-10-2010.²⁶

2. Mutuo acuerdo.

Tampoco parece sencillo resolver qué camino procesal tomar para llevar al Juzgado el acuerdo de los convivientes tras la ruptura sobre cuestiones patrimoniales, cuando por el contenido de los propios pactos no sea tampoco sencillo ni lo más pertinente acudir a documento privado, simplemente, o público notarial. Piénsese en una partición de bienes con compensación económica a abonar durante unos años; u otra en la que, además, se acuerde sobre el uso de la vivienda en un determinado tiempo, etc. Habrá que acudir, por tanto, para mayor garantía de cumplimiento y para facilitar la ejecución, al Juzgado. Pero ¿cómo?

No podemos acudir al Procedimiento del artículo 777 de la LEC, que sería lo más cómodo y sencillo, porque no estamos ante un matrimonio. Y no nos soluciona la cuestión la Jurisprudencia porque, lógicamente, no se ha planteado recurso sobre el particular una vez concluido el acuerdo en Primera Instancia. Salvo la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 2 de Monzón (de 11-9-12) donde se planteó como si se tratara de una unión matrimonial uniéndose, incluso, pacto de relaciones familiares y fue desestimada por este trámite.

Tampoco la doctrina se ha detenido a tratar este particular²⁷. Podría presentarse un Acto de Conciliación²⁸, pero aquí tiene que haber un demandante y citar al otro como demandado y, en ocasiones, la sensibilidad de las partes podría sentirse herida. O plantearse una demanda contenciosa y allanarse el otro conviviente, pero estaríamos en el mismo caso. Podría acudir a las normas de jurisdicción voluntaria de acuerdo con el artículo 1811 y siguientes de la LEC de 1881.

Y también presentar una Demanda de Juicio Ordinario, el que corresponda por cuantía, adjuntando la propuesta de acuerdo, presentada por las dos partes. No tiene porqué existir problema habiendo acuerdo de las partes, de inadecuación de procedimiento. Y si, como hemos dicho, los jueces no suelen ser rígidos en esta materia, en este caso, no tienen porqué serlo cuando no hay contienda alguna. Esta última, por tanto, sería la fórmula más adecuada para evitar que una de las partes se vea citada por el Juzgado.

26. Se discutía sobre la posesión de un perro. La verdad es que el Juez hizo un verdadero tratado sobre la propiedad de los animales que puede parecer chocante, pero mantuvo la dignidad que se ha de dar a los problemas que las partes trasladan a los Juzgados. Aunque sonroje que se lleguen a plantear estas cuestiones.

27. M. José Balda, Op. Cit. Pág.255 indica que podría plantearse la demanda como contenciosa y luego en la vista del verbal o en la Audiencia Previa del ordinario, presentar convenio regulador y solicitar aprobación en relación al artículo 19 de la LEC

28. Lo recoge Cristobal Pinto Andrade en un trabajo sobre el particular accesible en la Red.

VI.-COMPETENCIA.-

1. Supuestos en que haya hijos menores de edad.

1.1. Competencia material.

Para solventar, exclusivamente, las cuestiones relativas a los hijos menores de edad a que se refieren los apartados 2 y 3 de este trabajo, la competencia objetiva recaerá en los Juzgados de familia, en los Partidos judiciales que los tengan. Ello por expresa remisión del artículo 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En otro caso, en los Juzgados de Primera Instancia.

1.2. Competencia territorial.

La competencia territorial en casos en que haya hijos menores en los procesos que versen sobre la guarda y custodia o sobre alimentos, será de aplicación el artículo 769,3 de la LEC. Será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En caso de que residan en domicilios distintos, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del domicilio de residencia del menor.

2. Supuestos en que se discuta el uso del domicilio, de manera exclusiva, en casos en que no haya hijos o sean éstos mayores de edad.

La competencia objetiva y territorial (artículos 45 y 52,7 de la LEC) recaerá en los Juzgados de Primera Instancia del lugar en que se encuentre el domicilio de la pareja objeto de contienda.

3. Supuestos en los que se reclaman alimentos para hijos mayores de edad o entre convivientes, exclusivamente.

Según el artículo 50 de la LEC, de manera general (en relación con el artículo 45 LEC) corresponderá la competencia al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado.

4. Cuestiones patrimoniales.

4.1. Competencia material.

El artículo 46 establece que los Juzgados de familia asumirán las competencias, precisamente, cuando haya hijos menores. No lo son pues en el resto de las cuestiones que no afecten a los menores, en concreto, a las cuestiones patrimoniales. La competencia será de los Jueces de Primera Instancia.

4.2. Competencia territorial.

Aquí hay una leve diferencia si se trata de solicitar la partición de determinados bienes y no se pretende la existencia de un patrimonio total común- de todo lo adquirido por las partes, como masa,- durante la unión, y se trata de bienes

inmuebles, de conformidad con el artículo 52, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, será Juez competente el del lugar en que se encuentren los bienes. Si hay varios, o se pretenden acumular varias acciones, se estaría al artículo 53 LEC.

Cuando se pretenda la liquidación de un patrimonio común, como el artículo 807 que se refiere a la competencia en casos de liquidación de patrimonios de un matrimonio, expresamente, remite la competencia al Juez que vio la separación o el divorcio, no sería de aplicación este precepto. Acaso, habría de acudir al pr. 4 del artículo 52, último párrafo²⁹ y sería Juez competente el del domicilio en que se encuentren la mayor parte de los bienes.

VII.-UNA ÚLTIMA CUESTIÓN. LEY DE TASAS.

Al cerrar este trabajo, acaba de publicarse la ley de tasas en el BOE de 21-11-2012. De una lectura somera, puede afirmarse que la ley 10/2012 de 20 de Noviembre por la que se regulan las tasas en la Administración de Justicia, viene a incidir, de nuevo en el defecto que se ha venido comentando de no incluir la cuestión del domicilio al hablar de los procesos matrimoniales y de menores, en general.

Así, el artículo 4 exime del pago de las tasas en su pr.1º a) a los procesos sobre menores los procesos matrimoniales que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores. Nada se dice, en especial, sobre las parejas de hecho.

En cualquier caso, de todo lo que se lleva dicho, con base en la Jurisprudencia más reciente, siempre que tratemos aspectos relacionados con hijos menores estaríamos en el supuesto del artículo 4. Y, también según esa interpretación jurisprudencial, podremos tratar en el mismo procedimiento la cuestión de la atribución del uso de la vivienda, en consecuencia, no habría que abonar la tasa.

Para todo lo demás, cuando no haya hijos menores, tanto las cuestiones patrimoniales cuanto las derivadas de la solicitud de la atribución del uso del domicilio u otras que no se refieran a los hijos menores, irán por el ordinario que corresponda y, por tanto, les será aplicable la tasa.

Esta cuestión de la tasa podría hacer cambiar ese criterio de pedir todo de manera conjunta: al no llevar tasa lo que se refiera a los hijos, será más económico ver esto de manera separada y luego, en su caso, ir al procedimiento ordinario ya sólo por lo patrimonial. Todas las cautelas a que he hecho mención en este trabajo serán, sin duda, revisadas a la vista de estos costes y la cuestión económica puede primar sobre la seguridad jurídica por lo que es posible que se acuda más a pactos privados cuando los bienes no sean inmuebles.

Esta nueva Ley, que ya empieza a ser contestada desde muchos ámbitos, nos va a hacer reflexionar y discurrir para intentar que el justiciable pueda obtener la tutela que reclama con el menor coste posible. Pero eso no se puede despachar en dos líneas: dará para otra jornada como ésta.

29. Así lo indica, Seoane, Javier. Op. Cit. Pá.370

PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

1. Sería oportuno establecer la pro genie común como hecho determinante de la pareja estable no casada, porque esta circunstancia sí se tiene en cuenta para el régimen aplicable a la ruptura de la pareja
2. Sería conveniente aclarar si la ruptura de parejas estables no casadas con hijos da lugar a la percepción simultánea de la asignación compensatoria y de la indemnización compensatoria (si se sostiene la compatibilidad el miembro menos favorecido de la pareja estable estaría en mejor condición que el cónyuge menos favorecido)
3. Las leyes procesales deben contemplar de forma homogénea y expresa el cauce procesal por el que deben reclamarse todas las cuestiones que afecten a la pareja de hecho
4. Sería necesario establecer normas de conflicto interregional para la articulación de las diferentes leyes autonómicas sobre parejas de hecho, para evitar la posible dualidad de efectos que puede resultar de la legislación aragonesa
5. Sería conveniente interpretar los pactos de codisposición de bienes inmuebles contenidos en el convenio de convivencia como prohibiciones de disponer voluntaria, recibiendo la cobertura legal suficiente para que pudieran tener acceso al Registro de la Propiedad y producir efectos frente a terceros

