



Universidad
de Alcalá

PAREJA DE HECHO Y MATRIMONIO. EVOLUCIÓN Y DIFERENCIAS

(Common law partner and marriage. Evolution and difference)

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

D. Alejandro Pulido Camuñas

Dirigido por:

Dr. D. José Enrique Bustos Pueché

Alcalá de Henares, a 19 de diciembre de 2019

Índice

1. Introducción	3
2. Evolución histórica	5
3. Concepto	11
3.1. Concepto de matrimonio.....	11
3.2. Concepto de pareja de hecho	11
4. Elementos diferenciadores	14
4.1 Requisitos de constitución	14
4.2 Pactos prematrimoniales o prenupciales	22
4.3 Régimen económico	33
4.4. Extinción.....	38
4.4.1. Extinción del matrimonio.....	38
4.4.2. Extinción de la pareja de hecho.....	39
4.5 Vivienda familiar	43
4.6 Derechos mortis causa	48
4.6.1. Herencia	48
4.6.2. Pensión de viudedad.....	49
5. Conclusiones	51
6. Bibliografía	54
6.1. Autores y obras	54
6.2. Legislación y abreviaturas	55
6.3. Jurisprudencia	56

1. Introducción

Las instituciones jurídicas del matrimonio y la pareja de hecho parecen hoy en día asuntos muy diferenciados y sin una aparente complejidad debido a la jurisprudencia, doctrina y marco legal que se ha ido consumando desde la llegada de la figura de la pareja de hecho, unión de hecho, convivencia more uxorio o demás denominaciones que veremos a lo largo de este trabajo; si bien esto no siempre es así y en el fondo del asunto se observa una mayor dificultad de la que puede aparentar en un principio.

Si bien, como veremos más adelante, el matrimonio es una de las instituciones del derecho más longevas, con una regulación que siempre ha estado presente en nuestro ordenamiento, es la figura de las parejas de hecho la que se presenta como más novedosa en el derecho de familia y, aún más novedosa, la figura de las parejas de hecho no registradas o “parejas de hecho hecho”, siendo también debido a la disparidad de regulación de la figura de las parejas de hecho y a la nula regulación de las parejas de hecho no registradas, donde se nos presenta una mayor dificultad.

La sociedad ha ido cambiando a lo largo de los años, y sobre todo a lo largo del último siglo, mientras que antes el paso lógico era pasar de ser una pareja de novios (hombre y mujer) a una pareja de casados o, en definitiva, a formar un matrimonio, esto con el tiempo ha ido cambiando, tanto en el sentido de que las parejas ya no las conforman siempre un hombre y una mujer sino que aparece la figura de la pareja homosexual, antes prohibida y ahora protegida, como en el sentido de que en la sociedad actual las personas ya no tienen por qué casarse sino que pueden formalizarse en una pareja de hecho o ni siquiera formalizarse como tal y constar como una pareja de hecho no registrada, siendo simplemente dos personas que deciden poner su vida en común pero sin ningún derecho o institución que los una en definitiva.

La proliferación de las parejas de hecho es algo constatable ya que según las cifras arrojadas por el Instituto Nacional de Estadística¹, en el censo realizado en el año 2011, el número de parejas de hecho se sitúa en casi 1,7 millones (mientras que el número de matrimonios, aún mucho más alto que de parejas, llega casi hasta los 10 millones), mientras que en la década anterior, en el año 2001, las parejas de hecho se situaban en los 563.785², es decir, ha aumentado el número de parejas de hecho un 303% en tan solo una década, esto debido a diversos factores como la legalización de las parejas homosexuales, un cambio de mentalidad y cultura y, sobre todo, a la progresiva regulación de estas parejas a pesar de que no se goce de una única legislación sobre el tema a nivel nacional, sino que ha sido cada Comunidad Autónoma la que independientemente del resto ha ido regulando esto según su parecer.

Por lo anterior, se hace palpable que a día de hoy y debido a la cantidad de parejas que han surgido en los últimos años, las parejas de hecho se han hecho visibles, mientras que antes las mismas no eran visibles sin llegar a reclamar nada ni se atrevían a interponer ninguna demanda al no estar regularizada su situación, y es que se han hecho visibles pues en la actualidad las parejas reclaman, demandan, litigan, recurren y quieren que se

¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA. Censos de población y viviendas 2011.

² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA. Censos de población y viviendas 2001.

les reconozca una serie de derechos que antes no les correspondía, llegando a reclamar sus diversas controversias ante el Tribunal Constitucional.³

Así mismo, con el creciente número de parejas de hecho aparecen también las controversias en lo relativo a las mismas; se nos plantea la pregunta de por qué no existe una legislación estatal a pesar del gran crecimiento que ha experimentado esta figura en los últimos años, siendo un tema que concierne a casi dos millones de personas y que variará dependiendo de la zona en que resida dicha pareja.

Este tema de por qué este asunto no se ha regulado estatalmente sino que al final han sido las propias Comunidades Autónomas las que han optado por dar respuesta a las posibles controversias de las parejas de hecho es algo que ha sido ampliamente debatido en la doctrina con posiciones muy enfrentadas como los que afirman que la incapacidad de aprobar una ley estatal se trata de una “*inconstitucionalidad por omisión derivada de la violación del principio de lealtad constitucional*”⁴ así como los que afirman que una ley estatal sobre las parejas de hecho es algo innecesario teniendo en cuenta, además, las más recientes sentencias del Tribunal Constitucional⁵.

También en los últimos años aparecen más los casos en que las parejas deciden no registrarse formalmente como tal y a pesar de ello quieren gozar de los mismos derechos de las parejas que sí lo están.

También trataré de recopilar las diferencias entre los distintos regímenes y comprender por qué la gente prefiere optar por el de la pareja de hecho y por qué por el régimen jurídico del matrimonio, siendo una decisión antes indudable y cada vez más dudoso y llena de preguntas, si bien en muchas ocasiones la pareja de hecho precede a la figura del matrimonio a modo de prueba, siendo un momento bastante común de replanteamiento de pareja y paso a matrimonio la llegada de hijos en común.

La reticencia a establecerse como matrimonio puede deberse a muy diversos motivos tales como económicos por no poder hacer frente a los gastos del mismo, así como a sus consecuencias, por motivos ideológicos, por motivos circunstanciales como es el caso de las parejas que prueban su convivencia durante años hasta dar el paso de formalizarse en matrimonio. También encontramos en las posibles razones el planteamiento de las parejas que opinan que la situación de pareja de hecho se acaba convirtiendo en una especie de matrimonio cuando se cumplen determinadas circunstancias como es tener hijos o vivir juntos durante un determinado periodo de tiempo, así como las parejas que se amparan en la pareja de hecho por la situación o sensación de cierta libertad que el matrimonio no da.

Por tanto llegamos a la conclusión de que no existen solo matrimonio y parejas de hecho, sino que los tipos de parejas que hay, y los motivos por lo que éstas se forman, son muy dispares, sin que llegue a haber una estructura fija de las mismas, siendo necesario acudir a la legislación, a la jurisprudencia y a la doctrina para observar plenamente las diferencias entre ambas instituciones, si bien siguen progresando

³ RODRIGUEZ BOENTE, S. “Guía práctica sobre el régimen jurídico de las parejas de hecho”. Thomson Reuters-Aranzadi. Cit. Pág. 25.

⁴ GARCÍA RUBIO, M. PAZ. “Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica.”. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Cit. Pág. 121.

⁵ SERRANO CHAMORRO, M. E. “Las parejas de hecho y su marco legal”. Editorial Reus. Pág. 14.

constantemente y lo que hoy supone una pareja de hecho puede no suponerlo en un determinado número de años.

En definitiva, en este trabajo trataré de mostrar el recorrido histórico de la figura del matrimonio y de la pareja de hecho hasta el día de hoy mostrando su evolución, observaremos las diferencias entre ambas instituciones tratando de comprobar por qué se opta por una en lugar de otra y cual es más beneficiosa en función de la situación en la que nos encontremos, así como veremos la posición que los distintos tribunales han adoptado en lo relativo a los derechos y obligaciones de la pareja de hecho, sin desvincularnos de la figura del matrimonio la cual ya está totalmente asentada en nuestra tradición y costumbres.

2. Evolución histórica

El matrimonio es la forma más antigua que existe de unión entre dos personas cuya intención es compartir y poner su vida en común. Dicha institución es tan antigua que aparece ya en Sumeria donde “*el matrimonio era un contrato que gozaba de la protección de Dios en defensa de su estabilidad*”⁶, así como también formaba parte de la religión budista y como también hay constancia del matrimonio durante todo el Antiguo Testamento, muestra de ello es que “*en los once primeros capítulos del Génesis aparecen dos tradiciones principales: la Y y la P, la yavista y la sacerdotal. Según la tradición yavista...el hombre y la mujer están al mismo nivel y son precisamente el principio de la familia: son consanguíneos, <<carne de mi carne>>. El relato sacerdotal, que se caracteriza por su orden y simetría, ocupa el primer capítulo del Génesis...presentando la creación inmediata de la primera pareja humana como imagen de Dios.*”⁷.

Enfocados en la cuna de nuestro derecho, en Roma, el *matrimonio* o *nuptiae* partía de una recíproca voluntad de ambos cónyuges por la cual se constituía el matrimonio, siendo una unión entre hombre y mujer, libres, sin que existiera impedimento legal entre ellos, donde se producen efectos jurídicos. Por otro lado, en paralelo a las *nuptiae*, existían en Roma figuras como el *estupro* referente a la libertad sexual y castigado penalmente, así como el concubinato consistente en una unión ilegítima entre hombre y mujer pero autorizada, es decir, no era algo que estuviera reconocido por las leyes pero tampoco existía impedimento en dicha unión.

Ya en lo referido a la regulación en España, durante toda la Edad Media el único matrimonio válido era el religioso, sin ni siquiera un planteamiento de otro tipo de matrimonio pues no había manera alguna de regular el matrimonio al margen de la Iglesia, distinguiéndose dentro del matrimonio solamente un sistema con libertad de forma donde se acepta el matrimonio solemne religioso *in facie Ecclesiae* y el matrimonio a yuras, basado en juramento sin formalización alguna, tratándose siempre con desfavor, prueba de esto es que el Fuero Real prescribió el matrimonio público y solemne, las Partidas prohibieron el oculto y las Leyes de Toro lo penaron penal y civilmente, sin dejar éste de ser válido.⁸

⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. Z. “El matrimonio y los nuevos modelos de familia”. Wolters Kluwer. 2019. Cit. Pág. 106.

⁷ GARCÍA CASTRO, M. “Matrimonio canónico”. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, vol. XVI.

⁸ XAVIER O’CALLAGHAN MUÑOZ, M^a. “Compendio de Derecho Civil Tomo IV”. Ed. Universitaria Ramón Areces, Pág. 151.

Más tarde, en la España de Felipe II, mediante la Real Cédula de 12 de julio de 1564, se incorporó el matrimonio civil como única forma de matrimonio, siendo válido solo el celebrado ante un párroco, u otro sacerdote que fuera autorizado, y la presencia de dos testigos, siendo esto mantenido hasta finales del siglo XIX.

Por otro lado, en lo referente a las parejas de hecho lo más parecido que existió en la España en formación de la Edad Media fue lo que se acogió bajo del término de “*barraganía*” que constituía una unión de hecho entre un hombre, ya estuviera casado o soltero, y una mujer, siempre soltera, la cual tenía la misma eficacia jurídica que el matrimonio. Así mismo, es en la “Carta de Ávila”, redactada en el año 1361, donde se concedió tanto el derecho a la concubina de percibir rentas “de su señor” incluso tras la muerte de éste, donde observamos una medieval pensión de viudedad en favor de las parejas de hecho o barraganías, así como se concedieron derechos tales hacia la mujer en cuestión como compartir el pan y la mesa con el hombre.

Es en dicha “Carta de Ávila” donde se reconocen determinados efectos jurídicos a las uniones de hecho cuando se hubiese desarrollado un año de dicha unión, así como en varios Fueros se concedían derechos hereditarios a los hijos fuera del matrimonio tales como la posibilidad de heredar junto a los hijos legítimos⁹. A pesar de esto, en el Concilio de Trento las uniones fuera del matrimonio pasan a estar condenadas, manteniéndose hasta hace bien pocos años la postura de no reconocer efecto jurídico alguno a las uniones entre dos personas que fueran creadas al margen del matrimonio.

No es hasta el 18 de junio de 1870 con la Ley de Matrimonio Civil cuando se establece el matrimonio civil, sino que el sistema que se introduce es el de matrimonio civil obligatorio, fundándose en una total separación del matrimonio canónico o visto como un sacramento y el matrimonio civil o visto como un contrato. Con esta nueva ley el matrimonio canónico no pierde su eficacia y legitimidad, pero sí que se establece el requisito de que todo español, para celebrar el matrimonio debía de utilizar la forma civil, siendo ésta la única válida para el Estado, especificando dicha ley en su artículo segundo que “*El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley, no producirá efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes*”.

Si bien dicha ley fue pronto objeto de reforma y suavizada en favor de la Iglesia, indicando el Real Decreto de 9 de febrero de 1875 que se produjo un lamentable desacuerdo entre la opinión pública, inspirada por la fe religiosa y los preceptos y declaraciones de la ley reciente sobre el matrimonio civil, ante lo cual el gobierno cumple con el deber imperioso de apresurarse a restablecer la conveniente armonía entre la legislación civil y la legislación canónico en favor del matrimonio canónico, inaugurándose con esto el sistema matrimonio civil subsidiario así como los jueces solo podían autorizar los matrimonios de aquellas personas que manifestaran no pertenecer a la Iglesia católica.

Con la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, tal como se expone en su artículo primero, se autoriza al Gobierno a la publicación de un Código Civil con arreglo a las

⁹ MESA MARRERO, C. “Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos”. Aranzadi, Pág 26.

bases y condiciones que se fijarán en dicha ley, estableciendo en su base tercera “Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico, que deberán contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determine el mismo Código en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado.

El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, cuando se celebre en conformidad con las disposiciones de la Iglesia católica, admitidas en el Reino por la ley 13, tít. 1.º, libro 1.º de la Novísima Recopilación. Al acto de su celebración asistirá el Juez municipal u otro funcionario del Estado, con el soló fin de verificar la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro civil.”

Un año más tarde, el 24 de julio de 1889, es cuando se publica el Código Civil que llega vigente hasta la actualidad (con sus numerosas modificaciones a lo largo de los años de por medio) el cual, según Castán Tobeñas “*Consecuencia de la fortísima tradición religiosa española, el Código Civil no fue...una ley transaccional, sino un pleno reconocimiento a la autoridad de la Iglesia y del Derecho canónico*”¹⁰ así mismo, este mismo autor destaca la obligación para los católicos del matrimonio canónico, si bien dotándole siempre de plenos efectos civiles, así como la concesión de la patria potestad a la madre y también la reglamentación del régimen económico del matrimonio, reconociendo la sociedad de gananciales en defecto de un pacto entre los cónyuges.

El Código Civil y la regulación en general del matrimonio no se quedó aquí sino que ha ido evolucionando con el paso de los años; la primera gran reforma importante, ubicada en el año 1932, desde la promulgación del Código Civil se trata de la introducción del divorcio en nuestra regulación y con él, por tanto, la posibilidad de disolver el vínculo del matrimonio, así mismo, con la Ley de 28 de junio del mismo año se introducen numerosas medidas, apartándose drásticamente de la Iglesia, como es la obligatoriedad del matrimonio civil para todos los españoles, reconociéndose como única forma de matrimonio.

Esta regulación se ve derogada en el año 1938, imponiéndose por el nuevo Gobierno en formación, bando que acabaría resultando ganador en la Guerra Civil, la obligación de contraer matrimonio canónico cuando al menos uno de los dos fuese cristiano y excepcionalmente la posibilidad de hacerlo civilmente cuando ninguno de los dos lo fueran, así lo reconocía el art. 42 del CC “*La Ley reconoce dos clases de matrimonios: el canónico y el civil. El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica. Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica.*”. Así mismo, en septiembre de 1939 la Ley del divorcio es derogada.

Esto se ve fortalecido por el Fuero de los Españoles, promulgado en julio de 1945, amparándose la familia como una institución natural y estableciendo que el matrimonio será uno e indisoluble. La cercanía del gobierno franquista a la figura de la Iglesia se traduce en una fuerte canonización del matrimonio, adaptándose la legislación civil a la canónica y tan solo sería la Santa Sede, fruto del Concordato de España con la Santa Sede,

¹⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J. “Derecho Civil español, común y foral, tomo Quinto: Derecho de familia, vol.1”, Editorial Reus, pág. 88.

la que podría anular un matrimonio, como figura en el art. XXIV del mismo “1. *El Estado español reconoce la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges, en la dispensa del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al Privilegio Paulino.*”.

Con una política de un muy ligero tono liberal se promulga la Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos profesionales y de trabajo de la mujer, donde se establece que “*Cuando por ley se exija la autorización marital para el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente, deberá constar en forma expresa, y, si fuere denegada, la oposición o negativa del marido no será eficaz cuando se declare judicialmente que ha sido hecha de mala fe o con abuso de derecho.*” Observando un ligero cambio de rumbo en cuanto a la posición, hasta entonces sumisa, de la mujer en el matrimonio.

En línea con la política señalada anteriormente, con la promulgación de la Ley de Libertad Religiosa en junio de 1967, pasa a autorizarse el matrimonio civil cuando ninguno de los cónyuges fuera católico, así como se da libertad para realizarse una ceremonia acorde con la religión no católica que profesaran los cónyuges siempre y cuando no atentaran contra la moral o buenas costumbres. Así mismo se refuerza la facilidad para contraer matrimonio civil cuando el artículo 248 del novedoso Reglamento del Registro Civil de mayo de 1969 autoriza el matrimonio civil con la simple declaración por parte de ambos cónyuges de no pertenecer a la Iglesia Católica.

Con la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, se da una evolución en el sistema del matrimonio otorgando derechos a la mujer como la posibilidad de contratar con su marido, así como el poder otorgar capitulaciones tras el matrimonio, o bien que, tras la separación, ambos excónyuges pudieran pedir la separación de los bienes.

Ya tras la muerte de Franco el sistema matrimonial cambia bruscamente, orientándose ya ligeramente al que tenemos en nuestros días, despenalizándose en mayo de 1978 los delitos de adulterio y amancebamiento, así como se blindan los derechos relativos al matrimonio en la Constitución española de 6 de diciembre de 1978, tales como el garantizado en el art. 32 de la misma “1. *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.* 2. *La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.*” O en el artículo 39 “1. *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

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

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

Así mismo, en enero de 1979 España y la Santa Sede suscriben un nuevo acuerdo que viene a sustituir al Concordato antes mencionado. En dicho acuerdo, entre otras cosas,

se establece que los matrimonios canónicos gozarán de eficacia civil, que los órganos jurisdiccionales del Estado español serán los que conocerán en materia de separación y divorcia, y no solamente los Tribunales Eclesiásticos como hasta entonces.

En el año 1981 tiene lugar una reforma general del matrimonio a través de dos leyes, la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Con estas leyes, lo que se tiende a modificar, como bien indica el nombre respectivamente, es la desigualdad de los hijos por razón de su nacimiento, sean hijos que provengan del matrimonio o no lo sean, así como el ejercicio por igual la patria potestad en primer lugar, y, en segundo lugar, se establece el matrimonio civil como único tipo de matrimonio, sin desaparecer la posibilidad de contraerlo por la iglesia, así como la posibilidad de disolver el matrimonio por divorcio.

Entre 1981 y 1992 existen diversas reformas del matrimonio de distinto calibre como es el caso de la Ley 13/1983 la cual cambia el sistema de tutela de familia por uno de tutela de autoridad o como es el caso de la modificación en octubre de 1990 del Código Civil donde se establece la igualdad de los progenitores, eliminando la preferencia de la madre sobre la custodia de los hijos cuando estos eran menores de 7 años.

Si bien es en 1992 cuando se realizan los Acuerdos con religiones distintas de la católica en virtud de los cuales se otorgan efectos civiles a los matrimonios que se contrajeran mediante su respectiva forma religiosa, aprobándose dichos acuerdos con la religión evangélica mediante la *Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España*, con la religión israelí mediante la *Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España* y con la religión islámica mediante la *Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España*.

La siguiente gran reforma sobre el matrimonio, y última hasta nuestros días de tal calado, tiene lugar en el año 2005 con la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, es en virtud de esta ley con la que las personas del mismo sexo adquieren el derecho a contraer matrimonio, siendo el tercer país del mundo en legalizar dicho matrimonio tras Holanda en 2001 y Bélgica en 2003.

Así mismo, ese mismo año se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la Ley 15/2005, de 8 de julio, donde se suprime la necesidad de que exista una causa para acordar la disolución del matrimonio mediante la separación o divorcio, quedando ambas formas con un acceso más directo del que había previamente en el que era necesario justificar la decisión de separarse o divorciarse.

Como se ha señalado anteriormente, si bien las parejas de hecho no han sido reguladas como tal hasta hace muy poco tiempo, sí que han sido reguladas materias

conexas con dicho sistema, como puede ser los hijos nacidos fuera del matrimonio o la pensión que le corresponde a la respectiva pareja sobreviviente.

En el año 1998 Cataluña promulga la primera ley en materia de parejas de hecho a través de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. A dicha ley la sigue la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, de situaciones convivenciales de ayuda mutua, siendo la pionera en España en materia de parejas de hecho.

A ésta la sigue, en Aragón, la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas estables no casadas, sustituida, años más tarde, por el Código Foral de Aragón el 22 de marzo de 2011. Tras estas dos las demás Comunidades Autónomas las fueron siguiendo en un espacio breve de tiempo, siendo la siguiente Navarra mediante la Ley Foral 6/2000, Valencia mediante la Ley 1/2001, Castilla La Mancha con el Decreto 124/2000, de 11 de julio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha, Madrid más tarde con la Ley 11/2001, Islas Baleares con la Ley 18/2001, la Comunidad del Principado de Asturias con la ley 4/2002, tras ella Andalucía a través de la Ley 5/2002, Castilla y León con el Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento, Islas Canarias mediante la Ley 5/2003, Extremadura con la Ley 5/2003, tras ella País Vasco con la Ley 2/2003 y Cantabria con la Ley 1/2005.

Galicia con la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia es cuando hace mención por vez primera en su legislación a las parejas de hecho donde dice que *“En defecto de cónyuge o de pareja de hecho, el derecho a subrogarse corresponderá al familiar que conviviera con el arrendatario y lo auxiliara en la explotación de la finca arrendada”*, si bien es con el Decreto 248/2007, del 20 de diciembre, por el que se crea y se regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia con el que las regula íntegramente por primera vez. Melilla legisla sobre este asunto a partir del Reglamento regulador del Registro de Parejas de Hecho de la Ciudad Autónoma de Melilla, de 28 de enero de 2008. Y por último es Murcia la que se encarga de regular el asunto mediante la Ley 7/2018 de 3 de julio a través del cual legisla en dicha materia. Siendo Ceuta, a día de hoy, la única que no ha regulado sobre este asunto, la consideremos Comunidad o Ciudad autónoma.

Esta gran diversidad de leyes reguladoras sobre las parejas de hecho nos trae un panorama turbulento y contradictorio. No hay precepto alguno que otorgue la competencia en materia de parejas de hecho a las Comunidades Autónomas, si bien es el art. 149.1. 8º el que atribuye en exclusiva al Estado la competencia sobre *“8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.”* Por tanto, nos encontramos ante un terreno contradictorio en lo relativo a las parejas de hecho, siendo una competencia exclusiva del Estado, pero a su vez, regulado por las Comunidades Autónomas ante la necesidad de dar

una respuesta a los conflictos que puedan surgir en torno a esta figura, si bien este es un asunto que se tratará más adelante.

Como podemos observar, el recorrido histórico del matrimonio y de las parejas de hecho no muestra un camino plano ante la regulación ante la que nos hallamos hoy en día, sino que se han ido dando y quitando derechos progresivamente, donde el matrimonio ha sido algo en constante cambio mientras que a la situación de las parejas de hecho ha sido algo a lo que no se le ha dado mayor relevancia hasta hace muy pocos años, fruto, sin duda, de los cambios en la sociedad, abandonando la tendencia a casarse, o retrasando el momento de celebrar el matrimonio, y probando más la convivencia mediante la figura de las parejas de hecho, como se analizó al principio de este trabajo, siendo por tanto la pareja de hecho una figura que durante siglos ha sido condenada, durante otras décadas ha sido tolerada y que en la actualidad está como una institución que se integra en el Derecho de familia, rama jurídica en la que influyen como en ninguna otra la religión y la moral, hasta el punto que el Derecho se apropia muchas veces de preceptos éticos para convertirlos en jurídicos.¹¹

3. Concepto

3.1. Concepto de matrimonio

En lo relativo al origen de la palabra matrimonio, la opinión más generalizada es la que afirma que proviene de la palabra latina *matrimonium*, si bien según Castán Tobeñas¹² “La palabra matrimonio está integrada por la idea de madre. La trilogía “amor”, “matrimonio”, “maternidad” tiene un origen filológico común, remontable a la raíz hebrea “am”, madre, que ha originado directamente...nuestra palabra amor, y mediante un sencillo movimiento de transposición, la raíz indoeuropea “ma”, de donde proceden nuestras voces “madre” y matrimonio”.

Así mismo, Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga¹³ opina que quizá sea más probable la opción de que la palabra matrimonio derive del *maritare* latino, el cual es una forma verbal de *maritus* o marido, de *mas*, *maris*, o varón, como ocurre en prácticamente todas las lenguas románicas, donde existen sustantivos derivados de la misma palabra para designar la unión conyugal.

Este mismo autor opina que la palabra pueda tener otros orígenes, como son los que da Santo Tomás en su *Suma Teológica* donde explica que puede provenir de “*matrem muniens*”, defensa de la madre, de “*matrem monens*”, aviso a la madre para que no abandone a su marido, “*matre y nato*” ya que por el matrimonio la mujer se hace madre y de “*monos y materia*”, siendo la unión que produce una sola materia.

3.2. Concepto de pareja de hecho

Por otro lado, en lo relativo a las parejas de hecho, considero más importante analizar las palabras dadas para definirlo, más allá de su origen etimológico, pues no en todos los sitios se le llama pareja de hecho, sino que dependiendo de quién hable sobre el asunto usará una denominación u otra.

¹¹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. “Sistema de Derecho Civil, Vol IV”, Tecnos, pág. 42

¹² CASTÁN TOBEÑAS, J. *op. cit.* pág. 110.

¹³ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. *op. cit.* pág. 126

Si bien se usan diversidad de denominaciones para referirnos a esta figura, no suele haber error en identificarla, se emplee la denominación que se emplee, un caso llamativo es la denominación dada por las Comunidades autónomas para referirse al mismo concepto, siendo tan diversas como “Uniones estables de pareja” dada por Cataluña en la primera ley que reguló este asunto o “Parejas estables no casadas” por Aragón, “Uniones de hecho” o “Parejas de hecho”, por tanto destaca que es una institución con muy diversos nombres, si bien no hay que dejar de observar si se cumplen las exigencias jurídicas para poner tal denominación.

La terminología de esta figura es algo a lo que hay que prestar especial atención pues está lleno de matices, así bien, como afirma García Mas¹⁴ no es del todo acertada la utilización del término unión civil ya que el matrimonio también constituye tal unión civil, no debiendo de equiparar ambas instituciones.

Por otra parte, autores como Ortuño Muñoz¹⁵ consideran que la expresión “de hecho” no es adecuada” debido a que esta expresión no se corresponde con la realidad debido a que de hecho lo son las parejas que quedan fuera de las regulaciones autonómicas al no reunir los requisitos que imponen, pero a pesar de ello conviven en pareja y tienen hijos.

Pero es precisamente, en mi opinión, pareja de hecho, el término más adecuado para hacer referencia a esta figura pues, como afirma Serrano Chamorro¹⁶ después de tratar con una gran variedad de sentencias parece que los integrantes de la institución que llamamos pareja de hecho no desean contraer matrimonio, sino que consideran que hay una relación similar al matrimonio, por lo cual, son pareja, y de hecho ellos mismos se denominan “mi pareja”, pasando a entender como dicha pareja el conjunto de dos personas en una relación afectiva ya sea más o menos formalizada, a la que añadimos “de hecho” porque no goza del mismo tratamiento legal que el matrimonio, aunque la proliferación de normas autonómicas y la inscripción de las mismas en los correspondientes registros, hace que esta observación deba matizarse.

En lo ya referido a una definición como tal de ambas figuras, dejando a un lado el origen del nombre y el significado de las palabras que lo forman, el matrimonio tradicionalmente ha venido definido, de la mano de Castán Tobeñas¹⁷ como “*la unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perpetua comunidad de existencia*”, si bien, esta definición que sirvió durante muchos años hoy en día ha quedado atrás, sobre todo tras la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Así se indica en la exposición de motivos de dicha ley, explicando que se ha dado una superación social de la regulación del matrimonio que realiza el Código Civil español vigente, el cual data de 1889, reflejando unos valores clásicos propios de la época pero que “*la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no*

¹⁴ GARCÍA MAS, F.J “Las uniones de hecho su problemática jurídica”. Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, pág. 1512.

¹⁵ ORTUÑO MUÑOZ, P Y VEGA SALA, F “Derecho Civil: Constitución de la convivencia “more uxorio””. Manuales de formación continuada, pág. 103.

¹⁶ SERRANO CHAMORRO, M.E. *op. cit.*, pág. 93.

¹⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J. *op. cit.*

*cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889*¹⁸.

Por tanto, en vista de la nueva regulación, más acorde con los nuevos tiempos, se puede afirmar que el matrimonio es la unión legal de dos personas, ya sea del mismo o de diferente sexo, para la plena y perpetua comunidad de existencia. Así mismo, para el Derecho Civil, el matrimonio es un negocio jurídico propio del Derecho de Familia.

La pareja de hecho, por otra parte, también viene a ser una unión legal de dos personas, siempre que dicha pareja esté registrada, y, como el matrimonio, para una plena y perpetua comunidad de existencia, ante lo cual cabría encajar ambas instituciones bajo la misma definición, a pesar del hecho de que no tengan ni el mismo origen ni, en principio, la misma finalidad.

Si bien, en la doctrina esto no siempre es así, habiendo dispares opiniones sobre lo que es una pareja de hecho. Por ejemplo, María Paz García Rubio¹⁹ opina que pareja de hecho, es aquella situación de convivencia de dos personas, ya sea del mismo o de distinto sexo, pero en una relación afectiva de carácter sexuado la cual está dotada de una cierta permanencia, sin haber llegado a formalizar la relación como matrimonio. Es decir, en opinión de esta autora la pareja de hecho puede ser una fase previa al matrimonio, en la cual dos personas conviven juntas, mediando relación afectiva, pero sin llegar a formalizarlo como matrimonio.

Significativa es también aquella opinión doctrinal, muy al hilo de la anteriormente expuesta, que dice que, en lo referido a la consideración de pareja de hecho, se debe partir de que sobre el concepto, ya sea de unión de hecho, matrimonio de hecho o ya sea convivencia more uxorio no hay una posible discusión sino que esto, en definitiva, es aquella convivencia en la que existe análoga afectividad a la matrimonial, sin que se llegue a realizar una celebración formal del matrimonio, que no es antijurídica, sino extrajurídica y que produce o puede llegar a producir efectos personales, económicos o efectos de filiación²⁰. Considerando la figura de la pareja de hecho, por tanto, como un matrimonio, pero sin que se haya llegado a hacer una celebración o formalización del mismo.

Por tanto, llegamos a la conclusión de que a la pareja de hecho la constituyen aquellas parejas en situación de convivencia, con una análoga afectividad a la que hay en un matrimonio pero que por decisión de la pareja estos han decidido no formalizarse en matrimonio sino en pareja de hecho, se hayan registrado como tal o no, lo que formaría una pareja de hecho sin registrar o lo que comúnmente se ha denominado “*novios*”, ya sea por su ideología o por considerar que lo que supone el matrimonio, en comparación a la pareja de hecho no les afecta lo suficiente o no les conviene. Pasando a analizar a continuación, las diferencias entre las parejas de hecho y el matrimonio, tanto

¹⁸ Exposición de motivos Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

¹⁹ GARCÍA RUBIO, M. P. “Parejas de hecho y lealtad constitucional”. Estudios de Derecho Civil. Universidad de Valladolid, pág. 36.

²⁰ MARTÍNEZ GALLEGOS, E.M. “Compensación patrimonial en caso de ruptura de uniones de hecho” Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. N°89. pág. 4.

jurisprudencial como doctrinalmente, y tratando de ver qué régimen puede llegar a ser el más indicado en cada caso y por qué decidirse por uno o por otro.

4. Elementos diferenciadores

4.1 Requisitos de constitución

Llama la atención, en primer lugar, que los requisitos para la formación de la pareja de hecho y del matrimonio no sean los mismos, estando los requisitos del matrimonio civil regulados por el Código Civil al contrario que los de la pareja de hecho los cuales no lo están, sacando dichos requisitos tanto de la jurisprudencia como de la regulación diseminada por las distintas Comunidades autónomas.

Comienza el art. 45 CC diciendo que *“No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta.”*, esto es más tarde reiterado por lo dispuesto en el art. 73.1 del mismo cuerpo legal que afirma que *“Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: 1.º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.”*

La importancia vital del consentimiento para la celebración del matrimonio radica en que se trata de un acto personalísimo y que por tanto nadie más que la persona que vaya a contraer dicho matrimonio podrá otorgar consentimiento para el mismo, a pesar del hecho de que tenga la representación legal de la persona que va a contraer dicho matrimonio. Si bien el consentimiento deberá emanar solamente de las personas que vayan a casarse, el mismo se podrá dar mediante poder como establece el art. 55 CC y dicho apoderamiento solo se podrá dar cuando uno de los contrayentes no resida en el distritos o demarcación del Juez, Alcalde o funcionario que vaya a autorizar el matrimonio, así mismo solo podrá dar el apoderamiento uno solo de los futuros cónyuges ya que el otro deberá de asistir presencialmente, debiendo dicho poder de ser especial y conferirse en forma auténtica.

Como expresa el art. 45 ya dicho, en caso de que en el consentimiento existiese alguna condición, término o modo se entenderá por no puesto, acarreado la nulidad del mismo, de estos requisitos se desprende también la necesidad de que dicho consentimiento se otorgue de forma libre, sin circunstancia alguna que limite la libertad para otorgar el mismo.

Por otro lado, el art. 73.4 CC establece que será nulo *“El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento”*. Siendo por tanto un requisito para la validez del consentimiento que este se haga con conocimiento pleno tanto de con quien contraemos el matrimonio como también lo es el conocimiento de lo que supone contraer nupcias.

Se debe hacer referencia también al hablar del consentimiento, a la simulación del mismo como afirma Sánchez-Eznarriaga²¹ ya que se puede dar una discrepancia entre la expresión externa de la voluntad y la voluntad interna, dándose cuando los cónyuges no desean el objeto del matrimonio, lo que vendría a ser la unión, sino que lo que desean es obtener otros fines mediante la simulación como puede ser la obtención de la nacionalidad

²¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. *op. cit.*, pág. 181.

española, siendo un vicio total en el consentimiento y faltando este en caso de demostrarse.

Junto al requisito del consentimiento que acabamos de observar, el art. 1263 CC indica que no podrán prestar dicho consentimiento ni los menores emancipados, ni los incapacitados judicialmente, habiendo por tanto una falta de capacidad para perfeccionar el contrato del matrimonio. Así mismo, al hilo de este artículo el 56 CC establece que *“Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código. Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.”*, siendo por tanto la capacidad otro requisito para contraer matrimonio.

Por otra parte, el art. 46 CC impone de manera taxativa *“No pueden contraer matrimonio: 1.º Los menores de edad no emancipados.”* Siendo por tanto la mayoría de edad también un requisito para contraer matrimonio. Así mismo, este artículo al precisar que no podrán contraer matrimonio los menores de edad no emancipados, deja claro que los menores de edad que si hayan obtenido la emancipación podrán contraer matrimonio.

Por tanto, para poder casarse siendo menor de edad habrá de obtenerse la emancipación, la cual, en virtud de lo dispuesto en el art. 314 CC, ésta tendrá lugar *“1.º Por la mayor edad. 2.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad. 3.º Por concesión judicial.”* No habiendo mayor problema en cuanto a la obtención de la emancipación por la mayoría de edad, los requisitos para obtener dicha emancipación por concesión de los titulares de la patria potestad, de acuerdo al art. 317 CC *“se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro.”* Y, por otra parte, el juez concederá la emancipación del menor a su petición cuando, siguiendo el art. 320 CC *“1.º Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor. 2.º Cuando los padres vivieren separados. 3.º Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.”*

A pesar de lo anterior, siguiendo con lo establecido en el art. 319 CC *“Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento.”*. Esta situación trae cierta controversia en la doctrina, donde Lacruz Berdejo²² considera que esta no deja de ser una forma peculiar de emanciparse, mientras que Bercovitz²³ opina que nos hallamos en una situación intermedia entre una permanencia bajo la patria potestad y una emancipación formal, y, por otro lado, Díez Picazo y Gullón²⁴ consideran que se trata de una emancipación de hecho.

Continúa el artículo 46 CC en su apartado segundo que no podrán contraer matrimonio *“2.º Los que estén ligados con vínculo matrimonial.”* De hecho, el art. 217 CP expresa que *“El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que*

²² LACRUZ BERDEJO, J.L. “Elementos de Derecho Civil”, Tomo I, pág. 76.

²³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Derecho de la persona”, pág. 50.

²⁴ DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. *op. cit.* pág. 254

subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año” debiendo, por tanto, de eliminar todo vínculo anterior para contraer nupcias de nuevo, por lo cual no bastará con una separación, sino que será necesario el divorcio para casarse de nuevo.

El art. 47 CC establece otra serie de requisitos o más bien impedimentos para contraer matrimonio, siendo estos *“Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1.º Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. 2.º Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. 3.º Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.”* Si bien los impedimentos segundo y tercero podrán ser dispensados por un Juez de Primera Instancia del domicilio de cualquiera de los cónyuges en virtud de lo dispuesto en el art. 48 CC.

Por tanto, los requisitos fundamentales para contraer matrimonio serán los de contraer dicho enlace con consentimiento de ambos cónyuges, capacidad para formalizar el contrato de matrimonio y ser mayor de edad o menor pero emancipado.

En lo relativo a las parejas de hecho, por otra parte, al no existir una norma estatal que las regule, donde observamos una primera gran diferencia respecto al matrimonio, debemos de acudir tanto a la jurisprudencia como a las normas autonómicas, por lo cual determinados requisitos variarán dependiendo de la Comunidad Autónoma donde nos registremos como tal.

Un rasgo característico de las parejas de hecho es que, a pesar de que por analogía podría llegar a aplicarse las normas del matrimonio, es precisamente su intención de alejarse de esta figura la que nos hace acudir a su propia, aunque escasa, normativa y jurisprudencia y huir de las disposiciones estatales que regulan el matrimonio.

Como resultado de la tan diseminada regulación por Comunidades Autónomas tenemos que factores como los requisitos de constitución varíen dependiendo de la zona y hasta cambie su denominación dependiendo de la zona de que se trate. (parejas de hecho, uniones de hecho, uniones estables de pareja, etc.).

A pesar de la diversidad legal de esta figura, la mayoría coinciden al exigir, mediante un modelo de pareja esencialmente formal, en los requisitos la inscripción de la pareja en cuestión en un Registro Público, si bien hay ciertas comunidades que lo que exigen son unos requisitos previos y no tanto una inscripción formal, ante lo cual observamos la complejidad de sacar una sola conclusión en cuanto a la formación de la pareja de hecho, debiendo de realizar un vistazo más específico por comunidades autónomas.

Así mismo, la jurisprudencia también se ha encargado de establecer los requisitos de las uniones de hecho como es el caso de la STS 5270/2005, de 12 de septiembre de 2005, que, con expresa referencia a la sentencia de la misma sala de 17 de junio de 2003, dice *“las uniones "more uxorio", cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos -constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial- han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos”*.

Por tanto, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que se pueda considerar a una pareja de hecho como tal estas deberán de haberse constituido voluntariamente, siendo similar al requisito del matrimonio de contraerlo sin que exista ningún tipo de vicio en el consentimiento y que se constituya de forma libre. La pareja también debe de ser estable, con lo cual se puede entender que para que se la pueda considerar a la pareja como tal no deben existir fricciones que puedan hacer que esta pueda quebrar, sino que ambos miembros de la pareja deben de estar comprometidos en la relación. Con permanencia en el tiempo el Tribunal indica que la unión debe de haber sido prolongada en el tiempo durante una determinada cantidad de tiempo, que si bien no se indica expresamente la cantidad a la que se refiere, la legislación autonómica sobre las parejas de hecho se encarga de precisarlo. Y por último el Tribunal Supremo indica que debe de tener una apariencia pública de comunidad de vida que sea similar a la matrimonial, entendiendo personalmente que el trato entre los miembros de la pareja, así como la vida en común que desarrollen ambos debe de ser del mismo modo que en el matrimonio.

Si bien el Tribunal Supremo establece estos requisitos, y en falta de una legislación unitaria sobre el asunto, la doctrina y la legislación de cada Comunidad se encarga de precisar y completar estas exigencias dadas por el Tribunal.

Es interesante la clasificación dada por Serrano Chamorro²⁵ de dividir los requisitos de las parejas de hecho en objetivos y subjetivos, destacando en primer lugar en los requisitos subjetivos que la pareja en cuestión se debe de formar por dos personas, careciendo de importancia el hecho de que esté conformada por dos personas del mismo o distinto sexo, si bien, hasta el año 2005 con la aprobación del matrimonio homosexual la pareja de hecho era la única manera de las parejas homosexuales de formalizar su unión.

Otro requisito es el de no estar ligadas por un vínculo matrimonial como establecen casi la totalidad de las normas autonómicas, si bien hay algunas más permisivas que otras ya que en determinadas Comunidades Autónomas como es el caso de la Comunidad de Madrid basta con que algún miembro de la pareja a pesar de estar casado esté separado judicialmente.

Determinadas comunidades autónomas precisan aún más este requisito, en mi opinión muy acertadamente, cuando al imponer que no debe existir un vínculo matrimonial previo detallan que tampoco deben de convivir en pareja con una tercera persona, es decir, que no deben de tener lo que tradicionalmente se ha llamado “novio” o, a fin de cuentas, una pareja de hecho no registrada.

En lo relativo a la capacidad se siguen las mismas normas que en el matrimonio, de modo que podrán formalizarse como pareja de hecho aquellas personas que superen los 18 años de edad al tratarse esta de la edad general para contratar, así como algunas leyes autonómicas especifican que no podrán constituir pareja de hecho aquellas personas que se encuentren afectadas por una deficiencia o anomalía psíquica que les impida dar consentimiento válido a la unión.

Así mismo, igual que en el caso del matrimonio también le está permitido formalizarse como pareja de hecho a los menores que se encuentren emancipados tal y

²⁵ SERRANO CHAMORRO, M.E. *op. cit.*, pág. 99.

como lo señalan diversas leyes autonómicas como es el caso de la madrileña, esto se ve reforzado por lo dicho por Martínez de Aguirre²⁶ el cual opina que la convivencia entre dos menores o un mayor de edad con un menor es posible ya que en caso de que el menor estuviere emancipado la unión de hecho sería jurídicamente válida y si no lo estuviera, por vía del art. 319 CC sería válida. En caso de ser ambos menores de edad la pareja de hecho no se podría registrar sin concurrir efecto jurídico alguno.

Siguiendo con la clasificación de Serrano Chamorro y en lo referido a los requisitos objetivos, en primer lugar se destaca el elemento de la convivencia. Al elemento de la convivencia se refiere también el Tribunal Supremo cuando habla de la estabilidad de la pareja de hecho, siendo un factor que lo diferencia de una relación ocasional o de una relación de amistad.

La convivencia en cuestión debe de ser una convivencia libre, la convivencia debe de ser pública también, así como debe ser notoria. Unido al requisito de la convivencia se encuentra también el señalado por el Tribunal Supremo como estabilidad, hasta tal punto que en determinadas Comunidades Autónomas se exige un tiempo de convivencia para demostrar dicha estabilidad y así poder registrarse como pareja de hecho.

Por tanto la convivencia requerida debe ser algo así como una “vida marital” lo cual viene definiendo el TS en su sentencia 179/2012 de 28 de marzo de 2012 *“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 sujetos viven como cónyuges, es decir, more uxorio, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones”*. En definitiva, reitera el Tribunal Supremo que la convivencia debe basarse en un compromiso serio y duradero, así como no debe faltar el requisito de la estabilidad.

Otro factor a tener en cuenta es la exigencia o no de la existencia de relaciones sexuales en la pareja en cuestión, dado que los requisitos de la convivencia estable y basada en un compromiso podría sustentarla una relación de amistad.

Cierta parte de la doctrina considera que las relaciones sexuales es un factor diferencial de una relación de amistad y de una pareja de hecho con vínculo sentimental como es el caso de TALAVERA FERNANDEZ²⁷, si bien la jurisprudencia es más partidaria de considerar que las relaciones sexuales no es un factor determinante de las parejas como es el caso de la SAP de Toledo, de 2 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 2102) *“las relaciones sexuales no constituyen obviamente un requisito de convivencia matrimonial...por el contrario la existencia de contactos sexuales tampoco es sinónimo de convivencia matrimonial”* donde se afirma la existencia de una convivencia *more*

²⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. C. “Acuerdos entre convivientes *more uxorio*”. Revista de derecho privado nº 85, Ed. Reus, pág. 850.

²⁷ TALAVERA FERNÁNDEZ. PEDRO. A. “La unión de hecho y el derecho a no casarse”. Ed. Comares. Pág. 66.

uxorio donde uno de los miembros de la pareja sufría de una incapacidad permanente absoluta y, por tanto, no podía tener relaciones sexuales.

Sobre la exigencia de relaciones sexuales, en mi opinión, al igual que García-Posada²⁸, considero que constituyen un elemento natural de la convivencia de dos personas en una pareja de hecho, pero que para nada conforman un elemento esencial de la convivencia *more uxorio*, pues puede darse el caso de que dos personas que desean vivir en pareja de hecho no puedan tener relaciones sexuales, como también ocurre en algunos casos del matrimonio, donde no se duda que el mismo sea un matrimonio y no una simple convivencia.

Ahora bien, en lo referido a los requisitos formales de las parejas de hecho surge una problemática que con el matrimonio no existe y es la complejidad del reconocimiento de su constitución, debiendo de acudir a las normas de cada Comunidad Autónoma separadamente.

El óbice ante el que se encuentran las parejas de hecho para demostrar que existen como tal es la prueba de su existencia, prueba que los matrimonios no tienen que aportar al constar el mismo en documento público y estar inscrito en el registro.

Éste es uno de los mayores inconvenientes de la disparidad de leyes autonómicas en lo relativo a las parejas de hecho pues la inscripción de la pareja no se regula de la misma manera en todas las Comunidades Autónomas. Considera cierta parte de la doctrina²⁹ que la inscripción de la pareja de hecho en el registro servirá para que dicha pareja disfrute de determinados beneficios económicos como puede ser la pensión de viudedad, pero que en lo que se refiere a un plano ya más estrictamente civil el registro no tendrá especiales efectos.

Si bien también podemos observar que progresivamente lo establecido por las leyes autonómicas se ha ido deslindando de la libertad de forma que existía antes en materia de parejas de hecho, ya que se viene exigiendo con carácter constitutivo para la existencia de la pareja la inscripción de las mismas en un registro administrativo, siguiendo la clasificación de Ortuño³⁰ vemos que la constitución formal de las parejas de hecho viene recogida de 3 formas principalmente.

En primer lugar, mediante escritura pública siendo la pareja de hecho un negocio jurídico que se recoge en escritura, puede darse de forma voluntaria como es el caso de comunidades como Asturias y Andalucía.

En segundo lugar, mediante la formalización en un documento de carácter privado, siendo esta manera únicamente admitida en Andalucía, si bien considero que este puede ser un adecuado paso previo para aquellas comunidades en las que no se exige ningún tipo de registro de las parejas, pudiendo constituir en dichas comunidades una manera de probar la pareja estable.

²⁸ GARCÍA-POSADA GÓMEZ, E. “El concepto de convivencia no matrimonial en derecho español”. Anuario de Derecho Civil. Vol. 56. N°3.

²⁹ AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C. “Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García. Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de parejas no casadas”. Universidad de Murcia, pág. 107.

³⁰ ORTUÑO MUÑOZ, P. Y VEGA SALA, F. *op. cit.* págs. 94 y ss.

En tercer lugar, mediante inscripción en un registro la cual podrá tener efectos constitutivos como es el caso de Baleares o bien efectos de mera publicidad como en Madrid, País Vasco, Valencia, Asturias y Extremadura. Considerando personalmente esta inscripción la más adecuada de las 3 maneras de formalización de la pareja dada la estabilidad que proporciona el registro, así como la mayor facilidad a la hora de probar la existencia de la pareja.

Centrándome en los requisitos para la constitución de la pareja de hecho en la Comunidad de Madrid, lugar donde me gustaría hacer un inciso al ser éste el lugar de presentación, la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid en su artículo primero establece que dicha ley resultará de aplicación a aquellas personas que convivan en pareja donde se destaca el ya referido anteriormente requisito de la convivencia, la pareja en cuestión también deberá de convivir de manera libre, pública y notoria, es decir, que ha de haber constancia de la existencia de la misma.

El requisito de la estabilidad también es exigido en la Comunidad de Madrid, debiendo ser de hecho un vínculo estable de al menos doce meses ininterrumpidos, destacando el requisito del tiempo mínimo de relación, requisito también exigido por la jurisprudencia como ya hemos visto en la STS 5270/2005, de 12 de septiembre de 2005 para así demostrar la estabilidad de la relación afectiva, entendiéndose en esta Comunidad que un año de convivencia es suficiente para que exista tal relación.

El artículo tercero de la ley especifica que, para la demostración de la previa convivencia, libre, pública, notoria e ininterrumpida de un año en relación de afectividad, se deberá de acreditar mediante dos testigos que sean mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Continúa la ley de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid precisando que para que la ley sea de aplicación, la pareja deberá de haberse inscrito voluntariamente en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, derivándose de aquí el hecho de que, si bien la pareja de hecho puede existir como tal, no será hasta que se inscriba en el registro, y desde la fecha de dicha inscripción según el artículo tercero, cuando la misma comenzará a surtir efectos en la pareja, no teniendo por tanto fuerza ejecutiva la inscripción sino de publicidad.

Es de destacar también el hecho de que para que esta ley sea de aplicación, al menos uno de los miembros de la pareja esté empadronado en la Comunidad de Madrid y resida en la misma.

En lo relativo a los impedimentos para la formación de la pareja de hecho, el art. 2 de dicha ley establece que los menores de edad que no se encuentren emancipados y las personas afectadas por deficiencia o anomalía psíquica que no permita prestar el consentimiento válidamente no podrán constituir la unión de hecho. Por otro lado, tampoco podrán hacerlo las personas que estén unidas en matrimonio con otra persona y no se encuentren separados judicialmente, así como tampoco los que formen unión estable con otra. Por último, se impide a los parientes en línea recta, así como los colaterales hasta el tercer grado constituir válidamente la pareja de hecho.

Estos impedimentos coinciden con los exigidos para el matrimonio, así como también con los impedimentos generales de las parejas de hecho, si bien alguna Comunidad

Autónoma decide variar o añadir algún requisito, como es el caso de País Vasco donde en su art. 2 expresa que los parientes que no podrán constituir la pareja de hecho no podrán serlo en segundo grado, siendo la legislación de la Comunidad de Madrid más exigente en ese ámbito.

En conclusión, en lo referido a los requisitos de constitución del matrimonio y de la pareja o unión de hecho en primer lugar destaca que mientras que para el matrimonio dichos requisitos vienen regulados en el Código Civil, habiendo por tanto los mismos requisitos en todo el país, indistintamente del lugar de celebración o formalización del mismo, en la pareja de hecho esto cambia, debiendo de individualizarse cada caso, dependiendo del lugar de residencia de los miembros de la pareja en cuestión.

En segundo lugar, si bien en un principio puede parecer que los requisitos de constitución de una y otra figura pueden ser realmente distintos debido a la separación entre ambas, a la hora de analizar individualmente cada requisito vemos que estos son iguales o muy parecidos, cambiando aspectos como que el matrimonio requiera el requisito del consentimiento de ambos cónyuges para la celebración del mismo y la pareja de hecho, según indica la jurisprudencia, una constitución voluntaria, asimilándose ambos requisitos. En lo relativo a la capacidad nos encontramos que tanto el matrimonio como la pareja de hecho exigen la mayoría de edad o bien la emancipación en caso de ser menor de edad, en ambos casos por ser la edad mínima para contratar, ya que ambas instituciones son, en definitiva, un contrato bilateral.

En lo relativo a los impedimentos para contraer matrimonio y para formalizar la pareja en cuestión también nos encontramos los mismos o muy parecidos, apreciando un ejemplo en que mientras que el Código Civil exige que no podrán contraer matrimonio los parientes colaterales hasta el tercer grado, la regulación autonómica de la pareja de hecho varía en cada caso, teniendo algunas como la madrileña que mantiene ese requisito fijo y otras que son un poco más permisivas en cuanto a esto y permiten constituirse como pareja de hecho a los parientes hasta el segundo grado.

Por otra parte, me resulta llamativo el hecho de que mientras que la pareja de hecho suele ser la opción por la que se decantan aquellas personas que no están preparadas para constituirse en matrimonio o que huyen de esta figura por la idea de ser más formal o por el hecho de que el matrimonio a priori exija más a los cónyuges, es la pareja de hecho y no el matrimonio, en determinadas Comunidades Autónomas, la que exige un tiempo previo de convivencia y relación afectiva chocando con la idea que se tiene de que la pareja de hecho conlleva más libertad, cuando, al menos para la constitución, es la pareja la que exige convivencia mientras que el matrimonio tiene una mayor libertad en este sentido.

En mi opinión, considero que sería oportuno que el Código Civil dedicara algún precepto a la regulación de los requisitos de la pareja de hecho, haciéndolo una legislación unitaria debido a la complejidad que resulta la consideración de la misma dependiendo del lugar en el que se haya constituido la pareja, acarreando problemas para la validez de la misma si la pareja se ve obligada a trasladarse a otra comunidad donde por ejemplo se requiere de inscripción y la pareja no ha hecho ningún tipo de registro ni hay constancia de la misma ni en un documento privado.

4.2 Pactos prematrimoniales o prenupciales

Tradicionalmente, cuando los futuros cónyuges pretendían casarse se han venido otorgando capitulaciones matrimoniales, las cuales son aquellas convenciones formales y solemnes, otorgadas por las personas que proyectan para contraer matrimonio para así determinar el régimen económico del mismo, así como suscritas por los cónyuges, después de su matrimonio, para modificar dicho régimen.³¹

El código civil las define en su art. 1325 de modo que “*En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*”, viniendo acompañado dicho artículo de los requisitos para otorgar tales capitulaciones, siendo en lo relativo a la forma que las mismas podrán otorgarse antes o después del matrimonio y que deberán de constar en escritura pública, según lo dispuesto en los arts. 1326 y 1327 respectivamente.

En lo relativo a la capacidad para otorgar las mismas, el art. 1329 indica que podrán hacerlo los menores no emancipados que con arreglo a la ley hayan podido contraer matrimonio, si bien será necesario el consentimiento de los padres o tutor legal, así como es el caso de los incapacitados judicialmente (art. 1330 CC).

Es de destacar, que según lo dispuesto en el art. 1334 las mismas quedarán sin efecto si no se ha contraído matrimonio en el plazo de un año.

En lo referido al contenido de las capitulaciones matrimoniales, el art. 1315 CC comienza indicando que el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales y que en defecto de éste operará el régimen de gananciales. Esto se ve reforzado por lo dispuesto en el art. 1325 CC el cual establece que en capitulaciones matrimoniales los otorgantes podrán acordar el régimen económico del matrimonio o cualesquiera otras disposiciones. Al aparecer así la conjunción “o” en dicho artículo podemos entender que siempre que se estipule un convenio sobre el régimen económico del matrimonio deberá ser siempre por capitulaciones mientras que si trata cualquier otro aspecto del matrimonio no serán necesariamente capitulaciones.

Por tanto, el régimen económico de los matrimonios es el de la sociedad de gananciales excepto en el caso de que se pacte otra cosa diferente en las capitulaciones matrimoniales. Excepción a esto es el caso de Cataluña y Baleares cuyo régimen económico matrimonial es el de separación de bienes.

Particularmente opino que se debería de exigir siempre capitulaciones matrimoniales para así regular el régimen económico de los contrayentes, y no dejar esa decisión de vital importancia como algo de aplicación subsidiaria en defecto de pacto, acarreado en el momento de la disolución del vínculo controversias de distinta índole en torno al régimen matrimonial.

Dentro de las capitulaciones matrimoniales se pueden dar pactos de diversa índole y no solo los relativos al régimen económico como señalé anteriormente, si bien dichos pactos son llamados más concretamente “pactos prenupciales”.

³¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. *op. cit.*, pág. 22.

En cuanto a los pactos prenupciales relativos a la sucesión, el Código Civil no proporciona mucha libertad. Pese a que el art. 9.8 CC establece que *“La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”* por lo cual podemos entender que se concede cierta libertad de pacto en cuando a sucesión se refiere, el art. 669 de la misma ley indica que *“No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero”* y por tanto no cabe que como pacto prenupcial ambos contrayentes elaboren conjuntamente un testamento.

Por otro lado, el art. 1271 del CC en su párrafo segundo establece que *“Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056”* es por tanto que en derecho común no se deja apenas libertad para realizar pactos sucesorios prenupciales, habiendo mayor libertad para ello en las leyes forales.

Al margen de estos pactos sucesorios, es de destacar los pactos prenupciales relativos a la extinción del matrimonio o que prevean la ruptura del vínculo, donde se otorga una mayor libertad que en materia de sucesiones.

En lo relativo a estos pactos entre cónyuges cobra especial relevancia el art. 1323 CC que estipula *“Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”* entendiéndose que al ser un pacto entre ellos y para ellos, no como el de la sucesión que afectará más directamente a los descendientes, el pacto en caso de ruptura del matrimonio tendrán permitido realizarlo.

Es de destacar también, al hilo de estos pactos lo dispuesto en el art. 1328 CC *“Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”* ante lo cual nos encontramos la circunstancia de que los pactos deberán de respetar los derechos de ambos cónyuges, tratándolos por igual siendo algo que llama la atención a la hora de realizar pactos para el caso de la disolución del matrimonio.

Los pactos en previsión de la separación o divorcio pueden abarcar muy diversos ámbitos.

Destaca en primer lugar los pactos relativos a las causas de dicha separación o divorcio. El art. 86 CC con remisión al art. 81 del mismo cuerpo legal regulan los requisitos para divorciarse y separarse, si bien hay parejas que pueden acordar por sus situaciones personales limitar o simplemente prohibir dichos requisitos. Como hemos visto al principio de este trabajo, con la Ley 15/2005, de 8 de julio se eliminan del Código Civil y de la LEC se eliminan los motivos o causas para que se dé el divorcio o la

separación, si bien acordar causas para la separación y divorcio no es contrario a la ley pues, según el art. 1255 CC “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.*” La ley no recoge ninguna norma que afirme que limitar este derecho sea contrario a derecho, así como la moral tampoco se opone en principio a esta petición de ambos cónyuges de limitar su derecho.

La SAP de Almería 44/2003, de 17 de febrero, recoge exactamente este asunto, más concretamente los cónyuges en cuestión realizan un pacto prenupcial según el cual “*En caso de cese de la convivencia conyugal, durante el primer año, D. Juan Ramón asume la obligación de indemnizar a D^a Marcelina en la cantidad de un millón de pesetas, después de transcurrido el primer año de convivencia al millón de pesetas se sumaría la cantidad de ochenta y tres mil trescientas treinta y tres pesetas por mes transcurrido de convivencia. Todo ello sin perjuicio de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio prevenidos en el Código Civil, a la necesidad de aprobación judicial, y con independencia de la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del citado texto legal.*” Continúa dicha sentencia de manera que “*La capitulación tiene una doble naturaleza...desde un punto de vista de vigencia del matrimonio parece otorgar una valoración económica a la convivencia conyugal pues se cuantifica la misma el primer año...y por otro lado, desde el punto de vista de crisis matrimonial supone una cláusula penal para salvaguardar los intereses económicos de un cónyuge y a la vez disuadir al otro de cesar en la convivencia, sin necesidad de proceso de separación... Por otra parte la nulidad de la cláusula alcanza a los casos en que no se instase judicialmente la separación, pues se prevé su operatividad para los casos de simple cese de la convivencia. La razón de ello estaría en la falta de igualdad de los cónyuges que ocasiona aquella y que sería contraria al art. 32.1 de la Constitución.*”

Es decir, si bien desde el punto legal y de la moral este pacto es válido, desde el punto de vista del orden público, en el que se basa la jurisprudencia en este caso, esta cláusula es nula por cuanto lesiona los derechos fundamentales de los cónyuges al romper con la igualdad en este caso concreto debido a que a uno de los cónyuges en cuestión se le exigía más, cabiendo la duda de si en las mismas condiciones esto rompería con el orden público.

Así mismo, soy partidario de la idea lanzada por Berrocal Lanzarot³² de que los acuerdos prematrimoniales en previsión de una separación o divorcio pueden servir, en su caso, como convenio regulador que se presentará como tal para su aprobación judicial en el proceso matrimonial. Si bien en todo caso, una vez llegado el momento el Juez deberá comprobar que la estipulación es válida y eficaz. Considero esto adecuado ya que, si los acuerdos no quiebran con el principio de igualdad, amoldarlos como un posible futuro convenio regulador sería particularmente útil en materia de economía procesal.

Por otro lado, en cuanto a los pactos sobre los hijos se refiere, el art. 156 CC expresa que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno con el consentimiento del otro y que “*Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad*” lo cual en

³² BERROCAL LANZAROT. A.I. “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”. La Ley. 2015

principio puede proporcionar una amplia libertad a los padres para acordar cuando deseen sobre los hijos siempre que sea conforme a los usos sociales.

La decisión correspondiente a con quién se quedarán los hijos en caso de separación o divorcio de los progenitores podrá ser acordada a voluntad de los mismos según el art. 159 CC “*Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad.*”. Por tanto, los padres acordarán libremente quien ejercerá la patria potestad en caso de extinción del vínculo matrimonial, siendo acordado por el juez en caso de que no exista acuerdo o bien repartiéndola entre ambos según lo dispuesto en el párrafo último del art. 156 CC³³.

En lo relativo a los pactos de alimentos de los hijos, es de destacar lo dispuesto por la STS 411/2000, de 24 de abril de 2000, en la cual se aclara que en los convenios matrimoniales los alimentos de los hijos no es objeto de pacto, en el sentido de poder eludir esa responsabilidad la cual se mantiene inalterable, sino que lo que se podrá pactar es la aportación de cada progenitor sin nunca poder llevar a menoscabo del derecho del hijo en cuestión.

En lo relativo a los pactos prenupciales que se refieren a la vivienda familiar el art. 96 CC nos dice que “*En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*” por lo cual en caso de que no se hiciera pacto sobre la vivienda esta estaría destinada al hijo y al progenitor que conserve su patria potestad. En caso de que no existieran hijos ni pacto la vivienda irá al cónyuge que más lo necesitara en cada caso según dispone el párrafo tercero del mismo artículo.³⁴ Si bien este tema será tratado más adelante analizándolo más detenidamente.

En lo relativo a los pactos de carácter económico nos encontramos que, excluyendo el acuerdo del régimen matrimonial del matrimonio como ya se ha indicado anteriormente, los más frecuentes son los que se refieren a la pensión del art. 97CC, la indemnización del 98CC y la compensación del 1438 CC.

Al hilo de lo anterior la STS 116/2002 establece que “*la doctrina que reconoce plena eficacia "inter partes" a los convenios entre los cónyuges, aunque carezcan de la sanción judicial, se haya plenamente consolidada en la Jurisprudencia de esta Sala, expuesta en el fundamento segundo de esta resolución*” por lo cual su validez no estará supeditada a una aprobación judicial.

Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga³⁵ afirma que si la delimitación, renuncia o conocimiento de la inexistencia del derecho a la percepción de la pensión se incluye en el convenio de la separación o divorcio que se firme para así poder regular la extinción

³³ Art. 156 CC “*Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.*”

³⁴ Art. 96 CC “*No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección*”

³⁵ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. *op. cit.* págs. 56 y ss.

del vínculo y si la misma tiene lugar, el pacto será válido y eficaz. El problema se plantea en torno a si dicha renuncia es válida cuando se produce en capitulaciones matrimoniales u otro pacto prenupcial. Continúa este autor considerando que la renuncia podría estar integrada en una transacción judicial del art. 1809 CC cuyo objeto es evitar un pleito por lo cual se debería de considerar válidas.

En lo que se refiere a la indemnización del trabajo de casa del art. 1438 CC³⁶ la SAP Murcia 374/2002, de 29 de octubre de 2002, establece que *“Es decir que ya con anterioridad al matrimonio ambos cónyuges excluyen de acuerdo con el contenido del pacto segundo mencionado, la posibilidad de aplicación del controvertido artículo 1.438 del Código Civil. De ahí que la pretensión que ahora ejercita la Sra. Antonia resulte improcedente, máxime además porque, como antes decíamos, no existe constancia de esa dedicación de la misma a las tareas domésticas. Es evidente que frente a la realidad y contundencia de tal pacto, no puede prevalecer ahora ni puede resultar contradicho, por los testimonio de determinadas amigas de la solicitante. Carece de sentido, por su gratuidad y falta de consistencia, que se alegue ahora el desconocimiento de la recurrente acerca de tal pacto, afirmando que no leyó la citada escritura pública de capitulaciones matrimoniales. Nótese que el Sr. Notario procedió a su lectura, como legalmente le compete, constando la firma de ella al pie de dicho documento”*.

Ante lo cual nos cabe deducir la plena eficacia de dicho pacto y la imposibilidad de su posterior impugnación, esto se ve apoyado por diversa jurisprudencia como es el caso de la SAP de Álava 124/2002 de 25 de abril de 2002, si bien lo dispuesto por la SAP de Granada 377/2001, de 19 de mayo de 2001, se reconoce la eficacia de los pactos prematrimoniales donde se recoge la renuncia a la indemnización por el trabajo realizado en las tareas de casa, si bien al darse un cambio sustancial en la situación económica del matrimonio en cuestión, dicho acuerdo queda anulado entregándose a la esposa la pensión compensatoria.

En lo que se refiere a las parejas de hecho, resulta evidente la utilidad práctica de los acuerdos prematrimoniales que regulen determinadas materias de la unión de hecho de que se trate debido a la mayor complejidad de regulación que en el matrimonio y a la disparidad de la escasa regulación que existe en lo relativo a la convivencia *more uxorio*.

Como bien afirma Martínez de Aguirre Aldaz³⁷ resulta conveniente que los convivientes de la pareja de hecho en cuestión establezcan mediante un pacto previo el régimen al que se someterá su relación, lo cual puede llegar a simplificar enormemente los futuros problemas que pudieran llegar a surgir en cuanto al régimen en el que basen su convivencia.

La jurisprudencia también se ha encargado de apoyar la relevancia de los pactos entre convivientes dada su sencillez para la resolución de los conflictos que puedan surgir en la misma, como es el caso de la STS 690/2011, de 6 de octubre de 2011, *“Al descartarse la aplicación por analogía de las normas sobre disolución del matrimonio, únicamente*

³⁶ Art. 1438 CC *“Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”*

³⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *op. cit.* págs. 841 y ss.

si la concreta ley aplicable a la relación lo prevé, o bien ha habido un pacto entre los convivientes, se aplicara la correspondiente solución que se haya acordado”.

Estos pactos entre convivientes, al igual que los realizados por los futuros cónyuges, y en virtud del art. 1255 CC³⁸, tienen fuerza de ley entre las partes por lo cual no habrá problemas para hacer valer su eficacia entre ambos convivientes. Otro problema es hacer valer los pactos frente a terceros, los cuales no podrán ser perjudiciales frente a los mismos debido a la ausencia de publicidad como afirma Martínez de Aguirre Aldaz³⁹ a pesar del hecho de que existan determinados registros administrativos de parejas de hecho en determinadas Comunidades Autónomas donde se permite el registro de dichos pactos, si bien tienen una eficacia limitada⁴⁰.

Por otro lado, se plantea la problemática de si una pareja de hecho podría producir los mismos efectos patrimoniales que un matrimonio, llegando a la conclusión Vidal Martínez que la pareja de hecho carece de la solidez que puede aportar la institución matrimonial y que por tanto habrá que analizar cada caso individualmente.⁴¹

Los pactos prematrimoniales, que en un principio eran nulos de pleno derecho al no aceptarse las parejas de hecho legalmente y considerarlo contrario a la moral, han ido progresivamente cobrando mayor relevancia en el derecho hasta el punto de que actualmente ya no existe ninguna norma que impida a la pareja a realizar cualesquiera convenios que regulen su situación para así evitar futuros problemas.

Coincido con Mesa Marrero⁴² en que solo por el hecho de que dos personas hayan decidido establecerse como una pareja de hecho y no como un matrimonio no es motivo para que se limite su capacidad de obrar ya que, si los cónyuges pueden contratar entre sí, como es el caso, no existe motivo aparente para impedirselo a los convivientes *more uxorio*.

En lo relativo a los tipos de pactos entre convivientes al igual que en el matrimonio destacan los que se refieren a los hijos por un lado, y por otro a los referidos a los aspectos patrimoniales de la pareja.

Los pactos que se refieren a los hijos pueden ser tan diversos como los que regulan la pensión de alimentos de los mismos o a la atribución de la vivienda familiar, en los cuales, al igual que en el matrimonio, se podrá pactar el alcance de la prestación de alimentos pero en ningún caso restringirla, esto tiene el mismo peso en ambas instituciones pues la filiación se trata de un fenómeno jurídico de tal calado que va al margen de la forma en que los progenitores hayan decidido unirse.

También en la relación a los hijos, en lo relativo a la esfera personal, los pactos también pueden ser referentes a la determinación de la patria potestad de los hijos, pactando asuntos tales como la administración de los bienes de los menores o quien será

³⁸ Art. 1255 CC “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*”

³⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *op. cit.* pág. 853

⁴⁰ SERRANO CHAMORRO, M.E. *op. cit.* pág. 117.

⁴¹ VIDAL MARTÍNEZ, J. “Aplicación del régimen de sociedad de gananciales a una relación y convivencia no matrimonial. Convenio económico, validez”. *Revista general de derecho*. Pág. 4313.

⁴² MESA MARRERO, C. *op. cit.* pág. 111.

el encargado de ejercer dicha potestad. Se pactarán también asuntos como los relativos a la educación de los hijos, a pesar de que esto se halle bajo una exigencia voluntaria de los hijos por deber de cumplirse por parte de los hijos.

Llamativa es la cuestión de si serán válidos también los pactos en los cuales los convivientes se someten de manera expresa a los regímenes económicos típicos de nuestra legislación.

En lo referido a esto no cabría problema en que la pareja en cuestión celebrara un pacto acordando el régimen económico sobre el que se van a regir, teniendo plenos efectos entre ellos⁴³, pero sin olvidar que los pactos realizados entre los convivientes no tendrán efectos frente a terceros debido a la ausencia de publicidad como ya vimos anteriormente.

Las Comunidades Autónomas, así mismo, admiten la validez de los pactos prenupciales que hayan otorgado los convivientes. Es más, una gran parte de las Comunidades Autónomas tienen establecidos regímenes que suplan dichos pactos en caso de ausencia de los mismos.⁴⁴

Destacando en primer lugar la Ley de Uniones de hecho de la Comunidad de Madrid, ésta afirma en su artículo cuarto, primer párrafo, que los miembros convivientes establecerán en escritura pública los pactos que consideren oportunos para regir sus relaciones económicas.⁴⁵

Así mismo, dicha ley trata de manera más expresa la situación económica de la pareja como es el caso de las compensaciones económicas, pues una vez que se disuelva la pareja de hecho, indica el apartado segundo del artículo cuarto, se podrán establecer las mencionadas compensaciones económicas cuando se produjese un tal desequilibrio económico entre ambos convivientes que implicara un empeoramiento de la situación económica respecto a la situación que ostentara antes de iniciarse la convivencia.⁴⁶ Por otra parte, el párrafo siguiente especifica que se presumirá, salvo prueba en contrario, que ambos convivientes contribuyen de manera equitativa a las cargas, siempre proporcionalmente a sus recursos.

Por otro lado, la Ley de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid en un afán de proteger a la pareja en cuestión, en el art. 4.4 expresa que *“Serán nulos y carecerán de validez los pactos contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos. Asimismo*

⁴³ DÍEZ MARTÍNEZ, A. “La aplicación de las normas de régimen económico matrimonial a las uniones estables de pareja en el Derecho español”. La Ley. Pág. 269.

⁴⁴ TORRES LANA, J.A. “Las parejas de hecho. Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia”. Dykinson, pág. 297.

⁴⁵ Art. 4.1 Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid *“Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese.”*

⁴⁶ Art. 4.2 Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid *“Los pactos a que se refiere el número anterior podrán establecer compensaciones económicas cuando, tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento respecto a la situación anterior. Tales compensaciones habrán de tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil.”*

serán nulos los pactos cuyo objeto sea exclusivamente personal o que afecten a la intimidad de los convivientes” protegiendo la intimidad de la pareja, informando de la nulidad de los pactos que afecten a su esfera más personal. En el apartado siguiente este artículo expresa que los pactos referidos en dicho precepto, hayan sido inscritos o no en el Registro de Uniones de Hecho de la comunidad solo podrán surtir efectos entre ambas partes contratantes sin posibilidad de perjudicar a terceros como se señaló anteriormente.

En lo referido al resto de Comunidades Autónomas, Andalucía comparte con Madrid la compensación económica tras el cese de la convivencia cuando se produzca un perjuicio económico en uno de los convivientes y supusiere una merma en su situación previa, como indica el artículo décimo párrafo segundo de la Ley de parejas de Hecho de Andalucía. Así mismo se establece la libertad de los convivientes para regular sus derechos y deberes en el artículo siete. Es de destacar también como establece en su artículo once un listado de las materias objeto de pacto.

Cataluña, al disponer de Código civil propio regula la situación de las parejas de hecho en el Capítulo IV del Título III de dicho Código, bajo la rúbrica “Convivencia estable en pareja”, de manera que realiza una regulación más exhaustiva de la convivencia *more uxorio*. En su artículo 234-3 establece “*Las relaciones de la pareja estable se regulan exclusivamente por los pactos de los convivientes, mientras dura la convivencia*” dando de tal modo importancia capital a los pactos celebrados entre convivientes al ser estos los que regulen en su práctica integridad la pareja en cuestión.

En el artículo siguiente el Código Civil catalán⁴⁷ indica también la posibilidad de realizar pactos en previsión del cese de la convivencia como es el caso de Madrid. Y es en el siguiente artículo, el 234-6.2⁴⁸ en el que se regulan los pactos para el caso de cese de la convivencia, debiendo de estar sometido a aprobación de autoridad judicial, regulando los efectos relativos a hijos comunes y entre dichos convivientes.

En lo relativo a las demás Comunidades Autónomas se debe señalar que no hacen grandes referencias a los pactos de las parejas de hecho, indicando algunas como es el caso de Aragón, Valencia, Asturias o Canarias la existencia de dichos pactos entre convivientes y la posibilidad de regular las futuras controversias que pudieran surgir en el núcleo de las mismas sin llegar a hacer más especificaciones salvo el caso de Baleares, donde en su art. 11.1 se especifica que en lo relativo a la guarda y régimen de visita de los hijos “*En el supuesto de ruptura de la convivencia en vida de ambos miembros de la pareja, éstos pueden acordar lo que consideren oportuno en cuanto a la guarda y custodia de los hijos comunes, el régimen de visitas, de comunicación y de estancias. No obstante, el juez puede moderar equitativamente lo acordado, cuando lo considere lesivo para uno de los miembros de la pareja o para los hijos*”.

⁴⁷ Art. 234-5 Código Civil Catalán “*En previsión del cese de la convivencia, los convivientes pueden pactar en escritura pública los efectos de la extinción de la pareja estable. A estos pactos se les aplica el artículo 231-20.*”

⁴⁸ Art. 234-6.2 Código Civil Catalán “*En el caso de acuerdos alcanzados tras el cese de la convivencia, los convivientes de común acuerdo o uno de los convivientes con el consentimiento del otro pueden someter a la aprobación de la autoridad judicial una propuesta de convenio que incluya todos los efectos que la extinción deba producir respecto a los hijos comunes y entre los convivientes. A los acuerdos incluidos en una propuesta de convenio se les aplica el artículo 233-3.*”

Llamativo es también el caso de País Vasco el cual en el art. 6 de la ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, establece que “*En defecto de otro pacto expreso, los miembros de la pareja podrán adherirse a las cláusulas que con carácter general se establezcan*” recogiendo unas cláusulas generales que prevén la contribución al mantenimiento de la vivienda y los gastos comunes, donde se especifica qué se considera gasto común y, por el contrario, qué no se considera así, siendo estos los “*derivados de la gestión y la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni, en general, los que respondan al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja*”. Así mismo en caso de cese de la pareja se establece una pensión periódica para el miembro que más lo necesitara.

El establecimiento de unas cláusulas generales en defecto de pacto previo en la pareja lo considero particularmente útil pues como venimos observando, la mayor parte de la regulación de las controversias surgidas en la pareja de hecho se sustenta en los pactos que previamente hubieran acordado los convivientes, siendo más compleja la regulación de las controversias surgidas en una pareja que hubiera decidido no establecer dicho pacto. También considero que con esto las parejas tendrían una mayor libertad para decidir sobre su relación ya que en caso de no estar de acuerdo con las cláusulas generales que se vinieran estableciendo a través del pacto que nos ocupa, por nuestra regulación actual de vital importancia, podrían salvar los detalles que consideraran más afines a ellos, siempre en cumplimiento de los principios generales del derecho y de lo dispuesto por el artículo 1255 CC.

Centrándonos más concretamente en la forma que tienen estos pactos realizados entre los convivientes es cierto que cuando hablamos de ellos se nos vienen a la cabeza las Capitulaciones Matrimoniales por su similitud y por su finalidad, si bien dichas capitulaciones es algo reservado al matrimonio por lo cual deberían de excluirse⁴⁹ a la hora de hablar de las parejas de hecho.

La forma de realizar estos pactos en opinión de Parra Lucán⁵⁰ goza de amplia libertad, respetando el principio de libertad de forma de forma del art. 1278 CC, pudiendo acordar dichos acuerdos en documento formalizado ante notario o mediante un acuerdo firmado entre ambos convivientes.

Así mismo, a pesar de que los pactos por norma general son expresos, también se aceptan los pactos realizados de manera tácita siempre que quede constancia de la voluntad de los integrantes de la pareja cuestión de someterse a un determinado régimen patrimonial. Ante esta situación el Tribunal Supremo exige que concurren actos concluyentes que afirme de manera clara el régimen económico bajo el que quieren ampararse los convivientes.⁵¹

Explica Martínez de Aguirre que el mero hecho de convivir no supone por sí solo que haya un acuerdo tácito de establecer un determinado régimen económico. Continúa este autor defendiendo que al igual que no se entenderá la voluntad de que exista convenio

⁴⁹ PINTO ANDRADE, C. “Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho”. Ed. Bosch. 2008.

⁵⁰ PARRA LUCÁN, M. A. “Autonomía de la voluntad y Derecho de familia. Tomo I Autonomía de la voluntad en el derecho Privado”. Diario La Ley, pág. 424.

⁵¹ SERRANO CHAMORRO, M.E. *op. cit.*, pág. 131.

por la sola convivencia, tampoco será válido cualquier convenio entre ellos ya que el pacto en cuestión puede devenir ineficaz.

Considera este autor, compartiendo opinión con Lacruz Berdejo, que en las uniones de hecho existe mayor libertad a la hora de configurar el régimen económico que regirá la convivencia, pues en la pareja de hecho es indiferente el hecho de que exista un régimen económico matrimonial al no ser obligatorio que el mismo exista ni se les vaya a aplicar uno en caso de que no lo acuerden (excepto el caso ya visto de País Vasco).

A pesar de esta libertad que se tiene en la convivencia more uxorio se deberán de respetar los límites de la autonomía de la voluntad como afirma Martínez Escribano⁵², debiéndose de respetar la igualdad de derechos entre los convivientes como he detallado anteriormente ni se deberán de descuidar en modo alguno las necesidades básicas.

Es también discutible la necesidad o no de que se homologuen judicialmente los pactos realizados por la pareja en caso de separación de la misma ya que se pretende una aprobación judicial de título ejecutivo en caso de que no se cumpla lo pactado originalmente en caso de ruptura.

Entiende la doctrina, de acuerdo al art. 770.6 LEC⁵³ que se podrán homologar los pactos que versen sobre alimentos y guarda y custodia de los hijos menores. Por el contrario, cuando no existen hijos menores en la relación no hay un procedimiento específico, así como tampoco hay una remisión a los procesos matrimoniales.

Así mismo, entiende Serrano Chamorro que es aconsejable homologar judicialmente los pactos que haya realizado la pareja relativos a las consecuencias tanto personales como patrimoniales de la separación de la pareja en cuestión a pesar de que no exista una regulación tan clara como en el caso de los matrimonios al no haberse regulado expresamente ya que la LEC no ha regulado un procedimiento concreto que se ocupe de homologar los pactos realizados por las parejas de hecho, mientras que en el caso de los matrimonios si se ha realizado. Entiende esta autora que la opinión mayoritaria para homologar un convenio en el caso de hijos menores de edad es la de utilizar el procedimiento regulado en el art. 777 LEC mientras que si el convenio contiene pactos sobre los convivientes Viñas Maestre⁵⁴, magistrada de la Audiencia Provincial de Barcelona, establece, y debido a la falta de regulación, diversas posibilidades.

En primer lugar, cabrá acogerse a los trámites de la Jurisdicción Voluntaria. En segundo lugar, se podrá acudir al acto de conciliación. En tercer lugar, entiende la magistrada que también se podrán obligar a los convivientes a iniciar un procedimiento contencioso, siendo el que resulte aplicable de acuerdo a las normas generales, siendo así

⁵² MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. “Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en derecho catalán”. Revista Jurídica de Cataluña. Pág. 352.

⁵³ Art. 770.6 LEC “*En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio.*”

⁵⁴ VIÑAS MAESTRE, D. “Uniones estables de pareja”. Indret, Revista para el análisis del derecho, págs. 10 y ss.

mismo por norma general el ordinario y obtener la aprobación por Auto en audiencia previa. Y, por último, incide la magistrada en aplicar por analogía el art. 777 LEC.

En cuanto a eficacia de los acuerdos o pactos de la pareja de hecho se refiere, Parra Lucán⁵⁵ opina que los acuerdos tienen fuerza ejecutiva desde el momento de su aprobación y que los pactos de delegación que no hayan sido incorporados a un convenio regulador que estuviera aprobado judicialmente, se deberán de formalizar en escritura pública, pudiendo revocarse en cualquier momento.

Así mismo entiende esta autora que tampoco hay problema en conceder a terceros funciones como la guarda en caso de viaje o demás situaciones análogas, señalando también que los alimentistas mayores de edad, regulado por los art. 142 y ss., no tendrán derecho a los alimentos que precisen mediante la atribución del uso de la vivienda familiar.

Ante lo visto, por tanto, queda patente la necesidad de la realización de pactos que regulen la convivencia *more uxorio* tanto en sus aspectos patrimoniales como familiares, sobre todo debido a la ausencia de regulación de las parejas de hecho, ausencia no existente a nivel estatal y realizada de manera muy sucinta en las diferentes Comunidades Autónomas salvo casos aislados como Cataluña donde las parejas de hecho tienen un capítulo dedicado en su Código Civil, con una regulación más detallada sobre los pactos que la que puede tener otra Comunidad Autónoma. Estos problemas relativos a la pareja de hecho surgen sobre todo a la hora de la ruptura de la misma, siendo de vital importancia así mismo el papel de los tribunales, los cuales son ayudados de sobre manera con los pactos realizados entre convivientes.

En conclusión, como hemos podido ir observando, los pactos prematrimoniales o entre convivientes tienen dos propósitos y funciones muy diferenciadas dependiendo de si se trata de un matrimonio o de una pareja de hecho.

En el caso del matrimonio nos encontramos que los pactos prematrimoniales son las clásicas capitulaciones matrimoniales donde aparte de acordar el régimen jurídico que regirá el matrimonio se pueden acordar pactos de muy diversa índole como hemos visto. La celebración de dichas capitulaciones matrimoniales no siempre tiene lugar, al no tratarse de algo obligatorio ni de la importancia que adquiere en la pareja de hecho debido a que en caso de que no se realicen los pactos prenupciales, en defecto de ellos, hay una amplia legislación reguladora del matrimonio a nivel estatal que regula cada detalle de la unión entre los cónyuges, desde el régimen patrimonial hasta los derechos sobre los hijos.

En cuanto a lo que la pareja de hecho se refiere, los pactos entre convivientes tienen un calado en el desarrollo de la misma que no es comparable al caso del matrimonio. Debido a la ausencia de legislación sobre las parejas de hecho o a la diseminada escasa legislación sobre las uniones de hecho que hay en las diferentes Comunidades Autónomas nos encontramos con la situación en la que en caso de no celebrarse dichos pactos la labor de los jueces y de los propios convivientes se complica enormemente en caso de disolución de la pareja de hecho al no estar reguladas las posibles situaciones en las que se podría encontrar la pareja, ni si quiera una breve referencia al régimen matrimonial que

⁵⁵ PARRA LUCÁN, M. A. *op. cit.* pág. 381.

se les aplicaría, mientras que en el matrimonio nos encontramos con régimen supletorios en caso de no acordarse nada.

En lo referido a la validez de unos y otros, observamos que nuevamente destaca la facilidad de las capitulaciones matrimoniales para que sean reconocidas judicialmente pues su eficacia no pende de una homologación judicial, siendo necesario dicha homologación para el caso en que se añada un nuevo pacto matrimonial.

En las parejas de hecho la validez de dichos pactos resulta algo más compleja pues si bien se admite la validez de los documentos privados, aunque no en todas las Comunidades Autónomas es así, es más prudente realizar los pactos ante notario debido a que no en todas las CCAA se precisan de los mismos requisitos para su validez y por tanto se pueden llegar a poner más trabas que si se realizaran las capitulaciones matrimoniales del matrimonio las cuales no tienen problema alguno en su reconocimiento, se trate de la zona que se trate.

Por lo ya expuesto se evidencia, al igual que en los requisitos, una gran deficiencia en la regulación de la pareja de hecho, quizá por su relativa novedad, pues si bien en el núcleo de la cuestión tanto el matrimonio como la pareja de hecho tienen una regulación bastante similar en lo relativo a requisitos y a los pactos prenupciales o de la pareja que se trate, resulta más complicado llegar hasta dicha regulación o solución en el caso de la pareja de hecho, complicando de esta manera la forma de llegar hasta unos cauces muy similares a los del matrimonio el cual dispone de mucha más facilidad debido también a su mayor visibilidad.

4.3 Régimen económico

En lo relativo al régimen económico ya hemos visto anteriormente que el mismo se podrá acordar a voluntad de los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales⁵⁶, aplicándose subsidiariamente el régimen económico de gananciales en caso de que no se otorgaran dichas capitulaciones tal y como establece el art. 1316 CC. Una excepción a esto es el caso de Cataluña y Baleares donde subsidiariamente en caso de no otorgar capitulaciones matrimoniales se aplicará el régimen económico de separación de bienes.

En cuanto al matrimonio se refiere no se plantea gran complejidad en este asunto por lo que no me detendré al igual que en el caso de las parejas de hecho.

El Código Civil regula en el Título III del Libro I lo referente al régimen económico matrimonial en el derecho común.

De este modo, en el art. 1344 CC se define a la sociedad de gananciales, regulada en el capítulo IV, de manera que “*Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella*” por tanto mediante este régimen económico los cónyuges comparten tanto las ganancias como todos aquellos bienes adquiridos a partir del inicio del matrimonio de manera ganancial. Así mismo, las

⁵⁶Art. 1315 CC “*El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código*”.

deudas adquiridas por uno de los cónyuges podrán ser respondidas por la sociedad de gananciales si los bienes privativos no fueran suficientes.

Por otro lado, el régimen de participación se encuentra regulado en el capítulo V del Título ya mencionado siendo descrito por el art. 1411 de manera que *“En el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente”*. Para la vigencia de este régimen matrimonial se exige que los cónyuges lo pacten expresamente en capitulaciones matrimoniales pues no será de aplicación subsidiaria ni en Derecho común ni en las excepciones de derecho foral. Destaca el hecho de que todo lo que no esté previsto en su regulación se aplicará subsidiariamente las normas relativas a la separación de bienes.

Por último, se encuentra el régimen de separación de bienes, regulado en el Capítulo VI, donde en virtud del art. 1437 CC *“En el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y, los que después adquiera por cualquier título. Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes”*. En este régimen económico destaca que ambos cónyuges tienen sus patrimonios diferenciados, pudiendo administrar libremente cada uno de sus bienes, si bien deberán de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio proporcionalmente a sus recursos económicos en caso de que no se hubiera pactado algo distinto⁵⁷. En este régimen matrimonial las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán exclusivamente responsabilidad suya y en el momento de la extinción del vínculo matrimonial cada cónyuge dispondrá de sus propios bienes.

Merece más atención, en mi opinión, el caso de las parejas de hecho, más sucintamente regulado y con menor atención a este supuesto históricamente.

En opinión de Serrano Chamorro⁵⁸ no cabe la opción de considerar que toda pareja de hecho por el mero hecho de serlo y surgir como tal deba de conllevar la existencia de una comunidad de bienes tal y como los gananciales, sino que, por el contrario, son los miembros de la pareja en cuestión quienes por pacto deban de establecer su voluntad de hacer comunes sus bienes.

De la misma manera, los tribunales no presumen de la misma manera que exista una comunidad de bienes como tal al iniciarse la pareja, sino que lo que existe es una independencia económica de ambos miembros de la pareja⁵⁹.

La existencia o no de la comunidad de bienes en la pareja de hecho se presenta como un conflicto frecuente que debe ser resuelto por los tribunales. En respuesta a si dicha comunidad de bienes surge con el mero hecho de la constitución de la pareja de hecho, la STS 13/2006, de 26 de enero de 2006, establece que no se crea una comunidad de bienes por el mero hecho de convivir, sino que por voluntad de los cónyuges se podrán crear comunidades de bienes *“1º Es cierto que según dice la recurrente, la convivencia de*

⁵⁷ Art. 1438 CC *“Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”*

⁵⁸ SERRANO CHAMORRO, M.E. *op.cit*, pág. 195

⁵⁹ PINTO ANDRADE, C. *op. cit.* pág. 45.

hecho no comporta per se la creación de una comunidad de bienes, del tipo que sea. Por ello, esta Sala entiende que la unión de hecho se rige fundamentalmente por la voluntad de los convivientes (sentencia de 12 de septiembre de 2005). 2º En consecuencia, es posible que por la voluntad de los convivientes, se cree un sistema de comunicación de bienes parecido a cualquiera de los admitidos para el matrimonio o bien se utilicen otras fórmulas para hacer comunes todos o algunos de los bienes que se adquirieran durante la convivencia”.

Por otro lado, la STS 1048/2006, de 19 de octubre de 2006, sigue en esta línea al establecer que no se aplicará por analogía los gananciales como en el matrimonio “*consustancial a esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio y a la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra insita en la convivencia "more uxorio" el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por "analogía legis" de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial”.*

Por tanto, las partes podrán adoptar por pacto la mencionada Comunidad de Bienes, además, por aplicación del 393 segundo párrafo CC⁶⁰, se entenderá que ambas partes lo dividirán en partes iguales.

Cuando la Comunidad de Bienes no haya sido pactada expresamente por no haberse acordado régimen económico alguno, se podrá deducir por comportamientos tales como compartir cuentas corrientes con dinero de ambos, poner a bienes que hayan comprado conjuntamente el nombre de ambos o explotar negocios en común.⁶¹

Esto lo afirma la STS 403/2004 de 14 de mayo de 2004 en virtud de la cual “*El que pruebe, como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial, "que fue adquirida con dinero de la exclusiva propiedad del mismo" (el demandante, conviviente) no implica que la vivienda sea de su exclusiva propiedad; ésta la adquirieron los dos, con intención consciente y libre: él aportó dinero, ella aportó su colaboración personal; de la misma forma que en un matrimonio con régimen económico-matrimonial de bienes, convenido en capitulaciones (cada vez más frecuente) o como régimen legal presuntivo (en Cataluña y Baleares) sería absurdo que tras una separación y a salvo las medidas que prevé la ley, el esposo que fuera el único que tuviera capacidad económica, obtuviera la propiedad exclusiva de todo lo adquirido a nombre de los dos: son los casos frecuentísimos, en que el fruto del ahorro -de los dos- se pone a nombre de ambos. Es decir, la prueba de la aportación económica no implica la consecuencia jurídica de la propiedad exclusiva de lo adquirido, siendo así que el negocio jurídico de adquisición no ha sido impugnado y dándose el caso de las aportaciones personales de la convivencia concurren con las económicas, siendo indiscutible que el ahorro y el esfuerzo para tal adquisición son comunes” por lo cual se sobreentiende la comunidad de bienes en la convivencia more uxorio, manteniendo la copropiedad del piso en cuestión al hacer ambos convivientes esfuerzos comunes.*

⁶⁰ Art. 393 CC. “*Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad.”*

⁶¹ SERRANO CHAMORRO, M.E. *op. cit.* pág. 200

Esta posición acerca de si los bienes adquiridos por la pareja son comunes se mantiene en la STS 431/2010 de 7 de julio de 2010 “2º En este caso consta la voluntad de los convivientes de adquirir conjuntamente una serie de bienes constante la convivencia, ya que se pusieron a nombre de ambos, independientemente de quién hubiera pagado la contraprestación en la adquisición. 3º Consecuencia de ello, acabada la convivencia, se ejercita una acción de división de las cosas comunes, en la que el conviviente pide a efectos de la valoración de los bienes y su posterior adjudicación, que se tengan en cuenta una serie de créditos que él ostentaba y que afectaban al valor final y estas operaciones son las que llevan a cabo tanto el Juzgado de 1ª Instancia, como la Audiencia Provincial en la sentencia que ahora se recurre. 4º Todo ello lleva a la conclusión que lo pedido en la demanda origen de este recurso se refiere pura y exclusivamente a la acción de división de cosas comunes, ejercitada a través del Art. 400 CC y no de las normas sobre régimen de gananciales, que no se han aplicado porque lo impide la propia naturaleza de la unión de hecho que, como antes se ha dicho, excluye el régimen económico. Sin embargo, admite la comunidad romana de bienes cuando así lo pacten las partes convivientes, que es lo que ha ocurrido en el presente supuesto. Por lo que no es este el procedimiento adecuado para discutir si caben o no entre los convivientes compensaciones de otra naturaleza, derivadas de enriquecimiento injusto o de otro tipo de desequilibrios.” Por lo cual, constando la voluntad de los miembros de la pareja en cuestión de adquirir conjuntamente, lo cual se deriva del hecho de poner a nombre de los dos los bienes al margen del pago de los mismos, se llega a la conclusión que si bien no se aplica el régimen de gananciales del matrimonio por impedirlo la naturaleza de la pareja de hecho, si se puede admitir la clásica comunidad de bienes dado la voluntad de ambos de adquirir, como ya he dicho, conjuntamente.

A pesar de lo que acabamos de ver, esto no siempre es así y nos encontramos excepciones en la jurisprudencia, no interpretándose siempre de la misma manera, en este caso, en la STS 455/2004 de 17 de mayo de 2004, nos encontramos ante un caso en el que se da una convivencia more uxorio entre el demandante y la conviviente fallecida, adquiriendo en compraventa esta última un piso, interesándose por el demandante que se declarara la constitución de la sociedad universal de gananciales dada la convivencia fruto de la relación de ambos, indicando en primer lugar al hilo de las anteriores sentencias “Las sentencias de instancia declararon, por una parte que a la unión de hecho no se aplica la normativa del régimen económico del matrimonio y que no necesariamente se constituye una sociedad universal de ganancias y en este caso no hubo inequívoca voluntad de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia; por otra parte, no se ha acreditado que el piso fuera adquirido por los dos, figurando sólo ella como compradora”, por otro lado, continúa la sentencia de modo que “no siempre toda comunidad de vida -convivencia more uxorio o incluso el matrimonio- lleva consigo necesariamente una comunidad universal o sociedad universal de ganancias; en el presente caso, se ha acreditado que no hubo comunidad de ganancias, por más que hubiera actos comunes de disposición, pero consta que no hubo voluntad expresa o tácita de hacer comunes todos los bienes adquiridos, como el piso litigioso (motivo segundo); por otra parte, se ha acreditado que el piso concreto lo adquirió para sí y sin ninguna voluntad en contra, la fallecida Dª Antonieta y nunca se pensó, ni hubo voluntad ni se declaró, que se adquiriera en copropiedad con el demandante”.

Por lo tanto no siempre se sobreentenderá la voluntad de ambos cónyuges de establecer comunidad de bienes, si bien el mayor óbice en este caso para la consideración de Comunidad de Bienes consiste en la adquisición del piso por parte de la fallecida sin que haya posibilidad de acreditar voluntad de adquirirlo en copropiedad con el demandante, pudiendo desprenderse de esto de que en caso de que se hubiera adquirido en copropiedad o al menos hubiera existido un indicio de que su marido fuera copropietario del piso adquirido por ella sí que podría haberse entendido la existencia de la Comunidad de Bienes.

En el caso de que no existiera pacto alguno que regulara la situación económica de la convivencia de hecho Pinto Andrade⁶² considera que existe una tendencia jurisprudencial a dejar de lado la consideración de que el patrimonio que se haya adquirido durante la convivencia es común, acudiendo a otros modos de resolver las distintas controversias como acudiendo a los principios generales del Derecho.

Así mismo, aparecen otras formas de regular el aspecto patrimonial en la pareja de hecho, como es el caso de las sociedades civiles o mercantiles, siendo esta, según lo dispuesto en el art. 1665 CC “*La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.*” También, dicha sociedad será irregular por lo cual no tendrá personalidad jurídica.

Podremos apreciar este régimen económico cuando observemos aportaciones al fondo común por ambos convivientes, una intención de conseguir ganancia común que se pueda partir y la *affectio societatis*⁶³ (voluntad de unión y de poner en común algo más que el mero consentimiento contractual).

En conclusión podemos observar que en lo relativo al régimen económico en el caso del matrimonio hay mucha menos incertidumbre que la que puede haber en el caso de la pareja de hecho debido a que el matrimonio tiene tres modelos muy claramente diferenciados de régimen económico, pudiendo optar por una masa patrimonial conjunta como es el caso del régimen de gananciales, un régimen de participación en las ganancias del otro y un régimen de separación clara y diferenciada del patrimonio de ambos cónyuges como es el caso de la separación de bienes.

En el caso de la pareja de hecho como hemos podido comprobar, tienen plena libertad para pactar el régimen económico bajo el que desean estar, pudiendo hacer precisiones concretas en cada caso y moldearlo a su parecer lo que les da una mayor libertad.

A pesar de lo anterior, en caso de que en el matrimonio no se acordara un régimen económico concreto, en defecto de pacto se aplicará subsidiariamente en el derecho común el régimen de la sociedad de gananciales por el cual la masa patrimonial pasa a ser común, compartiendo tanto ganancias como pérdidas.

En la pareja de hecho, para el caso en el que no se pacte un régimen económico concreto existe amplio debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de cuál es el

⁶² PINTO ANDRADE, C. *op. cit.* pág. 45.

⁶³ MESA MARRERO, C. *op. cit.* págs. 130 y ss.

régimen a aplicar pareciendo ser algo arbitrario del juez de que se trate, si bien también dependerá de las circunstancias concretas de cada caso.

En general parece extendida la tendencia a considerar que en la pareja de hecho que no ha pactado un régimen concreto queda regida por la comunidad de bienes en virtud de la cual los bienes pertenecerían a ambos convivientes. Si bien esto no siempre es así y habrá que atenerse a cada circunstancia concreta pues si se da el caso, como en la mencionada STS 455/2004 de que los bienes fueron adquiridos por uno solo de los convivientes sin que conste su voluntad de que dicho bien pertenezca a los dos, la comunidad de bienes no podrá operar.

Por tanto, considero que si bien en principio la pareja de hecho se puede beneficiar en este aspecto del régimen económico al poder pactar con una libertad que el matrimonio no tiene al deber de someterse a un régimen de los ya establecidos por la ley, se debe de ir con cuidado porque en caso de que no se pacte ningún régimen y la pareja de hecho fracase no hay una norma rígida que les asigne un régimen concreto y por tanto se deberá de estar a lo que entienda el juez en cada caso.

Es de destacar que por lo que parece según lo establecido por la jurisprudencia y la doctrina, durante la validez de la pareja de hecho los patrimonios de cada uno de los convivientes es individual y diferenciado, no habiendo una masa patrimonial conjunta a menos que ellos lo decidan así juntando el dinero de ambos por lo cual se deduce el hecho de que en caso de que uno de los convivientes contrajera una deuda, esta no podría alcanzar al otro conviviente.

4.4. Extinción

4.4.1. Extinción del matrimonio

Es de sobra conocido que las formas de extinción del matrimonio son la nulidad, la separación de hecho y el divorcio, estando estas tres maneras de extinción matrimonial ampliamente reguladas en la legislación, cabiendo más dudas en el caso de la pareja de hecho donde, como ya sabemos, la legislación está muy diseminada y no hay criterios concretos. Así mismo también se debe recordar que el matrimonio se extinguirá por el fallecimiento de uno o ambos cónyuges. Si bien, previamente, cabe hacer referencia a los modos de disolver el vínculo matrimonial.

En primer lugar, se ha de mencionar la nulidad del matrimonio, si bien no es un modo de extinción como tal del vínculo matrimonial dado que en realidad no ha existido dicho vínculo por estar aquejado de algún vicio que determine su ineficacia y nulidad, así, Lacruz Berdejo⁶⁴ señala en cuanto a esto que *“La doctrina de la invalidez del matrimonio ha sido una de las más oscuras y controvertidas del Derecho de familia, por la dificultad de adaptar al matrimonio las categorías elaboradas para el negocio jurídico patrimonial, tanto por afectar aquél fundamentalmente a las personas como por tender a fundar un status duradero y no relaciones transitorias de obligación (Carbonier)”*, de modo más conciso Castán Tobeñas⁶⁵ afirma que *“en términos generales, cabe decir que la nulidad del matrimonio es la sanción civil por ausencia o imperfección de alguna de las condiciones legalmente requeridas para la formación del vínculo. Hay que seguir*

⁶⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. Elementos de Derecho Civil Tomo IV, Dykinson, pág. 76.

⁶⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J. *op. cit.* pág. 871.

sosteniendo que la teoría de las nulidades matrimoniales es una de las más complejas del Derecho de familia, siendo peculiar de cada ordenamiento”.

El art. 73 CC establece las causas de nulidad del matrimonio, indicando dicho precepto que *“Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: 1.º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial. 2.º El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48. 3.º El que se contraiga sin la intervención del Juez de Paz, Alcalde o Concejal, Secretario judicial, Notario o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos. 4.º El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento. 5.º El contraído por coacción o miedo grave.”.*

Estarán legitimados para interponer la acción de nulidad del matrimonio, en virtud del art. 74 CC:

1. Los cónyuges. Si bien dada la nulidad del matrimonio será más indicado denominarlos contrayentes⁶⁶. Así mismo, al igual que los contrayentes en cuestión, tendrán derecho los tutores legales de los mismos.
2. El ministerio Fiscal.
3. Cualquiera con interés directo y legítimo.

4.4.2. Extinción de la pareja de hecho

En lo que se refiere a la separación de hecho esta consiste en una suspensión de los efectos del matrimonio, pero manteniendo el vínculo conyugal que une a los contrayentes de manera que podrá activarse de nuevo el matrimonio con todos sus efectos sin que se tenga que celebrar otro nuevamente, es decir, no llega a ser una extinción del matrimonio por no ser definitivo, sino que se trata de una suspensión del mismo.

La separación previamente se concebía como un paso previo al divorcio, indicándolo así la exposición de motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, *“El divorcio se concebía como último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que, tras un dilatado período de separación, su reconciliación ya no era factible”*, esto se cambia con esta ley, afirmando la misma que *“se pretende evitar la situación actual que, en muchos casos, conlleva un doble procedimiento, para lo cual se admite la disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de hecho o judicial, con un importante ahorro de coste a las partes, tanto económico como, sobre todo, personales”*.

En virtud de lo dispuesto en el art. 81 CC se podrá decretar judicialmente la separación cuando lo soliciten ambos cónyuges o cuando lo haga uno con el consentimiento del otro, siempre que hayan transcurrido tres meses desde que se celebrará el matrimonio, debiendo de acompañar a la demanda una propuesta de convenio regulador de la separación.

⁶⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. *op. cit.*, pág. 367.

También se acordará la separación cuando lo solicite uno solo de los cónyuges, no siendo necesario el transcurso de los tres meses cuando se acredite riesgo para la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual del contrayente o de los hijos, debiendo acompañar una propuesta de las medidas que regulen los efectos de la separación.

Por tanto la separación se realizará de mutuo acuerdo, estando sujetos a los efectos al convenio regulador, o bien se realizará de manera contenciosa, que si bien la oposición de una de las partes no se podrá referir a la separación en sí pues se estaría obligando a un cónyuge a mantener el matrimonio, la oposición se referirá a las medidas o convenio propuesto, estando sujeto en este caso a lo dispuesto por el juez, el cual pronunciara sentencia constitutiva de separación de hecho.

Los efectos de la separación variarán en cada caso si bien los efectos se producirán desde la firmeza de la resolución y se suspenderá la vida en común de la pareja⁶⁷.

Es de destacar que la separación se podrá extinguir por el fallecimiento de uno o de ambos cónyuges (disolviéndose el vínculo matrimonial en suspensión), por divorcio al considerar los cónyuges que la separación no es suficiente o bien por reconciliación de los cónyuges, poniendo fin al procedimiento de separación y dejándolo sin efecto.⁶⁸

El divorcio es quizá la forma de disolución del matrimonio más conocida seguramente debido al hecho de que, al contrario de las otras dos, las cuales son una suspensión del matrimonio y una manera de expresar la invalidez de un matrimonio que no ha existido, esta es la verdadera forma de disolver el vínculo matrimonial que tuvo plenos efectos. Lacruz⁶⁹ define el divorcio de manera que es “*la institución legal que permite la disolución vincular del matrimonio en vida de ambos cónyuges*”.

Los requisitos para la disolución del matrimonio aparecen en el art. 86 CC el cual establece “*Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.*”.

Por tanto, ante esta remisión al art. 81 CC ya analizado anteriormente llegamos a la conclusión de que el divorcio, al igual que la separación de hecho, requiere de la petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro o bien la sola petición de uno de los cónyuges.

Así mismo y debido a la remisión al art. 81 se precisará de tres meses desde la celebración del matrimonio para la solicitud del divorcio. Del mismo modo, no se

⁶⁷ Art. 83 CC “*La sentencia o decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine producen la suspensión de la vida común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. Los efectos de la separación matrimonial se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 82*”

⁶⁸ Art. 84 CC “*La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio.*”

⁶⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L. *op. cit.* pág. 90.

precisará del transcurso de los tres meses cuando se acrediten los requisitos del art. 81 segundo párrafo⁷⁰.

El divorcio además de decretarse por resolución judicial, se podrá hacer también mediante el consentimiento de ambos cónyuges en escritura pública tal y como establece el art. 87 CC *“Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio”*, existiendo por tanto además del divorcio contencioso, el divorcio de mutuo acuerdo entre los cónyuges, siendo efectiva dicha disolución desde que la sentencia o decreto emitido por el juez adquiera firmeza, así como desde la manifestación de dicho consentimiento de ambos cónyuges⁷¹.

Los efectos del divorcio, al igual que en la pareja de hecho, serán distintos dependiendo del caso concreto, si bien destaca la disolución por completo del vínculo matrimonial que unía a los excónyuges.

Según lo dispuesto por el art. 95 CC con la sentencia firme de divorcio y de separación se producirá la disolución del régimen económico del matrimonio, los cuales ya hemos analizado anteriormente.

Si bien el divorcio supone la extinción definitiva del matrimonio, cabe la reconciliación de los cónyuges, al igual que sucede con la separación de hecho, aunque dicha conciliación deberá de ser expresa y producirse en el lapso de tiempo entre el que se interpone la demanda y se dicta la resolución, si bien si se produjera la reconciliación una vez realizado el divorcio, nada impide que ambos contrayentes puedan volver a casarse.⁷²

En lo que se refiere a la pareja de hecho, esta puede extinguirse por la decisión conjunta de ambos convivientes, por la decisión unilateral de uno de ellos o bien por fallecimiento de uno de ellos⁷³.

En primer lugar, se debe destacar que la constitución de la pareja de hecho, al igual que el matrimonio, será nula cuando no se hayan respetado los requisitos expuestos con

⁷⁰ *“No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.”*

⁷¹ Art. 89 CC *“Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87”*.

⁷² Art. 88 CC *“La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda. La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio.”*

⁷³ LLEDÓ YAGÜE, F. Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho de familia. Cuaderno I. El matrimonio y situaciones análogas de convivencia. Crisis y efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, Dykinson, pág. 26.

anterioridad, si bien esto no constituye una causa de disolución de la pareja de hecho al no ser válida la misma.

La nulidad de las parejas de hecho las recoge el Decreto 43/2018, de 19 de junio, que modifica el Decreto 124/2000 regulador del Registro de Parejas de Hecho de Castilla-La Mancha que en virtud del art. 4.4 *“En los supuestos de incumplimiento sobrevenido de cualquiera de los requisitos que fueron determinantes para la inscripción, el órgano encargado del Registro, previa audiencia a los interesados, podrá proceder de oficio a la cancelación de la inscripción”*.

A pesar de que las causas de extinción más comunes de las parejas de hecho son las mencionadas, cada Comunidad Autónoma precisa causas concretas de disolución de la misma, una que llama la atención es la señalada en diversas CCAA como es el caso de País Vasco en su art. 18. d) *“A los efectos de la presente ley, se considerará extinguida la pareja de hecho por las siguientes causas: d) Por matrimonio entre los propios miembros de la pareja.”* Donde si bien el vínculo de la pareja de hecho se extingue, se hace para constituirse en matrimonio, no suponiendo una ruptura de vínculo entre los miembros de la pareja sino un reforzamiento.

Más concretamente en lo referido a la Comunidad de Madrid, la extinción viene regulada en el art. 6 el cual establece *“1. Las uniones de hecho se extinguen por las siguientes causas: a) De común acuerdo. b) Por decisión unilateral de uno de los miembros de la unión notificada al otro por cualquiera de las formas admitidas en Derecho. c) Por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los miembros de la unión de hecho. d) Por separación de hecho de más de seis meses. e) Por matrimonio de uno de los miembros.”*

En este caso, a pesar de compartir motivos de extinción con el matrimonio como es el caso del común acuerdo, la decisión unilateral o la muerte de uno de los miembros, se añaden motivos adicionales como es el caso de contraer matrimonio uno de los miembros, o el motivo de prolongar la separación de hecho durante más de seis meses, siendo algo inexistente en el matrimonio donde la separación de hecho no tiene plazo alguno pudiendo prorrogarse la suspensión del matrimonio indefinidamente, al contrario que en las parejas de hecho de la Comunidad de Madrid donde se entenderá que una vez superado el plazo de seis meses, la voluntad de extinción de la relación queda patente lo que conlleva la extinción de la misma.

En lo que se refiere a la cancelación de la pareja de hecho, en virtud del art. 6.2 de la Ley de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, la misma se podrá efectuar a instancia de uno solo de los convivientes, siendo el encargado del Registro el que comunicará a la otra parte la cancelación.

Destaca aquí la mayor libertad que se da respecto al matrimonio donde será necesario el acuerdo de ambos cónyuges por escritura pública o bien una resolución motivada del juez disolviendo el vínculo, siendo necesario solamente en el caso de las parejas de hecho que uno de los convivientes acuda al Registro para extinguir el vínculo. Esta libertad para extinguir la pareja de hecho tan solo con el acto de acudir al Registro e instar la disolución no es exclusivo de la Comunidad de Madrid, encontrándonoslo también en diversas Comunidades Autónomas como es el caso del art. 19.1 de la Ley de parejas de hecho de

País Vasco, el art. 4.4 del Decreto 117/2002 regulador del Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León, el art 4.3 de Decreto 124/2000 regulador del Registro de Parejas de Hecho de Castilla-La Mancha o el art. 12.5 de la Ley de Parejas de Hecho de Andalucía.

En conclusión, en cuanto a la extinción o disolución del vínculo matrimonial y de las parejas de hecho observamos que en ambas instituciones existe la figura de la nulidad, ya sea por faltar algún requisito esencial o por devenir anulable, pudiendo por tanto anular la figura en cuestión, si bien por medio de la nulidad esto no se tratará de una disolución como tal del vínculo de que se trate por no existir plenamente al estar aquejado de un vicio que lo hace es convertirlo en nulo.

En el matrimonio observamos mayor margen de maniobra, por un lado lógico, ya que aparte de la disolución como tal de la que se encarga el divorcio, nos encontramos con la separación de hecho la cual se trata de una suspensión del vínculo, pero sin llegar a extinguirse; mientras que en el caso de las parejas de hecho observamos que solo existirá la disolución del vínculo, sin una posibilidad de suspensión del mismo. Esto es debido a que la pareja de hecho no tiene la formalidad que caracteriza al matrimonio (formalidad por la cual muchos deciden acudir a la pareja de hecho), de modo que si una pareja de hecho decide disolverse y posteriormente se reconcilian y se registran de nuevo como tal, tendrán que pasar por menos trámites que quienes disuelven su matrimonio sin estar seguro y posteriormente se reconcilian, siendo un proceso más duradero, por lo cual, la separación de hecho es una vía factible para quienes no están seguros de querer disolver su matrimonio definitivamente.

Así mismo también existe mayor libertad por parte de los de los convivientes en la pareja de hecho a la hora de disolver el vínculo, ya que en el matrimonio cuando se hace de mutuo acuerdo será necesario la presentación del mutuo acuerdo y su correspondiente homologación en escritura pública y cuando se realiza de manera contenciosa será necesario que el juez dicte sentencia que establezca la separación o divorcio de que se trate. En el caso de las parejas de hecho bastará con que uno de los convivientes acuda al registro con intención de disolver el vínculo con el único requisito de comunicárselo al otro conviviente, requisito del cual en determinadas CCAA como Madrid será el encargado de realizarlo el encargado del Registro.

4.5 Vivienda familiar

En lo referido al uso de la vivienda familiar y el ajuar doméstico y en cuanto a matrimonio se refiere, el art. 96 CC establece *“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”* aquí radica la importancia de realizar capitulaciones matrimoniales o pactos prenupciales donde dependiendo de lo pactado el destino de la vivienda familiar variará, correspondiendo subsidiariamente en defecto de pacto la vivienda al cónyuge que obtenga la patria potestad de los hijos.

Así mismo, en el caso en el que unos hijos queden con un padre y los restantes hijos queden con el otro, el juez resolverá en cada caso dependiendo de las circunstancias. Del mismo modo, en caso de que no existieran hijos el domicilio familiar le corresponderá al

cónyuge que no sea titular del mismo siempre que fuera aconsejable y su interés fuera más necesario protegerse⁷⁴.

En cuanto a pareja de hecho se refiere doctrinalmente no hay unanimidad en lo referido al domicilio conyugal, habiendo autores que se sitúan en contra de la aplicación de la normativa reguladora del matrimonio para aquellas parejas de hecho que no tienen hijos, considerando que la vivienda pertenecería en este caso al que resulte de su título de adquisición. Otra parte de la doctrina, por otro lado, no entienden por qué no extender la aplicación del art. 96 CC ya mencionado para el conviviente que más necesitara protección, atribuyéndole un uso temporal⁷⁵.

Considera Serrano Chamorro⁷⁶ que la problemática se amplía si la vivienda en cuestión se trata de una vivienda propia o si por el contrario es arrendada, surgiendo la duda en el primer caso de si la vivienda de adquisición propia lo ha sido por uno solo de los convivientes o se ha adquirido por ambos.

Como se puede observar este asunto es ampliamente discutido por la doctrina sin que haya un acuerdo sobre el mismo, ante lo cual se deberá de acudir a la legislación y jurisprudencia.

En el caso de Cataluña, se sigue una norma similar a la del 96 CC, en este caso aparece regulado en el art. 234-8, en su apartado primero se indica la necesidad de pactar previamente a la constitución de la pareja de hecho pues indica que la atribución de la vivienda familiar se podrá acordar previamente. En caso de que no existiera dicho acuerdo el apartado segundo del mismo precepto establece que “2. *Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, en el caso de que los convivientes tengan hijos comunes, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y aplicando las siguientes reglas: a) Preferentemente, al miembro de la pareja a quien corresponda la guarda de los hijos mientras dure esta. b) Si la guarda de los hijos es compartida o distribuida entre ambos miembros de la pareja, al que tenga más necesidad.*” Por tanto, se atribuirá el domicilio al conviviente que tenga la guarda de los hijos, lo cual es muy similar a lo dispuesto por el art. 96 CC, si bien la regulación catalana amplía y concreta lo dispuesto por dicho artículo para el caso de la guarda conjunta, atribuyéndoselo al que tenga más necesidad.

Lo dispuesto por las demás Comunidades respecto a la vivienda habitual no se refiere al porvenir de la misma en caso de disolución por voluntad de los convivientes si no al derecho sobre la vivienda habitual en caso de fallecimiento de uno de ellos.

Así Andalucía en su art. 13⁷⁷ establece el derecho del miembro de la pareja superviviente a residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año, a pesar de lo que les corresponda a los herederos.

⁷⁴ LLEDÓ YAGÜE, F. *op. cit.* pág. 107

⁷⁵ PINTO ANDRADE, C. *op. cit.* pág. 142

⁷⁶ SERRANO CHAMORRO, M.E. *op. cit.* pág. 268

⁷⁷ Art. 13 Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho. “*En el supuesto de no existencia de pacto, en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el que sobreviva tendrá derecho, independientemente de los hereditarios que se atribuyan, a residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año.*”

País Vasco, en la misma línea que Andalucía otorga al conviviente superviviente a residir en la vivienda común durante el plazo de un año, eso sí, salvo que constituyera de nuevo una pareja de hecho o contrajera matrimonio⁷⁸.

El trato jurisprudencial en lo relativo al uso y adquisición de la vivienda familiar en las parejas de hecho es mayormente tendente a lo seguido por la STS 701/2004, de 7 de julio de 2004, en la cual se trata el caso de una disolución de convivencia *more uxorio* donde la propiedad de la vivienda es exclusiva del padre, el cual ofrece a la madre una cantidad para alquilar una vivienda, si bien el magistrado establece que *“en la adopción de las medidas a tomar respecto de los hijos menores de edad, sean matrimoniales o no matrimoniales, es preponderante el interés de los hijos, cuya protección se encomienda al juzgador y así se establece en el art. 158 del Código Civil, al facultar al Juez para que, de oficio, adopte las medidas en él contempladas, e, igualmente, en el art. 91 se impone al Juez la obligación de adoptar las medidas pertinentes, a falta de acuerdo entre los cónyuges, principio que es aplicable fuera de los procesos matrimoniales”* así mismo se denunciaba una aplicación indebida del art. 96 CC precisando en la sentencia que *“ante la falta de una regulación legal de estas uniones...es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el art. 1.1 del Código Civil y matiza el apartado cuarto del mismo artículo y añade "y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho". Si esto es así con relación al conviviente, con mayor razón ha de aplicarse este principio general cuando se trata de la protección de los intereses de los hijos menores de edad.”* Y, por tanto, a pesar de que la vivienda fuera propiedad del padre, acudiendo a los principios generales, se atribuye la guarda del menor a la mujer y con él, por la protección de los intereses del mismo, el uso de la vivienda.

En el caso de la STS 690/2011, de 6 de octubre de 2011, nos encontramos ante el caso en el que dos personas conviven como pareja de hecho, adquiriendo el hombre una vivienda para continuar allí la convivencia, tras el transcurso del tiempo la pareja en cuestión se disuelve pero la mujer sigue residiendo allí, requiriendo el demandante que abandonara el domicilio ante lo cual ella se niega alegando que la corresponde ese derecho por haber convivido como pareja de hecho, así, la SAP de Valencia de 14 de julio de 2008 estimó que *“la mera convivencia de hecho «more uxorio» sin más, no es generadora de ninguna consecuencia económica, ni demuestra la existencia de un régimen de comunidad de bienes, ni permite presumir que éste exista”*.

Con esta declaración coincide la STS que comentamos la cual afirma que *“La principal razón de la desestimación del motivo ...que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio...aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”; b) "Por ello debe huirse de la aplicación por "analogía legis" de normas propias del*

⁷⁸ Art. 6.2.c) Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. *“El derecho del superviviente, en el caso de extinción de la pareja por muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus componentes...durante el año siguiente a la defunción, salvo si constituyera nueva pareja de hecho o contrajera matrimonio”*

matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC , ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”.

En definitiva, esta sentencia al rechazar la aplicación de la analogía por considerar a la pareja de hecho algo distinto del matrimonio, figura que de hecho huyen quien se establece como pareja, no existe título que otorgue la posibilidad a la demandada de residir en la vivienda por lo cual tiene que abandonarlo.

Se ha de mencionar también la STS 340/2012, de 31 de mayo de 2012, en la cual una pareja de hecho se separa, con un hijo en su haber, residiendo la madre con el hijo en Madrid, en un domicilio propiedad de él, mientras que el padre reside en otro país. La madre demandó al que es en apelación demandante ejercitando una acción que incluye reclamación del uso del domicilio familiar.

Ante dicha acción estableciendo el juzgado en primera instancia que “*con independencia de la ocupación posterior a la ruptura no ha quedado acreditado que tuviera el carácter de residencia permanente e intencionada que exige el Tribunal Supremo... Por lo tanto, entiende esta juzgadora que no puede realizarse la atribución ex Art. 96.1 CC, al considerarse que la vivienda de Madrid tenía por objetivo cumplir una función ajena a la de propio y verdadero domicilio”.*

Ante esto la afectada interpone demanda en apelación, estableciendo la SAP de Baleares, de 17 de febrero de 2011 que “*la vivienda de Boadilla estaba destinada a constituir domicilio familiar cuando los litigantes y su hijo se establecieran en España, pese a que no llegaron a consolidar dicha voluntad, como consecuencia de la residencia del padre fuera de España y la ruptura de la pareja; (b) el interés del menor es que la guarda y custodia la ejerza la madre y ésta reside en España, concretamente en Madrid, donde también reside su familia; (c) habida cuenta de dicho interés del menor, hay que aplicar la doctrina que considera que se trataría de vivienda familiar, "por estar adscrita al servicio del conjunto familiar satisfaciendo del mejor modo el interés del menor".*”

Ante este pronunciamiento se interpone recurso de casación, estableciendo la sentencia en cuestión que “*La aplicación del Art. 96 CC a las rupturas de convivencias de hecho con hijos exige que se cumplan los mismos requisitos exigidos en la propia disposición, es decir, que constituyan la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia... Cuando se trata de una pareja que convive sin haber contraído matrimonio, la atribución del domicilio familiar se rige por las mismas reglas que en la ruptura matrimonial. Por ello, el juez no puede atribuir a los hijos o a un cónyuge o conviviente un inmueble al que los convivientes no hayan reconocido como domicilio familiar.*”

Negando ambas partes que el domicilio objeto de debate no tiene la consideración de domicilio familiar ya que la demandada en este caso solo tuvo la posesión del mismo porque su propietario en exclusiva decidió dejárselo, viviendo ella en dicho domicilio

mientras el demandante y padre del hijo de ambos residía en otro país por motivos laborales, lo que impedía que el domicilio se considerara como familiar.

Por otro lado, la demandada reconoce de manera expresa que el domicilio familiar es otro situado en Lluchmajor, Mallorca al demandarle allí de acuerdo con lo que se dispone en el art. 769.3 LEC donde se establece que, en los procedimientos sobre guarda y custodia de hijos menores y alimentos, "*será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores*" ante dicha situación el Tribunal Supremo indica que "*4º La doctrina recientemente sentada por esta Sala, de acuerdo con la cual, no puede atribuirse a los hijos y al progenitor custodio en calidad de domicilio familiar un inmueble que no haya tenido esta condición. 5º Las necesidades de habitación del hijo menor, incluidas en el derecho de alimentos, no necesariamente deben ser solucionadas con la atribución de la posesión de un inmueble propiedad de su padre. La regulación del derecho de alimentos no exige una solución de este tipo.*"

Sentencia el Tribunal Supremo que al no tener la consideración de vivienda familiar el domicilio en cuestión la demandada deberá de abandonarlo junto al menor, estableciendo una pensión por parte del padre de alimentos en favor del hijo de ambos.

Por tanto, en conclusión, en cuanto se refiere a la atribución del domicilio familiar en matrimonio y parejas de hecho también siguen caminos diferentes, no pudiendo aplicarse por analogía la legislación referida al matrimonio.

Como ya hemos visto, en el caso del matrimonio lo referido al destino de la vivienda familiar viene regulado en el Código Civil (más concretamente en el art. 96 del mismo) donde se establece, con una norma fija aplicable para todo el territorio, quién se quedará el domicilio familiar, siendo el padre que se quede con la tutela del hijo de ambos, concretándose sus especialidades en el mismo precepto.

En el caso de la pareja de hecho nos encontramos la problemática que ya hemos visto en los anteriores supuestos, la complejidad de su tratamiento y su disparidad por la normativa, encargándose cada Comunidad Autónoma de regularlo a su parecer, si bien no todas las CCAA lo regulan pues algunas como la Comunidad de Madrid no hacen referencia a ello en ningún punto de su respectiva ley.

Destaca nuevamente la importancia de establecer un pacto que regule la convivencia de hecho en este tipo de Comunidades donde no se regula en su legislación, sino que, en virtud de la STS 701/2004 de la que ya hemos hablado, será preciso acudir a los principios generales del derecho, evitando aplicar por analogía lo dispuesto para el matrimonio en defecto de regulación específica.

Así bien, la regulación que hemos visto de las parejas de hecho que menciona el domicilio familiar, sigue una tendencia similar a la del matrimonio en el Código Civil, otorgándole el uso de la misma al conviviente que ostentara la patria potestad del hijo en común o, en defecto de esto, al que más lo necesitara en cada caso, a pesar de que el domicilio no fuera de su propiedad.

En cuanto a la disposición de la vivienda familiar en caso de fallecimiento del otro conviviente las CCAA que lo regulan no dudan en otorgar el uso de la misma por el plazo de un año, en el caso del matrimonio esto lo regirá lo dispuesto en las capitulaciones

matrimoniales, siendo también uno de los grandes motivos por los cuales se decide hacer separación de bienes o gananciales.

Resulta pues de notable importancia la necesidad de realizar un pacto previo a la constitución de la pareja de hecho que regule este asunto debido al poco tratamiento que hay en cuanto al porvenir del domicilio familiar se refiere, en caso de que no exista pacto y la controversia surja en una Comunidad Autónoma que no regule este asunto como ya hemos visto se deberán de acudir a los principios generales del derecho o aplicar por analogía lo dispuesto para el matrimonio si bien ya hemos visto que esto se trata de algo conflictivo pues la regulación del matrimonio es en muchos casos un factor determinante para las parejas de hecho para constituirse como tal, huyendo de lo dispuesto para los cónyuges.

Por tanto, si bien en el matrimonio hay unas directrices que obedecen para todos los casos, en la pareja de hecho se deberá de ir caso por caso, dependiendo en gran medida de las circunstancias del caso en concreto y de lo dispuesto por el juez, pudiendo variar considerablemente en uno u otro caso.

4.6 Derechos mortis causa

Un tema objeto también de mucha discusión es lo referido a la pensión que correspondiese tras la muerte del cónyuge o conviviente, así como a la herencia, pudiendo ser también un factor de vital importancia a la hora de decidir entre matrimonio o pareja de hecho.

4.6.1. Herencia

Lo dispuesto para el matrimonio viene ampliamente regulado tanto en el Código Civil como en la Ley General de la Seguridad Social, siendo en el art. 807.3º del CC donde se establece que el viudo o la viuda será uno de los herederos forzosos en la medida en que lo establezca el mismo código, junto a los ascendientes y descendientes.

En caso de que los cónyuges en cuestión tuviesen hijos, el consorte sobreviviente dispondrá del usufructo de la totalidad del tercio de mejora según indica el art. 834 CC, del mismo modo, en caso de que no existieran hijos, pero si ascendientes del cónyuge fallecido, el sobreviviente podrá disponer, en este caso, del usufructo de la mitad de la herencia (art. 837 CC) y, para el caso de no existir ascendientes ni descendientes, el cónyuge sobreviviente dispondrá del usufructo de la mitad de la herencia. Así mismo, los herederos que concurran junto al cónyuge sobreviviente podrán asignarle una renta vitalicia y así satisfacerle su parte de usufructo según lo dispuesto por el art. 839 CC.

En el caso de que no exista testamento y según se establece en el art. 943 CC, heredarán el cónyuge sobreviviente y los colaterales del fallecido en defecto de ascendientes o descendientes, pero en todo caso heredará antes el cónyuge que sobreviva antes que los colaterales según se explicita en el art. 944 CC.

Por tanto comprobamos que la herencia del cónyuge que sobreviva se robustece en el Código Civil, al contrario que la que le correspondería a la pareja de hecho que sobreviviera, debido a que el CC en todo momento se refiere al cónyuge y en ningún momento a los convivientes, quedando estos últimos a lo que dispusiera el testamento del conviviente que hubiera fallecido en caso de que hubiera realizado dicho testamento o

hubiera dejado alguna constancia de su voluntad respecto a sus bienes en relación a su pareja de hecho.

Por tanto, para comprobar lo relativo a la herencia se deberá de estar a lo regulado por las diferentes CCAA dada la falta de regulación de este asunto en el CC.

En primer lugar, el Código Civil catalán, en la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, donde se regula también lo referido a la herencia perteneciente a la pareja de hecho, siendo de destacar que en todo momento se le da el mismo tratamiento tanto al cónyuge como a la pareja de hecho, así mismo, en el art. 442-3 se establece que *“1. El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable superviviente, si concurre a la sucesión con hijos del causante o descendientes de estos, tiene derecho al usufructo universal de la herencia, libre de fianza, si bien puede ejercer la opción de conmutación que le reconoce el artículo 442-5”*, así mismo, en el caso de que el causante falleciera sin hijos, en el apartado siguiente se indica que la herencia corresponderá al cónyuge o pareja estable superviviente, conservando los padres derecho a legítima.

Por otro lado, en lo que se refiere a la regulación en País Vasco bajo la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, al igual que en la regulación catalana se equipara cónyuge y pareja de hecho, otorgando derecho tanto al cónyuge como al miembro superviviente de la pareja de hecho al usufructo de todos los bienes del causante si concurría con descendientes, en virtud del art. 52.1 de dicha ley, y según el apartado siguiente, les corresponderá el usufructo de dos tercios de los bienes en caso de que no concurría con descendientes.

La Ley de Parejas Estables de Baleares prevé en el art. 13 que, en los supuestos de sucesión testada e intestada, el conviviente que sobreviviera gozará de los mismos derechos que se prevé para el cónyuge viudo en la Compilación de Derecho Civil Balear. En virtud de dicha Compilación, en su art. 45.3 se otorga al cónyuge superviviente el usufructo de la mitad de la herencia cuando concorra con hijos, usufructo de dos tercios cuando concorra con padres y el usufructo universal en los demás casos.

Así mismo, en Galicia también se equiparan los derechos hereditarios del cónyuge viudo y de la pareja de hecho en virtud de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, correspondiendo al miembro de la pareja sobreviviente el usufructo de una cuarta parte cuando concorra con hijos y el usufructo de la mitad cuando no lo hiciera, en virtud de los arts. 253 y 254 respectivamente.

En el resto de CCAA no se hace referencia en su regulación a la herencia del conviviente fallecido respecto al superviviente, debiendo de ser el juez en cada caso quien decida lo más conveniente, apreciando nuevamente una falta de regulación sobre un asunto de vital importancia en perjuicio de las parejas de hecho.

4.6.2. Pensión de viudedad

Una vez analizado lo referido a la herencia del matrimonio y la pareja de hecho, conviene tratar otro de los derechos mortis de mayor relevancia, la pensión de viudedad.

Este derecho aparece regulado en los arts. 216 y ss. de la Ley General de la Seguridad Social, refiriéndose a lo dispuesto para el matrimonio el art. 219 de dicha ley. En el mencionado artículo se establece que serán beneficiarios de la pensión de viudedad todas aquellas personas supervivientes de quien estuviesen dadas de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, que percibieran un subsidio por incapacidad temporal, maternidad, riesgo en el embarazo y los titulares de pensiones de jubilación e incapacidad permanente, siempre que el cónyuge fallecido hubiera cumplido un periodo de cotización de quinientos días en los cinco años anteriores a la defunción.

En caso de que la muerte se produjera por un accidente o por una enfermedad profesional, no se exigirá ningún periodo de cotización. A pesar de que el cónyuge fallecido no se encontrara en alta cuando hubiera fallecido, el superviviente recibirá la pensión siempre que el causante hubiera cotizado durante un mínimo de quince años.

Cuando el fallecimiento del causante fuera debido a una enfermedad común que no hubiera sobrevenido tras el vínculo conyugal será necesario que el matrimonio se hubiera celebrado al menos un año antes del fallecimiento o que tuvieran hijos en común. Dicha duración del vínculo no se exigirá cuando se acreditara una convivencia superior a dos años.

El caso de las parejas de hecho viene regulado en el art. 221 del mismo cuerpo legal exigiéndose los mismos requisitos que en el matrimonio para la adquisición del derecho a pensión de viudedad con el añadido de que se deberá acreditar que los ingresos del beneficiario no podrán ser superiores al cincuenta por ciento de la suma de los suyos propios y de los del causante fallecido en el mismo periodo, este requisito subirá hasta el 25 por ciento cuando no existieran hijos comunes. También es válido para la adquisición del derecho a la pensión que los ingresos del conviviente superviviente resulten inferiores a 1,5 veces el salario mínimo interprofesional del momento del hecho causante.

Es de destacar que en el apartado segundo del art. 221 establece cuando se considerará pareja de hecho en esta ley, pasando a considerarse como tal *“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.”* Así mismo, en el apartado siguiente se expresa que la inscripción de la pareja de hecho deberá de haberse producido mínimo dos años antes del fallecimiento del causante.

Por tanto podemos observar que de nuevo la legislación trata con mayor precisión y profundidad lo relativo al matrimonio, en el caso de la herencia viene regulado para dicha figura en el CC con aplicación a nivel estatal, salvo normas forales, mientras que en lo referido a la pareja de hecho de nuevo de nuevo tenemos que acudir a la legislación autonómica donde se trata superficialmente, salvo en el Código Civil catalán, lo referido a la herencia de las parejas de hecho, existiendo el caso en determinadas CCAA como es el caso de Madrid donde no hay una simple referencia a la herencia para la convivencia *more uxorio*, no habiendo un tratamiento para este caso ni a nivel estatal ni autonómico, debiendo de acudir nuevamente a la analogía de la que tanto se huye en este caso o a la aplicación de los principios generales del derecho.

En lo que se refiere a la pensión de viudedad nos encontramos que en el caso de las parejas de hecho se amplían y robustecen los requisitos frente al matrimonio, solicitando un periodo de tiempo de convivencia y compromiso mayor, por lo cual nuevamente se ponen mayores trabas a la hora de adquirir los derechos correspondientes siendo pareja de hecho, así mismo también se solicita para el caso de las parejas de hecho unos determinados ingresos donde en el caso de exceder dichos ingresos no se otorgará la pensión de viudedad, al contrario que en el caso del matrimonio donde dichos requisitos de los ingresos no se solicitan en ningún caso.

5. Conclusiones

El mayor óbice frente al que se enfrenta la pareja de hecho es su tratamiento en la legislación, prácticamente inexistente en el plano estatal, y tratada de manera muy sucinta en la legislación autonómica, siendo por tanto un tema muy casuístico con pocas soluciones tajantes ante los dilemas que pueden surgir en el núcleo de la misma.

Nos encontramos ya que a la regulación de la pareja de hecho no se la presta la debida atención cuando en el art. 149.1. 8º se atribuye al Estado la competencia exclusiva de la *“Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio”* estableciendo la competencia exclusiva sobre el matrimonio pero sin establecer la competencia, y ni si quiera sin hacer referencia alguna, de las parejas de hecho.

Como ya hemos visto al inicio del trabajo, es cada vez mayor la tendencia a registrarse como pareja de hecho y no a formalizarse en matrimonio, si bien en mi opinión esta tendencia sería aún más elevada si existiera una claridad legal respecto a esta figura que no existe en el matrimonio.

Es lógico que el matrimonio acapare una mayor relevancia legislativa debido a la entidad del mismo a lo largo de la historia, al contrario que la pareja de hecho la cual no ha cobrado mayor relevancia hasta los últimos tiempos, si bien ya hemos observado que existía dicha figura de una manera más primitiva.

Si bien es lógica esta mayor relevancia del matrimonio debido a su antigüedad y que sigue siendo la opción elegida para poner su vida en común de la inmensa mayoría de la población, no se debe de despreciar la tendencia ya mencionada a constituirse como pareja de hecho y a la necesidad de estas personas de una regulación que abarque toda su problemática.

Particularmente encuentro a ambas figuras muy semejantes siendo ambas instituciones una manera de que dos personas establezcan una comunidad de vida con carácter, o al menos intención, permanente; si bien comprendo la opción de decantarse por la pareja de hecho y no por el matrimonio debido a la mayor formalidad aparente de este último en contraposición a la pareja de hecho que otorga una mayor libertad aparente.

Una vez indicada mi preferencia por una mayor regulación sobre este asunto con mas amplitud y profundidad, considero que en el caso de que el juez se encontrara con un asunto relativo a las parejas de hecho que no estuviese regulado en su respectiva CCAA

y frente a la duda de que normativa aplicar, lo más indicado sería la aplicación analógica de lo dispuesto para el matrimonio en el CC y demás normas estatales frente a la aplicación de los principios generales del derecho.

Esto puede ser conflictivo debido a que quien decide constituirse como pareja de hecho en muchas ocasiones es rechazando lo dispuesto para el matrimonio, pero en defecto de normativa que regule el asunto concreto de que se trate y debido a que habría que aplicar una u otra norma considero más adecuado aquellas que están ideadas para la figura “gemela” de la pareja de hecho, pues en definitiva las normas referidas al matrimonio las cuales regulan las discrepancias de las personas que mediante un contrato bilateral, existiendo convivencia y una relación análoga de afectividad estarán más orientadas a ese supuesto en concreto que los principios generales del derecho los cuales no están orientados hacia una figura en concreto si no que lo están a la generalidad del derecho.

En lo ya referido a las diferencias en su regulación destaca en primer lugar que los requisitos de constitución de ambas figuras son muy semejantes, si bien cabe destacar que en ningún momento se exige un tiempo de convivencia para la formalización del matrimonio pero si en determinadas CCAA se exige que la pareja en cuestión haya convivido durante determinado periodo de tiempo, pudiendo ser por tanto la constitución de la pareja de hecho una decisión más meditada que la del matrimonio por parte de los convivientes en cuestión, cuando muchos optan por la pareja de hecho debido a su aparente sencillez o ausencia de formalidad respecto al matrimonio.

En el aspecto económico si bien el matrimonio dispone de regímenes supletorios para el caso de que no se otorgaran capitulaciones matrimoniales a diferencia de las parejas de hecho donde no hay un régimen económico que supla su falta de acuerdo, es de destacar en ambos casos la relevancia de realizar pactos prenupciales o pactos que regulen la convivencia de hecho debido a que dichos pactos serán el pilar que regule la convivencia en ambos casos.

A pesar de esto es en la pareja de hecho cuando la importancia de pacto cobra una importancia notable debido a la escasez de su regulación, siendo la principal fuente a la que acudir de parte del juez cuando se produce un problema en el núcleo de la misma.

En mi opinión los pactos previos deberían de ser obligatorios en el caso de las parejas de hecho, los cuales no tienen normas supletorias (o al menos no demasiadas) en defecto de dicho pacto, incluyéndolo como un requisito a la hora de acudir al Registro de Parejas de Hecho para formalizarse como tal, si bien esto podría chocar con la concepción de que la pareja de hecho supone un menor formalismo que el matrimonio.

Que el matrimonio tenga la opción de disolver el vínculo mediante el divorcio y de solamente suspenderlo mediante la separación es llamativo frente a la posición en la que se encuentra la pareja de hecho la cual solamente podrá disolverse, sin otra posibilidad.

Esto en mi opinión también obedece a la mayor apariencia de libertad de la que goza la pareja de hecho, pudiendo disolver el vínculo más fácilmente que en el matrimonio pues bastará con que uno solo de los convivientes acuda al registro para disolver la pareja.

En lo relativo a los derechos mortis causa es donde particularmente observo la mayor equivalencia entre estas dos instituciones debido a que se las da un trato bastante similar, si bien es nuevamente las CCAA las que se encargan de dar esta valoración a la pareja de hecho equivalente al matrimonio, pues el CC en materia de herencia no dispone nada sobre la pareja de hecho. La pensión de viudedad si bien tanto para matrimonio como para convivencia de hecho está regulado por la LGSS es llamativo observar cómo los requisitos para la pareja de hecho son nuevamente mayores que los del matrimonio.

Si la pareja de hecho tuviera una regulación más exhaustiva, con una mayor presencia en el CC y explicitándose claramente en la CE a quien le corresponde regular dicho asunto si al Estado o a las CCAA considero que sería más justo para las parejas que deciden formalizarse como pareja de hecho y más sencillo para los jueces los cuales en ocasiones tienen que realizar verdaderos esfuerzos para juzgar adecuadamente en cada caso concreto respecto al derecho relativo a parejas de hecho.

En conclusión, es curioso como a pesar de que se acuda a la pareja de hecho para tener una mayor libertad o por no estar preparado para unirse en matrimonio, es la convivencia more uxorio la que deja una mayor indefensión legal y la que establece unos mayores requisitos tanto como para constituirse como tal así como para obtener los derechos que con el matrimonio serían más sencillos de obtener, resultando que en definitiva estar unido en pareja de hecho resulta más complicado y, bajo mi punto de vista excepto para la disolución del vínculo, compensa menos que unirse en matrimonio donde se dan unas ventajas mayores, no se precisa de un tiempo previo de convivencia para constituirse como tal y legalmente es más confortable debido a la legislación subsidiaria en defecto de pactos.

6. Bibliografía

6.1. Autores y obras

- Amunátegui Rodríguez, C. *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García. Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de parejas no casadas*. Murcia. 2004. Universidad de Murcia.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. *Manual de Derecho civil. Derecho privado y Derecho de la persona*. 7ª edición. Madrid. Bercal.
- Berrocal Lanzarot, A.I. *Pactos en previsión de ruptura matrimonial*. 2015. La Ley.
- Castán Tobeñas, J. *Derecho Civil español, común y foral, tomo Quinto: Derecho de familia, vol. I*. Editorial Reus.
- Díez Martínez, A. *La aplicación de las normas de régimen económico matrimonial a las uniones estables de pareja en el Derecho español*. 2009. Actualidad Civil.
- Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV*, Madrid. 12ª edición. Madrid. Tecnos.
- García Castro, M. *Matrimonio canónico*. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, vol. XVI.
- García Mas, F.J. *Las uniones de hecho su problemática jurídica*. 1998. Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada.
- García-Posada Gómez, E. *El concepto de convivencia no matrimonial en derecho español*. 2003. Anuario de Derecho Civil. Vol. 56. Nº3.
- García Rubio, M. P. *Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica*. Madrid. 2012. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.
- García Rubio, M. P. *Parejas de hecho y lealtad constitucional*. Estudios de Derecho Civil. Valladolid. 2004. Universidad de Valladolid.
- Lacruz Berdejo, J.L. *Elementos de Derecho Civil*. Tomos I y IV. 2010. Madrid. Dykinson
- Lledó Yagüe, F. *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho de familia. Cuaderno I. El matrimonio y situaciones análogas de convivencia. Crisis y efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*. 2ª edición. Madrid. Dykinson
- Martínez de Aguirre Aldaz, C. *Acuerdos entre convivientes more uxorio*. Madrid. 2001. Revista de derecho privado nº 85
- Martínez Escribano, C. *Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en derecho catalán*. 2011. Revista Jurídica de Cataluña
- Martínez Gallego, E.M. *Compensación patrimonial en caso de ruptura de uniones de hecho*. Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Nº89. 2011. La Ley.
- Mesa Marrero, C. *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*. Pamplona. 1999. Aranzadi
- Ortuño Muñoz, P y Vega Sala, F. *Derecho Civil: Constitución de la convivencia "more uxorio"*. 2004. Manuales de formación continuada.
- Parra Lucán, M. A. *Autonomía de la voluntad y Derecho de familia. Tomo I Autonomía de la voluntad en el derecho Privado*. 2011. Diario La Ley

- Pinto Andrade, C. *Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho*. 2008. Ed. Bosch.
- Rodríguez Boente, S. *Guía práctica sobre el régimen jurídico de las parejas de hecho*. Pamplona. 2012. Thomson Reuters-Aranzadi.
- Serrano Chamorro, M. E. *Las parejas de hecho y su marco legal*. Madrid. 2014. Editorial Reus.
- Talavera Fernández. P. A. *La unión de hecho y el derecho a no casarse*. Granada. 2001. Ed. Comares.
- Torres Lana, J.A. *Las parejas de hecho. Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*. Madrid. 2011. Dykinson.
- Vidal Martínez, J. *Aplicación del régimen de sociedad de gananciales a una relación y convivencia no matrimonial. Convenio económico, validez*. 1986. Revista general de derecho.
- Viñas Maestre, D. *Uniones estables de pareja*. Barcelona. 2007. Indret, Revista para el análisis del derecho.
- Xavier O’Callaghan Muñoz, M^a. *Compendio de Derecho Civil Tomo IV*. 2^a edición. Ed. Universitaria Ramón Areces.
- Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L. Z. *El matrimonio y los nuevos modelos de familia*. Madrid. 2019. Wolters Kluwer.

6.2. Legislación y abreviaturas

- “CE” «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, Constitución Española.
- “CC” Código Civil de 1889.
- “LEC” Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- “LGSS” Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.
- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.
- Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.
- Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana.
- Decreto 124/2000, de 11 de julio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de Parejas de Hecho de la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha.
- Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.
- Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables.
- Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables.
- Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho.
- Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento.
- Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias.

- Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.
- Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.
- Reglamento regulador del Registro de Parejas de Hecho de la Ciudad Autónoma de Melilla, de 28 de enero de 2008.
- Ley 7/2018, de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

6.3. Jurisprudencia

- SAP de Toledo, de 2 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 2102)
- SAP de Granada 377/2001, de 19 de mayo de 2001
- SAP de Álava 124/2002 de 25 de abril de 2002
- SAP Murcia 374/2002, de 29 de octubre de 2002.
- SAP de Almería 44/2003, de 17 de febrero.
- STS 411/2000, de 24 de abril de 2000
- STS 116/2002 de 15 febrero de 2002
- STS 403/2004, de 14 de mayo de 2004
- STS 455/2004 de 17 de mayo de 2004
- STS 701/2004, de 7 de julio de 2004
- STS 5270/2005, de 12 de septiembre de 2005
- STS 13/2006, de 26 de enero de 2006
- STS 1048/2006, de 19 de octubre de 2006
- STS 431/2010 de 7 de julio de 2010
- STS 690/2011, de 6 de octubre de 2011
- STS 179/2012 de 28 de marzo de 2012