

SABERES

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

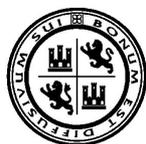
VOLUMEN 1 ~ AÑO 2003

Separata



LAS PAREJAS DE HECHO

María Isabel Martínez Gómez



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO
Facultad de Estudios Sociales
Villanueva de la Cañada

© María Isabel Martínez Gómez

© Universidad Alfonso X el Sabio
Avda. de la Universidad,1
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

Saberes, vol. 1, 2003

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

LAS PAREJAS DE HECHO*

María Isabel Martínez Gómez**

RESUMEN: La Constitución reconoce y protege tanto a la familia matrimonial como a la no matrimonial, lo que no implica equiparación entre matrimonio y unión del hecho. Se ve una evolución del tratamiento jurídico a los convivientes, y se recomienda a las parejas la constitución de un “convenio regulador” que dé solución a los hipotéticos conflictos que pudieran originarse.

PALABRAS CLAVE: matrimonio, pareja de hecho, *affectio maritalis*.

Hoy en día la institución de la Familia tiende a considerarse en dos vertientes, la matrimonial –con vínculo jurídico en su origen– y las uniones de hecho, fenómeno social a tener en cuenta –que no es fruto de una moda pasajera– consideradas en época anterior contrarias a la moral. Ya en Roma existía el “concubinatus” como la unión pública y notoria de hombre y mujer carente de “*affectio maritalis*”; los emperadores cristianos intentaron semejarla al matrimonio al instaurar la exigencia de la monogamia y la prohibición del parentesco y con Justiniano se concibe como una unión de segunda categoría. En España, en la Edad Media, la “barraganía” se regulaba en los Fueros Municipales y en las Partidas; en el siglo XIX, la tendencia romano francesa era la de ajuridicidad de las parejas de hecho, sin que por ello resultaran prohibidas. Con anterioridad a nuestra Constitución, se denegaba a las uniones extramatrimoniales todo tipo de consecuencias jurídicas por considerarlas contrarias a la moral, al orden público y a las buenas costumbres, basándose en dos criterios: la moral católica y la concepción básica de la que parte el Código Civil de Napoleón –el matrimonio es el elemento básico de la sociedad en época no tan lejana–, la práctica totalidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la época, citamos, entre otras, la de 8-3-1918, 2-4-1941 y 17-10-1959 no les reconocían efectos, frente a otras resoluciones minoritarias como las de 9-5-1914 o 2-10-1931 que las consideraron lícitas; incluso hoy en día, es considerada para algunos fuera de toda conducta decente distinguiéndose moral y jurídicamente del matrimonio.

* Publicado inicialmente en <http://www.uax.es/iurisuax> año 2001.

** Doctora en Derecho. Profesora de la Facultad de Estudios Sociales. Universidad Alfonso X el Sabio.

Lo que es innegable es el claro aumento en España de las uniones de hecho, realidad social a la que no podemos ni obviar ni dar la espalda, que tiene importantes consecuencias jurídicas a las que se debe dar una solución.

¿Cuáles son las causas por las que una pareja decide no contraer matrimonio? La respuesta, como regla general, es el hecho de no someterse a normativa o contrato alguno que encarcele los sentimientos como piensan que ocurre dentro del matrimonio con los deberes de los cónyuges (arts. 66 a 68 del CC) , pero es que estos deberes, como el de fidelidad, respeto, ayuda mutua o actuación en interés de la familia, son fruto de la convivencia y debieran regir en toda relación de pareja, independientemente de que se hubiera contraído matrimonio, o porque existe imposibilidad jurídica de contraer matrimonio, porque se acaba de salir de un vínculo matrimonial y no quedan ganas de constituir otro, porque dos no se casan si uno no quiere (ellos, normalmente), porque se duda de la estabilidad...

El artículo 39 de la Constitución reconoce y protege tanto a la familia matrimonial como a la no matrimonial, ahora bien, el hecho de que nuestra Carta Magna las reconozca y las proteja no implica, y sobre esto hay sentencias del Tribunal Constitucional, la equiparación con el matrimonio. El vínculo matrimonial genera, ope legis, en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se producen de modo necesario en la pareja de hecho. La Constitución no reconoce una unión extramatrimonial que tenga la configuración jurídica del matrimonio pudiendo el legislador establecer diferencias en el tratamiento.

El Tribunal Constitucional tuvo que disipar las dudas existentes en relación a si la no aplicación de la regulación jurídica del matrimonio a la convivencia "more uxorio" supondría una violación del artículo 14 de la Constitución, llegando a la conclusión de que en nuestra Carta Magna, matrimonio y convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. Los poderes públicos no pueden reprimir o impedir la convivencia o imponer la celebración del vínculo matrimonial de tal forma que las parejas tuvieran que someterse a sanciones (sentencias del Tribunal Constitucional de 15-11-1990, 14-12-1991, 14-2-1991, 11-4-1991,14-5-1991) , pero esto no supone la aplicación analógica de las normas relativas al matrimonio al no existir la identidad de razón necesaria según el artículo 4.1 del Código Civil; otro criterio supondría una subversión de los principios informadores del Ordenamiento Jurídico.

Si bien el Tribunal Supremo, de forma general, no reconoce la aplicación analógica a las uniones de hecho de las normas del matrimonio, muy especialmente las reglas de los regímenes económico matrimoniales

(sentencias de 21-10-1992, 11-12-1992, 22-7-93, 27-5-1994, 23-7-1998, 22-1-2001), hay algunas sentencias, como la de 16-12-1996, que afirman que puede y debe tratarse el problema como una aplicación analógica de la disciplina matrimonial en cuanto algunos aspectos de la misma se hacen extensivos con moderación y sobre todo investigando la “ratio” normativa a la convivencia “more uxorio” o las de 27-3-2001 y 5-7-2001.

La Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 2-2-1999, define la unión de hecho como “la convivencia entre un hombre y una mujer con plena capacidad de obrar, de carácter estable y público que sin haber contraído matrimonio entre sí, desarrollan un modelo de vida que coincide con el que acostumbran a realizar los cónyuges”; esta interesante resolución sigue argumentando que, después de la entrada en vigor de la Constitución no se les puede considerar ilícitas, sino situaciones totalmente lícitas y de las que se derivan consecuencias jurídicas que son amparadas por el artículo 39 de la Constitución –la palabra “familia” engloba tanto a la de origen matrimonial como a la extramatrimonial–; por tanto la cuestión, sigue razonando la sentencia, se reduce a precisar cuál debe ser el régimen jurídico aplicable, siendo dos las posibles respuestas:

Aplicación analógica a las relaciones extramatrimoniales de la normativa del matrimonio –fundamentalmente las patrimoniales–.

Rechazar la aplicación analógica, debiendo acudir a las normas jurídicas de carácter general reguladoras de la concreta relación jurídica en la que se fundamente la pretensión de uno de los convivientes contra el otro, de terceras personas contra uno o ambos convivientes o de éstos contra terceros.

La cuestión se resuelve casi unánimemente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, rechazando la aplicación analógica.

La idea común, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es distinguir la unión paramatrimonial de las convivencias esporádicas; para que esto suceda, se deben dar las siguientes características: relaciones sexuales (para distinguirlas de dos amigos que viven juntos), madurez física y psicológica, una “affectio maritalis” publicidad, notoriedad y tendencia a la estabilidad.

López- Muñiz Goñi¹ resalta los siguientes requisitos: convivencia “more uxorio” entraña el comportarse externamente como si de un matrimonio se tratara; permanencia, sin que sea necesario fijar un plazo; inexistencia de

¹ López-Muñiz Goñi, M., *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*, 4ª edición, Colex, Madrid, 2001, pp. 40 y ss.

impedimentos e independencia de orientación sexual. De esta forma el requisito de la heterosexualidad se amplía, incluyendo también a las parejas homosexuales, no sólo por las leyes autonómicas sobre parejas de hecho, como la pionera catalana de 15 de julio de 1998 (art. 19), sino también por nuestro Derecho común, por ejemplo la ley 29/94 de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos que en sus arts. 12.4 y 14.1.b admite la subrogación mortis-causa por muerte del arrendatario al conviviente con independencia de su orientación sexual, y por nuestra jurisprudencia; así, entre otros, el juzgado de lo contencioso nº 2 de Valencia ha permitido que un inmigrante colombiano registrado como pareja de hecho de un valenciano disponga de la tarjeta de Familia de Residente Comunitario, documento que sólo se concedía a los extranjeros casados durante un año con un nacional, aduciendo el juzgado que aunque el RD 766/92 que regula la entrada, permanencia y estancia de los nacionales de Estados miembros y sus familiares en España se refiere expresamente al “cónyuge” ello no impide que se apliquen por interpretación analógica con la unión matrimonial los beneficios que las normas jurídicas establecen para los matrimonios a las uniones de hecho, de tal forma que cuando transcurra el año desde su registro en el Registro de parejas de hecho, podrá volver a solicitar la tarjeta ante la Delegación del Gobierno. En el mismo sentido, el juzgado de lo contencioso nº 8, también de Valencia, ha reconocido el derecho de una funcionaria a disfrutar de la licencia por matrimonio que le corresponde tras inscribirse en el registro de Uniones de hecho que la Delegación del Gobierno le denegó², o el juzgado de lo social nº 12 de Madrid que dictó sentencia en la que obliga a RENFE a reconocer a las parejas de hecho homosexuales los mismos derechos que las heterosexuales, dado que sus trabajadores, como ciudadanos que son, tienen reconocido socialmente el ejercicio de una determinada orientación sexual.

La doctrina jurisprudencial, si bien antes se mostraba reacia a este tipo de uniones “contrarias a la moral”, no ha podido por menos que admitir la realidad existente y hoy en día no sólo el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, sino también las Audiencias Provinciales protegen estas situaciones fácticas, si bien no la equiparan de forma absoluta con la institución del matrimonio.

² El art. 8 de la Ley 11/2001 de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid reconoce en su art. 8 que el personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid que forme pareja de hecho mantendrán los mismos beneficios reconocidos a las parejas que hayan contraído matrimonio.

Así, excepción hecha de la sentencia de la Magistratura de Trabajo de 25 de mayo de 1981, el Tribunal Constitucional, en numerosas resoluciones como la de 24 de junio de 1987, 15 de noviembre de 1990, 14 de febrero de 1991, 11 de diciembre de 1992, 18 de enero de 1993, y las más recientes, la de 8 de febrero de 1993, afirma que matrimonio y convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos realidades equivalentes, pero de aquella no equivalencia no se deduce necesariamente que toda medida tenga como únicos destinatarios a los cónyuges con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, siempre que en todos los casos sea compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su art. 14; o la de 28 de febrero de 1994, en un tema que tantos problemas económicos ha podido suscitar como es el derecho a la pensión de viudedad, que afirma que matrimonio y convivencia matrimonial no son situaciones equivalentes, por lo que el legislador es libre para conceder la pensión de la Seguridad Social sólo a las viudas, sin que ello suponga lesión alguna del art. 14 ni del 39 de la Constitución, las parejas que en pleno ejercicio de su libre albedrío eligen no someterse a la regulación jurídica del matrimonio deben respetar que el Ordenamiento Jurídico otorgue el beneficio de tal prestación sólo a las parejas en las que media el vínculo matrimonial sin que esto vulnere la igualdad; posiblemente sería lícito, así como recomendable, que tal beneficio recayera también sobre las mujeres cuyo “compañero” hubiera fallecido, pero el estado actual de la legislación es el no reconocimiento de tal pensión a la compañera-o (disposición adicional 10.2 de la ley 30/81 de 7 de julio) salvo que existiera imposibilidad de haber contraído matrimonio por impedirlo la normativa de aquél momento y el conviviente hubiera fallecido antes de la reforma legal³.

También el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, como la de 21-10-1992, parte del reconocimiento de la legalidad de la unión de un hombre y una mujer como manifestación del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE) y susceptible de protección a través del art. 39 de la CE, lo que no significa que puedan ser consideradas equivalentes en todos los aspectos al matrimonio, y por ello quedan fuera de la normativa del régimen económico matrimonial; en este sentido, la sentencia del TS de 29 -10-

³ No es unánime la doctrina del TC, véase la sentencia del TC 222/92 de 14 de diciembre que reconoció el derecho de subrogación mortis-causa por fallecimiento del arrendatario al “conviviente estable”, declarando inconstitucional el art. 58 de la LAU de 1964.

1997 afirma que la familia natural o uniones de hecho son merecedoras de la misma protección que la matrimonial y que lo único que las diferencia es la formalidad de la exteriorización del consentimiento, también la de 18-2-1993 o la de 4-4-1997 reconocen la plena legalidad de la unión estable como exponente del libre desarrollo de la personalidad sin que implique la equiparación con el matrimonio.

Ortuño Muñoz⁴ distingue varios tipos de parejas de hecho, las paramatrimoniales formadas por hombre y mujer cuyo concepto es próximo al matrimonio, y aquellas que lo son por existencia de impedimentos bien transitorios, bien permanentes –parejas homosexuales–.

Navarro Valls⁵ advierte la equivocidad de la expresión “unión de hecho”, que no abarca una única modalidad, sino pluralidad de manifestaciones; junto al concubinato no destinado a concluir en matrimonio de forma deliberada, coexiste el concubinato a tiempo parcial (como la convivencia juvenil prenupcial, la convivencia transitoria y no antenupcial fecunda, o estéril); incluso lo que es unión de hecho para el Ordenamiento Estatal es un verdadero matrimonio para determinadas religiones no transcritas en el sistema de matrimonio civil facultativo, sin olvidarse de que junto a las parejas heterosexuales existen las homosexuales.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 15-6-2000 afirma que frente a la unión de hecho en sentido estricto, como matrimonio al que le falta la forma “ad solemnitatem”, coexiste una convivencia que carece de los requisitos formales del matrimonio, esto es, la unión de hecho en sentido amplio y como hecho jurídico, tanto una como otra pueden tener efectos jurídicos.

Dada la existencia de esta realidad social que son las uniones paramatrimoniales, la cuestión es pronunciarse sobre la conveniencia de regularlas. Si una pareja decide convivir sin contraer matrimonio porque no quiere someterse a disciplina jurídica, regular esta unión es crear un matrimonio paralelo que es precisamente lo que ellos, dado su razonamiento, no desean, sin perjuicio de que haya convivientes que sí demanden una regulación de pareja de hecho pero no de matrimonio, lo cual, a mi modo de ver, puede resultar absurdo.

⁴ Citado por López-Muñiz Goñi, M., op. cit.

⁵ Navarro-Valls, R., “Discurso del acto de recepción pública como Académico de Número en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia” en *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 80.

Ahora bien, ¿cuáles son los motivos de tal insistencia en cuanto a la regulación? no cabe duda que son los aspectos económicos los que avocan a ello, cuestión que no es criticable pero que dista mucho del concepto original de pareja de hecho.

¿Es necesario crear un marco jurídico para proteger los intereses económicos?, ¿se ha convertido la convivencia “more uxorio” en un matrimonio que en lugar de celebrarse ante los funcionarios competentes de los arts. 51 y 52 de CC, se celebra ante un Notario o Registro de parejas de hecho? .

El Legislador estatal no es ajeno a estas situaciones de convivencia, y en numerosos textos legales, ya hemos aludido algunos, se refiere a ellas; sirva a título de ejemplo y, centrándome exclusivamente en derecho civil, la disposición adicional tercera de la ley 21/87 de 11 de noviembre que modificó el CC en materia de adopción permitiendo a las parejas heterosexuales la posibilidad de adopción conjunta; en relación a la pensión de viudedad sólo se reconoce el derecho a percibirla a quienes no pudieron contraer matrimonio por impedimento legal (no existía el divorcio) y hubieran convivido maritalmente, falleciendo uno de los compañeros antes de la entrada en vigor de la mal llamada “ley del divorcio” de 7 de julio de 1981 (disposición adicional décima); el derecho de subrogación “mortis causa”⁶ por terminación del contrato y por desistimiento al que conviva con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad con el cónyuge, independiente de su relación sexual, durante, al menos dos años, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia; la ley 11/81 de 13 de mayo que modificó el CC en materia de filiación y declaró la igualdad de todos los hijos ante la ley eliminando las anteriores discriminaciones respecto de los antiguamente llamados “hijos ilegítimos”; la ley 35/88 de 22 de noviembre de “Técnicas de Reproducción Asistida” que prevé la fecundación post-mortem de la mujer dentro de un plazo máximo de seis meses desde el fallecimiento del compañero; el derecho a percibir indemnización en el seguro de responsabilidad civil de daños ocasionados por vehículos de motor; la extinción de la pensión compensatoria del acreedor si convive maritalmente con otra persona (art. 101 CC), etc...

⁶ Ver nota 3.

Actualmente sólo la legislación autonómica regula las parejas de hecho⁷ siendo Cataluña la primera en hacerlo (de forma absolutamente revolucionaria) por ley 10/98 de 15 de julio, cuyo ámbito de aplicación no se circunscribe exclusivamente a las heterosexuales, sino también a las homosexuales; le sigue la ley 6/99 de 26 de marzo de Aragón, la ley 6/00 de 3 de julio de Navarra, la ley 1/01 de 6 de abril de Valencia, la ley 18/01 de 19 de diciembre de Baleares, la ley 11/01 de 19 de diciembre de Madrid aduciendo ésta en su Exposición de Motivos que “a la espera de una extensión del CC a uniones de hecho no formalizadas en sede matrimonial... la Comunidad pone sus medios y competencias a tales convivencias, con el fin de otorgarles un reconocimiento y además introducir así una mayor seguridad jurídica que permita evitar situaciones de desigualdad”, la del Principado de Asturias de 17 de mayo de 2002, la ley de 16 de diciembre de 2002 de la Comunidad Andaluza, la ley de 6 de marzo de 2003 de Parejas de hecho de la Comunidad Canaria... Dado este complejo panorama legislativo, la situación actual es una desigualdad de derechos reconocidos a las parejas, dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que residan, a modo de ejemplo, la ley catalana, la aragonesa, la navarra o la balear reconocen derechos a compensaciones económicas si al cesar la convivencia si existe desequilibrio económico, derechos que la ley valenciana o la madrileña no lo reconocen salvo que se pacten.

La ley madrileña se aplica a las personas mayores de edad o menores emancipados que convivan en relación de afectividad de forma libre, pública, notoria y estable durante al menos un año y se inscriban en el registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid para lo cual debe estar empadronado al menos uno de ellos, ya que el Gobierno de la Comunidad de Madrid creó, mediante Decreto 36/95 de 20 de abril, el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad, desarrollado por Orden 827/95 de 25 de abril de la Consejería de Integración Social. La Ley 11/01 otorga a la inscripción el carácter de constitutiva debiendo acreditarse la convivencia mediante dos testigos mayores de edad, entregando el encargado del registro una certificación acreditativa (el acto es idéntico al de un matrimonio civil, con lo que más bien parece que estamos ante un matrimonio de segunda categoría).

Transponen los impedimentos del CC para contraer matrimonio, extendiendo la prohibición respecto de las personas que adolezcan de

⁷ Los grupos socialista e izquierda unida han presentado proposiciones de ley muy vanguardistas sobre el tema.

deficiencias psíquicas por las cuales no puedan prestar consentimiento. Uno de los requisitos para poder constituir una unión de hecho es no formar pareja estable con otra persona, pero esto podría resultar absurdo para las uniones paramatrimoniales, pues esa otra relación estable, ¿debe estar inscrita?.

Si han sido los aspectos económicos los que han incentivado y promovido la creación de un marco jurídico, la pregunta es ¿cómo debe procederse?, lo recomendable sería otorgar una escritura pública con eficacia “inter partes” que incluyera aquellos pactos económicos conforme a Derecho que los compañeros estimen convenientes, pues es cuando se produce la ruptura de la pareja cuando aparecen los problemas. Estas “capitulaciones paramatrimoniales” pueden otorgarse al comienzo de la convivencia, cuando tenga cierta estabilidad, después del nacimiento del primer hijo común... Este acuerdo recogerá, en virtud del Principio de Autonomía de la Voluntad del art. 1255 CC, aquellos puntos que las partes consideren oportunos no solamente las reglas económicas que regirán entre ellos, sino todas las relaciones patrimoniales y personales susceptibles de pacto (no los aspectos relativos a los hijos, que es materia indisponible y que requiere el pronunciamiento del juez), esto es, un convenio regulador o negocio jurídico de derecho de familia admitido por el ya citado Principio cuyos efectos vinculan a las partes pero no se pueden hacer valer frente a terceros, distinto del convenio regulador del art. 90 del Código Civil que es el aprobado judicialmente en los procesos de separación y divorcio consensuales con fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia.

En este convenio han de tratarse las cuestiones que pasamos a ver.

El régimen económico

Es reiterado que toda unión “more uxorio”, por la circunstancia de iniciarse, no supone la vigencia, de forma automática, de un régimen de comunidad de bienes –condominio ordinario, gananciales, etc.–; tal circunstancia dependerá de la voluntad de los convivientes que lo plasmarán de forma expresa o por sus “facta concludentia”, sin que sea impedimento alguno que la titularidad del bien conste a favor de uno de ellos (sentencias del Tribunal Supremo de 21-10-1992, 29-10-1997, 23-7-1998, 22-1-2001 y de las Audiencias como la de la Audiencia Provincial de Madrid de 24-1-2000, la de Segovia de 17-4-2000, 31-5-2000, 11-12-2000, la de Salamanca de 31-5-2001, de Tenerife de 10-6-2000, de Málaga de 24-4-2001, de Tarragona de 14-2-2000 y otras). Dicho esto, el elenco de posibilidades que

la pareja de hecho tiene en orden al régimen económico paramatrimonial es cualquiera de los tres legales existentes para el matrimonio: sociedad de gananciales, separación de bienes o participación.

Comunidad de bienes (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15-11-1990) regulada en los arts.392 y ss del Código Civil , teniendo presente que la comunidad es sobre un bien concreto, no sobre un patrimonio y es necesaria su prueba (sentencia del Tribunal Supremo de 14-4-1989), son interesantes las sentencias del Alto tribunal de 31-10-1996 y 29-10-2001 en relación a un premio de un billete de lotería y de un cupón de la Organización Nacional de Ciegos, premios que debieron compartir con su pareja pues de los pactos tácitos se revelaba la existencia de un régimen de comunidad de bienes.

Sociedad universal de ganancias regulada en los arts. 1675 y siguientes del Código Civil, que comprende lo adquirido por el trabajo o la industria (lo adquirido por el ejercicio de la actividad profesional) mientras dure la sociedad, siendo de dominio particular los bienes que les pertenezcan al comenzar la convivencia, pasando sólo a la sociedad el usufructo –no en un sentido técnico jurídico–.

Sociedad irregular u oculta (art. 1669 Código Civil) con pactos secretos entre los compañeros. La sentencia de 25 de octubre de 1994 de la Audiencia Provincial de Pontevedra considera la forma societaria, en cuanto contempla a los interesados en un plano de igualdad, como la mejor forma de solucionar los problemas económicos que pudieran suscitarse constante la unión, procediéndose a la disolución en función de las aportaciones, actividad y desvelos y prohibiciones que hubo de soportarle durante la vida común; la sentencia del Tribunal Supremo de 18-5-1992 encuadra el supuesto enjuiciado en el régimen de la sociedad irregular de naturaleza mercantil ya que por consecuencia del esfuerzo mutuo en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar comercial, se generó un patrimonio comunal, dándose concurrencia de actos constitutivos, creadores y permanentes que adolecieron de las formalidades necesarias para su acceso al Registro Mercantil, pero que no les resta eficacia de operatividad y vinculación para los interesados .

Es de destacar que hay sentencias que consideran la doctrina del enriquecimiento injusto como una forma por la cual uno de los convivientes puede participar en los beneficios económicos de la pareja –este enriquecimiento, como bien dicen las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 12-7-2002 o la de Alicante de 6-3-2002, debe probarse–, siempre que se den los requisitos imprescindibles: aumento patrimonial del

enriquecido, correlativo empobrecimiento del actor, falta de causa que justifique el enriquecimiento, inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación del principio; en este sentido podemos citar las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo, 6 de febrero y 11 de diciembre de 1992. Basta que se ocasionen unas ganancias, ventajas patrimoniales o beneficios sin un derecho que las advere, con derivado empobrecimiento o minoración patrimonial o de utilidad en la otra parte afectada (sentencia de 22 de julio de 1993 o la de 20 de octubre de 1994, que toman en cuenta el aumento patrimonial de un miembro de la pareja frente al otro con correlativo empobrecimiento). La sentencia del Alto Tribunal de 27-3-2001 aplica la doctrina del enriquecimiento al litigio planteado en donde la parte actora reclamaba una indemnización razonándolo sobre la base de la aplicación analógica del art. 97 del Código Civil; previamente, la Audiencia Provincial había desestimado el fundamento jurídico de tal aplicación remitiéndola “por razones del Principio Dispositivo y de Rogación” al procedimiento y juez competente; el Tribunal Supremo señaló que la sentencia de instancia incurrió en incongruencia omisiva al no pronunciarse sobre la totalidad del litigio sin necesidad de remitir al planteamiento de un nuevo pleito, concediendo la indemnización basándose en el Principio del Enriquecimiento injusto –ya que no se produce alteración de la “causa petendi”, no debe confundirse la variación de los fundamentos jurídicos con el quebrantamiento de forma; en la fijación de la pretensión material cabe concurrencia normativa muy lábil, dada la ausencia de regulación de las parejas de hecho y de sus efectos económicos–. También en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 16-12-1996, que afirma que el cambio de vista jurídico no comporta, por regla general, vicio casacional, al no cambiar la “causa petendi”.

Tal vez lo común sea escoger alguno de los regímenes económico-matrimoniales legales (creo que lo más acorde con la naturaleza de la pareja de hecho es separación de bienes, pero sería aconsejable acudir a un profesional que asesorara el adecuado atendiendo a nuestra particular situación).

La jurisprudencia es reacia a aplicar el régimen de gananciales a aquellas parejas que no lo hayan plasmado en el convenio. Así en sentencia del Tribunal Supremo de 22-7-1993:

“...la aplicación analógica a estas uniones de las normas establecidas para la regulación de los regímenes económico matrimoniales supondría una subversión de los Principios informadores y constitutivos de los mismos.”

En el mismo sentido se expresan las sentencias de fecha 30-12-1994, 24-11-1994, 27-5-1994, 16-12-1996 y 4-4-1997. Salvo que existan pactos tácitos deducidos de hechos concluyentes e inequívocos –“facta concludentia”– reveladores de ello. En este sentido podemos citar entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de 11-12-1992, 18-2-1993 y de 23-7-1998 (“...siempre que quede patentizado por pacto expreso o tácito”), de las Audiencias, como la de Valladolid de 1-7-2002 que indica que “son los interesados los que con su actuación inequívoca evidenciaron la voluntad de hacer comunes todos o algunos bienes y esto lo demuestra la forma de adquirir la finca y su escrituración”, y la de Valencia de 12-2-2002, aunque haya algunas como la de la Audiencia territorial de Valencia de 3-6-1987 que considera existente por analogía el régimen de gananciales (“...en virtud del Principio de aplicación analógica de las normas es prudente tener en cuenta las disposiciones del Código Civil sobre régimen económico matrimonial con el fin de resolver las cuestiones suscitadas”), si bien son escasas.

Extinguida la convivencia se procederá a la liquidación del régimen económico en donde se pueden dar las siguientes situaciones:

- Que haya pacto expreso sobre el régimen económico aplicable:
- Disolución y liquidación de mutuo acuerdo.
- Disolución y liquidación judicial.
- Inexistencia de pacto sobre el régimen económico aplicable.

Habiendo masa común, si se pactó el régimen aplicable y la disolución y liquidación es de mutuo acuerdo, bastará otorgar escritura pública para el caso de que haya bienes inmuebles; el problema surge cuando los compañeros no lleguen a una solución unánime, pues deberán acudir al juez para que declare la disolución y liquidación del régimen económico planteándose el problema respecto del procedimiento a aplicar, ¿el especial de liquidación de régimen económico matrimonial o el declarativo?. Ester Vilalta y Rosa Gómez⁸, entre otros, son partidarias de acudir para la disolución y liquidación al procedimiento especial de los arts. 806 y ss de la LEC, ya que pactado el régimen sustantivo de sociedad de gananciales o participación, se aplica el procedimiento especial que a tal efecto prevé la

⁸ Vilalta, E. y Méndez R., *Acciones sobre parejas de hecho*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 24.

Ley y para el supuesto de que no exista acuerdo en el que conste el régimen económico aplicable y haya contienda en cuanto a la titularidad de bienes, deberá acudir al procedimiento declarativo pertinente y solicitar al juez que declare, dada la situación fáctica, el régimen aplicable (que puede ser los característicos matrimoniales, comunidad de bienes...) y su posterior disolución y liquidación.

Las medidas relativas a los hijos comunes

El hecho de que los padres no estén casados entre sí no altera en nada la situación jurídica con respecto de ellos, dado que tras la reforma del CC de 13 de mayo de 1981, todos los hijos son iguales ante la ley, independientemente de su filiación.

La titularidad de la patria potestad será compartida, en la generalidad de los supuestos (art. 156 CC), con la consiguiente obligación de alimentos (entendiendo por alimentos todo lo indispensable para el sustento, habitación, asistencia médica y educación); el deber de prestación de alimentos de los ascendientes respecto de los descendientes menores de edad, se subsume en las obligaciones de la patria potestad (art. 154 del Código Civil); si son menores emancipados, puede darse el derecho de alimentos –también si han alcanzado la mayoría de edad– si hay un estado de necesidad del alimentista y posibilidades económicas del alimentante, aunque la educación e instrucción de aquél sólo se incluirá, si no ha terminado sus estudios de formación por causa que no le sea imputable (art. 142.2 del Código Civil). La pensión será susceptible de modificación si la situación económica se ve alterada, o si varían las necesidades del alimentista (entre otras, las sentencias de la Audiencia Provincial de Tenerife de 20-5-2000 y 27-1-2001 y de la Audiencia Provincial de Sevilla de 16-3-2000).

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica ha establecido (Asunto C-255/99) que las reglas de un país de la Unión Europea sobre pensiones alimenticias deberán respetarse en toda la Unión; el derecho a la libre circulación se vería obstaculizado si la adjudicación de las prestaciones familiares dependiera del lugar de residencia; la sentencia del TS de 30-12-2000 entiende que el hecho de que la relación de pareja de los padres se encuentre más o menos deteriorada o en ruptura, no significa que desaparezca el deber de alimentar a los hijos, incluso después de alcanzada la mayoría de edad, si permanece la situación de necesidad no imputable al alimentado (realizan estudios superiores y carecen de ingresos propios),

incluso reconoce legitimación procesal al progenitor para demandar del otro la contribución a los alimentos, a pesar de que los hijos hayan alcanzado los 18 años, pero habrá que estar al caso concreto. Hay sentencias para todos los gustos como la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 22-2-2001 que extingue la pensión de alimentos establecida a favor del hijo, que en la actualidad cuenta con 20 años de edad y que accede al mercado laboral, aunque sin continuidad, “dadas las óptimas condiciones de empleo que concurren actualmente en Lleida, que propician la posibilidad del hijo de acceder a un puesto de trabajo que le permita subvenir a sus necesidades, teniendo en cuenta su edad y no constando que continúe en periodo de formación”.

Para el caso de ruptura de la pareja, deberá indicarse quién tendrá el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia, procurando no separar a los hermanos (art. 92 del Código Civil) e inspirándose siempre en el “favor filii”. La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 16-2-2000, buscando en todo momento la solución más idónea o menos perjudicial para el menor y valorando conceptos como la atención efectiva, la estabilidad de empleo, madurez intelectual... confirma la sentencia del juez de 1ª Instancia, que concede la custodia del hijo menor de una pareja de hecho al padre, sin que haya supuesto un obstáculo la circunstancia de que la guarda de los otros se conceda a la madre; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 10-3-2000, que atribuye la guarda y custodia del menor al padre y la pernocta del hijo durante los periodos vacacionales en los que puede estar en compañía de la madre, se realizará en el domicilio paterno.

El régimen de visitas aplicable al progenitor no guardador se corresponde con las previsiones del art. 39 de la Constitución y el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en donde se manifiesta su derecho, si no convive con uno de los progenitores, a mantener relaciones personales y contacto con él, a no ser que ello fuera contrario al interés superior del menor (art. 94 del Código Civil), siendo posible limitar o suspender tal derecho si concurren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplan reiteradamente los deberes impuestos en la resolución judicial; la negación del derecho de visitas, como así afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 21-7-1993, es una excepción a la regla general de carácter imperativo, por lo que, como excepción, debe probar que concurren los presupuestos para que opere quien la alegare –el incumplimiento de este régimen de visitas puede dar lugar a multas, a la modificación del mismo e incluso de la guarda y custodia, (art. 776 LEC)–.

El régimen de visitas es susceptible de alteración si varían las circunstancias (entre otras, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11-2-2002); por ejemplo, si el progenitor guardador cambia de domicilio a otra localidad por un traslado laboral y el régimen de visitas que hasta ese momento se ejercitaba, se convierte en muy gravoso para el otro progenitor, se puede modificar, siempre que no se cause un perjuicio al menor (en la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 20-4-1988, siguiendo al Tribunal Supremo, se acumulan los días del fin de semana que no pueda visitarla, por razón de la distancia, a otro fin de semana, haciéndolo coincidir con fiestas locales o “puentes”); incluso de suspensión (sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 8-3-2000, que difiere el ejercicio del derecho de visitas por el padre, hasta que éste fije su residencia en España, sin que esto suponga suspensión de la patria potestad, al no existir causa pertinente de ello) y no debe admitirse que uno de los progenitores utilice como “chantaje” el régimen de comunicación, impidiendo las visitas al padre que no preste la pensión de alimentos. Este derecho de comunicación (sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 18-4-2001) no es un propio derecho, sino un deber, cuyo cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los deseos de los progenitores, sino cubrir las necesidades afectivas y educativas de los hijos, en aras de un desarrollo armónico y equilibrado.

La contribución al levantamiento de las cargas familiares

Mientras dure la convivencia esta contribución se llevará a cabo según lo pactado, de forma proporcional a los respectivos recursos, incluso están sujetos a este deber los bienes de los hijos, cuando se necesite (arts. 155 y 165 CC) y mientras convivan con la familia, sin que los progenitores estén obligados a rendir cuentas.

Pensión de alimentos y pensión por desequilibrio económico entre convivientes

No habrá derecho a la pensión de alimentos si no se ha pactado previamente ya que, al no ser cónyuges, no están dentro del grupo de personas que, según el Código Civil, deben prestarse alimentos entre sí⁹; es

⁹ Están obligados recíprocamente a darse alimentos los cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos (at. 143 CC).

de señalar que la moderna jurisprudencia, en los procesos de separación matrimonial, no reconoce el derecho a la prestación de alimentos entre cónyuges¹⁰ al desaparecer el deber de socorro (art. 68 CC), con lo que menos lo aplicará a las parejas de hecho¹¹. No genera un derecho exigible, ni posibilita el ejercicio de ninguna acción, salvo pacto entre las partes (cabe pactar la prestación, tanto subsistiendo la pareja como cuando se produzca la ruptura, igual que la pensión compensatoria, al no ser cuestión de orden público).

En el caso de la pensión por desequilibrio económico, cuya “ratio” es la descompensación económica que se ha producido en uno de los convivientes al desencadenarse la ruptura, se aplicaría al finalizar la vida en común y siempre que ésta produjera un desequilibrio económico en uno de los convivientes; si no se ha pactado por los compañeros, la tendencia jurisprudencial no es uniforme al respecto; hay sentencias reacias a admitirla, como la del Tribunal Supremo de 21-10-1992: “no se puede aplicar el régimen matrimonial a quienes voluntariamente lo excluyen”, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10-11-1998, o la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 15-12-1999: “...dado que no existe matrimonio, a no ser que se pacte”. Otras sí lo reconocen, aunque con fundamento jurídico diferente; de este modo, hay resoluciones del Tribunal Supremo que admiten la procedencia de una indemnización en casos de ruptura de la unión de hecho, por analogía con el matrimonio (disolución por voluntad unilateral) y así, el art. 97 del Código Civil, que atribuye al cónyuge al que la separación o divorcio le produzca un desequilibrio económico con relación al otro, el derecho a una pensión, se aplica analógicamente en las sentencias del mismo Tribunal de 27-3-2001 y 5-7-2001, admitiéndose el derecho a pensión por desequilibrio económico tras la ruptura unilateral de la pareja: “admitir otra solución, conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus autonomías tuvieran o no dictada Ley de parejas de hecho”; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 13-2-2001, que si bien resuelve que, en abstracto, no se pueden aplicar por analogía las medidas económicas entre cónyuges a los convivientes, sí es partidaria la Sala de aplicarlas atendiendo al caso

¹⁰ Como por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de noviembre de 1992, entre otras.

¹¹ Cabe citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 15 de mayo de 1999 que excluye de la aplicación a las parejas de hecho de los arts. 67 y 68 CC de los que es manifestación concreta el derecho de alimentos.

concreto, admitiendo una pensión por desequilibrio económico a favor de la conviviente durante un tiempo de dos años.

En cambio, otras resoluciones del Alto Tribunal lo basan en el Principio de evitación del enriquecimiento injusto, como la sentencia de 11-12-1992, que afirma : “... al haberse producido un aumento patrimonial del varón, favorecido por el trabajo no retribuido de su pareja, lo que supone un enriquecimiento sin causa...”; en la misma línea, las sentencias de 22-7-1993, 20-10-1994: “se reconoce el derecho a indemnización de la demandante, tras la ruptura de la unión de hecho, por los perjuicios derivados de la larga convivencia”; la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 15-3-1999, que concede una indemnización compensatoria por exigencia de justicia conmutativa y equidad; la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 9-10- 2001, que afirma que “si bien las uniones de hecho no son equiparables en todos sus aspectos al matrimonio, cuando de la ruptura se deriva un perjuicio económico considerable para el que se ha dedicado preferentemente al hogar y a los hijos, la solicitud de pensión debe ser atendida, si bien mejor como indemnización a través de una renta vitalicia (tras 35 años de convivencia), atendiendo a razones derivadas del enriquecimiento injusto”, la sentencia del Tribunal Supremo de 27-3-2001 que reconoció el derecho a indemnización de la demandante tras la ruptura de la unión de hecho, por los perjuicios derivados de la larga convivencia, o la reciente sentencia del Alto Tribunal de fecha 17 de enero de 2003, que otorga a la demandante la indemnización correspondiente a la ruptura de la convivencia, evitando así el perjuicio injusto o sin causa que ha sufrido al ser el varón el que provocó la ruptura unilateral de la pareja.

Uso de la vivienda familiar

Es aconsejable pactar sobre el uso de la vivienda en caso de ruptura y su duración, que será independiente de la titularidad. Si la vivienda es arrendada, ya he aludido anteriormente, el conviviente tiene derecho de subrogación en los supuestos de muerte, desistimiento del compañero arrendatario y terminación del contrato, siempre que cuando esto ocurra sean convivientes, pues no habrá derecho alguno si la pareja rompe, muere el arrendatario y el que se marchó reclama la subrogación. Si la vivienda es propiedad de uno de ellos y existen hijos comunes, el uso de la misma, en caso de desacuerdo, será para los descendientes y por tanto para el conviviente que ostente la guarda y custodia (“favor filii”) en aplicación del

art. 96 del CC –es reiterado en la jurisprudencia la protección de los hijos y del conviviente que esté más necesitado de ayuda o protección–. Este uso no es indefinido, a pesar de que el Código Civil no dice nada al respecto, sino que, normalmente, la temporalidad será en atención al número de años que tarde el hijo menor en alcanzar la mayoría de edad, o termine su formación y tenga independencia económica –generalmente hasta los 23 años–.

La atribución del uso de la vivienda familiar pretende que la ruptura de la convivencia de los progenitores afecte lo menos posible a los hijos (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6-6-2000), de ahí que se atiende a su interés como preferente, aunque después de la voluntad conjunta de los padres, pues a ella se ha de atender en primer lugar en esta materia; así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23-5-2000 afirma lo siguiente:

“...en defecto de pacto entre los padres, para que el cambio sea lo menos traumático para los hijos, se prevé mantenerlos en el mismo espacio físico en el que hasta entonces había sido su domicilio, si la casa dejó de serlo por marcharse del mismo la madre con los hijos, esa cualidad del domicilio no permanece a lo largo del tiempo.”

En este caso la Sala no consideró razonable privar al alimentante del uso de su domicilio privado para atribuirlo a los hijos porque esta prestación puede conseguirse por equivalencia mediante el pago de una cantidad de dinero por el abono de un alquiler de una vivienda.

En cuanto a su naturaleza jurídica, es tipificado modernamente por la doctrina y jurisprudencia como derecho real de uso especial de vivienda, susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad mediante testimonio judicial extendido por el Secretario del juzgado.

La jurisprudencia, como acostumbra a ser en este tema, lo fundamenta en base a criterios distintos; la sentencia del Tribunal Supremo de 16-12-1996, entre otras, afirma que las normas que, sobre uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, se proyectan más allá de su estricto ámbito, a situaciones, como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer, así, el art. 96.3 CC permite, integrado con el 4.1 una solución; frente a este criterio, el fundamento seguido por la sentencia del Tribunal Supremo de 10-3-1998, atribuye el uso de la vivienda a la conviviente, pero no porque sea aplicable ni directa ni analógicamente el art. 96 CC, sino porque con arreglo al sistema de fuentes del Derecho, es aplicable el principio general de

protección al conviviente perjudicado. La Audiencia Provincial de Barcelona, Bilbao y Valencia, en diversas sentencias, han desestimado demandas de desahucio, planteadas por el conviviente propietario contra su pareja de hecho, así, podemos destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 5-4-2001 que estableció que “ es indiscutible, que el miembro de la pareja en el que no concurra la titularidad o posesión jurídica formal del inmueble, no puede ser considerado como precarista...ese miembro, debe considerarse como inmerso en una situación jurídica, en la que se le deben reconocer derechos a la posesión de la casa”.

Para finalizar con la parte de derecho sustantivo, podemos concluir considerando que, la constitución de una escritura pública que contenga los aspectos tanto patrimoniales, como personales, susceptibles de pacto, es el medio más aconsejable de solucionar futuros problemas que pudieran suscitarse en el seno de la pareja, pactos que tendrán efectos inter-partes y que no podrán perjudicar a terceros; los aspectos relativos a los hijos comunes, son materia de Orden público, indisponibles y deben ser ratificados por el juez.

En cuanto al derecho adjetivo, la nueva Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, de forma sorprendente, ya que su Exposición de Motivos reconoce la necesidad de proteger, desde el punto de vista jurisdiccional, nuevos ámbitos, no regula nada en relación a las parejas de hecho, dando lugar a situaciones de pluralidad de litigios, que no hacen sino obstaculizar la labor de la justicia, suscitándose el problema del procedimiento a utilizar para dirimir las controversias.

Con la Ley procesal anterior –a ella nos debemos remitir en los procesos que se encuentren en primera instancia, hasta que se dicte sentencia y los que se encuentren en segunda instancia, según la Disposición Transitoria 2ª Ley 1/2000–, en caso de ruptura, las cuestiones se dirimían ante el Juzgado de Familia si la pareja tenía hijos menores de edad, si no existía conflicto, el procedimiento a incoar era el establecido en la Disposición Adicional 6ª de la Ley de 7 de julio de 1981 y si por el contrario era contencioso, el proceso era el de menor cuantía.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, deja un vacío jurídico a una realidad que se repite cada vez más en nuestra sociedad. La asociación de abogados de Familia cree, con razón, que lo más oportuno sería aplicar a los convivientes, los procesos judiciales de los matrimonios; a falta de regulación legal, lo único que nos queda es esperar a los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

La situación, entonces, sería la siguiente:

- 1) Cuestiones relativas a hijos menores de edad comunes (relaciones paterno-filiales), se dirimirán ante el Juzgado de Familia, bien de mutuo acuerdo (art. 777 LEC), bien mediante contencioso (art. 770 LEC).
- 2) Cualesquiera otras cuestiones relativas a la pareja, o a los hijos mayores de edad comunes, se sustanciarán por el procedimiento ordinario.

En cuanto a la primera situación, se suscita por la doctrina si este procedimiento es aplicable exclusivamente a los casos de guarda, custodia y prestación de alimentos de los hijos menores, o si el objeto podría ampliarse, a cualquier otra cuestión relacionada con las relaciones paterno-filiales.

Para López-Muñiz Goñi¹² se trata de resolver cualquier medida de las relaciones paterno-filiales, sin embargo para Zarraluqui¹³, la inclusión del adverbio “exclusivamente” refleja un claro propósito limitativo de discusión, sólo sobre la guarda y custodia o alimentos, con lo que cuestiones como la atribución del uso de la vivienda (aunque sea a beneficio del menor), o régimen de visitas se deben tramitar por el procedimiento declarativo pertinente¹⁴.

La competencia objetiva se atribuye a los Juzgados de familia¹⁵, al haber hijos menores de edad y en asuntos relacionados con ellos (arts. 85 LOPJ y 45 LEC).

La competencia territorial se atribuye, según el art.769.3 LEC:

Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores.

Si residen en distintos partidos judiciales, el tribunal competente, a elección del demandante, será o bien el del demandado o el de la residencia del menor.

El proceso es el juicio verbal especial y se admite la solicitud de medidas previas, simultáneas o definitivas (arts. 753 y 770.6 LEC).

En cuanto a las demás cuestiones que se puedan suscitar en la pareja, es decir todo aquello que exceda de la guarda y custodia y alimentos de los

¹² Op. cit. p. 416.

¹³ Zarraluqui, L., *Los procesos matrimoniales en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Asociación española de Abogados de familia, Dykinson 2000, pp. 20 y ss.

¹⁴ Vilalta E. y Méndez R., op cit. pp. 11 y 12.

¹⁵ Creados por real Decreto 1322/81 de 3 de julio.

hijos comunes menores, el procedimiento a aplicar es el juicio ordinario. Es posible que el procedimiento comience siendo contencioso y que en la vista termine en convenio, al amparo del art. 415 de la LEC; en este sentido, López-Muñiz Goñi¹⁶ va más allá, afirmando que podría firmarse un solo convenio, en el juicio ordinario, que verse sobre materias derivadas de la convivencia de la pareja y sobre relaciones paterno-filiales, dándose traslado al Ministerio Fiscal, con lo que se firmaría un convenio regulador verificado ante el juez y documentado en el acto de la vista.

La competencia objetiva le corresponde a los Juzgados de Primera Instancia y la territorial (art. 50.1 LEC), salvo que la ley disponga otra cosa, corresponderá al tribunal del domicilio del demandado y si no lo tiene en territorio nacional, será juez competente el de su residencia en dicho territorio.

¿Qué ocurre si no hay contienda entre los convivientes y desean romper su relación de pareja?. Esther Vilalta y Rosa Méndez¹⁷, son partidarias de la aplicación analógica del art. 777 LEC referido a la declaración de separación o divorcio consensual, no obstante, reconocen que su teoría carece tanto de apoyo doctrinal como jurisprudencial; López-Muñiz Goñi¹⁸ afirma que la Ley de Enjuiciamiento Civil, no autoriza a utilizar los trámites del común acuerdo, a supuestos que no sean las relaciones paterno-filiales, así la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 28-12-1999, resalta la inaplicabilidad de la analogía prevista en el art. 4 del CC en materia de Derecho Procesal. La solución sería acudir al proceso ordinario y presentar ambas partes en virtud del art. 19 de la LEC un convenio regulador elaborado de mutuo acuerdo, vía transaccional.

¿Serían aplicables las medidas previas o provisionales? El art. 104 Código Civil, regula la posibilidad de que el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio, pueda solicitar las medidas previas, si se producen situaciones de urgencia que de no adoptarse darían lugar a perjuicios irreparables, sometiéndose a un plazo de caducidad de 30 días desde que el juez las adopta en el auto; pero estas medidas no podrían trasladarse a los procesos de uniones de hecho, puesto que el Código Civil en su art. 104 señala la previa existencia de matrimonio, requisito que aquí no concurre, ni tampoco el deber de convivencia por parte de los compañeros (no hay sanción alguna, para el caso de que uno de los

¹⁶ Op. cit. p. 425.

¹⁷ Op. cit. p. 23.

¹⁸ Op. cit. pp. 426 y ss.

miembros de la pareja salga del domicilio). Apoyo jurisprudencial a esta tesis lo podemos encontrar en la sentencia del Tribunal Constitucional 148/90 y 222/92 :

“...el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes... el procedimiento de las medidas previas no es aplicable ni directamente ni por analogía a las uniones extramatrimoniales, ni para la adopción de medidas que afecten a los hijos, ni a los miembros de la unión libre... en nuestras leyes existen otros procedimientos para pedir las medidas cautelares...”

En la misma línea la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 28-12-1999, que declara la inaplicabilidad del trámite de las medidas previas a los miembros de una unión libre; pero a pesar de esto, la jurisprudencia sigue siendo vacilante, así la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de enero de 1998 admite las medidas provisionales, basándose en la protección de los hijos habidos en la unión de hecho, dado el art. 39 de la Constitución y los arts. 102 y siguientes del Código Civil.

En cuanto a las medidas provisionales que se hayan de adoptar con la interposición de la demanda, Esther Vilalta¹⁹ no cree sustituible las medidas provisionales, por las cautelares de los juicios declarativos y aunque la normativa procesal al respecto es inexistente, parece aplicable, para evitar situaciones insostenibles, que puedan adoptarse medidas de eficacia provisional, análogas a las contempladas en el art. 103.2 CC.

En este sentido, López-Muñiz Goñi²⁰ distingue:

- 1) Los procesos en los que se solicitan cuestiones relacionadas con los hijos menores de edad, en los que se pueden solicitar las medidas provisionales del art. 773 de la LEC.
- 2) Los procesos sobre parejas de hecho, que resuelvan cuestiones diferentes a las relacionadas con los hijos menores de edad, en los cuales se solicitarían las medidas cautelares del art. 721 LEC en las que se exige caución, a diferencia de las del art. 773 de la LEC.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27-6-2000 admite, en las uniones de hecho, la adopción de medidas provisionales, si lo que se discute es la guarda de los hijos o alimentos (art. 748.4 de la LEC),

¹⁹ Op. cit. p. 22.

²⁰ Op. cit. pp. 431 y ss.

por lo que será preciso acudir al procedimiento ordinario, cuando se planteen otras medidas, como el uso de la vivienda familiar, o la naturaleza común o privativa de cualquier otro derecho económico.

Por lo tanto, con la nueva Ley de ritos, se puede llegar a la situación (absurda, desde mi punto de vista) de tener que iniciar dos procedimientos, uno verbal especial si se trata de dilucidar aspectos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia y alimentos de hijos menores (las sentencias del Tribunal Supremo de 30-12-2000 y la de 27-3-2001 afirman que también se puede usar esta vía procedimental para la reclamación, si los hijos son mayores de edad, ya que si no, estaríamos ante un supuesto discriminatorio) y otro procedimiento ordinario, para las demás controversias, sin posibilidad de acumular ambas acciones.

Bibliografía citada

- LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M.: *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*, 4ª edición, Colex, 2001.
- NAVARRO-VALLS, R.: “Discurso del acto de recepción pública como Académico de Número en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia”, en *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, 1994.
- PÉREZ UREÑA, A.: “Las uniones de hecho ante los nuevos procesos civiles”, *Revista de Derecho de Familia* (Estudios doctrinales), 2001.
- VILALTA, E y MÉNDEZ, RM.: *Las acciones sobre parejas de hecho*, Bosch, 2001.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “Uniones de hecho”, *Cuadernos de familia*, La ley-Actualidad, 1998.
- *Los procesos matrimoniales en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Asociación española de Abogados de Familia, Dykinson, 2000.