ACTUALIDAD JURIDICA
IBEROAMERICANA

The papers of this volume are an output of GoinEuPlus Project Cofunded by European Union's Justice Programme 2014-2020. The European Commission's support for the production of these publications does not constitute an endorsement of the contents, which reflect the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any which may be made of the information contained therein.

Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
Dirección web: www.idibe.org

Director General:
José Ramón de Verda y Beamonte
j.ramon.de-verda@uv.es
Diagramación:
Elias On
elias.on@live.com

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

Actualidad Jurídica Iberoamericana se encuentra indexada en los siguientes índices de calidad: REDIB, ANVUR, LATINDEX, CIRC, MIAR y SCOPUS.

Así mismo se encuentra incluida en los siguientes catálogos: Dialnet, RODERIC, Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN), Ulrich's, Dulcinea.

SUMARIO

11

DOCTRINA

01/ Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española. José Ramón de Verda y Beamonte (España) 12

02/ La notion de couple de fait en droit français: "Concubinage" vs. PACS et mariage. Yann Favier (Francia) 64

03/ Il pluralismo familiare in Italia: unioni civili e convivenze. Immacolata Prisco (Italia) 78

04/ A união de facto em Portugal. Sandra Passinhas (Portugal) 110

05/ Legal consequences of marriage and cohabitation under the Slovak Law. Lenka Dufalová, Tamara Čipková y Katarína Burdová (Eslovaquia) 148

06/ Successioni mortis causa e nuove famiglie: il caso delle stabili convivenze nel confronto tra ordinamenti. Filippo Viglione (Italia) 168

07/ Las uniones convivenciales en el Derecho argentino. Mariel F. Molina de Juan (Argentina) 200

08/ A união estável no Direito privado brasileiro. Nelson Rosenvald (Brasil) 224

09/ Efectos jurídicos de las relaciones de hecho en la legislación chilena. Cristián Lepin Molina (Chile) 266

10/ Los derechos reales y la publicidad registral como alternativas de tutela ante la deficiente protección a las uniones de hecho en el contexto jurídico cubano. Jorge Enríquez Sordo (Cuba) 294

11/ Uniones de hecho en México. Gisela María Pérez Fuentes (México) 320

12/ La unión de hecho estable o unión concubinaria en Venezuela. María Candelaria Domínguez Guillén (Venezuela) 352

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

13/ Fiscalidad de las parejas de hecho. Fernando Hernández Guijarro (España) 402

14/ Unión europea, uniones de hecho y Derecho. Alfonso Ortega Giménez (España) 418

15/ La pensión de viudedad en las parejas de hecho: requisitos especiales. Eduardo Enrique Taléns Visconti (España) 442

16/ Le unioni omoaffettive nella l. 20 maggio 2016, n. 76. Francesca Carimini (Italia)..... 464

RECENSIONES

17/ Mayor del Hoyo, Mª V.: La adopción en el Derecho Común español, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019. Daniela Jarufe Contreras..... 478

DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Dr. Pedro Chaparro Matamoros
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dra. Esther Algarra Prats
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Vicenzo Barba
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Javier Barceló Doménech
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Cesare Massimo Bianca
Professore Emerito di Diritto Privato, LUMSA, Roma, Italia

Dra. Mirzia Bianca
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira
Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Stefania Giova
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Molise, Italia

Dr. Pablo Girgado Perandones
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

D. Cristián Lepin Molina
Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

Dr. Andrea Lepore
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

D. Fabricio Mantilla Espinosa
Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabrizio Marinelli
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Juan Antonio Moreno Martínez
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Orlando Parada Vaca
Catedrático de Derecho, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

Dr. Giovanni Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dra. Carolina Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

Dra. María José Reyes López
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Raffaele Picaro
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Nelson Rosenvald
Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Damasio, Sao Paulo, Brasil

Dra. Adela Serra Rodríguez
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Antonella Tartaglia Polcini
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Sannio, Italia

Dr. Francisco Ternera Barrios
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. David Vargas Aravena
Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Asunción Colás Turégano
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Angelone
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad "G. di Annunzio" de Chieti-Pescara, Italia

Dr. Luis de las Heras Vives
Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Dr. Gorka Galicia Aizpurua
Profesor Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dr. Emanuele Indracollo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona
Profesora Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dra. Pilar Montés Rodríguez
Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Pietro Virdagamo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia.

Dra. Sonia Rodríguez Llamas
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: D. Gonzalo Muñoz Rodrigo
Abogado

Doña Belén Andrés Segovia
Becaria de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia, España

Dr. Adrián Arrebola Blanco
Becario Postdoctoral del Departamento de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

Dra. Ana Isabel Berrocal Lanzarot
Profesora Contratada Doctora, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Giovanni Berti de Marinis
Ricercatore di Diritto Civile, Universidad de Perugia, Italia

D. Borja del Campo Álvarez
Becario de Investigación del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Oviedo, España

Doña Ilka María Domínguez García
Profesora de Derecho Civil, Universidad de La Habana, Cuba

Dra. Maria Cristina Cervale
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

D. Jorge Enriquez Sordo
Abogado

Doña Ana Elisabete Ferreira
Professora Investigadora na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

D. Diego Eloy García García
Abogado

D. Giuseppe Garofalo
Assegnista di ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Fernando Hernández Guijarro
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, España

Dr. Francesco La Fata
Abogado

Dr. Javier Martínez Calvo
Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad San Jorge, España

Dr. Alfonso Ortega Giménez
Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche, España

Dra. Carla Pernice
Becaria de Investigación en el Departamento de Derecho Privado, Universidad de Florencia, Italia

Dr. Rosario Petruso
Ricercatore di Diritto Comparato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Isabel Rabanete Martínez
Profesora Asociada del Departamento de Derecho civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Rizzuti
Becario de Investigación en el Departamento de Derecho Privado, Universidad de Florencia, Italia.

Dr. Valerio Rotondo
Assegnista di ricerca, Universidad de Molise, Italia

Dr. Eduardo Taléns Visconti
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo,Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins
Professora Auxiliar na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Angelo Viglianisi Ferraro
Professore Associato di Diritto Privato, Università "Mediterranea" di Reggio, Calabria, Italia

Dra. Sara Zubero Quintanilla
Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

DOCTRINA

PACTOS DE CARÁCTER PATRIMONIAL EN LAS UNIONES DE HECHO: UN ESTUDIO DE LA CUESTIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA ESPAÑOLA*

PATRIMONIAL AGREEMENTS IN COMMON-LAW RELATIONSHIPS: A STUDY OF THE MATTER FROM THE PERSPECTIVE OF SPANISH LEGAL EXPERIENCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 11, agosto 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 12-63

* El presente trabajo es versión actualizada del que, con el mismo nombre, se publicó en *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato,* núm. 1, 2018, pp. 379-427, número dedicado a *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari* (dirigido por los Profesores Sara Landini y Massimo Palazzo). Se enmarca en el Proyecto de Investigación "Integration, migration, transnational relationships. Governing inheritance statutes after the entry into force of EU succession regulations" (796041 GoInEUPlus), "Justice Programme" (2014-2020).

José Ramón
DE VERDA y
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de mayo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: El presente trabajo estudia la cuestión de la validez de los pactos patrimoniales en las uniones de hecho en el Derecho español.

PALABRAS CLAVE: Unión de hecho; pactos patrimoniales; libre desarrollo de la personalidad; comunidad de bienes; enriquecimiento injusto.

ABSTRACT: *This paper studies the matter of the validity of patrimonial agreements in common-law relationships in Spanish Law.*

KEY WORDS: *Common-law relationship; patrimonial agreements; joint-ownership; free development of personality; unjust enrichment.*

SUMARIO.- I. CONSTITUCIÓN Y UNIÓN DE HECHO: EL ALCANCE DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA NO DISCRIMINACIÓN RESPECTO DE LA FAMILIA NO MATRIMONIAL.- II. LA DISPERSA E INCIERTA REGULACIÓN LEGAL ESPAÑOLA DE LAS UNIONES DE HECHO.- 1. Panorama general.- 2. Inconstitucionalidad de ciertas leyes autonómicas de uniones de hecho. - A) Problemas competenciales.- B) La necesidad de respetar el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad. - III. LA LIBERTAD DE PACTOS ENTRE CONVIVIENTES PARA REGULAR LOS ASPECTOS PATRIMONIALES DE LA UNIÓN.- 1. La constitución tácita de una comunidad sobre la vivienda en la que se reside.- A) Pagos realizados con cargo a cuentas conjuntas.- B) Pagos realizados con cargo cuentas de titularidad individual (posible existencia de fiducia).- C) Atribución voluntaria de carácter común, con independencia de la propiedad del dinero empleado para la adquisición de la vivienda.- D) Adquisición de vivienda por uno solo de los convivientes antes del inicio de la vida en común.- 2. La constitución tácita de una sociedad irregular o de una comunidad de bienes en torno al ejercicio de una actividad profesional o empresarial.- A) Indicios probatorios.- B) Comunidad de bienes 'versus' sociedad irregular.- IV. PACTOS RELATIVOS A INSTITUCIONES O FIGURAS LEGALES CONEXAS AL MATRIMONIO.- 1. Imposibilidad de acogerse convencionalmente al régimen legal de gananciales.- 2. Pactos sobre la aplicación de la pensión compensatoria del art. 97 CC.- 3. Pactos relativos el uso de la vivienda familiar.- V. ESTIPULACIONES SOBRE LA CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS GENERADOS POR LA ATENCIÓN ORDINARIA DE LA FAMILIA.- 1. Validez y eficacia de las estipulaciones.- 2. Posibilidad de que el acreedor pueda dirigirse directamente contra el conviviente no deudor.- VI. EL ALCANCE DE LA AUTONOMÍA PRIVADA RESPECTO AL ESTABLECIMIENTO O EXCLUSIÓN CONVENCIONAL DE INDEMNIZACIONES.- 1. Previsión contractual de pago de indemnizaciones al extinguirse la unión de hecho: libre desarrollo de la personalidad y prohibición de enriquecimiento injusto.- 2. Pactos de renuncia anticipada a reclamar indemnizaciones.- A) Validez de los que excluyen las ligadas al mero hecho de la ruptura de la convivencia.- B) Invalidez de los que excluyen el pago de todo tipo de indemnización, cualquiera que sea su causa: contrariedad al principio de prohibición de enriquecimiento injusto (inaplicación de la doctrina jurisprudencial de la *cláusula rebus sic stantibus*).

I. CONSTITUCIÓN Y UNIÓN DE HECHO: EL ALCANCE DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA NO DISCRIMINACIÓN RESPECTO DE LA FAMILIA NO MATRIMONIAL.

El art. 39.1 de la Constitución Española (CE) establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. El precepto habla de "familia", y no de "familia legítima" (o "matrimonial"), por lo que la protección que el precepto otorga a la familia no debe identificarse, necesariamente, con la que tiene origen en el matrimonio, el cual se regula en un precepto específico (art. 32 CE), y en capítulo diverso.

• José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia. Correo electrónico: J.Ramon.de-Verda@uv.es

Esta es la posición mantenida por la jurisprudencia constitucional desde tiempos tempranos[1], con apoyo en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 CE[2], cuando afirma que "el concepto constitucional de familia (no) se reduce a la matrimonial"[3]. Por lo tanto, dentro de la noción de familia contemplada en el art. 39.1 CE hay que situar las uniones no matrimoniales que tienen su origen en una decisión libre de los convivientes (que realizan, así, una determinada opción vital en el ejercicio de la libertad nupcial negativa) y en las que concurren las notas de unidad, estabilidad y afectividad.

Ahora bien, la inclusión de la familia de hecho en el genérico mandato de protección que la norma dirige a los poderes públicos, no prejuzga la cuestión del "grado" de dicha protección. Me parece, así, pertinente distinguir diversos grados de protección constitucional en el ámbito familiar: a) la Constitución garantiza la protección integral de los hijos y de las madres, sin que quepa discriminar a aquellos o a estas, por razón de su filiación o su estado civil, respectivamente; b) la Constitución no garantiza, en cambio, una protección uniforme para todo tipo de uniones entre personas situadas en posición de paridad (es decir, cónyuges o convivientes de hecho).

Como afirma reiterada jurisprudencia constitucional[4], "el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional"; por el contrario, la unión de hecho, "ni es una

1 Para una visión de conjunto sobre la jurisprudencia constitucional en materia de uniones de hecho, *vid.* Egusquiza Balmaseda, Mª A.: "Las parejas de hecho y el Tribunal Constitucional", en AA.VV.: *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional* (dir. C. Bayod López), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 91-106.

2 La STC 222/1992, de 11 de diciembre de 1992 (Tol 82002), afirma, así, que "Nuestra Constitución no ha identificado la familia que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter 'social' de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen". Según la STC 6/1993, de 18 de enero de 1993 (Tol 82029), "la Constitución no sólo protege la familia que se constituye mediante el matrimonio -aunque a ésta se la proteja especialmente (STC 45/1989)- sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja".
y 47/1993, de 8 de febrero de 1993 (Tol 82070).

3 STC 116/1999, de 17 de junio de 1999 (Tol 13003).

4 La STC 184/1990, de 15 de noviembre de 1990 (Tol 81857) afirma que "lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14 sea acreedora al mismo tratamiento […] que el dispensado por el legislador a quienes ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza". La STC 66/1994, de 28 de febrero de 1994 (Tol 82474) afirma que "no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 C.E., ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras uniones convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorecen el derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 C.E.), siempre, claro está, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir 'more uxorio'".

institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento[5]".

Por lo tanto, la parificación de trato jurídico que, en algunos aspectos, establecen ciertas normas civiles, estatales o autonómicas es, en general, una pura opción del legislador, que, si bien puede encontrar cobertura en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (siempre, claro está, que no se imponga imperativamente a los integrantes de la unión de hecho)[6], no es una exigencia constitucional desde el punto de vista del respeto al derecho fundamental a la no discriminación[7], por lo que no me parece pertinente justificarla en el art. 14 CE[8].

Dicho de otro modo: las personas que, en el ejercicio de su libertad nupcial, deciden no casarse no pueden esperar beneficiarse automáticamente de todas las

5 *Vid.* así STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (Tol 3659972), que utiliza este argumento para considerar que la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, "para la igualdad jurídica de las parejas estables", no incurre en una extralimitación competencial, vulnerando el art. 149.1, regla 8ª, CE, que, "en todo caso", atribuye al Estado competencia exclusiva para regular "las relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio". Observa que, "Así como la competencia estatal en relación con el art. 32.2 CE se refiere en todo caso al matrimonio, la Ley Foral 6/2000 disciplina una realidad social diferente, ceñida a las parejas de hecho que reúnan determinados requisitos. Y aun cuando pueda encontrarse cierta conexión o paralelismo entre ambas realidades, su regulación difiere, entre otros aspectos sustanciales, en el relativo a los requisitos y formalidades que, para la celebración del matrimonio exige la formalización solemne de la prestación del consentimiento al efecto ante funcionario o autoridad, o, en su caso, en la forma prevista por la correspondiente confesión religiosa". Y añade: "Estas evidentes diferencias, que se ponen de relieve desde la esencia misma de una y otra realidades jurídicas, impiden su equiparación conceptual, por lo que no se produce invasión alguna de la competencia exclusiva estatal sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio por el hecho de que la Comunidad Foral de Navarra haya decidido regular las parejas estables y atribuir determinas consecuencias jurídicas a las uniones de hecho. Se trata, en definitiva, de situaciones que reciben un tratamiento específico y diferenciado, también a efectos competenciales que son los que, en este momento, interesan".

6 Pantaleón Prieto, F.: "Régimen jurídico civil de las uniones de hecho", en AA.VV.: *Uniones de hecho* (coord. J. M. Martinell y Mª T. Areces Piñol), Lérida 1998, pp. 72 y 74, afirmó, así, en su momento, rotundamente que era "legítimo constitucionalmente tratar distinto, en concreto, mejor, al matrimonio que a la convivencia extramatrimonial"; invocando el art. 10.1 CE y el principio de libre desarrollo de la personalidad en contra de una parificación imperativa del matrimonio y la convivencia extramatrimonial, la cual estaría "impidiendo la libre opción, que entra en el campo del libre desarrollo de la personalidad, de la dignidad de la persona humana, de organizar la convivencia en pareja al margen del ordenamiento en aquello que sólo afecta a la decisión de las personas adultas que deciden convivir, decisión que debe ser exquisitamente respetada por el legislador".

7 Tal es el caso, en mi opinión, del art. 16.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, que, en materia de subrogación por muerte del inquilino en el arrendamiento urbano, equipara al cónyuge viudo y al conviviente supérstite. No obstante, otra fue la opinión de la jurisprudencia constitucional respecto del art. art. 58.1 de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (que no contemplaba dicha equiparación). La STC 222/1992, de 11 de diciembre (Tol 82002), lo declaró inconstitucional, afirmando que la situación protegida por el referido precepto, mediante la subrogación, no era la unión matrimonial, *per se*, sino la convivencia ("haber vivido en determinado espacio físico con el titular del arrendamiento"), y, de ahí, que posibilitara "una continuidad en la ocupación de la vivienda arrendada en la que se ha desarrollado, precisamente en ella, dicha convivencia"; y en el mismo sentido se pronunciaron las posteriores SSTC 6/1993, de 18 de enero de 1993 (Tol 82029); y 47/1993, de 8 de febrero de 1993 (Tol 82070). Es otra la opinión de Pantaleón Prieto, F.: "Régimen jurídico", cit., pp. 75-76, quien consideró "perfectamente razonable" esta posición, si bien criticó que "no tuviera argumentación ni valor para decir que contradecía la jurisprudencia anterior".

8 Me parece particularmente interesantes las reflexiones que lleva a cabo Cuena Casas, M.: "Uniones de hecho y abuso del derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio", *Diario La Ley*, núm. 6210, 15 de marzo de 2005, Sección Doctrina, LA LEY 875/2005, la cual cuestiona la constitucionalidad, desde el punto de vista del derecho a la no discriminación, de las legislaciones civiles autonómicas, que en algunos aspectos equiparan las uniones de hecho al matrimonio, pero sólo en las ventajas, y no en las obligaciones que resultan del estado civil de casado, lo que, según la autora, es "potencialmente inconstitucional, por generarse una discriminación contra el matrimonio".

consecuencias jurídicas que la ley atribuye a las personas que ejercitan el derecho constitucional a contraer matrimonio. A este respecto, hay que recordar la consolidada doctrina jurisprudencial[9], según la cual el antiguo art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social, que, a diferencia de lo acontece en la actualidad (tras la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre), reconocía el derecho a percibir pensión de viudedad, exclusivamente, al cónyuge (no al conviviente) supérstite, no era contrario al principio constitucional de igualdad[10].

Hay, además, que tener en cuenta que, en la actualidad, tras las reformas llevadas a cabo por las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, es posible el matrimonio entre personas del mismo sexo (la imposibilidad legal de contraerlo era, precisamente, uno de los argumentos más importantes en favor de la equiparación legal entre matrimonio y unión de hecho)[11], como también disolverlo, sin causa alguna, más allá de la voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges de divorciarse, expresada, eso sí (como regla general), una vez transcurridos tres meses después de haberse casado (art. 81.2 CC) [12]; y ello, desde

9 Dicha doctrina jurisprudencial arranca del conocido ATC 156/1987, de 11 de febrero (*Jurisprudencia Constitucional*, 1987, t. XVII, pp. 876-879), que observa: "la libertad de opción entre el estado civil de casado o de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 de la Constitución). Este derecho o libertad fundamental es un derecho en sí mismo considerado, reconocido por la Constitución en su art. 32.1, tanto en sentido positivo, como negativo, de tal modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. En cuanto derecho fundamental autónomo no necesita ser subsumido en ningún otro derecho fundamental, en particular, en el derecho a la libertad ideológica, con el que sólo muestra delimitados puntos de contacto. Pero aun admitiendo esta subsunción de la 'libertad negativa' al matrimonio en el art. 16.1 de la Constitución a efectos de su amparo constitucional, parece claro que nada tiene que ver este derecho con la percepción de una pensión de viudedad o, dicho de otro modo, el contenido del derecho a no contraer matrimonio no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubra el riesgo del fallecimiento de una de las partes integrantes de la unión de hecho'". Tal afirmación se vertebra sobre la idea de que "el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador dentro de su amplísima libertad de decisión deduzca razonablemente consecuencias diversas de la diferente situación de partida", pues del art. 14 C.E. no se desprende "la parificación de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes, de los derechos y deberes de las parejas que hubieren o no contraído matrimonio"

10 Así lo constatan las SSTC (Pleno) 92/2014, de 10 de junio (Tol 4422359), y 93/2014, de 12 de junio (Tol 4422358), que, respectivamente, desestimaron una cuestión de inconstitucionalidad y un recurso de amparo, en los que se argumentaba que la denegación de la pensión de viudedad a la persona supérstite de una pareja homosexual vulneraba el art. 14 CE, toda vez que, al no existir en aquel momento posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, las parejas estables homosexuales nunca tenían derecho a percibir pensión de viudedad. El TC reitera que "la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el art. 14 CE, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales", insistiendo en "el amplio margen de apreciación y configuración del legislador en cuanto al régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social y las situaciones que han de considerarse merecedoras de protección"; y concluye: "Ha de ser, por tanto, el legislador –en modo alguno este Tribunal actuando de legislador positivo retrospectivo y comprometiendo desembolsos económicos del erario público- el que, en su caso, decida, al hilo de los cambios sociales, cuál es el momento en que procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance".

11 Pantaleón Prieto, F.: "Régimen jurídico", cit., p. 71, que se pronunciaba en favor de que los convivientes homosexuales pudieran, si así lo deseaban, institucionalizar jurídicamente su convivencia, afirmaba, que, una vez que ello fuera posible (todavía no se admitía el matrimonio entre personas del mismo sexo), "sería también perfectamente razonable afirmar que la regla general en materia de convivencia *more uxorio*, debiera ser la no intervención del legislador".

12 No puede dejar de evidenciarse que este divorcio sin causa desdibuja los límites entre el matrimonio y la unión de hecho. Precisamente, Gavidia Sánchez, J. V.: "¿Es la unión libre una situación análoga al

la consideración de que no existe ningún motivo para seguir estando vinculado, cuando se haya llegado a la convicción de que el propio matrimonio ya no es un cauce idóneo para el desarrollo de la propia personalidad de quien quiere divorciarse[13]. Así mismo, hay que tener presente que el vigente art. 82 CC (en la redacción dada al precepto por la disposición final primera, 18, de la Ley 15/2015) permite el divorcio (y la separación) notarial (al margen, pues, de un proceso judicial)[14], por mutuo acuerdo, siempre que los cónyuges no tengan hijos menores no emancipados o con capacidad modificada judicialmente que estén a su cargo[15].

II. LA DISPERSA E INCIERTA REGULACIÓN LEGAL ESPAÑOLA DE LAS UNIONES DE HECHO.

1. Panorama general.

En el Derecho civil común no existe una regulación orgánica de las uniones de hecho[16], sino, exclusivamente, algunas normas que, básicamente, las equiparan a los matrimonios en algunos aspectos concretos, siendo el caso paradigmático el art. 16.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en materia de subrogación en el arrendamiento urbano por muerte del conviviente del inquilino.

matrimonio?", *Revista Jurídica del Notariado*, 1999, p. 232, consideraba que "la diferencia esencial entre el matrimonio y la unión libre" es la "libre ruptura de la unión". Decía, así: "La institución matrimonial se configura sobre la exclusión de la libre ruptura. Si una comunidad de vida de tipo familiar puede ser disuelta por decisión de uno sus integrantes, sin necesidad de acreditar que concurre una justa causa, estaremos ante una unión libre, más, menos o nada regulada, no ante un matrimonio".

13 La Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, en orden a explicar el sistema de divorcio que instaura, afirma que "se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación".

14 Egusquiza Balmaseda, Mª A.: "Las parejas de hecho", cit., p. 83, llama la atención sobre esta circunstancia, viendo en ella una "privatización" del matrimonio como negocio jurídico de familia.

15 Tras la reforma de 2015 se ha dado, pues, un paso más en la "personalización" del matrimonio, reconociéndose dos nuevos negocios jurídicos de Derecho de familia orientados, no ya a la constitución de un estado civil, como es el caso del matrimonio, sino a la suspensión de los efectos de las obligaciones que lo integran (separación) o a la extinción del estado civil de casado (divorcio): eso sí, dichos negocios jurídicos exigen para su validez la intervención de Secretario Judicial o de Notario: en el primer caso, se estará a lo dispuesto en el art. 777.10º LEC; y, en el segundo a lo previsto en el art. 54 LN (preceptos ambos cuya redacción actual se debe a la Ley 15/2015).

16 En realidad, un sector de la doctrina se ha manifestado en contra de una regulación orgánica de las uniones de hecho, por entender que dicha regulación no casaría bien con el carácter informal de las mismas. Así, por ejemplo, Jordano Barea, J. B.: "Matrimonio y unión libre", en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. II, Almería, 2000, pp. 858-859, observa que, "Aún con una ley reguladora de las parejas de hecho estables siempre habrá quienes legítimamente deseen unirse al margen de ella"; y añade: "Se trata, por tanto, de una verdadera paradoja jurídica o de una aporía sin fácil solución"; por ello, aboga por una actitud de *dissimulatio* o tolerancia, que consiste en hacer la *vista gorda jurídica*".

Sí existe, en cambio, un conjunto de normas civiles autonómicas[17] que establecen una regulación detallada, pero diferente, de las uniones de hecho, lo que se traduce (desde mi punto de vista) en una indeseable dispersión normativa[18] y en una inseguridad jurídica, máxime, cuando alguna de ellas, en clara contradicción con el art. 149.1, regla 8ª, determinan las reglas de solución de los conflictos interregionales cuando los convivientes tienen vecindades civiles diversas[19].

2. Inconstitucionalidad de ciertas leyes autonómicas de uniones de hecho.

Varias de estas legislaciones autonómicas plantean dudas acerca de su inconstitucionalidad (algunas de ellas ya despejadas jurisprudencialmente); y ello,

17 A saber, la Ley catalana, de 15 de julio de 1998, de "uniones estables de pareja", sustituida por el art. 234-1 a 14 del Código civil de Cataluña; la Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, de "parejas estables no casadas", sustituida por los arts. 303-315 del Código de Derecho Foral de Aragón; la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, "para la igualdad jurídica de las parejas estables" [de las que han sido declarados inconstitucionales, por la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (Tol 3659972), todos los preceptos de carácter estrictamente civil, que imponían a los convivientes una serie de obligaciones, por el mero hecho de la convivencia, prescindiendo de su voluntad de asumirlas], la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de "parejas estables", la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001 sobre "uniones de hecho" [cuyos arts. 4 y 5 han sido declarados inconstitucionales por la STC (Pleno) 81/2013, de 11 de abril (Tol 3659972)]; la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de "parejas estables", la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de "parejas de hecho", la Ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de "parejas de hecho, la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de "parejas de hecho", la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, "reguladora de las parejas de hecho"; o la Ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, "reguladora de las parejas de hecho". La Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, ha introducido modificaciones en el estatuto jurídico de las parejas de hecho, quienes en la redacción anterior se equiparaban *ope legis* al matrimonio, exigiéndose ahora, en cambio, una declaración expresa respecto a este extremo en el momento de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia. Respecto de la Ley valenciana, de 15 de octubre de 2012, de "uniones de hecho formalizadas", hay que tener en cuenta que sus arts. 6, 7, 8, 9. 10, 11, 12, 13 y 14 (de carácter estrictamente civil) fueron declarados inconstitucionales por STC 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110). La normativa autonómica más reciente sobre la materia es la Ley murciana, de 3 de julio de 2018, de "parejas de hecho".

18 Son numerosas las voces en la doctrina que, ante esta dispersión normativa, se refieren, en alguna medida, a una necesidad de armonización de la legislación sobre la materia. *Vid*., en este sentido Leciñena Ibarra, A.: "Hacia un contractualismo regulador en el marco de un régimen legal dispositivo como vía para poner fin a la anomia general en la ordenación de las parejas de hecho", *Revista de Derecho Privado*, 2011, p. 64; Pinto Andrade, C.: *Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho*, Bosch, Barcelona, 2008, 42; Ortuño Muñoz, P. y Vega Sala, F.: "Constitución de la convivencia *more uxorio*", en AA.VV.: *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 113. Por el contrario, Roca Trías, E.: "Repensar la pareja de hecho", en AA.VV.: *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 427-431, no considera un mal la proliferación legislativa autonómica, centrando su preocupación en la circunstancia de que Comunidades Autónomas sin competencia legislativa en materia civil hayan regulado las uniones de hecho y en la "necesidad urgente de establecer una norma de conflicto para determinar la legislación aplicable en el caso de que los convivientes estén sujetos a distintos derechos civiles".

19 Es lo que sucedía con el art. 2.3 de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, "para la igualdad jurídica de las parejas estables", declarado inconstitucional por la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (Tol 3659972), pues, al establecer su aplicación al supuesto en que uno de los dos miembros de la pareja estable tenga vecindad civil navarra, determina el ámbito personal de aplicación de una norma integrada en el ordenamiento navarro y dispone unilateralmente, por tanto, la eventual aplicación de la normativa de la Comunidad Foral al miembro de la pareja que no tenga la vecindad civil antes citada. Al definirse el ámbito de aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función de la ley personal de uno de los miembros de la pareja estable se contiene así una norma de solución de conflicto con otras leyes (aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función del criterio de la vecindad civil foral de uno de los miembros de la pareja estable) que expresa la preferencia por el propio ordenamiento foral, cuando la competencia de dictar normas para resolver los conflictos de leyes se halla reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.8 CE".

en un doble sentido: a) desde el punto de vista competencial; y b) a la luz del respeto del principio de libre desarrollo de la personalidad.

A) Problema competencial.

Surgen, en efecto, problemas, desde el punto de vista de la competencia de las Comunidades Autónomas (las que carecen de Derecho civil propio) para regular aspectos estrictamente civiles de las uniones de hecho, que, en principio, según el art. 148.1, regla 8º, CE son de competencia exclusiva del Estado ("sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan").

Han sido, así, declarados inconstitucionales[20] los arts. 4 y 5 de la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001, sobre "uniones de hecho", que regulaban los requisitos de validez y contenido de los pactos encaminados a regular las relaciones patrimoniales entre los convivientes, durante la vigencia de la unión de hecho y a su cese (así como el procedimiento de inscripción registral de dichos pactos). Dice, así, en un razonamiento que puede aplicarse a varias leyes autonómicas, cuya competencia en materia de Derecho civil es dudosa[21], que en los preceptos

20 STC (Pleno) 81/2013, de 11 de abril (Tol 3659972).

21 Me refiero, básicamente, a la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de "parejas estables", la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de "parejas de hecho", la Ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de "parejas de hecho, la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de "parejas de hecho, o a la Ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, "reguladora de las parejas de hecho". *Cfr.* al respecto Leciñana Ibarra, A.: "Tratamiento legislativo de la convivencia *more uxorio* tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional: La Ley 7/2018, de 3 de julio, de parejas de hecho de la región de Murcia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 *bis*, junio 2019, p. 138, nota 14.
Subiste, en cambio, la duda sobre la constitucionalidad de la Disposición Adicional de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (modificada por el artículo único de la Ley 10/2007, de 28 de junio), que equipara uniones de hecho y matrimonio (mediando voluntad de los convivientes en favor de dicha equiparación), ya que la STC (Pleno) 75/2014, de 8 de mayo (Tol 4356989), no ha entrado sobre el fondo del asunto. El Tribunal proponente de la cuestión dudaba de su constitucionalidad, en la medida en que podía suponer una extralimitación competencial, por no suponer "un supuesto de conservación ni modificación del derecho foral de Galicia" y ser "más que dudoso que se pueda entender como desarrollo, pues no es fácil la conexión con ninguna institución ya regulada por el Derecho foral gallego a la que se esté actualizando o innovando, por lo que no cabe descartar la invasión de la competencia del Estado en materia de legislación civil".
Estamos, pues, ante un caso de una Comunidad Autónoma, que, como es Galicia, tiene indudablemente competencia para legislar en materia de Derecho civil, pero lo que se pone en duda (y es legítimo planteárselo) es si dicha competencia puede ejercerla sobre las uniones de hecho, por ser esta una materia ajena al Derecho Foral gallego, que no está conectada con ninguna de las en él reguladas. Como hemos dicho, no se entró en el fondo del asunto planteado, por entenderse que "la disposición cuestionada no es aplicable al litigio y en consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la existencia o inexistencia de fundamento competencial para la regulación de las parejas de hecho en el Derecho civil de Galicia, sería innecesario o indiferente para la decisión del proceso en el que, realmente, lo que se debate es la existencia misma de una situación de convivencia de hecho sometida a las previsiones de la norma". Y añade que "En un caso que tiene gran similitud con el aquí enjuiciado, este Tribunal declaró en la STC 18/2014, de 30 enero 2014, en relación con esta misma disposición adicional tercera de la Ley de Derecho civil de Galicia, que del razonamiento del órgano judicial no se desprendía que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional fuera necesario para resolver el caso sometido a su consideración, dado que no definía la aplicabilidad de la norma al caso por razones temporales".
No obstante, la STC (Pleno) 133/2017, de 16 de noviembre (RTC 2017, 133), declarando inconstitucionales los arts. 27 a 45 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, que regulaban la adopción y la autotutela (por no existir precedentes de estas instituciones en el Derecho civil gallego escrito o consuetudinario, ni existir conexión entre ellas y otras, propias del mismo), permite adivinar cuál sería la

se "contempla un régimen normativo generador de obligaciones económicas derivadas de dicha situación de hecho que pertenece al ámbito de las relaciones jurídico-privadas de los miembros" de la misma; y, "atendiendo a la finalidad que persigue— dicho efecto se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil". En definitiva, concluye que con dichos preceptos la Comunidad Autónoma "se sitúa extramuros de sus facultades legislativas y vulnera las competencias del Estado, tal como las mismas se establecen en el art. 149.1.8 CE, debiendo ser declarado, por ello, inconstitucional y nulo".

Lo mismo ha acontecido con los preceptos de carácter civil de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalidad Valenciana, de uniones de hecho formalizadas, que han sido declarados inconstitucionales, por extralimitación competencial, al recaer sobre una materia respecto de la cual la Comunidad carece de capacidad para legislar[22], subsistiendo, pues, tan sólo, los preceptos (neutros desde un punto de vista competencial) que se limitan a definir la "unión de hecho formalizada" y prever su inscripción (art. 3), a determinar quiénes pueden formarla (art. 4) y a establecer sus causas de extinción (art. 5); y, así mismo, el art. 15, que regula efectos no civiles de la unión, meramente administrativos o sociales, equiparándola al matrimonio, por ejemplo, respecto de licencias, permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo y ayuda familiar[23].

opinión del TC al respecto, si debiera darla. *Vid*., las consideraciones críticas que respecto del fallo realiza García Rubio, Mª P.: "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los operadores jurídicos gallegos y el futuro del Derecho civil de Galicia", en AA.VV.: *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional* (dir. C. Bayod López), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 141-178.
En cambio, la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (Tol 3659972), no ha considerado que hubiera extralimitación competencial en la regulación sustantiva de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, "para la igualdad jurídica de las parejas estables", afirmando que el legislador foral "puede regular determinados efectos jurídicos derivados de la relación entre los que conviven de hecho, en el ejercicio de las competencias de que dispone, atendiendo a las previsiones de la LORAFNA [Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra], en materia de derecho civil (art. 48), función pública [49.1 b)] o régimen tributario (art. 45.3)".

22 Por el contrario, respecto del art. 1 ("Objeto y principios de esta Ley"), el TC entiende que "solamente resulta inconstitucional en el inciso que da soporte a la normativa civil comentada, pero no en su integridad; el resto del precepto puede seguir dando soporte a las normas válidas de la Ley".

23 Hay que tener en cuenta que, por aplicación del art. 149.1, regla 8ª, CE, no existiendo en Valencia una Complicación de Derecho Foral al tiempo de promulgarse la Constitución, la competencia de la Comunidad Valenciana para legislar sobre cuestiones de Derecho civil se reduce, exclusivamente, a materias sobre las que en ese momento (1978) hubiere pervivido un Derecho histórico por vía de costumbre [como es el caso paradigmático de los arrendamientos rústicos, resuelto por la STC 121/1992, de 28 de septiembre (Tol 80731), que declaró la competencia de la Comunidad Valenciana para regularlos, al haber pervivido por vía consuetudinaria] o que fueran conexas a dichas materias en orden a una actualización o innovación de contenidos, según sus principios informadores peculiares [ello, según la doctrina de las materias conexas, claramente expuesta en la STC 88/1993, de 12 de marzo (Tol 82111)].
Ciertamente, el artículo 49.1.2a del Estatuto de la Comunidad Valenciana, en su redacción de 2007, atribuye a la Generalidad la competencia exclusiva para conservar, modificar y desarrollar el Derecho Foral civil valenciano. Hay quien ha considerado que este precepto legitimaba a la Generalidad para recuperar el Derecho Foral antiguo, adaptándolo a la actual realidad social. Sin embargo, lo cierto es que el precepto, como el art. 149.1, regla 8ª, CE, presupone la existencia previa de un Derecho foral vigente, por lo que no

B) La necesidad de respetar el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad.

Por otro lado, la duda respecto la constitucionalidad surde desde la perspectiva del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 CE, desde el momento en que, algunas de las legislaciones, imponen imperativamente a los convivientes (por el mero hecho de haber convido un periodo de tiempo o de haber tenido descendencia), una especie de estatuto jurídico semejante al matrimonio, prescindiendo de la voluntad de los mismos de someterse a las normas que lo integran[24].

Por ello, con indudable acierto, han sido declarado inconstitucionales[25] diversos artículos de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, "para la igualdad jurídica de

habilita a la Comunidad para regular instituciones ya desaparecidas en 1978, como tampoco para regular *ex novo* las que, como es el caso de las uniones de hecho, nunca fueron reguladas.
Así, la STC 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110), al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/2012, de 15 de octubre, observa, que la validez de la misma depende "de que la Comunidad Autónoma pueda identificar una costumbre asentada en su Derecho civil efectivamente existente en su territorio (ya en 1978) y subsistente en el momento de la aprobación de la Ley", "o bien otra institución consuetudinaria diferente a la regulada pero 'conexa' con ella de manera que pueda servir de base para apreciar un 'desarrollo' de su Derecho civil foral o especial", concluyendo que "De no poder hacerlo [que es lo que aconteció], la norma civil valenciana debe reputarse inconstitucional y nula por falta de competencia" [es el mismo argumento utilizado por la STC (Pleno) 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82), que declaró inconstitucional la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano].
Nada queda, pues, de los preceptos civiles Ley 5/2012 que regulaban los derechos y deberes de la los convivientes; sin embargo, hay que tener en cuenta que, con la excepción del art. 14, que regulaba los "derechos de la persona conviviente supérstite en la sucesión de la persona premuerta", el cual no se llegó a aplicar nunca, por estar suspendido por el TC [ATC (Pleno) 280/2013, de 3 de diciembre (RTC 2013, 280, AUTO)], el resto de los preceptos, sí que se aplicaron, creando situaciones consolidadas firmes, que no resultan afectadas por la posterior declaración de inconstitucionalidad.
Así, la STC 110/2016 afirma que "teniendo en cuenta la existencia de un régimen legal anterior al ahora anulado (el de la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho) y los efectos que haya podido producir la aplicación de la Ley impugnada entre los miembros de las uniones de hecho formalizadas acogidas a la misma, y en sus relaciones con terceros, el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE aconseja limitar los efectos de esta Sentencia, que tendrá solo efectos 'pro futuro', sin afectar a las 'situaciones jurídicas consolidadas'" [es, de nuevo, la misma solución adoptada por la STC (Pleno) 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82), respecto de la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano].

24 Sobre ese peligro llamaba ya la atención Lacruz Berdejo, J. L.: "Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones", en AA.VV.: *Centenario del Código civil* (1889-1989), tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1062, cuando afirmaba que, "si el legislador reglamentase donde los contrayentes no quieren ninguna regla, estaría infringiendo una voluntad que acaso constituye o es expresión de unos derechos de la personalidad. El legislador se inmiscuirá arbitrariamente en la intimidad de las personas".

25 STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (Tol 3659972). Nanclares Valle, J.: "Las parejas estables tras la inconstitucionalidad parcial de la Ley foral 6/2000, de 3 de julio: el retorno de la unión de hecho", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 750, 2015, pp. 1859-1914, realiza interesantes consideraciones al hilo de esta sentencia sobre el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad en relación con la regulación de las uniones de hecho. *Vid.* también a este respecto Gálvez Criado, A.: "El principio general del libre desarrollo de la personalidad y los pactos entre convivientes tras la STC 93/2013, de 23 de abril", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 750, 2015, pp. 1807-1858; y Martín-Casals, M.: "El derecho a la *convivencia anómica en pareja*: ¿Un nuevo derecho fundamental? Comentario general a la STC 23.4.2013", *InDret*, 3/2013, como también, más recientemente, Barrio Gallardo, A.: "La autonomía privada como límite a la regulación legal de las parejas de hecho", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 *bis*, julio 2018, pp. 140-163.

las parejas estables[26]", de los que resultaba la imposición, con carácter imperativo, de una serie de derechos y obligaciones de carácter civil a los integrantes de la unión de hecho, derivados del puro hecho de convivir maritalmente durante un período ininterrumpido mínimo de un plazo que no era necesario, cuando tuvieran descendencia. El TC, con buen criterio (que sirve para otras leyes autonómicas que se basan en el mismo criterio de imposición imperativa prescindiendo de la voluntad de los convivientes[27]), afirma que "Elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es […] su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal". Prosigue: "La unión de hecho, en cuanto realidad social relevante, sí puede ser objeto de tratamiento y de consideración por el legislador respetando determinados límites […] el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja".

III. LA LIBERTAD DE PACTOS ENTRE CONVIVIENTES PARA REGULAR LOS ASPECTOS PATRIMONIALES DE LA UNIÓN.

Es evidente que los convivientes pueden, en el ejercicio de su autonomía privada, regular los aspectos económicos de su unión, tanto, durante su vigencia (el caso paradigmático es el de su contribución al pago de los gastos generados por la atención ordinaria de la familia, estipulando, por ejemplo que se hagan cargo de ellos, por mitad o en proporción a sus respectivos recursos económicos), como también, para el supuesto de su extinción (previendo, por ejemplo, la atribución por mitad a cada uno de ellos de las ganancias obtenidas por ambos mediante el ejercicio de una actividad económica o profesional).

26 Ha declarado, así, la inconstitucionalidad del art. 2, apartado 2, párrafo primero, inciso "hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que", y párrafo segundo, y apartado 3; del art. 3, inciso "y el transcurso del año de convivencia"; del art. 4, apartado 4; del art. 5, apartado 1, inciso "respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles", y apartados 2, 3, 4 y 5; del art. 6; del art. 7; del art. 9; del art. 11; y del art. 12.1.

27 Esto es, el Código civil de Cataluña (art. 234-1), el Código de Derecho Foral de Aragón (arts. 303 y 305), Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de "parejas estables" (art. 3.2.)

La licitud de estos pactos, admitidos por las legislaciones autonómicas sobre uniones de hecho[28], no suscita en la actualidad ninguna duda a la luz de los principios constitucionales[29], ya que si, en ejercicio del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 CE, toda persona puede optar entre formar una familia fundada en el matrimonio o en la mera convivencia de hecho, y, si tanto la familia matrimonial como la extramatrimonial encuentran encaje en el art. 39 CE, lógicamente, se debe reconocer a los convivientes, la posibilidad de que, al amparo del art. 1255 CC, puedan establecer los pactos que tengan por conveniente para liquidar sus relaciones económicas tras la ruptura de la convivencia[30].

Así lo afirma el TC[31], el cual observa que "Consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta [...] Pues bien, este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones —antes, durante y al extinguirse esa unión -conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional; y esta libertad debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso, salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su constricción".

28 El art. 234-3 y 5 del Código civil de Cataluña contempla, así, dichos pactos, tanto para ordenar la convivencia, como en previsión de su ruptura, si bien éstos últimos deberán otorgarse en escritura pública. El art. 307 del Código de Derecho Foral de Aragón prevé que los convivientes puedan regular los aspectos personales y patrimoniales de sus relaciones, mediante escritura pública "siempre que no perjudiquen los derechos o dignidad de cualquiera de los otorgantes y no sean contrarios a normas imperativas".
Otras legislaciones autonómicas prevén también la posibilidad de que los convivientes puedan regular sus relaciones personales y patrimoniales a través de pactos (siempre con límites, que tienen que ver con el respeto al principio de igualdad, al orden público o a normas imperativas), sin exigir que los mismos sean otorgados en escritura pública, requiriendo, no obstante, que, al menos, consten en documento privado: es el caso del art. 5.1 de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, "para la igualdad jurídica de las parejas estables"; del art. 5 de la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de "parejas estables" (art. 3.2.); del art. 6.1 de la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de "parejas de hecho"; del art. 8.1 de la Ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, "reguladora de las parejas de hecho"; del art. 5.3 de la Ley vasca, de 7 de mayo, "reguladora de las parejas de hecho"; y de la Disposición Adicional Tercera, 3, de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. Por el contrario, el art. 4.1 de la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de "parejas estables", permite que los pactos sean escritos u orales.

29 Cfr., en este sentido, entre otros muchos, Mesa Marrero, C.: *Las uniones de hecho. Análisis de las Relaciones Económicas y de sus Efectos*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 82-93, que trata de la cuestión extensamente, con examen de sus precedentes históricos, doctrinales y jurisprudenciales; como también Pantaleón Prieto, F.: "La autorregulación de la unión libre", *Poder Judicial*, núm. 4, diciembre de 1986, pp. 119-126.

30 *Vid.* en este sentido STS 22 enero 2001 (Tol 99617).

31 STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (Tol 3659972).

Cabe, así, que los convivientes, conforme al principio de autonomía privada, expresado en art. 1255 CC (y respetando los límites establecidos en el precepto), constituyan una comunidad bienes (por ejemplo, sobre la vivienda en la que habitan), una sociedad para el ejercicio de una actividad económica compartida por ambos o, incluso, una sociedad universal de ganancias.

Sin embargo, lo cierto, es que en la práctica (al menos, en Derecho civil común) no suelen ser frecuentes los pactos expresos entre convivientes[32], lo que plantea el problema de determinar si tácitamente quisieron constituir una comunidad o sociedad[33].

32 La doctrina suele llamar la atención sobre la poca frecuencia con que los convivientes estipulan pactos para regular sus relaciones económicas, explicándolo en la usual intención de quienes inician una convivencia *more uxorio* de mantener su unión al margen del Derecho. *Vid.* en este sentido, por ejemplo, Martínez De Aguirre, C.: "Acuerdos entre convivientes more uxorio", *Revista de Derecho Privado*, 2002 (11), p. 846.

33 Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia es bastante reacia a considerar tácitamente constituida una sociedad universal de ganancias, que, en las relaciones entre los convivientes sería lo más aproximado a una sociedad de gananciales, ya que comprendería todo lo que ambos integrantes de la unión de hecho adquirieran durante la duración de ésta, con su trabajo o industria (art. 1675 CC)
Así, la STS 11 diciembre 1992 (RJ 1992, 9733) rechazó la pretensión de la mujer reclamante, de que se declarara que durante el período de convivencia *more uxorio* (de seis años) había existido una sociedad universal de ganancias, que -según ella- debía ser liquidada por partes iguales. El Tribunal Supremo afirmó que la sociedad requiere la *affectio societatis* o consentimiento de los contratantes, "que ha de ser claro e inequívoco", precisando que "La existencia de este consentimiento no es una inferencia necesaria de la situación de unión extramatrimonial que, aun siendo susceptible de generar algunos derechos de contenido patrimonial entre quienes la integran, no siempre ha de estimarse concurrente, ya que puede, sin duda, suceder que, en las uniones a que da lugar la convivencia 'more uxorio' prefieran, quienes las forman, mantener su independencia económica, supuesto, por otra parte, más conforme con la elusión de la formalidad matrimonial". Concretamente, en este supuesto el Supremo dedujo la falta de *affectio* de la circunstancia de que los incrementos patrimoniales producidos durante la unión de hecho se habían adquirido por cada uno de los titulares individualmente y que sus actividades se habían desenvuelto "en ámbitos perfectamente diferenciados" (la mujer se había dedicado a la atención del hogar), "sin que se haya probado acuerdo alguno para que las respectivas adquisiciones se atribuyan a ambos". Téngase en cuenta, sin embargo, que la no declaración de la existencia de una sociedad universal de ganancias constituida tácitamente, no impidió conceder a la actora el derecho a percibir una indemnización de catorce millones de pesetas por aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto.
La STS 17 enero 2003 (RJ 2003, 4) desestimó la pretensión de la mujer reclamante, de que se declarara constituida tácitamente una sociedad universal de ganancias. La convivencia había durado diecinueve años y la demandante también se había dedicado a las labores domésticas. El Supremo afirmó que "acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales (art. 393, segundo párrafo, Código Civil), pues ello sería tanto como imponer a una convivencia 'more uxorio' la normativa de una comunidad de gananciales o, más bien, de una comunidad incluso más amplia que la ganancial", lo que supondría "presuponer una comunidad convencional (que no incidental) que nunca las partes quisieron establecer". En este supuesto, como en el anterior, se consideró cauce más adecuado para proteger a la mujer perjudicada por la ruptura el recurso al principio de prohibición del enriquecimiento injusto, concediéndose a la mujer una indemnización, cuya cuantía se estableció en un tercio de los bienes adquiridos por el varón durante el periodo en que había durado la unión de hecho.
La STS 27 mayo 2004 (RJ 2004, 3577) es también muestra de esa tendencia jurisprudencial, que, con buen criterio, se muestra reacia a considerar tácitamente constituida una sociedad universal de ganancias, tal y como, en el caso litigioso, pretendía la mujer demandante. El Supremo afirma que "no siempre toda convivencia de vida –convivencia more uxorio o incluso el matrimonio- lleva consigo necesariamente una comunidad universal o sociedad universal de ganancias"; "en el presente caso –continúa-, 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".

1. La constitución tácita de una comunidad sobre la vivienda en la que se reside.

No son infrecuentes los casos en los que los tribunales entienden que los convivientes constituyeron tácitamente una comunidad de bienes sobre la casa en la que se ha desarrollado la vida familiar, a pesar de que dicha vivienda, aunque comprada durante el periodo de convivencia, figure a nombre de uno solo de ellos[34].

La jurisprudencia ha precisado, no obstante, que la mera convivencia de hecho, por prolongada que esta sea, no establece ninguna presunción de comunidad[35], por lo que para entenderla constituida considera necesario probar la existencia de una voluntad tácita o implícita de los convivientes, de hacer común la vivienda adquirida, la cual ha de deducirse de hechos concluyentes[36].

A) Pagos realizados con cargo a cuentas conjuntas.

Habitualmente, el principal dato ponderado para afirmar la existencia de la comunidad es la existencia de una cuenta corriente conjunta, en la que ambos convivientes han realizado ingresos y con cargo a la cual se ha pagado el precio de compra de la vivienda o las amortizaciones del préstamo concedido para su adquisición por una entidad bancaria[37].

34 La SAP Salamanca 26 septiembre 2016 (AC 2016, 1660) consideró tácitamente constituida una comunidad de bienes sobre dos vehículos de motor, que habían sido pagados con fondos provenientes de cuentas conjuntas en las que se hacían ingresos de dinero provenientes de ambos convivientes, así como cargos reiterados de gastos habituales en una unidad familiar. Afirma que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta, con independencia de que "la titularidad formal a efectos administrativos corresponda tan sólo a uno de los miembros de la relación, ocurriendo exactamente lo mismo con el seguro, y, sin que el hecho de que en el seguro no se incluya como conductor habitual al otro conviviente afecta a la propiedad".

35 *Vid.* en este sentido SSTS 27 mayo 1995 (RJ 1995, 382) y 17 enero 2003 (Tol 230655).

36 *Vid.* en este sentido SSTS 21 octubre 1992 (Tol 1655301) y 16 junio 2011 (Tol 2153790). En esta última sentencia, particularmente curiosa, el Tribunal Supremo entendió que no quedaba probado que hubiera un pacto entre los convivientes dirigido a crear una comunidad respecto al dinero obtenido con el premio de la lotería de la ONCE.

37 La STS 29 octubre 1997 (Tol 216045), dedujo la existencia de una comunidad de bienes sobre una casa, en la que los convivientes habían fijado su residencia durante cinco años, cuyo precio había sido pagado con fondos de una cuenta corriente bancaria, que estaba a nombre de los dos y en la que se habían efectuado ingresos indistintamente por ambos.
La SAP Zaragoza 23 enero 2001 (AC 2001, 749) se pronunció en favor de la existencia de una comunidad sobre la vivienda, la cual figuraba exclusivamente a nombre del varón. Para ello valoró que la cuenta corriente con cargo a la cual se pagaba el préstamo hipotecario era de titularidad conjunta, así como que ambos convivientes habían realizado ingresos en ella, durante el tiempo que había durado la unión de hecho (dos años). No obstante, dado que los ingresos realizados por la mujer eran menores que los efectuados por el varón, se liquidó la comunidad, atribuyendo a la reclamante una tercera parte de los ingresos totales en la referida cuenta.
La SAP Asturias 26 junio 2001 (AC 2001, 2380) entendió que la vivienda en que se había desarrollado la vida en común (que había durado veinticinco años) pertenecía a ambos convivientes, por mitad; y ello, aunque dicha vivienda había sido puesta a nombre de la madre de uno de ellos (la mujer). Para llegar a dicha conclusión la Audiencia ponderó que las cuotas de amortización del préstamo hipotecario se cargaban en una cuente corriente, de la que los dos convivientes eran titulares; y ello, a pesar de que cada uno de ellos mantenía cuentas de titularidad individual. También tuvo en cuenta otras circunstancias, tales como que los servicios de la vivienda habían sido contratados por los dos, que los gastos de comunidad eran pagados por ellos indistintamente y, así mismo, las declaraciones testificales de los vecinos, quienes afirmaban tener a ambos convivientes por propietarios.

Sin embargo, hay que advertir de que la mera existencia de una cuenta corriente bancaria conjunta no autoriza para deducir la existencia de una comunidad de bienes sobre la vivienda, incluso, aunque el precio de compra haya sido satisfecho con cargo a dicha cuenta, si consta que solo uno de los convivientes ha realizado ingresos en ella[38].

La precisión realizada se explica, porque, como ha sido reiteradamente dicho por la jurisprudencia[39], la existencia de una cuenta corriente bancaria conjunta en favor de varias personas (en este caso, a nombre de los convivientes), incluso con firma indistinta, no implica, que todas ellas sean cotitulares de los fondos depositados. Lo único que significa es que cualquiera de ellas puede disponer del saldo frente al banco (aspecto externo de la solidaridad), pero será titular de los mismos aquella a quien correspondiese la propiedad originaria del dinero

La SAP Navarra 27 febrero 2002 (JUR 2002, 103962) entendió que existía una voluntad tácita de constituir una comunidad de bienes, siendo datos determinantes, entre otros, la existencia de una única cuenta corriente común y la suscripción conjunta de un préstamo con garantía hipotecaria. La sentencia de instancia había negado la existencia de una comunidad de bienes sobre la vivienda, al constar a nombre de la demandada tanto el contrato privado de compraventa como la escritura pública. Sin embargo, la Audiencia señaló que en el supuesto era irrelevante que el contrato de compraventa solo fuera suscrito por la demandada, ya que el actor no pudo intervenir en la compraventa, habiendo quedado acreditado que para la adjudicación de las viviendas promovidas por el Concejo de Biurrun se primaba el ser natural de Biurrun, hijo de nacidos en esa localidad o tener la residencia en la misma, circunstancias que no eran predicables respecto del actor. Se afirma seguidamente que "entonces cobra trascendencia que tanto el actor como su madre contribuyeran de manera decisiva a financiar la adquisición de la vivienda, así como que el actor suscribiera con la demandada el préstamo hipotecario". Asimismo, fue también dato importante la declaración de una testigo, amiga de la demandada, quien tras reconocer que esta no tenía trabajo estable cuando se adjudicó la vivienda litigiosa, afirmó que la adquirieron "por si los dos seguían viviendo juntos".

La SAP La Coruña 10 junio 2002 (Tol 239650) entendió que la vivienda pertenecía a los dos convivientes por mitad, a pesar de que figuraba, exclusivamente, a nombre de la mujer. El Tribunal dedujo dicha comunidad de la existencia de una cuenta corriente conjunta en la que durante el tiempo en que duró la convivencia (siete años) los dos habían ingresado sus respectivas percepciones económicas derivadas de su trabajo personal, y con cargo a la cual se había pagado el precio y los gastos notariales y registrales. En el caso litigioso la vivienda se había puesto a nombre de la mujer, porque, al tiempo de su adquisición, el varón, aunque separado de hecho, seguía estando casado con otra persona. Se trataba, pues, de evitar eventuales reclamaciones de su cónyuge acerca de la titularidad de la vivienda fundadas en la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC.

38 La SAP Salamanca 29 junio 1995 (AC 1995, 1200) desestimó la pretensión de la mujer, de que se declarase la existencia de una comunidad de bienes tácitamente constituida sobre la vivienda, a pesar de que existían diversas cuentas corrientes conjuntas a nombre de ambos integrantes de la pareja, por no haberse demostrado que la demandante hubiera realizado ingresos en alguna de dichas cuentas. La Audiencia entendió que la cotitularidad de las cuentas bancarias "ni determina ni acredita condominio de su contenido" y concluyó afirmando que "la circunstancia de que haya varios titulares de un depósito bancario es más bien operativa para la dinámica del contrato, de forma que cualquiera de dichos titulares ostenta facultad de disposición frente al banco, bien individual o conjuntamente, pero sin establecer la existencia de un condominio, ya que éste lo fijan las relaciones internas de los titulares y más en concreto la originaria pertenencia de los fondos depositados".

La SAP Burgos 13 noviembre 2001 (Tol 140238) negó que se hubiera constituido una comunidad tácita sobre la vivienda, porque, aunque la convivencia había durado más de dieciséis años y aunque se había probado la existencia de varias cuentas corrientes conjuntas, no obstante, se había llegado a la conclusión de que los fondos de dichas cuentas corrientes pertenecían exclusivamente al varón, que es quien había hecho todos los ingresos, procedentes de su pensión de jubilación, sin que hubiera podido probarse que la mujer hubiese hecho alguna aportación.

39 *Vid*., entre otras muchas, STS 15 febrero 2013 (RJ 2013, 2014), que declaró que era de propiedad exclusiva del marido el importe de un premio de lotería que le había donado su madre, sin haberse hecho referencia alguna (en el contrato de donación) a la mujer, importe, que fue posteriormente ingresado en una cuenta corriente que figuraba a nombre de los dos cónyuges.

ingresado[40] (o a quien le pertenezca, según lo pactado por los cuentacorrentistas en sus relaciones internas)[41].

B) Pagos realizados con cargo cuentas de titularidad individual (posible existencia de fiducia).

En sentido inverso, la circunstancia de que el precio de la vivienda o de que la amortización del préstamo concedido para su adquisición haya sido satisfecho con cargo a una cuenta de titularidad exclusiva del conviviente a cuyo nombre figura la vivienda es, en principio, un claro indicio de que la vivienda pertenece solamente a dicho conviviente y que, por lo tanto, no existe sobre ella una comunidad de bienes tácitamente constituida[42].

No obstante, el dato de que la cuenta corriente con cargo a la cual se paga el precio de la vivienda aparezca exclusivamente a nombre de uno solo de los convivientes, que aparece como único adquirente en la escritura de compraventa (negocio fiduciario), con el fin de reforzar la apariencia (no correspondiente a la realidad) de ser aquel titular exclusivo de la vivienda (por ejemplo, para evitar

40 *Vid.* en tal sentido SAP Las Palmas 19 enero 2016 (AC 2016, 379), que consideró que un deposito indistinto, que figuraba a nombre de ambos convivientes era, en realidad de uno de ellos. El dinero depositado provenía de una cuenta conjunta, pero pudo demostrarse que previamente había existido una trasferencia de dicho dinero a la cuenta conjunta a partir de una cuenta de titularidad exclusiva de uno de los convivientes, cuenta a la que se trasfirió el importe del depósito, una vez vencido este.

41 La SAP Badajoz 10 junio 2015 (AC 2015, 953) consideró que existía una comunidad de bienes sobre unos títulos bancarios adquiridos por un conviviente con cargo a fondos procedentes de una cuenta corriente exclusiva suya, pero que, no obstante, fueron ingresados en una cuenta de valores de las que ambos convivientes eran titulares y en la que ya había depositados títulos de otra entidad. Afirma que el adquirente "no opta por ingresar esos valores en una cuenta sólo aperturada a su nombre" (tenía otras, que sí lo estaban), sino en la que estaba abierta a "nombre suyo y de su pareja desde hace casi 30 años". Resultaba, además, que en el IRPF cada uno de ellos tributaba por el 50% de los rendimientos derivados de dicha cuenta de valores.

42 La SAP Madrid 15 enero 2002 (JUR 2002, 121529) negó, así, la pretensión de la mujer reclamante, de que se declarase la existencia de una comunidad sobre la vivienda, porque esta aparecía exclusivamente a nombre del varón y las amortizaciones del crédito hipotecario habían sido realizadas íntegramente con cargo a la cuenta personal de aquél, sin que la actora hubiera logrado probar haber aportado fondos a dicha cuenta para pagar las mensualidades del referido crédito, o que existiera una cuenta corriente conjunta para el pago de la hipoteca.
La SAP Vizcaya 6 septiembre 2002 (JUR 2003, 89219), desestimó, en este caso, la demanda del varón, de que se declarara la existencia de una comunidad de bienes sobre la casa donde ambos convivientes había residido durante doce años. Entendió que el mero hecho de que existieran cuentas corrientes bancarias conjuntas, en una de las cuales el varón había ingresado su nómina durante dos años, no autorizaba a entender constituida una comunidad de bienes sobre la vivienda, dado que la concreta cuenta corriente con cargo a la cual se había amortizado el crédito hipotecario era de titularidad exclusiva de la mujer.
La SAP Málaga 28 septiembre 2017 (JUR 2018, 73290) desestimó la demanda de uno de los convivientes, de que se declarase la existencia de una comunidad de bienes sobre dos viviendas, que aparecían a nombre de uno de ellos, a diferencia de lo que acontecía con otra, que era propiedad de ambos, extremo este, no discutido en el litigio. Resaltó la circunstancia de que no existían cuentas corrientes conjuntas, ni documento privado que reconociese la copropiedad de la demandante, afirmando que cuando los convivientes "han querido tener algo en común así lo han manifestado, prueba de ello es la primera vivienda en copropiedad, y cuando no, la titularidad ha sido atribuido al que han querido de ellos".
La mera circunstancia de que, en la cuenta corriente de titularidad exclusiva, con cargo a la cual se satisfacen las cuotas de amortización, se halle autorizado el conviviente no titular no permite deducir, lógicamente, la constitución tácita de una comunidad de bienes sobre la vivienda, ya que dicha autorización, en ningún caso, presupone la cotitularidad de los fondos depositados. *Vid.* en este sentido SSAP Alicante 29 octubre 2001 (Tol 100157) y Pontevedra 28 abril 2006 (Tol 938477).

que sea embargada por deudas del otro o para que sea más fácil acceder a ella, si es de protección oficial[43]), no es óbice para que pueda probarse que existe una comunidad de bienes sobre dicha vivienda, si logra demostrarse que el otro conviviente ha realizado ingresos periódicos en dicha cuenta[44].

C) Atribución voluntaria de carácter común, con independencia de la propiedad del dinero empleado para la adquisición de la vivienda.

Los indicios expuestos sirven para probar que una vivienda que figura a nombre de uno de los convivientes es, en realidad, de los dos, basándose en la circunstancia de que ambos aportaron dinero para adquirirla.

Pero puede darse el supuesto de viviendas que figuren a nombre de los dos convivientes, a pesar de haber sido compradas con dinero de uno solo de ellos, porque, no obstante ello, haya habido un propósito de adquirirla para ambos (por ejemplo, para compensar la dedicación a la familia de quien no ejerce un trabajo remunerado o por considerar que se está ante una adquisición fruto de un ahorro común)[45].

Si este propósito existe (hay que partir de la presunción de la coincidencia entre la voluntad real y la declarada)[46], el conviviente que pagó la vivienda no puede pretender que no hay comunidad de bienes sobre la misma, argumentando

43 Es el caso contemplado por la SAP Alicante 16 diciembre 2016 (JUR 2017, 42869), que entendió que había una comunidad de bienes sobre una vivienda de protección oficial comprada por uno solo de los convivientes. Para ello, tuvo en cuenta las diversas pruebas testificales de las que se deducía un propósito común de adquirir la vivienda para los dos: así, la directora de la sucursal bancaria declaró que "ambos estaban juntos en el préstamo" y una trabajadora de la promotora que "ambos acudieron para interesarse en la compra de una vivienda", indicándoseles la conveniencia de que figurara a nombre de uno de ellos para tener acceso a la concesión de ayudas. Además, que la demandada había avalado el préstamo y conservaba toda la documentación relativa al mismo y a la compra. Respecto de la cuota en la comunidad de cada uno de los convivientes, entendió que cabía "presumir una auténtica voluntad de adquisición al 50%, independientemente de una mayor o menor contribución por parte de cada uno de los compradores".

44 La SAP Pontevedra 6 abril 1998 (AC 1998, 4691), consideró, así, que existía una comunidad de bienes sobre la casa, a pesar de que su precio de compra había sido satisfecho con fondos procedentes de una cuenta corriente bancaria que estaba a nombre de la mujer, la cual también aparecía como titular exclusiva de la vivienda. Llegó a esta conclusión, tras constatar los frecuentes ingresos de dinero que el varón había realizado en la referida cuenta corriente, así como la declaración testifical del vendedor, que había afirmado que los convivientes le habían manifestado que, aunque la adquisición se hacía formalmente a nombre de la mujer, realmente, eran ambos, quienes la adquirían, por mitad.

45 Lo constata Chaparro Matamoros, P: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 324-326, que se refiere a la existencia de "un pacto tácito de compensar la nula o escasa aportación económica de uno de los convivientes (generalmente, la mujer) a la adquisición de la vivienda familiar con la realización de las labores domésticas y la atención al otro conviviente".

46 Quien sostenga lo contrario deberá probar la simulación, tal y como exige la STS 14 mayo 2004 (Tol 420587), según la cual "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 tanto, no puede estimarse la demanda en que pide la declaración de propiedad exclusiva de la vivienda adquirida en común".

que el precio se pagó con fondos enteramente suyos[47], como tampoco reclamar al otro comunero el reembolso de la mitad del precio por él pagado, invocando el art. 1158.II CC, pues los convivientes, en el ejercicio del principio de autonomía privada, pueden pactar adquirir en común una vivienda, con independencia de a quién pertenezca el dinero empleado para pagar el precio (y, por lo tanto, sin derecho a reembolso, si el dinero es de uno solo de ellos, por ejemplo, el que percibe rendimientos del trabajo)[48].

No obstante, la jurisprudencia admite el derecho de reembolso respecto de los pagos realizados por uno de los convivientes, después de la ruptura de la convivencia[49].

D) Adquisición de vivienda por uno solo de los convivientes antes del inicio de la vida en común.

Por último, hay que tener en cuenta que, si la vivienda ha sido adquirida por uno de los convivientes con anterioridad al inicio de la convivencia (y, por lo tanto, aparece como único propietario en la escritura de compraventa), la jurisprudencia es reacia a considerar constituida tácitamente una comunidad de bienes sobre ella, aunque, posteriormente, parte del precio aplazado haya sido satisfecho por el otro conviviente, reconociéndole, en tal caso, un derecho de reembolso, al extinguirse la unión de hecho[50].

47 *Vid.* STS 14 mayo 2004 (Tol 420587), conforme a la cual "El mantenimiento durante toda la convivencia, de la cotitularidad dominical de los dos convivientes sobre su vivienda, adquirida por mitad y pro indiviso, implica que la petición por uno de ellos de que es de su exclusividad propiedad por haberla pagado desconociendo la colaboración y la aportación de ella, la infracción de la doctrina de los actos propios".
La SAP Murcia 20 enero 2015 (JUR 2015, 68724) consideró que, aunque no había quedado probada la existencia de un pacto de los convivientes de crear una comunidad que tuviera por objeto las ganancias procedentes de las actividades profesionales, sin embargo, sí había quedado demostrada la intención de comprar una concreta finca para ambos. En la escritura de compraventa el conviviente compareciente había declarado adquirir la finca "para su matrimonio", lo que (más allá de la impropiedad del término utilizado) se califica como un acto concluyente de querer establecer una comunidad sobre el inmueble, "por voluntad conjunta o por voluntad exclusiva [del compareciente] lo que en todo caso es indiferente".

48 La STS 14 mayo 2004 (Tol 420587) considera "inaceptable" la pretensión alternativa del conviviente que había pagado íntegramente el precio de la vivienda comprada pro indiviso (su pretensión principal había sido que se le declarara propietario exclusivo de la misma], de que "se le abonen por la demandada una serie de gastos, siendo así que no se plantea el abono a ésta de los gastos, esfuerzos y aportaciones personales debidas a la convivencia en general y al cuidado de la hija común en particular".
Vid. en el mismo sentido, SAP Madrid 28 abril 2015 (JUR 2015, 158956), como también SAP Orense 23 junio 2016 (AC 2016, 1226), que, revocando la sentencia apelada, desestimó la demanda de un conviviente de que el otro le abonara el 50% de las cuotas de dos hipotecas que gravaban dos viviendas inscritas a nombre de los dos, así como el mismo porcentaje de los impuestos y gastos de comunidad, que él había satisfecho totalmente. Afirma que "los convivientes decidieron adquirir los inmuebles en común y proindiviso, independientemente del origen del dinero empleado para el pago, por lo que no puede el actor pedir ahora el reembolso de la mitad de las cuotas hipotecarias y gastos, sin tener en cuenta las aportaciones personales de la vida en común, y económicas".

49 *Vid.* en este sentido, SAP Madrid 28 abril 2015 (JUR 2015, 158956) y SAP Orense 23 junio 2016 (AC 2016, 1226).

50 En tal sentido se orienta, SAP Vizcaya 31 marzo 2017 (JUR 2017, 136536), que justificó tal solución en la aplicación analógica de los arts. 1354 y 1357 CC.
Más prudentemente, SAP Madrid 15 junio 2016 (JUR 2016, 211695) niega la existencia de comunidad sobre una vivienda, constatando la circunstancia de que la demandada figuraba como compradora única de la

Esta solución, a mi entender, es correcta, aunque debe matizarse, en el sentido de que es posible la existencia de una comunidad tácita, cuando la compra la realice uno solo de los convivientes, antes de iniciarse la convivencia, pero en vistas a instaurarla con el otro.[51]

2. La constitución tácita de una sociedad irregular o de una comunidad de bienes en torno al ejercicio de una actividad profesional o empresarial.

Tampoco son infrecuentes las sentencias en que los Tribunales aprecian la voluntad tácita de los convivientes de constituir entre ellos una sociedad particular de ganancias (art. 1678 CC), que se regirá, en cuanto sociedad irregular, por las normas de la comunidad de bienes (art. 1669 CC), entre ellas, por el art. 393.II CC, conforme al cual las participaciones de los integrantes de la unión de hecho se presumen iguales.

A) Indicios probatorios.

En general, se entiende que concurre dicha voluntad cuando uno de los convivientes ha participado en la actividad empresarial o comercial del otro, durante un período de tiempo prolongado y de manera permanente; y, ante la dificultad de determinar la cuantía de las respectivas participaciones, suele liquidarse la sociedad atribuyendo a cada uno de ellos la mitad del patrimonio común[52].

---

misma en un contrato celebrado dos años antes de haberse iniciado la convivencia, habiendo sido la única pagadora de las cuotas del préstamo hipotecario desde su cuenta, "sin que figure pago alguno del actor para contribuir a esta deuda" (por lo que no le concede ningún derecho de reembolso).

51 Por lo demás, tampoco puede excluirse que, con posterioridad a la adquisición de la vivienda, los convivientes atribuyan a la vivienda carácter común.

52 La STS 18 mayo 1992 (Tol 1659829) entendió que los convivientes habían constituido tácitamente una sociedad irregular 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". En el supuesto litigioso había existido una convivencia de hecho de veinte años y una colaboración de la mujer en la actividad profesional del varón, que era agente comercial, representante y distribuidor de comestibles, y con cuyos beneficios se habían adquirido dos viviendas, tres automóviles, ajuar doméstico, mobiliario, ropas y joyas, patrimonio que el Supremo consideró común, a pesar de que todos los bienes estaban a nombre del varón, hablando de una "titularidad fiduciaria" sobre dichos bienes, "a la que se superponía la verdadera titularidad compartida", que pertenece a ambos convivientes por partes iguales.
La STS 18 marzo 1995 (Tol 1667230) consideró la existencia de una sociedad irregular, en este caso, calificada, como civil, basándose en los *facta concludentia* de los litigantes, los cuales habían convivido "un periodo de tiempo prolongado en el que ambos ejercieron juntos diversas actividades industriales y adquirieron bienes conjunta o individualmente uno de ellos, pero para la sociedad que su prolongada convivencia y trabajo en común habían consolidado".
La SAP Alicante 17 mayo 2001 (Tol 63718) se pronunció en favor de la existencia de una sociedad irregular entre los integrantes de una unión de hecho, al haber quedado acreditado por prueba testifical que durante el tiempo que había durado la convivencia *more uxorio* (cincuenta años) hubo una aportación constante de trabajo por parte de la mujer en el negocio del varón, generándose unos ingresos, con los que se adquirió un patrimonio común, entendiendo la Audiencia que los bienes integrantes de dicho patrimonio debían ser divididos por partes iguales entre los dos convivientes.
La SAP Palmas 22 mayo 2001 (JUR 2002, 29175) consideró tácitamente constituida una "comunidad de bienes", que, en puridad, era una sociedad irregular, la cual tenía por objeto la explotación de un bar, con cuyos ingresos se habían comprado dos viviendas. La convivencia *more uxorio* también había sido prolongada y existían hijos comunes. La Audiencia afirmó que "la explotación del negocio fue realizada desde el inicio

Por el contrario, los Tribunales se muestran reacios a entender que ha quedado probada la voluntad tácita de constituir una sociedad, cuando la colaboración del reclamante en las actividades empresariales o comerciales del otro conviviente ha sido pasajera u ocasional, en particular, si consta que durante el tiempo en que se desarrolló la convivencia de hecho mantuvo una actividad laboral retribuida, propia e independiente de la desplegada por su compañero[53].

B) Comunidad de bienes 'versus' sociedad irregular.

Conviene precisar que la jurisprudencia más reciente tiende a considerar que los convivientes constituyeron, no una sociedad irregular, sino una comunidad de bienes, que tuvo como finalidad el desarrollo de una actividad profesional, comercial o empresarial en que los dos colaboraron, con el fin de atribuirles las ganancias obtenidas, mientras duró la convivencia. Quizás, porque esta calificación se ajusta mejor a la libertad que tienen los convivientes para poner fin al ejercicio conjunto de la actividad, tras la ruptura de la unión de hecho.

Se ha deducido, así, la existencia de una comunidad de bienes sobre los ingresos obtenidos por los convivientes en un negocio de venta de artesanía, basándose en la duración de la unión (diez años) y en la explotación comercial conjunta, "con todo un juego de cuentas bancarias en común"[54]. Por el contrario, se entendió

de forma conjunta, siendo sus beneficios la fuente de ingresos de la familia", afirmación que fundamentó en las declaraciones testificales de los clientes y de los proveedores, los cuales manifestaron que siempre habían considerado dueños del negocio a los dos convivientes, ya que ambos lo regentaban y trabajaban en él indistintamente.

La SAP Valencia 12 febrero 2002 (Tol 231438) dedujo la existencia de una sociedad civil irregular tácitamente constituida por los integrantes de la unión de hecho, cuya convivencia había durado veinte años, y que tenían dos hijos comunes. El objeto de la sociedad fue la explotación de la empresa juguetera del varón demandado. La Audiencia afirma que "consta que entre los litigantes hubo una auténtica *affectio societatis*, reflejada en la colaboración activa y consciente en el negocio familiar, en pie de igualdad, con reparto especializado de tareas, la actora con su aportación personal en la dirección de las tiendas de juguetería, y el demandado en el ámbito fiscal, laboral y bancario"; y prosigue: "los hechos concluyentes de los litigantes que constituyeron la base de su sociedad, fueron la aportación de su esfuerzo común para la obtención no sólo de medios de subsistencia suficientes para el sostenimiento de la familia, sino también la consecución de un importante patrimonio, cuya titularidad formal ostenta sólo el demandado". El patrimonio en cuestión estaba formado por varias viviendas, garajes y locales comerciales, así como por títulos valores y por el saldo de diversas cuentas corrientes.

53 La STS 11 diciembre 1992 (Tol 1654941) rechazó, así, la pretensión de que se estimara constituida tácitamente una sociedad civil irregular entre los convivientes, ya que éstos se habían dedicado actividades distintas, sin que hubiera logrado probarse ningún acuerdo para que los bienes que respectivamente adquirieron durante el tiempo que había durado la convivencia (once años) se atribuyeran a ambos, por lo que el Tribunal llegó a la conclusión de que no había existido *affectio societatis*.

La SAP Zaragoza 26 noviembre 1999 (AC 1999, 6500) entendió que no había quedado acreditada la voluntad tácita de los convivientes de constituir una sociedad irregular, rechazando, así, la pretensión de la mujer, de que se dividieran por mitad los bienes adquiridos con los ingresos resultantes de la explotación de una empresa de transporte de ganado, perteneciente al varón, en la cual aquella afirmaba haber colaborado con su esfuerzo personal durante el tiempo que había durado la unión de hecho. Argumentó la Audiencia que la demandante siempre había mantenido una actividad laboral continuada, propia e independiente, y que solo ocasionalmente y de manera accesoria había colaborado en la actividad comercial del demandado, "recogiendo algunos encargos por teléfono para él y sirviendo de compañía en muy contados viajes".

54 STS 22 febrero 2006 (Tol 846265).

La SAP Asturias 15 marzo 2004 (JUR 2004, 120634) apreció la existencia de una comunidad de bienes sobre los bares de alterne que regentaban los convivientes, basándose en la duración de la unión (casi

que no había habido voluntad de constituir tácitamente una comunidad sobre una clínica veterinaria, que constaba exclusivamente a nombre del varón demandado y en la que la mujer demandante había colaborado en tareas administrativas y de funcionamiento. El dato decisivo para decidir el litigio fue la existencia de un contrato de trabajo a favor de la demandada[55].

IV. PACTOS RELATIVOS A INSTITUCIONES O FIGURAS LEGALES CONEXAS AL MATRIMONIO.

Particular interés suscita la posibilidad de que los convivientes de hecho puedan pactar acogerse a instituciones o figuras legales que el Código civil prevé para el matrimonio, aunque, en realidad, si se observa la práctica, resulta que, normalmente, en los raros casos en que los convivientes pactan lo suelen hacer, precisamente, para excluir la aplicación de las mismas.

1. Imposibilidad de acogerse convencionalmente al régimen legal de gananciales.

En su momento suscitó gran polémica la posibilidad de que los convivientes pudieran acogerse al régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales, cuya regulación legal presupone, obviamente, la existencia de un matrimonio[56].

---

treinta años) y en "la explotación conjunta de los negocios, que implicaba además la titularidad también conjunta de una cuenta bancaria en la que ambos habían domiciliado las pensiones que percibían del INSS". La SAP Asturias 1 septiembre 2009 (JUR 2009, 416537) resolvió un recurso de apelación en el que se discutía sobre la existencia de una comunidad de bienes respecto de dos negocios de venta de ropa y complementos, en los que la mujer había trabajado de dependienta, atendiendo a los clientes, llevando el almacén y tratando con los mayoristas. Respecto del primer negocio, negó la pretendida comunidad, por considerarla incongruente con el contrato laboral de la demandante, afirmando que el trabajo por ella desempeñado "no pudo obedecer a una intención implícita de aportar su trabajo al acervo común, sino de cumplir con la prestación laboral para la que precisamente había sido contratada". Sin embargo, la Audiencia sí apreció una comunidad de bienes sobre el otro negocio, que fue abierto posteriormente y en el que la mujer desempeñaba sus funciones sin contrato de trabajo, afirmando que "no puede patentizarse una voluntad expresa de que continuara la relación laboral que habían venido manteniendo hasta ese momento", y en virtud de la cual había trabajado en el primero de los negocios abiertos.

55 STS 8 mayo 2008 (Tol 1324496).

56 Ciertamente, un sector de la doctrina admitió expresamente la posibilidad de que los convivientes puedan pactar sujetar sus relaciones económicas a la sociedad de gananciales, inclusos con efectos frente a terceros, constando en escritura pública la certeza de la fecha del pacto. Es el caso, por ejemplo, de Bustos Gómez-Rico, M.: "Las relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros", en AA.VV.: *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, p. 482; o de Muñoz de Dios, G.: "Régimen económico en las uniones extramatrimoniales", *La Ley*, 1987-2, p. 1167.
Ahora bien, en no pocos casos, si se leen detenidamente los términos en que se expresaban los autores, creo que puede deducirse que, en realidad, no propugnaban, sin más, la posibilidad de que puedan acogerse a la integridad del régimen económico matrimonial, incluidas las reglas de responsabilidad frente a terceros. Así, Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Las parejas de hecho", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1993, vol. I, Doctrina, BIB 1993/16, tras admitir el pacto de sujeción a sociedad de gananciales, se plantea, de modo inmediato su eficacia frente a terceros en términos dubitativos. Dice, así: "¿Se extiende esta conclusión (por lo que se refiere al supuesto de pacto) a los efectos frente a terceros? Si la respuesta es positiva, ¿en qué condiciones se producen esos efectos frente a terceros?".
Más recientemente, Mesa Marrero, C.: *Las uniones de hecho,* cit., p. 105, con apoyo en el principio de autonomía de la voluntad, considera "adecuado y plenamente válido que la pareja decida someter sus intereses económicos al régimen jurídico que voluntariamente elijan, sea éste uno de los regulados para el matrimonio o cualquier otro". Sin embargo, no parece que la autora esté admitiendo una remisión pactada

A mi parecer, los convivientes pueden pactar (con arreglo al principio de libertad de forma, consagrado en el art. 1278 CC)[57] una comunidad que tenga por objeto las ganancias obtenidas por cualquiera de ellos durante la convivencia y su reparto por mitad, una vez extinguida aquélla[58], pero lo que no pueden hacer es pactar una sociedad de gananciales[59]; y ello, porque las normas que la regulan no solo tienen efectos internos (entre los cónyuges), sino también externos (frente a terceros), determinando erga omnes la titularidad de los bienes que integran las respetivas masas patrimoniales, su sistema de administración y de disposición y el régimen de responsabilidad a que están sujetos[60], efectos, estos últimos, que solo

en bloque al régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales, pues, en otro lugar de la misma obra (p. 169), afirma que si los convivientes pactaron sujetarse a dicho régimen "no hay obstáculos que impidan la aplicación de las de liquidación" del mismo en el momento de la ruptura.
Para Pous de la Flor, Mª P: "Crisis de parejas: consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 712, 2009, p. 818, "es posible la aplicación de un régimen económico matrimonial a una unión de hecho, siempre que los convivientes hayan pactado de forma expresa o tácitamente someter su vida patrimonial a dicho régimen". No obstante, cuando en las pp. 819-820, se refiere al supuesto en que los convivientes hayan pactado someterse al régimen de sociedad de gananciales, centra las consecuencias de dicho pacto en la aplicación del art. 1344 CC y en las normas de liquidación de dicho régimen.

57 No estamos ante capitulaciones matrimoniales, por lo que no es aplicable el art. 1327 CC.

58 En palabras de Lacruz Berdejo, J. L.: "Convivencia *more uxorio*", cit., p. 1069, lo que los convivientes pueden pactar es "un régimen de bienes societarios equivalente –hasta cierto punto- a la comunidad conyugal legal".

59 Cfr. en este sentido, claramente, Torres Lana, J. A.: "De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1993, vol. II, Doctrina, BIB 1993/131, como también Martínez De Aguirre, C.: "Acuerdos entre convivientes", cit., pp. 866-888, para quien los convivientes podrán pactar una sociedad universal de ganancias, pero no una sociedad de gananciales, aunque, por aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, entiende que, si los convivientes estipulan una sociedad de gananciales, habrá de interpretarse dicha estipulación en el sentido más conforme a lo que está al alcance de su voluntad, "lo que equivaldría a entender constituida una sociedad universal ganancias, con el contenido contractual (no estatutario) del régimen de gananciales", esto es, con exclusión de las normas "mediante las que se determina *erga omnes* el concreto estatuto de los patrimonios de los cónyuges y de los bienes que los componen (y que los compondrán), incluidas las responsabilidades a las que tales bienes están afectos". Pantaleón Prieto, F.: "Régimen jurídico", cit., p. 74, por su parte, remarcando la diferencia existente entre "un contrato y un régimen económico", entiende que los convivientes "pueden conseguir los efectos de los gananciales por la sociedad universal de ganancias, pero no tener un régimen económico".

60 Gálvez Criado, A.: "El principio general", cit., p. 1842, observa, así, que "La opinión general es que tales pactos despliegan sus efectos en las relaciones internas entre los convivientes, sobre todo de cara a la extinción del régimen, que habrá de hacerse en términos económicos como si de cónyuges se tratara, pero no producen efectos frente a terceros, pues los convivientes habrán creado un pacto, pero no un régimen económico, que sólo puede establecer el legislador (o los cónyuges por delegación del legislador)"; y añade: "Esto significa que habrá que distinguir entre una esfera interna (entre los convivientes existe un 'acuerdo' de ganancialidad, que podrá instrumentarse incluso a través de una sociedad universal de ganancias) y otra externa (frente a terceros se aplican las reglas generales sobre titularidad de los bienes, administración, disposición y responsabilidad).

se pueden producir por expresa previsión de la Ley[61], y no por meros actos de autonomía privada (ni de los cónyuges, ni de los convivientes)[62].

La Dirección General de los Registros y del Notariado[63] ha negado, así la inscripción de una escritura de aportación de un inmueble a una "sociedad de gananciales" constituida por dos convivientes en una escritura pública, inscrita en un Registro administrativo de uniones de hecho, afirmando que "no está regulada en las leyes una aplicación genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, incluso cuando haya sido objeto de un pacto expreso de remisión"; añade que "resulta difícil extender una organización jurídica basada en el carácter público del estatuto conyugal a unas relaciones personales, que desde el punto de vista jurídico –no así desde el social-, destacan precisamente por lo contrario"; y concluye "que carece de sentido aplicar a las uniones extramatrimoniales el régimen legal supletorio de la sociedad de gananciales, incluso mediante pacto expreso de los convivientes"[64].

No obstante, hay que decir que en la práctica, cada vez serán raros los pactos de este tipo, pues si los convivientes pactan, normalmente, lo harán para excluir la existencia de una comunidad de ganancias, dejando clara la separación de sus respectivos patrimonios y haciendo constar que a cada uno de ellos les corresponde la propiedad y administración exclusiva de los bienes que los integran y de los que posteriormente pudiera adquirir por cualquier título.

61 Como acontece en Galicia, para los convivientes que, habiendo inscrito la unión de hecho en el Registro autonómico, no pacten lo contrario, según resulta del núm. 3 de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de dicha Comunidad Autónoma, en relación con el art. 171 de la misma, que establece como régimen legal económico matrimonial supletorio la sociedad de gananciales, extendiendo el núm. 3 de la Disposición Adicional Tercera a los integrantes de las parejas de hecho registradas "los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges". *Vid.* en tal sentido, en la doctrina, García Rubio, Mª P.: "La jurisprudencia", cit., pp. 166-168; y, en la jurisprudencia, SSAP La Coruña 14 marzo 2018 (JUR 2018, 130977), 4 mayo 2018 (JUR 2018, 184905) y 20 junio 2018 (JUR 2018, 264819).

62 Martínez De Aguirre, C.: "Acuerdos entre convivientes", cit., pp. 865-866, observa, así que "el régimen económico matrimonial es siempre legal (aunque sea mediante normas delegadas, como son las otrogadas mediante capítulos por los cónyuges), y encuentra el fundamento de su eficacia jurídica en la propia ley, y no en la voluntad de los cónyuges": y, respecto de los convivientes, que "los mismos pueden llegar válida y eficazmente, sin otros límites que los legales, a los pactos que estimen por conveniente en lo que respecta a las relaciones entre ellos. Lo que no pueden hacer es establecer por pacto, con efectos reales y automáticos y eficacia erga omnes, el estatuto personal y futuro de sus respectivos patrimonios"; "eso –concluye- sólo puede hacerlo la ley (y lo hace sólo respecto al matrimonio) o los cónyuges por delegación de la ley".

63 RDGRN 7 febrero 2013 (BOE 4 marzo 2013, p. 17011).

64 Observa que "Esto es así por los siguientes motivos: 1. La imposibilidad de crear una sociedad de gananciales –que es un régimen económico matrimonial- sin matrimonio; 2. Falta de publicidad de la misma frente a terceros; y 3. La imposibilidad de pactar entre los convivientes capítulos matrimoniales y dado que los regímenes económico matrimoniales sólo pueden establecerse a través de capitulaciones matrimoniales, de ello se derivaría que los convivientes no pueden pactar que entre los mismos rijan las normas reguladores de un régimen económico como es el de sociedad de gananciales".

En cualquier caso, hay que resaltar que la jurisprudencia[65] es constante al afirmar que, dado que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades equivalentes (no hay identidad de razón entre ellos), es improcedente aplicar analógicamente a estas últimas las normas de la sociedad de gananciales, en particular, el art. 1344 CC, conforme al cual los cónyuges hacen comunes las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse la sociedad[66].

En particular, los Tribunales han excluido repetidamente la aplicación analógica en las uniones de hecho del art. 1351 CC, que considera gananciales los premios obtenidos en el juego por cualquiera de los cónyuges[67]. Así sucedió, por ejemplo, en un caso en el cual un conviviente reclamaba al otro el 50% del importe del "Cuponazo" de la ONCE. El Supremo excluyó la aplicación de dicho precepto, afirmando que para el éxito de su pretensión el demandante debería haber demostrado que había habido un pacto (expreso o tácito), entre ellos, dirigido a crear una comunidad de ganancias o una comunidad sobre el dinero obtenido con el premio, cosa que, a su juicio, no había resultado probada. Dio, así, por buena la valoración de la prueba efectuada por sentencia recurrida, la cual había constatado que el dinero del premio había sido ingresado en una cuenta exclusiva de la demanda, por lo que no podía deducirse que los convivientes hubieran decidido "compartir todas las ganancias en régimen de comunidad, sino que gozaron de una independencia económica, en función de los ingresos de que disponían, sin perjuicio de que decidieran comprar una vivienda por partes iguales y abrir unas cuentas corrientes en que algunos gastos comunes se pudieran cubrir".

Por la misma razón antes apuntada (inexistencia de identidad de razón entre matrimonio y unión de hecho) tampoco la jurisprudencia considera que proceda aplicar analógicamente a las uniones de hecho las normas del régimen económico matrimonial de separación de bienes[68], en concreto, el art. 1438 CC[69], que atribuye

65 A la que en este punto sigue el común de la doctrina. V., así, entre otros muchos, Corral Gijón, M. C.: "Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Parte 2ª: Efectos patrimoniales)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 664, 2001, epígrafe II, A; Estrada Alonso, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1991, pp. 174-175; Gallego Domínguez, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, p. 163; Mesa Marrero, C.: *Las uniones de hecho,* cit., p. 101; Pous de la Flor, Mª P: "Crisis de parejas", cit., p. 811.

66 *Vid.* en este sentido SSTS 18 febrero 1993 (Tol 1662753), 22 julio 1993 (Tol 1655594), 27 mayo 1994 (Tol 1665406), 20 octubre 1994 (Tol 1665565), 30 diciembre 1994 (Tol 1665147), 4 marzo 1997 (Tol 215044), 4 junio 1998 (Tol 14803), 23 julio 1998 (Tol 7276), 22 enero 2001 (Tol 99617) y 23 noviembre 2004 (Tol 538271), como también RDGRN 7 febrero 2013 (BOE 4 marzo 2013, p. 17011).

67 *Vid.* en este sentido SSTS 31 octubre 1996 (RJ 1996, 7723), 4 febrero 2010 (RJ 2010, 264) y 16 julio 2011 (RJ 2011, 4246).

68 Téngase en cuenta que el art. 5.3 de la Ley vasca, de 7 de mayo, "reguladora de las parejas de hecho" (tras la reforma llevada a cabo por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco), dispone que "A falta de pacto expreso el régimen económico-patrimonial de las parejas de hecho reguladas en esta ley será el de separación de bienes establecido en el Código Civil".

69 En el ámbito de las legislaciones autonómicas, el art. 239-4.1 del Código civil de Cataluña prevé que, en el caso de cesación de la convivencia *more uxorio*, el conviviente perjudicado pueda pedir una compensación económica por trabajo, semejante a la que puede solicitar el cónyuge al tiempo de la extinción del régimen

al cónyuge que contribuyó al sostenimiento de las cargas del matrimonio, mediante su trabajo para la casa, el derecho a obtener una compensación económica en la cuantía que el Juez señale, al tiempo de la extinción del régimen de separación[70].

No me convence la tesis contraria[71], favorable a la aplicación analógica del art. 1438 CC a las uniones de hecho, basada en el argumento de que la compensación que dicho precepto contempla tiene como causa el empobrecimiento del cónyuge que se ha dedicado al trabajo doméstico. En mi opinión, no es correcto recurrir a dicho precepto, ya que este presupone la existencia de un régimen económico matrimonial (el de separación de bienes), que en el caso de la unión de hecho no existe, pues, por definición, no hay matrimonio; y ello, aunque también aquí haya una separación entre los respectivos patrimonios de los convivientes (salvo que hayan pactado algún tipo de comunidad). Pero ello es bien diferente de la existencia de un estricto régimen económico matrimonial de separación de bienes, que, entre otras cosas, supone la sujeción de los cónyuges a la normas del régimen económico matrimonial primario de los arts. 1315 y ss. CC, además de a las específicas, de los arts. 1435 y ss. CC.

Con el fin de reparar el perjuicio del conviviente empobrecido, me parece más pertinente, acudir, directamente, al principio general de prohibición de enriquecimiento injusto (que, como veremos, es lo que hacen los tribunales): desde un punto de vista práctico, el recurso a dicho principio hace, además, innecesario, la aplicación (aunque fuera analógica) del art. 1438 CC.

No obstante, desde un punto de vista teórico, sí que me parece posible que, del mismo modo, en que los convivientes pueden pactar, no una estricta sociedad de gananciales, sino una comunidad de ganancias, remitiendo su liquidación a las normas de aquélla, puedan también pactar que la liquidación de las relaciones económicas generadas por la convivencia se sujete al art. 1438 CC, si bien, como ya he dicho, a efectos prácticos, las consecuencias que resulten de la aplicación de dicho precepto no diferirán mucho de la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto.

Máxime, cuando el Tribunal Supremo acabe de cambiar la interpretación del art. 1438 CC, según la cual la compensación por contribución a la cargas del matrimonio solo podía tener lugar, cuando quien la reclamara se hubiese dedicado, de manera exclusiva, al trabajo doméstico (aunque fuera con la colaboración

de separación. El precepto es, seguramente, inconstitucional, porque (como acontecía con el declarado inconstitucional art. 5.5. de Ley navarra, de 22 de junio de 2000, "para la igualdad jurídica de las parejas estables"), forma parte de un conjunto de normas que se imponen imperativamente a los convivientes, con independencia de su voluntad de someterse a ellas.

70 *Vid.* en este sentido STS 24 noviembre 1994 (Tol 1665586).

71 Sustentada por Pantaleón Prieto, F.: "Régimen jurídico", cit., p. 74.

ocasional del otro cónyuge o ayuda externa), quedando, por lo tanto, excluida en el caso de que lo hubiera compatibilizado con un trabajo fuera del hogar (en jornada completa o a tiempo parcial)[72]. Según la vigente doctrina jurisprudencial[73], "la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones precarias" puede considerarse como trabajo para la casa, que da derecho a una compensación, pues con ella "se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar". Concretamente, ha reconocido el derecho a cobrar la pensión a una mujer, que no solo había trabajado en la casa, sino también en el negocio familiar, propiedad de la suegra, con un salario moderado (600 euros mensuales), habiendo sido contratada como autónoma, lo que le privaba de indemnización en caso de despido[74].

2. Pactos sobre la aplicación de la pensión compensatoria del art. 97 CC.

Otro de los pactos que suscitan interés es el que pudiera tener por objeto la aplicación de la pensión compensatoria, que el art. 97 CC regula, exclusivamente, en los casos de separación y divorcio.

Antes que nada hay que recordar que, durante un tiempo, la jurisprudencia[75] se mostró favorable a aplicar analógicamente a las uniones de hecho el art. 97 CC, concediendo la pensión por desequilibrio prevista en el precepto para el caso de separación o divorcio al conviviente perjudicado por la ruptura[76]. Sin

72 *Vid.* en este sentido SSTS 14 julio 2011(núm. 534, rec. nº 1691/2008), 31 octubre 2014 (núm. 16, rec. nº 2535/2011), (Pleno) 26 marzo 2015 (núm. 135, rec. nº 3107/2012), 14 abril 2015 (núm. 136, rec. nº 2609/2013), y 15 noviembre 2015 (núm. 614, rec. nº 2498/2013).
No obstante, la STS 28 febrero 2017 (núm. 136, rec. nº 556/2016), parece suavizar la doctrina jurisprudencial tradicional, en la medida en que deniega la compensación solicitada por la mujer, porque esta había compatibilizado el trabajo para la cosa con la colaboración (como administrativa y contable) en la sociedad y actividad empresarial del marido a través de un contrato laboral *por cuenta ajena*, de donde, implícitamente parece deducirse que, si hubiera trabajado como autónoma, la solución podría haber sido otra.

73 Consagrada en STS (Pleno) 26 abril 2017(núm. 252, rec. nº 1370/2016).

74 Apelando a la realidad social actual, para "atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y de la familia".

75 Como también un sector de la doctrina. *Vid.* por ejemplo en este sentido Miralles González, I.: "La disolución de la unión no matrimonial. Efectos", en AA.VV.: *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 213.

76 *Vid.* en este sentido SSTS 5 julio 2001 (Tol 230668) y 16 julio 2002 (Tol 202431).
La primera de ellas condenó al varón, responsable de la ruptura de una convivencia "more uxorio, que había durado quince años, al pago a la mujer abandonada de una indemnización compensatoria de dos millones novecientas setenta y cinco mil pesetas. En esta sentencia el Tribunal Supremo excluyó la aplicación del principio general de prohibición del enriquecimiento injusto, considerando solución más adecuada la aplicación analógica del art. 97 CC, entendiendo que existe "semejanza de la situación matrimonial rota por divorcio o separación que permite al cónyuge al que se le ocasione un desequilibrio económico con la posición del otro, con la situación de convivencia 'more uxorio' de larga duración, rota unilateralmente cuando se origina tal desequilibrio".
La segunda reconoció a la mujer abandonada el derecho a percibir una pensión compensatoria de quince mil pesetas mensuales por ruptura de una convivencia "more uxorio", que había durado seis años, y de la que había nacido un hijo. Nuevamente, el Tribunal Supremo volvió a descartar la aplicación del principio

embargo, en la actualidad es doctrina jurisprudencial consolidada que no procede dicha aplicación analógica, dado que la unión de hecho y el matrimonio no son realidades equivalentes[77].

En efecto, el Pleno del Tribunal Supremo[78], con buen criterio, ha afirmado que "es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio [...] aunque las dos estén dentro del derecho de familia"; añadiendo: "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". "Por ello -continúa diciendo- debe huirse de la aplicación por "analogía iuris" de normas propias del matrimonio, como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación analógica 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"[79].

Ahora bien, se puede profundizar en la cuestión de por qué el legislador civil estableció la pensión compensatoria por desequilibrio económico en caso

---

de prohibición del enriquecimiento injusto, estimando que la aplicación analógica del art. 97 CC era una solución más adecuada en orden a fundamental el fallo.
De Amunátegui Rodríguez, C.: "Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de las parejas no casadas", en AA.VV.: *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. J. M. González Porras y F. P. Méndez González), vol. I, Murcia, 2004, p. 233, al referirse (en una exposición crítica), a esta orientación jurisprudencial favorable a la equiparación entre matrimonio y unión de hecho, decía que parecía que "no tiene marcha atrás".

77 *Vid.* en el mismo sentido en la doctrina, Blanco Pérez-Rubio, L.: "Indemnización por ruptura unilateral en la unión de hecho", *Revista de Derecho Privado*, 2006, febrero, pp. 3-32, en particular, p. 29; Bustos Gómez-Rico, M.: "Las relaciones", cit., p. 444; Chaparro Matamoros, P: *Derecho de uso*, cit., pp. 273-275; Corral Gijón, M. C.: "Las uniones de hecho", cit.; Gallego Domínguez, I.: *Las parejas*, cit., p. 321; Leciñena Ibarra, A.: "Hacia un contractualismo", cit., p. 67; Mesa Marrero, C.: *Las uniones de hecho,* cit., p. 206; Pous de la Flor, Mª P: "Crisis de parejas", cit., p. 811.

78 STS (Pleno) 12 septiembre 2005 (Tol 719651).

79 *Vid.* sentido idéntico SSTS 22 febrero 2006 (Tol 846265), 19 octubre 2006 (Tol 1006910), 27 marzo 2008 (Tol 1354577), 30 octubre 2008 (Tol 1432563), 11 diciembre 2008 (Tol 1432568) y 6 octubre 2011 (Tol 2252090).
Más recientemente, la STS (Pleno) 15 enero 2018 (RJ 2018, 76) reitera la misma doctrina de la imposibilidad de aplicación analógica del art. 97 CC a las uniones de hecho, observando que "La interpretación del Tribunal Constitucional ha reforzado la línea jurisprudencial de esta sala que de que no cabe aplicar por *analogía legis* las normas del matrimonio a los supuestos de ruptura de la convivencia *more uxorio* o unión de hecho, pero no descarta que pueda recurrirse, en defecto de pacto, a principios generales, como el del enriquecimiento injusto".
El TS hace estas observaciones a propósito de la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (Tol 3659972), que, como, se ha dicho, declaró inconstitucionales diversos preceptos de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, que tenían carácter imperativo, al imponer a los convivientes una serie de derechos y obligaciones de carácter civil, prescindiendo de su voluntad de someterse a ellos.
Se refiere al fallo extensamente y, a raíz de él, a la problemática general de la aplicación del principio del enriquecimiento injusto en materia de uniones de hecho, Fariña Fariña, R.: "Algunas consideraciones sobre la aplicación del enriquecimiento sin causa para resolver controversias patrimoniales entre convivientes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 bis, julio 2018, pp. 275-288

de separación y divorcio, lo que obviamente, presupone la existencia de un matrimonio válido. A mi entender, la pensión compensatoria halla (o hallaba) explicación, en buena parte, en la idea de solidaridad post conyugal. La pensión que establece el art. 97 CC en favor del cónyuge divorciado no tiene su fundamento en la convivencia matrimonial, que, a diferencia de lo que acontece respecto de la indemnización del art. 98 CC, no es presupuesto de la aplicación de la norma (otra cosa es lo que en día digan los Tribunales), sino una mera circunstancia cuantificadora de la pensión (cfr. art. 97.6º CC).

El precepto presupone la existencia de un matrimonio, mediante el cual las cónyuges asumieron, entre otras obligaciones incluidas en el *status* de casado, la de socorrerse mutuamente (cfr. arts. 67 y 68 CC), obligación esta, que no cesa total y absolutamente, por la mera disolución del matrimonio por divorcio, sino que se modifica, transformándose en la de satisfacer la pensión compensatoria cuando se den los requisitos previstos en su párrafo primero (es indicativo que en la redacción del precepto debida a la Ley 30/1981, de 7 de julio, la pensión tuviera carácter vitalicio).

La situación es radicalmente distinta en el caso de las uniones de hecho, ya que no existe norma alguna de Derecho común que imponga a los convivientes el deber jurídico de socorrerse mutuamente por el mero hecho de vivir en común, y, de ahí, precisamente, que la atención desinteresada a la familia de uno de ellos pueda dar lugar a un enriquecimiento injusto del otro; pero la mera ruptura de la convivencia, que *per se* no genera obligaciones legales, no dar lugar a la obligación de pagar a una indemnización o pensión compensatoria.

Sin embargo, lo cierto es que el TS, desde hace unos años, viene realizado una relectura del art. 97 CC, que lo aleja de la originaria idea de solidaridad post conyugal, para aproximarlo a la idea de reparación de la pérdida de oportunidades. De acuerdo con la doctrina jurisprudencial actual, a través de la pensión se compensa, exclusivamente, el desequilibrio que tiene su origen en el empobrecimiento que sufre uno de los cónyuges por haberse dedicado durante el matrimonio al cuidado de la familia, de manera exclusiva o prioritaria, o por haber colaborado desinteresadamente en la actividad profesional o económica del otro, con la consiguiente pérdida de oportunidades y dificultad para poder volver a acceder a un empleo[80].

80 *Vid.* en este sentido SSTS 14 marzo 2011 (Tol 2080803) y 16 noviembre 2012 (Tol 2685953), concediendo pensión compensatoria, y SSTS 22 junio 2011 (Tol 2227659) y 17 diciembre 2012 (RJ 2013, 377), rechazándola.
La STS 22 junio 2011 (Tol 2227659) confirmó la sentencia de divorcio recurrida, que había denegado a la mujer su pretensión de seguir recibiendo la pensión compensatoria concedida 2 años antes por la sentencia de separación. Para ello tuvo en cuenta que la mayor dedicación de la mujer a la familia no había sido "un obstáculo o impedimento para su actividad laboral" de auxiliar interina de biblioteca (con un sueldo mensual de 1.649 euros frente a los 2.900 euros percibidos por el marido, en su condición de profesor universitario), la cual había desarrollado durante el matrimonio, y que no había quedado probado que "su

Dada esta nueva concepción de la pensión compensatoria, cabe preguntarse si tiene ya sentido limitarlo exclusivamente a los casos de separación y divorcio y si no convendría extenderla también legalmente a los casos de ruptura de la unión de hecho[81]; y, desde luego, no me cabe ninguna duda de que los convivientes pueden estipular la obligación de pagar una pensión compensatoria por desequilibrio al tiempo de la extinción de la unión, remitiéndose, si, así lo desean al régimen legal de los arts. 97 y ss. CC[82].

menor cualificación profesional, origen de la diferencia salarial y de la menor estabilidad de su empleo, respecto al de su esposo", fuera "una consecuencia directa del matrimonio", y no "de sus propias actitudes y capacidades".

Se afirma, además, que el desequilibrio que se trata de compensar debe estar estrictamente causado por la separación o por el divorcio; y no, por una inicial situación de desigualdad entre sus respectivos patrimonios o cualificaciones profesionales, previa a la celebración del matrimonio.

La STS 23 enero 2012 (Tol 2407043) observa que no existe derecho a percibir una compensación, cuando el desequilibrio tenga su exclusivo origen en "la diferente aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno de los miembros de la pareja". Concretamente, se la deniega a la mujer, de profesión enfermera, que se encontraba en situación de excedencia voluntaria. Afirma, así, que una cosa es que "la dedicación de la esposa a la familia le haya privado durante los años de excedencia de los ingresos correspondientes a su empleo y de alcanzar sus expectativas de desarrollo profesional como enfermera, y otra, bien distinta, que sea posible equiparar esa pérdida con los ingresos que ha venido percibiendo y percibe su exmarido por el ejercicio de una actividad profesional como la de cirujano, más cualificada y, por ello, mucho mejor retribuida (la diferencia de ingresos no tiene su origen en el matrimonio pues habría sido la misma si la esposa, en lugar de dedicarse a la familia, hubiera trabajado todo este tiempo, hasta su disolución)".

Para valorar si existe el desequilibrio hay también que tener en cuenta la situación en que quedarán los cónyuges como consecuencia de las otras medidas definitivas adoptadas en la sentencia de separación o divorcio, en particular, sobre la asignación del uso de la vivienda familiar o el pago de pensiones alimenticias a los hijos: podría, así, resultar desmesurado imponer el pago de una pensión compensatoria al cónyuge que debe abandonar el uso del domicilio familiar (y, quizás, se ve obligado a alquilar o comprar otra vivienda) y pagar una elevada pensión alimenticia a los hijos comunes. *Vid.* en este sentido STS 22 junio 2011 (Tol 2227659).

81 Es, precisamente, lo que ha pasado en Chile con la Ley núm. 20830, de 13 de abril de 2015, por la que se crea el acuerdo de unión civil, cuyo art. 27.I prevé que, en los casos de extinción del acuerdo por voluntad de ambas partes o de una de ellas, así como en el de nulidad de dicho acuerdo, se compense el menoscabo económico sufrido por el convivientes que, "como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común", no haya podido desarrollar "una actividad remunerada o lucrativa durante la vigencia del Acuerdo de unión civil, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería".

Según el art. 27.II de la misma Ley, "Esta compensación se regulará y determinará en la forma prevista en los artículos 62 a 66 de la ley N° 19.947", esto es, le resultan aplicables las normas de la Ley núm. 19947, de 17 de mayo de 2004, por la que se establece la Nueva Ley de Matrimonio civil, dedicadas a la pensión compensatoria en el caso de crisis conyugal, lo que, a mi parecer, no puede desligarse de la circunstancia de que la legislación chilena contemple la pensión compensatoria en términos de enriquecimiento injusto, según resulta del art. 61 de dicha Ley, cuyo tenor coincide, básicamente, con el del art. 27.I de la Ley núm. 20830: "Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa".

Sobre el tema de la naturaleza de la pensión compensatoria en Chile, *vid.* Lepin Molina, C.: "Naturaleza jurídica de la pensión económica en la nueva ley de Matrimonio civil chilena", en AA.VV.: *Compensación Económica. Doctrinas esenciales* (dir. C. Lepin Molina, coord. K. Muñoz Vilagra), 2ª ed., Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2016, pp. 459-489; como también, respecto del concreto tema de la aplicación de la pensión compensatoria en las uniones de hecho, del mismo autor, *Derecho de familiar chileno*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2017, 355-357 (que contiene referencias doctrinales y jurisprudenciales anteriores a la promulgación de la Ley núm. 19947).

82 *Vid.* en este sentido Gálvez Criado, A.: "El principio general", cit., p. 1844, si bien llega a esta conclusión al margen del argumento expuesto *supra* en texto, sobre la nueva lectura jurisprudencial de la pensión compensatoria en clave de enriquecimiento injusto, basándose en el principio de autonomía privada, corolario del libre desarrollo de la personalidad.

3. Pactos relativos el uso de la vivienda familiar.

Cabe también reflexionar sobre la posibilidad de que los convivientes otorguen pactos relativos al uso de la vivienda familiar, tal y como, según se deduce del art. 96 CC, pueden hacer los cónyuges en el marco de un proceso judicial de separación, divorcio o nulidad (siempre sujetos al control judicial para verificar que no son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de ellos, art. 90.2 CC)[83].

Con carácter previo hay que advertir de que la jurisprudencia, tras ciertas vacilaciones iniciales[84], se ha decantado claramente en contra de la aplicación analógica del art. 96.III CC a las uniones de hecho, afirmando que, a falta de hijos menores de edad, no es posible atribuir, al conviviente más necesitado de protección el uso de la vivienda familiar[85]. Por el contrario, como es lógico, sí aplica analógicamente en las uniones de hecho el art. 96.I CC, pues, por imperativo constitucional, la posición de los hijos menores de edad es la misma, con independencia de su filiación, por lo que no cabe que reciban un tratamiento distinto, de manera que procederá la atribución (sin limitación temporal) del uso de la vivienda familiar al progenitor (no casado) con el convivan, mientras persista su minoría de edad[86].

83 Con carácter general, a propósito de los problemas que plantea la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de extinción de la unión de hecho, con un minucioso examen de las legislaciones autonómicas y de los criterios jurisprudenciales existentes al respecto, *vid.* Chaparro Matamoros, P: *Derecho de uso*, cit., pp. 264-326; que, concretamente, estudia la cuestión que nos ocupa en las pp. 307-311.

84 *Vid.* en este sentido STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020) y STS 10 marzo 1998 (RJ 1998, 1272), favorables a aplicar la solución del art. 96.III CC a las uniones de hecho, no a través de una interpretación analógica del precepto, sino apoyándose en un pretendido principio general del Derecho, de protección del conviviente.

85 *Vid.* ya STS 27 marzo 2008 (RJ 2008, 4062) y, más claramente, STS 6 octubre 2011 (RJ 2011, 6708), según la cual "Al descartarse la aplicación por analogía de las normas sobre disolución del matrimonio, únicamente 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. En el Código civil no existen normas reguladoras de esta situación por lo que es excluible aplicar por analogía lo establecido en el art. 96 CC, que exige el matrimonio, porque está regulando la atribución del domicilio tras el divorcio. En consecuencia, no puede alegar la recurrente que tiene un derecho a ocupar la vivienda, puesto que su situación es diversa".
Sobre si debiera extenderse por ley la norma del art. 96.III CC a las uniones de hecho hay en la doctrina opiniones discrepantes. A favor se manifiesta Mesa Marrero, C.: *Las uniones de hecho,* cit., p. 200, para quien debe atenderse siempre al interés familiar más necesitado de protección. En contra, sin embargo, Chaparro Matamoros, P: *Derecho de uso*, cit., p. 301; Leciñena Ibarra, A.: "Hacia un contractualismo", cit., p, 67; o Pous de la Flor, Mª P: "Crisis de parejas", cit., p. 811, quien afirma que "debe huirse de la aplicación por *analogía legis* de las normas propias del matrimonio" (refiriéndose, entre otras, al art. 97 CC), "ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más específicamente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad".

86 Es emblemática la STS 1 abril 2011 (RJ 2011, 3139), la cual se plantea la "pregunta de si puede aplicarse por analogía la norma del art. 96 CC, ya que ésta se refiere a la disolución del matrimonio por divorcio y el divorcio/separación solo tiene lugar cuando se trata de matrimonios"; y concluye: "Es cierto que en la regulación de la convivencia del hijo con sus padres cuando estén separados no existe una atribución del uso de la vivienda (art. 159 CC), pero las reglas de los arts. 156.5 y 159 CC no contradicen, sino que confirman lo que se establece en el art. 92 CC, por lo que la relación de analogía entre ambas situaciones existe, de acuerdo con lo establecido en el art. 4 CC". Más adelante, precisa: "En realidad, el criterio de semejanza no se produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor, protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los arts. 14 y 39 CE". Caso Señal, M.: "Efectos de la ruptura de la pareja de hecho en relación a los menores y en relación a la vivienda. Situación procesal de la extinción de

Con apoyo en dicha doctrina jurisprudencial, me parece pertinente afirmar que cabría pactar que, no habiendo hijos menores comunes, el uso de la vivienda familiar se asignara en función de su propiedad, excluyendo, pues, que su uso pudiera sea atribuido al conviviente no propietario, aunque su interés fuera el más necesitado de protección.

En cambio, si hubiera hijos menores no sería válido el pacto que excluyera la asignación del uso al progenitor no titular de la vivienda a quien se le hubiera atribuido la custodia de los mismos, pues dicho pacto iría en contra del art. 39 CE, según el cual "Los padres deben prestar asistencia de todo orden a la hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad"; y lo mismo el que lo concediera, pero lo limitara a un periodo inferior de tiempo al que restase para que alcanzaran la mayoría de edad[87]; a no ser –en ambos casos- que se previera la posibilidad cierta de realojar a los menores de manera permanente en otra vivienda apta para satisfacer de manera diga su necesidad de habitación.

Respecto al último extremo, hay que recordar que la jurisprudencia más reciente[88] viene realizando una interpretación del art. 96.I CC en clave alimenticia, considerando que la esencia de la razón de ser de la disciplina en él consagrada es asegurar la satisfacción del derecho de alimentos de los hijos menores en una modalidad habitacional, por lo que, si es posible satisfacer la necesidad de

las uniones paramatrimoniales. Parejas de hecho y órdenes de protección", en AA.VV.: *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 261-263, analiza la antigua doctrina jurisprudencial, ya superada, que aplicaba analógicamente el art. 96.III CC a las uniones de hecho.

87 El TS ha remarcado entronque del art. 96.I CC con el art. 39.3 CE impidiendo, como, en su momento propugnara cierta jurisprudencia de instancia (de la que da cuenta De la Iglesia Monje, Mª I., "Atribución temporal del uso de la vivienda familiar", *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 728, 2011, pp. 3453-3455), limitar temporalmente la atribución del uso de la vivienda de carácter ganancial al progenitor custodio hasta el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial.
Creo que esta solución era contraria a la finalidad perseguida por el precepto, esto es, asegurar que los hijos menores, mientras persista su situación de minoría de edad, no se vean privados de la posibilidad de seguir usando la vivienda, a pesar de la separación o divorcio de sus padres; y ello, con independencia de a quién corresponda la propiedad de la misma (y, sin perjuicio de lo ya dicho, sobre la posibilidad de realojar a los menores en otra vivienda igualmente digna para satisfacer su necesidad de vivienda). El precepto nada tiene que ver con el régimen económico matrimonial de los cónyuges, operando cualquiera que sea este (sociedad de gananciales o separación de bienes), siendo, además, posible atribuir la vivienda de titularidad privativa de uno de los progenitores al otro, no propietario, en beneficio del hijo con el que este último conviva.
Por lo tanto, me parece impecable la ya consolidada doctrina jurisprudencial actual [criticada, en cambio, por Santos Morón, Mª J.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de Reforma", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre 2014), p. 6] (aplicable a los supuestos en que no haya custodia compartida), según la cual "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez", porque el art. 96.I CC "no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja"; de modo que "una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor". *Vid*., en tal sentido, SSTS 14 abril 2011 (RJ 2011, 3590), 21 junio 2011 (RJ 2011, 7325), 17 octubre 2013 (RJ 2013, 7255), 29 mayo 2014 (RJ 2014, 3889), 2 junio 2014 (RJ 2014, 2842) y 28 noviembre 2014 (RJ 2014, 6048).

88 *Vid*. amplias referencias jurisprudenciales en Chaparro Matamoros, P: *Derecho de uso*, cit., pp. 394-399.

habitación de los hijos (también menores) con una vivienda distinta a la familiar, el derecho de uso puede extinguirse (instándose un juicio de modificación de medidas) antes de que los hijos menores alcancen la mayoría de edad[89].

Planteémonos otra cuestión: ¿sería posible que los convivientes pactaran que, en el caso de extinción de la unión de hecho, tuviera lugar la asignación del derecho de uso de la vivienda familiar, conforme a lo dispuesto en el art. 96 CC?[90]

Yo creo que dicho pacto sería posible, cuando la cosa fuera propiedad de uno de ellos o de ambos: se trataría de la constitución de un derecho de uso sujeto a condición suspensiva (la extinción de la unión de hecho), pero, existiendo hijos menores comunes, el pacto sería totalmente inútil, ya que, como he dicho, la jurisprudencia aplica el art. 96.I CC a las uniones de hecho. Por lo tanto, solo tendría algún sentido, cuando no los hubiera, en cuyo caso se plantearía el problema de su alcance respecto de terceros: ¿tendría dicho derecho de uso pactado la eficacia real propia del asignado judicialmente en virtud del art. 96.III CC?[91]; ¿podría, como este, acceder al Registro de la Propiedad?[92] Me parece que no, por lo que la solución más práctica sería constituir un derecho de usufructo

89 La STS 29 marzo 2011 (RJ 2011, 3021) dice, así, que "cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia"; y prosigue: "la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre que no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC".

90 Lo admite Chaparro Matamoros, P: *Derecho de uso*, cit., p. 311, que, certeramente, afirma que "una cosa sería que se aplicara a las uniones de hecho, por imperativo legal, la solución prevista en el art. 96.III CC, y otra bien distinta es que sean ellas las que, de *motu proprio* y en ejercicio de la autonomía de la voluntad, asuman tal solución a la hora de regir el destino de la vivienda familiar"; como también Gálvez Criado, A.: "El principio general", cit., p. 1844, para quien los convivientes "pueden simplemente remitirse a la aplicación" del art. 96 CC, "en los mismos términos que si estuvieran casados".

91 Más allá de los debates doctrinales y de las posiciones jurisprudenciales sobre la naturaleza jurídica de la figura, lo cierto es que es comúnmente admitido por los Tribunales que el derecho de uso atribuido al progenitor no propietario, aún no inscrito en el Registro de la Propiedad, es oponible al tercer adquirente (no protegido por el art. 34 LH) a quien el otro progenitor haya enajenado la vivienda de la que es titular exclusivo (sin perjuicio, además, de que el asignatario pueda hacer uso de la facultad de anulación del contrato celebrado sin su consentimiento *ex* art. 96.IV CC); y también al adjudicatario en pública subasta de la vivienda común, cuando la misma haya tenido lugar, como consecuencia del ejercicio de la acción división de la comunidad, si no ha habido acuerdo respecto de la división entre ambos progenitores. Sobre la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar, *vid. in extenso* Chaparro Matamoros, P: *Derecho de uso*, cit., pp. 94-195.

92 Que el derecho de uso, cuando recae sobre una vivienda propiedad exclusiva del progenitor no usuario o copropiedad de ambos progenitores, puede tener acceso al requisito de la Propiedad es indudable. *Vid.* a este respecto SSTS 11 diciembre 1992 (RJ 1992, 10136) y 22 abril 2004 (RJ 2004, 2713), así como RRDGRN 25 octubre 1999 (RJ 1999, 7680), 6 julio 2007 (RJ 2007, 6161) y 10 octubre 2008 (RJ 2009, 634).
Sobre los requisitos y forma para la práctica de la inscripción del derecho de uso véase Rodríguez de Almeida, Mª G.: "La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad", *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 710, 2008, p. 2518; como también de la misma autora "La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar", *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 737, 2013, pp. 1904 y ss.; así mismo, Luque Jiménez, Mª C.: *La atribución del derecho de uso de*

ordinario, fijando su duración, bajo condición suspensiva en escritura pública e inscribirlo en el Registro de la Propiedad, con lo que el eventual usufructuario no se vería expuesto al riesgo de que su derecho real decayera frente un tercer hipotecario protegido por el art. 34 LH[93].

V. ESTIPULACIONES SOBRE LA CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS GENERADOS POR LA ATENCIÓN ORDINARIA DE LA FAMILIA.

Merece la pena examinar los pactos sobre contribución a los gastos de atención a la familia.

1. Validez y eficacia de las estipulaciones.

Es evidente la validez de los pactos de los convivientes encaminados a regular su contribución al pago de los gastos generados por la atención ordinaria de la familia (compras de muebles, ropa, electrodomésticos, alimentos), cuyo contenido puede ser muy variado: se puede, así, estipular (expresa o tácitamente) que ambos se hagan cargo de dichos gastos, por mitad o en proporción a sus respectivos recursos económicos; como también, que recaigan, exclusivamente, sobre uno de ellos, eximiendo de ellos al que se dedica al trabajo doméstico[94].

Ahora bien, este tipo de pactos tendrán efectos entre las partes, pues, evidentemente, no pueden alterar la responsabilidad patrimonial frente a terceros del conviviente que contraiga la deuda (art. 1911 CC), al que el acreedor podrá reclamar la integridad de la misma, sin perjuicio de que este pueda posteriormente dirigirse por vía de regreso contra el otro conviviente para reclamarle la parte que le corresponda en dicha deuda, de acuerdo con lo pactado entre ellos.

2. Posibilidad de que el acreedor pueda dirigirse directamente contra el conviviente no deudor.

Lo que plantea dificultades es la posibilidad de que el acreedor pueda dirigirse directamente contra el conviviente no deudor, posibilidad que no está prevista en el Derecho civil común[95].

---

la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2012, pp. 163-222.

93 Comparte esta opinión Chaparro Matamoros, P: *Derecho de uso*, cit., 311.

94 Obviamente, el conviviente que asume y paga un tipo de gastos, en virtud de un acuerdo, expreso o tácito, "sin que fuese voluntad de las partes realizar alguna suerte de liquidación periódica al final", no puede reclamar al otro el reembolso del 50% del importe de los mismos. *Vid.* en este sentido SAP Cantabria 3 febrero 2015 (AC 2015, 764).

95 Téngase en cuenta, no obstante, que algunas legislaciones autonómicas contemplan expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda dirigirse directamente contra el conviviente no deudor, por deudas contraídas por el otro para atender las necesidades ordinarias de la familia, lo que, en realidad, es

No me parece que pueda aplicarse por analogía el art. 1319.II CC, que permite al acreedor dirigirse solidariamente contra los bienes del cónyuge deudor y los bienes comunes y, subsidiariamente, contra los bienes del cónyuge no deudor: estamos ante un precepto integrante del régimen económico matrimonial primario y ya hemos dicho que el matrimonio y la convivencia *more uxorio* no son realidades equivalentes[96].

Además, en la unión de hecho falta el presupuesto previo que explica la solución del art. 1319.II CC, esto es, la legitimación otorgada por ley a cualquiera de los cónyuges para "realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma" (art. 1319.I CC), legitimación que se explica, porque a través de dichos actos se atienden gastos que son cargas del matrimonio, a cuyo levantamiento están legalmente afectos los bienes de ambos (art. 1318.I CC), lo que, al menos en Derecho civil común, no sucede respecto de los bienes de los convivientes[97].

En la doctrina se han propuesto diversas soluciones en orden a permitir que el acreedor pueda dirigirse contra el conviviente con el que no contrató[98]. De todas ellas, la que más me convence es la que, con tal fin, acude a la figura de la representación indirecta[99], presumiendo que quien contrajo la deuda, aunque actuara en propio nombre, tenía conferido un mandato tácito del otro conviviente para actuar por cuenta suya, con el fin satisfacer un interés que, en parte, le era propio: habría contratado, en definitiva, sobre cosas, que, al menos parcialmente,

consecuencia del establecimiento de una obligación legal de los convivientes de contribuir a ellas, a modo de cargas de la convivencia *more uxorio*.
Así, el art. 307.4 del Código de Derecho Foral de Aragón establece la responsabilidad solidaria de ambos convivientes por los "gastos comunes de la pareja" ("los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos comunes o no que convivan con ellos, incluyendo el derecho a alimentos, educación, atenciones médico-sanitarias y vivienda"), "si se adecuan a los usos sociales; en cualquier otro caso, tan solo respondería quien hubiera contraído la obligación". Según el art. 5.3 Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de "parejas estables", de los gastos causados para el levantamiento de las cargas familiares responden los bienes del conviviente que contrajo la deuda, como también, subsidiariamente, los bienes del otro, siempre que sean adecuados "al uso social y al nivel económico de la pareja". Por otro lado, el art. 1319 CC será aplicable las uniones de hecho sujetas la Ley vasca, de 7 de mayo, desde el momento en que (tras la reforma llevada a cabo por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco), el art. al art. 5.3 dispone que "A falta de pacto expreso el régimen económico-patrimonial de las parejas de hecho reguladas en esta ley será el de separación de bienes establecido en el Código Civil".
También el art 12.4 de la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de "parejas de hecho", con clara extralimitación competencial, establece que "Los miembros de la pareja estable son responsables solidarios frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa".

96 La SAP Madrid 4 mayo 2015 (AC 2015, 839) niega, con el mismo argumento, la aplicación de otra norma de régimen económico matrimonial primario (en este caso, el art. 1321 CC) a las uniones de hecho.

97 Lo constata Gallego Domínguez, I.: *Las parejas*, cit. p. 237, que enérgicamente niega "que exista una obligación civil de atender a las cargas y gastos del hogar de hecho". Observa, además que, si existen hijos de la pareja de hecho, habrá una obligación civil de atenderlos, que surgirá de las relaciones de filiación o parentesco, pero no "de la convivencia en sí".

98 De ellas de da extensa cuenta Estrada Alonso, E.: *Las uniones*, cit., pp. 312 y ss.

99 *Vid.* en este sentido Estrada Alonso, E.: *Las uniones*, cit., p. 321; como también Leciñena Ibarra, A.: "Hacia un contractualismo", cit., p. 94-97.

eran "propias del mandante", lo que, en virtud del art. 1737.II CC, permitiría al acreedor dirigirse directamente contra este[100].

No me cabe duda de que la existencia de un pacto entre los convivientes, por el que ambos asumieran la obligación de contribuir a los gastos destinados a atender las necesidades ordinarias de la familia, contribuiría a reforzar la presunción de existencia de ese mandato tácito (como también la circunstancia de que habitualmente las deudas para satisfacer dichas necesidades fueran contraídas de manera indistinta por ambos o por uno de ellos, sin la oposición del otro).

De cualquier modo, cuando las circunstancias del caso concreto impidieran entender que ha existido un mandato tácito cabría siempre que el acreedor accionara contra el conviviente no deudor a través del principio de prohibición de enriquecimiento injusto.

VI. EL ALCANCE DE LA AUTONOMÍA PRIVADA RESPECTO AL ESTABLECIMIENTO O EXCLUSIÓN CONVENCIONAL DE INDEMNIZACIONES.

La creciente proyección del principio de autonomía privada en el ámbito familiar, en general, y en el de las uniones de hecho, en particular, ha llevado a la doctrina a plantarse la posibilidad de que los convivientes puedan acordar o excluir indemnizaciones en previsión de una futura ruptura de la convivencia[101].

100 Estrada Alonso, E.: *Las uniones*, cit., pp. 313 y 316, con el fin de defender la responsabilidad solidaria de ambos convivientes por las deudas contraídas por cualquiera de ellos para atender los gastos ordinarios de la comunidad de vida, afirma que dentro de la expresión "cosas propias del mandante" "han de entenderse incluidas en el caso de la convivencia *more uxorio*, las necesidades ordinarias para que ésta pueda desarrollarse". Leciñena Ibarra, A.: "Hacia un contractualismo", cit., p. 94-97, observa que "la intervención del conviviente proprio nomine, carente frente al tercero de una dimensión representativa directa del otro, debe ser calificada como acto de administración que se proyecta fuera del ámbito de la pareja y que es realizado en beneficio de todos los que integran la unidad familiar" (estaríamos, pues, ante "cosas propias del mandante", en el sentido que comúnmente se da a la expresión del art. 1717.II CC). Según la autora, "Constatada la dimensión representativa del acto realizado", "la demanda debería dirigirse contra los dos convivientes, configurándose como un litisconsorcio pasivo necesario.
Me convence menos la teoría de la apariencia defendida por Gallego Domínguez, I.: *Las parejas*, cit., p. 362-367, basada en la común creencia de los terceros que contratan con el conviviente de hecho, de que el mismo está casado, por lo que podrán también dirigirse contra el patrimonio de no contratante. Según el autor, dicha apariencia podría deducirse, "incluso de la mera vida en común, sin necesidad de que los convivientes digan expresamente que son marido y mujer"; y añade: "No en vano lo normal es que quienes viven juntos estén casados".
Sin embargo, en la actualidad ha quebrado el presupuesto sociológico de esta tesis, pues, dado el auge las uniones de hecho, no se puede decir que lo normal es que quienes conviven estén casados. Por otro lado, la teoría de la apariencia lleva a excluir la responsabilidad solidaria de los convivientes, de modo que el acreedor deberá dirigirse, en primer lugar, contra los bienes del contratante y, subsidiariamente, contra los del otro conviviente. Lo constata el propio autor (p. 367), según el cual "sería absurdo que los convivientes extramatrimoniales quedasen obligados de forma más fuerte o intensa que lo estarían si fuesen verdaderamente cónyuges -que es lo que aparentan".

101 En general, los pactos preventivos para regular los efectos de crisis familiares futuras son extraños a nuestra tradición jurídica, siendo, en cambio, admitidos por el Derecho anglosajón, por cuya influencia han sido recibidos en el Derecho civil catalán, cuyo Código Civil, Libro II, admite los pactos por los que los contrayentes renuncian a percibir una pensión compensatoria en caso de crisis conyugal (art. 233-16) o una compensación económica por trabajo doméstico al extinguirse el régimen de separación (art. 232-7), como

1. Previsión contractual de pago de indemnizaciones al extinguirse la unión de hecho: libre desarrollo de la personalidad y prohibición de enriquecimiento injusto.

Hay que distinguir dos tipos de pactos: de un lado, los que fijan una indemnización a cargo de uno de los convivientes, por la mera circunstancia de la ruptura de la convivencia, haciendo abstracción de toda idea de compensación de los perjuicios sufridos por quien deba percibirla; y, de otro lado, los que establecen una indemnización con la finalidad de compensar el empobrecimiento que una de las partes ha sufrido durante la convivencia, como consecuencia de su dedicación al cuidado de la familia o de su colaboración no retribuida (o retribuida de manera insuficiente) en la actividad profesional o económica de la otra.

a) Es dudosa la validez del primer tipo de pactos desde la perspectiva del art. 10 CE[102], puesto que, al imponer una penalización económica de la ruptura, suponen un ataque a la libertad que tiene todo conviviente para poner fin a la unión de hecho[103], opción ésta, que encuentra cobertura en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, del mismo modo que la encuentra la opción de formar una familia no basada en el matrimonio[104].

también el pacto por el que los convivientes renuncian a exigir una compensación económica por trabajo doméstico en caso de cese de la convivencia (art. 234-9.2, en relación con art. 232-7).
No obstante, la validez de estos pactos se subordina a los requisitos del art. 231-20, cuyo número 5 prevé su posible revisión judicial en los siguientes términos: "Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron".
En todo caso, el art. 234-10.2 considera ineficaces los pactos de renuncia a la prestación alimentaria (que el precepto establece en caso de ruptura de la convivencia *more uxorio*), "en aquello en que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del conviviente que tiene derecho a pedir salvo que hayan sido incorporados a una propuesta de convenio"; de donde se deduce que los pactos de renuncia anticipada a la prestación alimentaria serían ineficaces".
Por el contrario, el art. 4.1 de la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de "parejas estables", permite a los miembros de la pareja "regular las compensaciones económicas en el caso de extinción de la convivencia, con el límite de los derechos mínimos que establece esta Ley, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles".
Por lo tanto, carecen de validez los pactos de renuncia anticipada de la compensación prevista en el art. 9.2 de la Ley, según el cual "El conviviente perjudicado puede reclamar una compensación económica cuando la convivencia haya supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto y se haya dado uno de los siguientes supuestos: a) Que el conviviente haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja. b) Que el conviviente se haya dedicado con exclusividad o de forma principal a la realización de trabajo para la familia".

102 Desde luego, como observa Estrada Alonso, E.: *Las uniones*, cit., p. 159, es indudable la invalidez de un pacto de "renuncia al derecho de romper la unión libre en cualquier momento".

103 No obstante, hay que tener en cuenta que la STS 31 marzo 2011 (Tol 2114961) admitió la validez de un pacto por el cual los cónyuges acordaban que, en el caso de separación, el marido debía indemnizar a la mujer con el pago de una cantidad.

104 En contra de la validez de este tipo de pactos se manifiesta claramente Gavidia Sánchez: "¿Es la unión?", cit., pp. 250, salvo en el caso en que la prevean para el supuesto de "mala fe en el ejercicio del derecho a la libre ruptura", pues, en tal caso, según el autor, tendrían la cobertura legal del art. 7.1 CC. Gallego Domínguez, I.: *Las parejas*, cit., pp. 115 y 317, no considera válidos los pactos "que limitan la voluntad para romper la unión libre en curso", refiriéndose concretamente a los "sanciones o indemnizaciones penales –más allá del ámbito reparador", a los que califica como "precio de la ruptura" o "precio de la liberación". Igualmente, López Jiménez, D.: *Prestaciones económicas como consecuencia de la ruptura de las parejas no casadas*, Aranzadi,

b) En cambio, no hay ninguna duda respecto de la validez del segundo tipo de pactos[105], en la medida en que contengan una autorregulación razonable de los intereses de ambas partes, pues, con ellos se llegará a una solución semejante a la que resultaría de la aplicación del principio general de prohibición de enriquecimiento injusto, que es al que recurrirían los tribunales (si se dieran sus

Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 47, que considera nulo el pacto en el que se acuerda una indemnización, con la que se pretende imponer "un precio a la ruptura".

En favor de la validez de dicho tipo de pactos se orientan, por el contrario, Bueno Medina, L.: "Resolución unilateral como causa de disolución de las uniones de hecho", en AA.VV.: *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 239; y Mesa Marrero, C.: *Las uniones de hecho,* cit., p. 9.

Más mesurada es la opinión de Gálvez Criado, A.: "El principio general", cit., p. 1839, quien afirma poder estar de acuerdo en la nulidad de "un pacto que obstaculice gravemente la libre ruptura", pero no, en la de todo pacto que "fije una compensación superior al enriquecimiento superior" (concretamente, se refiere a la validez de un pacto de remisión al art. 97 CC).

105 El art. 310.1 del Código de Derecho Foral de Aragón prevé que "En caso de extinción de la pareja estable no casada por causa distinta a la muerte o declaración de fallecimiento, y si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por el conviviente perjudicado en los siguientes casos: a) Cuando el conviviente ha contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja estable no casada. b) Cuando el conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar, o a los hijos del otro conviviente, o ha trabajado para éste".

Con toda probabilidad, el precepto es inconstitucional, porque del mismo modo en que acontecía con diversos artículos de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, "para la igualdad jurídica de las parejas estables", forma parte de un conjunto de normas que imponen a los convivientes una especie de estado civil paramatrimonial, prescindiendo de su común voluntad de someterse a ellos.

Por esa razón, la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (Tol 3659972), declaró inconstitucional el art. 5.5. de la Ley Navarra, que preveía el pago de una prestación de una compensación económica por enriquecimiento injusto. Dice, así, que "Independientemente de que las reglas generales de responsabilidad por enriquecimiento injusto puedan tener su proyección en determinados supuestos, y de que los miembros de la pareja puedan libremente establecer los pactos que tengan por convenientes al respecto, lo que resulta inconstitucional es la imperatividad de la previsión".

Sí que, en cambio, es constitucional el art. 9.2 de la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de "parejas estables", que también prevé una compensación económica por enriquecimiento injusto en favor del conviviente perjudicado. Pero dichas normas, como, en general, todas las que integran la regulación legal balear de las uniones de hecho, solo se aplican a los convivientes que voluntariamente aceptan someterse a ellas, mediante su inscripción en el Registro de Parejas Estables de las Islas Baleares (cfr. art. 1.2).

Por la misma razón, también lo es el art. 6.2.b) de la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, "reguladora de las parejas de hecho", que, no obstante, a diferencia del precepto balear, no impone a los convivientes que voluntariamente deciden inscribir su unión en el Registro autonómico la obligación de pagar al perjudicado una pensión compensatoria por enriquecimiento injusto, sino que tan solo la prevé como una cláusula general, a lo que los convivientes pueden someterse, si así lo desean, en el momento de la inscripción.

Otras legislaciones autonómicas, con clara extralimitación competencial, por estar ante una materia de carácter civil sobre las que respectivas Comunidades Autónomas carecer de capacidad para legislar, por no tener Derecho Civil especial o foral, al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución (tal y como exige el art. 149.1, regla 8ª de la misma) contemplan la posibilidad de que los convivientes establezcan compensaciones para el caso de extinción de la unión de hecho.

Así, el art. 7.1 de la Ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de "parejas de hecho; el art. 5.1 de la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de "parejas estables", "siempre con observancia de la legalidad aplicable. El art. 10.2 de la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de "parejas de hecho" permite pactar una "compensación económica cuando tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes, en relación a la posición del otro y que suponga una merma con respecto a su situación previa al establecimiento de la convivencia".

Otras legislaciones autonómicas, también con clara limitación extracompetencial, van más lejos, al prever una compensación económica por enriquecimiento injusto, sin necesidad de pacto al respecto de los convivientes: es el caso del art. 7 de Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de "parejas de hecho" o del art. 9 de la Ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, "reguladora de las parejas de hecho".

presupuestos)[106] de no haberse estipulado aquéllos, pero con la ventaja de ser una solución querida y concretamente articulada por los convivientes[107].

Es, en efecto, habitual que la jurisprudencia recurra a dicho principio general, con el fin de proteger al perjudicado por la ruptura de la unión de hecho cuando los convivientes, expresa o tácitamente, no constituyeron una comunidad de bienes o una sociedad.

Se trata, casi siempre, de supuestos en que ha existido una larga convivencia de hecho, con dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas[108] o colaboración en las actividades económicas de su compañero sin recibir ninguna retribución[109]; y ello, con independencia de que la ruptura de la unión de hecho haya tenido lugar por voluntad unilateral del varón o por el hecho de su muerte, lo

106 Y, lógicamente, si se pidiera por la parte perjudicada, que, según observa STS (Pleno) 15 enero 2018 (RJ 2018, 76), no podrá encauzar su pretensión por los trámites de juicio verbal, por no tratarse de una materia contemplada en los arts. 753 y 770 LEC, sino que deberá acudir al procedimiento ordinario, en función de la cuantía reclamada, conforme al art. 251.7 LEC, sin que proceda la acumulación al proceso especial de menores. *Vid.* también SAP Pontevedra 24 julio 2015 (AC 2015, 1366) y SAP La Rioja 11 septiembre 2015 (JUR 2015, 247278).

107 Gavidia Sánchez: "¿Es la unión?", cit., p. 235, observa que "prever una compensación por enriquecimiento injusto no constituye obstáculo legítimo alguno a la libre ruptura, ya que si se es libre también debe ser responsable, y si alguien se ha enriquecido a costa del otro, no puede decirse que se coarte nada por el hecho de que se imponga una compensación en estos casos".

108 *Vid.* en este sentido SSTS 11 diciembre 1992 (Tol 1654941), 27 marzo 2001 (Tol 71705) y 17 enero 2003 (Tol 230655).
La SAP Pontevedra 28 abril 2006 (Tol 938477) concedió a la demandante (tras desestimar su pretensión de que se declarara la existencia de una comunidad de bienes sobre la vivienda donde residían) una indemnización por aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, valorando a tal efecto el trabajo doméstico efectuado en constante cuidado del hogar y del hijo menor. En la sentencia se afirma que "procede, en el ámbito resarcitorio de enriquecimiento injusto derivado del art. 1.4 CC, indemnizar compensando la valiosa colaboración personal de la actora a favor de los intereses comunes de la pareja durante el significativo prolongado período de 11 años, en el desempeño de trabajo doméstico y de cuidado del hijo menor que, sin duda, facilitó que el demandado obtuviera los ingresos económicos que en parte redundaron en la amortización de préstamos personales y pago de gastos por el anterior".
La SAP Zaragoza 11 mayo 2010 (Tol 1978779) confirmó la indemnización concedida por la sentencia de instancia en concepto de enriquecimiento injusto, pero no accedió a la pretensión de la demandante de elevar la cantidad. La Audiencia entendió que la mujer había colaborado al mantenimiento del entorno familiar, "mientras su compañero se dedicaba más íntegramente a la explotación de su negocio", si bien no consideró que ello significara "que tuviera limitada su capacidad de expansión profesional de forma significativa", ya que tenía "colaboración en la llevanza de la casa y en el cuidado de la hija" y, además, "a los tres años de la menor empezó a trabajar en el negocio de su compañero, con un sueldo medio".

109 La SAP Asturias 16 enero 1997 (AC 1997, 103) concedió una indemnización por aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, solicitada por la mujer perjudicada por la ruptura de una convivencia *more uxorio*, que había durado dieciocho años. Para conceder dicha indemnización, cuya cuantía quedó fijada en diez millones ochocientas mil pesetas, se tuvo en cuenta la existencia de una colaboración profesional de la actora en la actividad de decoración de interiores desarrollada por el varón demandado, así como "la compañía y cuidado continuo que le proporcionó durante tan larga convivencia sin retribución ninguna", lo que le obligó a abandonar la propia actividad profesional que ella misma desarrollaba, también como decoradora.
La SAP Barcelona 29 septiembre 2000 (JUR 2001, 55), con apoyo en el mismo principio, fijó una indemnización de un millón de pesetas en favor de la mujer reclamante, que había colaborado en el bar de su compañero, con quien había convivido diez años y con quien había tenido tres hijos. Observó la Audiencia que el trabajo prestado por la actora en el negocio del demandado nunca fue retribuido, "por lo que no aparece más que obvia la procedencia de la indemnización" solicitada.
La SAP Valencia 23 junio 2015 (JUR 2015, 206276) concedió a la demandante, que había colaborado profesionalmente en todos los negocios del demandado, sin haber percibido prácticamente ninguna retribución por ello, la mitad de las participaciones de una sociedad creada mientras convivían, que figuraba exclusivamente a nombre del varón, de la cual fue su administradora y que era propietaria de

que es perfectamente lógico, ya que no se trata aquí de sancionar a quien rompe la vida en común, sino de compensar económicamente al conviviente perjudicado por el enriquecimiento sin causa de su compañero[110].

Es, por ello, que se condenó al varón, que voluntariamente había roto la convivencia *more uxorio*, que había durado seis años, a pagar a la mujer abandonada la cantidad de catorce millones de pesetas (algo más, de 84.000 euros), al entender que esta última había sufrido un empobrecimiento, derivado de su dedicación desinteresada a las relaciones sociales de su compañero y a su atención doméstica, con el consiguiente enriquecimiento injustificado de este[111].

También se reconoció a la mujer abandonada el derecho a percibir una indemnización compensatoria de quince millones de pesetas (algo más de 90.000 euros), por ruptura de la convivencia *more uxorio*, mediante la aplicación del principio general de prohibición de enriquecimiento injusto, teniendo en cuenta que la mujer "había sacrificado veinte años de su vida para atender al demandado e hijos, descuidando su formación laboral y sus expectativas en orden a dispensar un mejor cuidado y atención a la familia"[112].

Con apoyo en el mismo principio, se condenó al varón, responsable de la ruptura de una convivencia *more uxorio*, de diecinueve años, de la que habían nacido dos hijos, al pago de una indemnización compensatoria, cuya cuantía quedó establecida en un tercio de los bienes adquiridos por el varón durante el periodo en que había durado la unión de hecho. Se precisó que, mediante el reconocimiento de la indemnización, "no se acepta la igualdad o asimilación (de la unión de hecho) al matrimonio, sino que trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil"[113].

Igualmente, se reconoció a la mujer, integrante de una unión de hecho, disuelta por muerte del varón, el derecho a obtener una indemnización equivalente al veinticinco por ciento del valor de los bienes adquiridos por aquel durante el tiempo en que había durado la convivencia *more uxorio* con los ingresos obtenidos con su trabajo y por la explotación de una farmacia de la que era titular. Se evidenció que la mujer se había dedicado, en exclusiva, durante cincuenta y tres años al cuidado de su compañero y del hogar familiar, "prestándole total ayuda moral y material, lo que repercutió positiva y significativamente en la formación

varios inmuebles, entre ellos, la vivienda familiar. Entendió que "colaboró profesionalmente de forma no retribuida" "en el enriquecimiento de su pareja, lo que la hace acreedora de la indemnización solicitada".

110 *Vid.* en este sentido STS 17 junio 2003 (Tol 285652).

111 STS 11 diciembre 1992 (Tol 1654941).

112 STS 27 marzo 2001 (Tol 71705).

113 STS 17 enero 2003 (Tol 230655).

del patrimonio de aquél, al tiempo que acarreó un desentendimiento de su propio patrimonio, pues tal dedicación no solo no le supuso ninguna retribución o compensación económica, sino que le impidió obtener beneficios privativos mediante el desarrollo de otra actividad en provecho propio"[114].

Como regla general, puede, pues, afirmarse que se empobrece quien durante un prolongado período de tiempo se dedica, en exclusiva o de modo prioritario, a la atención del hogar o colabora en la empresa o negocio de su compañero sin recibir ninguna compensación por ello[115]. El empobrecimiento resulta, no solo de la no percepción de una retribución por el ejercicio de estas actividades, sino también de las dificultades que tiene para acceder a un empleo la persona que siempre se ha dedicado a las labores domésticas (pensemos en mujeres de avanzada edad, de escasa cualificación profesional, que nunca han trabajado fuera de casa), o también de las dificultades que encuentra para reincorporarse al mercado de trabajo quien lo ha abandonado durante un prolongado período de tiempo; empobrecimiento, que todavía es más claro cuando la mujer ha dejado un trabajo retribuido al tiempo de iniciarse la convivencia[116]. La jurisprudencia no considera que existe empobrecimiento susceptible de ser resarcido cuando la mayor dedicación al hogar de uno de los convivientes no le ha impedido desempeñar una actividad retribuida[117].

114 STS 17 junio 2003 (Tol 285652).

115 Por ello, la STS 5 febrero 2004 (Tol 348570) desestimó la pretensión de la demandante, que venía desempeñando una actividad remunerada consistente en labor de peluquería de canes, sin que se hubiera justificado "que de las ganancias obtenidas con dicho trabajo se beneficiara en modo alguno el demandado", señalando, además, el TS que "tampoco se ha demostrado la dedicación de la mujer al hogar de manera exclusiva".
La STS 30 octubre 2008 (Tol 1432563) no aplicó el principio de prohibición de enriquecimiento injusto, ya que no apreció que la demandante hubiera sufrido empobrecimiento alguno, "siquiera en un sentido lato del término, equivalente a una pérdida de oportunidades como consecuencia de la dedicación familiar", al haber mantenido ambos convivientes sus trabajos durante los diecisiete años que duró la convivencia.
La STS (Pleno) 12 septiembre 2005 (Tol 719651)) tampoco accedió a pretensión resarcitoria, por entender que la mujer demandante no había experimentado un empobrecimiento, como consecuencia de la convivencia *more uxorio*, la cual había durado diecinueve años, dado que "no ha perdido un puesto de trabajo, ni ha visto disminuidas sus retribuciones", porque era funcionaria y percibía una pensión de un Estado extranjero.

116 La STS 17 junio 2003 (Tol 285652) advierte de que el enriquecimiento se produce "no sólo cuando hay un aumento del patrimonio, o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio". Esto último es, precisamente, lo que acontece cuando la mujer se dedica durante un largo período de tiempo al cuidado de su compañero, mediante la realización de trabajo doméstico, "prestándole -como dice la referida sentencia- total ayuda moral y material", ayuda, que frecuentemente se suele extender a la atención de los hijos (comunes, o no) que conviven con la pareja.

117 La STS (Pleno) 15 enero 2018 (RJ 2018, 76) descartó la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, porque, "Durante la convivencia, la actora no se dedicó en exclusiva a la atención de los hijos y del hogar familiar, y el hecho de una mayor dedicación a los hijos no comportó un empobrecimiento de la actora y un enriquecimiento del demandado; la convivencia no implicó una pérdida de expectativas ni el abandono de una actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del demandado, ni el desentendimiento de su propio patrimonio, ni le impidió obtener beneficios mediante el desarrollo de una actividad remunerada".
La SAP La Rioja 11 septiembre 2015 (JUR 2015, 247278) confirmó la sentencia recurrida, que había considerado improcedente el pago de compensación solicitada, porque, si bien la demandante había pedido sucesivas reducciones de jornada, estas "no parecían estar relacionadas en todo momento con el cuidado de los hijos", pues las había disfrutado, cuando ya eran mayores y podían ir y volver del colegio, por solos,

En cualquier caso, hay que excluir la aplicación del principio general de prohibición del enriquecimiento injusto cuando quien lo pretende no ha recibido propiamente una retribución por sus labores domésticas equiparable a un salario, pero sí otras compensaciones económicas, que impiden considerar que la situación en la que se ha desarrollado la convivencia de hecho y su posterior ruptura le ha producido un empobrecimiento.

Se denegó, así, la pretensión de la reclamante, de que el varón le satisficiera una indemnización por enriquecimiento injusto, valorando el hecho de que, mientras persistió la unión de hecho, el demandado había asumido la práctica totalidad de los gastos comunes, así como los generados por la atención de los dos hijos de la mujer, que vivían con ellos, domiciliando su nómina en la cuenta corriente de la demandante, y pagando, además, las amortizaciones del crédito hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda, que era de propiedad exclusiva de aquélla[118]. Se desestimó igualmente la indemnización por enriquecimiento injusto solicitada por la conviviente, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, argumentando que el varón demandado había transmitido gratuitamente a la actora, bajo la apariencia de un falso contrato de compraventa, carente de precio real, participaciones en la sociedad explotadora de un restaurante, ascendiendo las participaciones cedidas a casi la mitad del capital social[119].

2. Pactos de renuncia anticipada a reclamar indemnizaciones.

Otra de las cuestiones que ha preocupado a la doctrina es la relativa a la validez de los pactos de renuncia anticipada a percibir indemnizaciones en el caso de cese de la convivencia.

A) Validez de los que excluyen las ligadas al mero hecho de la ruptura de la convivencia.

En mi opinión, son perfectamente válidos los pactos de renuncia a percibir una indemnización por la mera ruptura de la convivencia, aunque su utilidad parezca

sin que tampoco apreciara la "necesidad de que la madre para cuidarlos acortara sus horas de trabajo", ya que los dos hijos iban a la guardería, desde las 7:30 a las 16:00 horas.
La SAP Cáceres 5 febrero 2018 (JUR 2018, 68383) consideró improcedente el pago de compensación, porque, durante la convivencia, la demandante no se había dedicado "en exclusiva a la atención de los hijos y del hogar familiar, y el hecho de una mayor dedicación a los hijos no comportó un empobrecimiento" y un correlativo enriquecimiento del demandado. En definitiva, no había dejado de trabajar fuera del hogar, percibiendo, por ello, la correspondiente remuneración.
En fin, la SAP Valencia 10 marzo 2011 (JUR 2011, 191211) no reconoció el derecho a una indemnización por enriquecimiento injusto, asumiendo los argumentos de la sentencia de instancia en lo relativo al supuesto enriquecimiento del demandado (que no era tal, ya que éste venía disfrutando de un elevado nivel de vida) y respecto de la pérdida de oportunidades profesionales o económicas por la demandante (que se estimaron de escasa importancia, dado el tiempo de duración de la convivencia, que fue de sólo 4 años, no es suficiente como para impedirle o dificultarle su reincorporación al mercado laboral o a la anterior actividad profesional).

118 SAP Málaga 25 abril 2002 (Tol 1189041).

119 SAP Gerona 2 octubre 2002 (Tol 263405).

escasa, ya que cada conviviente tiene libertad para poner fin a la unión de hecho, sin que legalmente deba satisfacer ninguna reparación por ello: es más, creo que una norma que impusiera una indemnización de este tipo (como también la aplicación de una regla general, como el art. 1902 CC, con el mimo fin), muy probablemente, sería inconstitucional, por ser contraria al libre desarrollo de la personalidad; por lo tanto, a través de estos pactos se estaría renunciando a un derecho que no se tiene.

Un sector de la doctrina enumera una serie de supuestos en los que tendría lugar una indemnización *ex* art. 1902 CC, no por la ruptura de la convivencia, en sí, sino por las circunstancias en las que la misma tuviera lugar, por ejemplo, en los casos de publicidad o violencia de la ruptura o cuando la mujer abandonada estuviese embarazada[120].

Yo soy poco proclive a la aplicación del art. 1902 CC en estos supuestos, como también lo es la jurisprudencia, que, no obstante, ha aplicado la responsabilidad civil extracontractual para proteger al desfavorecido por el cese de la convivencia *more uxorio*, en un caso en que la ruptura de la convivencia había sido acompañada del incumplimiento sin causa de una previa promesa cierta de matrimonio.

En efecto, una conocida sentencia del Tribunal Supremo[121] fundamentó, así, en el art. 1902 CC la condena del varón a pagar la cantidad de tres millones de pesetas, en concepto de daños y perjuicios, a su compañera, la cual había puesto fin al contrato de arrendamiento de la vivienda donde residía y en la que recibía huéspedes, para iniciar una convivencia *more uxorio* durante tres años con el condenado, ante la confianza, que este le había suscitado de que se casaría con ella, a través de una promesa de matrimonio, que no cumplió. En este caso concurría la particularidad de que la unión de hecho había sido iniciada, mediando una previa promesa de matrimonio del varón que posteriormente rompió la convivencia. En segunda instancia la condena del varón había sido fundamentada en el art. 43 CC, solución ésta, que desautorizó el Supremo, lo que me parece correcto, ya que el daño derivado de haber puesto fin al contrato de arrendamiento de la vivienda de la mujer abandonada no es un "gasto hecho" o una "obligación contraída" en consideración al matrimonio proyectado, por lo que no puede ser indemnizado a través del referido precepto.

No estoy de acuerdo en la aplicación que hizo del art. 1902 CC para fundamentar el fallo condenatorio, porque, a mi juicio, este artículo no juega en el caso de ruptura de la promesa de matrimonio, cuyos efectos económicos se rigen, exclusivamente, por el art. 43 CC, cuyo tenor es claro, al exponer que el

120 *Vid.* en este sentido Gallego Domínguez, I.: *Las parejas*, cit., p. 319.

121 STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020).

incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio, "sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio proyectado".

El precepto es una fórmula de transacción, entre el principio de tutela de la confianza y el principio de libertad nupcial, que, evidentemente, quedaría desvirtuado, si la negativa a cumplir la promesa produjera consecuencias patrimoniales tan gravosas para el promitente, que este se viera constreñido a contraer matrimonio para escapar al pago de una indemnización cuantiosa. Ello explica la limitación del importe máximo de la indemnización a los conceptos que la propia norma determina (gastos hechos y obligaciones contraídas en atención al matrimonio), cerrando la posibilidad de que el promisario pueda pedir el resarcimiento de otros daños. Creo, además, que la inaplicación del art. 1902 CC en los casos de ruptura de la promesa de matrimonio deriva del principio *specialia generalibus derogant*, ya que, a mi entender, el art. 43 CC es una norma especial que establece un supuesto específico de responsabilidad prenegocial (que una clase de responsabilidad civil extracontractual), por lo que excluye la aplicación de la norma general (el art. 1902 CC)[122].

A mi juicio, el recurso a la responsabilidad civil extracontractual al objeto de proteger al conviviente que queda perjudicado por el cese de la unión de hecho es, como regla general improcedente, si el cese de dicha unión no implica, al mismo tiempo, incumplimiento sin causa de una previa promesa cierta de matrimonio. Evidentemente, de no mediar promesa de matrimonio, es clara la imposibilidad de aplicar el art. 43 CC, pero, a mi entender, tampoco procede, en principio, la aplicación del art. 1902 CC para condenar al conviviente que rompe la unión de hecho al pago de una indemnización de daños y perjuicios por los daños que esa ruptura ocasione al otro conviviente.

122 Ciertamente el art. 43 CC suscita la cuestión de determinar la naturaleza de la obligación, en cuya virtud el promitente, que incumple sin justa causa la promesa cierta de matrimonio, debe resarcir al promisario de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en atención al matrimonio proyectado.
Prima facie, dicha norma parece presentar problemas de coordinación con la contenida en el art. 42 CC, que sanciona la incoercibilidad de la promesa de matrimonio, al establecer que los esponsales no son vinculantes en el plano jurídico (no originan la obligación de contraer matrimonio, ni tampoco de cumplir lo que se hubiera estipulado para el caso de su no celebración), lo que impide considerarlos un verdadero negocio jurídico de Derecho de Familia: ¿qué negocio jurídico sería aquel que no genera para las partes la obligación de cumplir lo pactado? A mi parecer, la obligación resarcitoria del art. 43 CC debe explicarse mediante el recurso a la culpa *in contrahendo*, esto es, desde la consideración de que quien sin justa causa incumple una promesa cierta de matrimonio defrauda la confianza que su declaración había suscitado en el destinatario.
A través de la negativa a cumplir la promesa, el promitente impide la perfección del negocio matrimonial; provoca, en definitiva, un daño *in contrahendo* del que debe responder ante el promisario, si bien dentro de los rígidos límites que el precepto establece, lo que excluye la indemnización de otros conceptos, los cuales pudieran incluso comprenderse en el denominado interés negativo, cuyo resarcimiento constituye, según la doctrina tradicional, el contenido característico de la obligación de indemnizar que pesa sobre el contratante que incurre en culpa *in contrahendo*.

La ruptura de la convivencia *more uxorio* es un acto de libertad de quienes la forman, del mismo modo que lo es su constitución. Si, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio de libre desarrollo de la personalidad impide exige respetar la radical libertad del ser humano para casarse o permanecer soltero, me parece que, por aplicación del mismo principio constitucional, no debe merecer ningún reproche culpabilístico quien decide poner fin a la unión de hecho, cuando entiende que dicha unión ya no es un cauce adecuado para el desarrollo de su personalidad, por lo que no se entiende como puede ser obligado a pagar una indemnización de daños y perjuicios, por esta sola causa.

Comparto, pues, la posición expresada en una emblemática sentencia del Pleno del Tribunal Supremo[123], en la que se afirma que "no cabe excluir radicalmente la aplicabilidad del art. 1902 CC, pero siempre exigiendo la plena concurrencia de todos sus requisitos, y, naturalmente, rechazando que la simple decisión de ruptura, aun sin causa alguna, constituye culpa o negligencia determinante de un deber de indemnizar, pues en tal caso se estaría creando algo muy parecido a la indisolubilidad de la unión de hecho o a su disolubilidad solamente previo pago".

En particular, hay que excluir totalmente la posibilidad de que el conviviente abandonado pueda pedir la indemnización de un hipotético daño moral resultante de la mera ruptura unilateral de la convivencia *more uxorio* a través del art. 1902 CC.

Es, pues, de alabar la solución a la que llegó una sentencia de instancia[124], que no estimó la pretensión de la mujer abandonada, de que se condenara al varón al pago de una indemnización de daños y perjuicios, entre otros conceptos, por el daño moral resultante del "abandono brusco de la situación estable y duradera de futuro en el ámbito emocional" de ella y del hijo de ambos. La Audiencia no acogió esta pretensión, por considerar que no había quedado acreditado "un perjuicio moral derivado de la ruptura sentimental, aspecto que, además de resultar difícilmente justificable y sobre todo evaluable, pronto tuvo remedio en uno, porque se casó al mes siguiente, y en la mujer porque lo hizo al año siguiente". En el caso litigioso la unión de hecho había durado cinco años y los convivientes tenían un hijo en común.

123 STS (Pleno) 12 septiembre 2005 (Tol 719651).

124 SAP Madrid 15 enero 2002 (JUR 2002, 121529).

B) Invalidez de los que excluyen el pago de todo tipo de indemnización, cualquiera que sea su causa: contrariedad al principio de prohibición de enriquecimiento injusto (inaplicación de la doctrina jurisprudencial de la cláusula 'rebus sic stantibus').

En mi opinión, son nulos los pactos de renuncia anticipada a exigir cualquier tipo de indemnización en el caso de cesación de la convivencia[125]; y ello, por ser contrarios al orden público, del que obviamente forma parte el principio general de enriquecimiento injusto, en cuya virtud (según consolidada doctrina jurisprudencial) debe reconocerse la posibilidad de obtener una compensación al conviviente que, sin retribución alguna (o escasa), se hubiera dedicado al trabajo doméstico o hubiese colaborado en la actividad económica o profesional del otro; a no ser que dichos pactos formaran parte de una razonable composición de intereses, en la que se previesen otro tipo de compensaciones en favor del perjudicado, por ejemplo, una atribución de bienes (durante la convivencia o al cesar ésta) o la que resultaría de haberse pactado que se hicieran comunes las ganancias obtenidas por ejercicio de la actividad en la que colaboró.

Podría argumentarse que esta posición va en contra de la actual corriente de privatización de la familia y que cabría pensar en otra solución más acorde con el principio de autonomía privada[126]. ¿No podrían, quizás, considerarse válidos los pactos de renuncia anticipada a exigir compensaciones futuras, pero sujetar su eficacia a la apreciación judicial, a través la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*?[127] De ser así, el juez podría no aplicar el pacto, cuando al cesar la

125 Gálvez Criado, A.: "El principio general", cit., pp. 1845 y 1847, en cambio, los considera válidos, siempre que no perjudiquen los derechos básicos menores e incapacitados, "porque así lo exige el principio pacta *sunt servanda* y la seguridad jurídica", de modo que los jueces deben aplicarlos, pero introduce una importante matización: "salvo que resulte de todo punto irrazonable atendidas las circunstancias concurrentes en el momento actual", pues, en este caso, "la reclamación del cumplimiento íntegro del pacto puede resultar abusiva o contraria a la buena fe".

126 Me parecen muy pertinentes las observaciones de Heras Hernández, Mª M.: "Acuerdos suscritos para ordenar la convivencia en pareja de preruptura y postruptura. Perspectiva desde el Derecho español", *Tla-Melaua* (Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Puebla, México), núm. 38, septiembre 2015, según la cual "si la progresiva 'contractualización' de las relaciones de familia y de pareja da cabida al predominio de los intereses particulares de cada uno de sus miembros, de ningún modo tal posibilidad puede conducir a un individualismo capaz de dinamitar los principios básicos que apuntalan el orden público como el principio de igualdad de los convivientes, el de solidaridad familiar o del interés superior de los menores".

127 Como es de todos sabido, la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, significa, en esencia, que en los contratos de tracto sucesivo se entiende implícitamente pactado que sus efectos se mantengan, en tanto no cambien las circunstancias que las partes tuvieron presentes al momento de su conclusión.
Con arreglo a dicha doctrina, tradicionalmente, la jurisprudencia ha venido manteniendo la posibilidad (siempre excepcional) de que el juez pueda modificar el contenido de los pactos, siempre que se den los siguientes requisitos: en primer lugar, una "alteración completamente extraordinaria de las circunstancias que se dan en el momento de cumplir el contrato, en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración"; en segundo lugar, "una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes que rompa el equilibrio de las prestaciones"; en tercer lugar, "que todo acontezca porque sobrevengan circunstancias radicalmente imprevisibles"; y, por último, "que no exista otro medio jurídico para compensar el desequilibrio". V., en este sentido, entre otras, SSTS 4 febrero 1995 (RJ 1995, 739), 26 septiembre 2002 (Tol 225594) y 20 noviembre 2009 (RJ 2009, 7296).
En tiempos recientes se ha producido una tendencia expansiva de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, como consecuencia de la grave crisis económica padecida en los últimos años y de su incidencia sobre el equilibrio de las prestaciones en contratos de la larga duración. Dicha tendencia expansiva se

convivencia existiera un cambio extraordinario de circunstancias que no hubieran podido preverse al tiempo de su otorgamiento[128].

Pero, ¿cuáles serían, entonces, tales circunstancias sobrevenidas? ¿Cabría incluir entre ellas, por ejemplo, el supuesto de que uno de los convivientes se hubiera dedicado al cuidado de unos hijos comunes? Tengo mis dudas de que en este caso se cumpliera el requisito (imprescindible para aplicar la doctrina de cláusula *rebus sic stantibus*) de estar ante una circunstancia sobrevendida absolutamente imprevisible al tiempo de la celebración del contrato. ¿Y qué decir del supuesto en que uno de los convivientes hubiera colaborado desinteresadamente en la actividad económica del otro desde el inicio de la convivencia y hasta la finalización de la misma?; ¿podría considerarse qué ha habido aquí un cambio sobrevenido de circunstancias? Parece que no, como no se considere que lo sea el haberse llegado a una edad avanzada sin haberse realizado un trabajo remunerado, pero que uno va a envejecer es algo absolutamente previsible y nada extraordinario[129].

Probablemente, en no pocos casos, por razones de justicia material, habría que forzar la aplicación de la doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*, considerando el juzgador que habría habido un cambio extraordinario de circunstancias absolutamente imprevisible siempre que uno de los convivientes se hubiera enriquecido injustamente a costa del otro.

manifiesta en una doble dirección. Por un lado, tratando de normalizar el recurso a dicha doctrina, pero, siempre manteniéndose la rigurosa exigencia de los requisitos tradicionales, y, entre ellos, por lo que a nosotros aquí nos interesa, el de que "todo acontezca porque sobrevengan circunstancias radicalmente imprevisibles". Es el caso de la STS 15 octubre 2014 (Tol 4579218), que, en el concreto caso litigioso, aplicó la doctrina *rebus sic stantibus* a un contrato de arrendamiento de un edificio destinado a establecimiento hotelero celebrado por un período de 25 años, con facultad de desistimiento del arrendatario, pasados 10 años del transcurso del mismo; se constató la excesiva onerosidad de las prestaciones con ruptura de la equivalencia entre las mismas, como consecuencia de una grave crisis económica sobrevenida en el sector de la hostelería; en consecuencia, se modificó el contrato, a través de reducción en un 29% de la renta vigente en el momento de la interposición de la demanda. Por otro lado, esa tendencia expansiva se ha manifestado, aplicándose la cláusula *rebus sic stantibus*, en términos, no sólo de modificación, sino también de resolución del contrato, en supuestos de compraventa de viviendas cuando no se consigue la financiación económica prevista para su adquisición, debido a la grave crisis económica que ha sacudido España durante los últimos años, en la medida en que se produzca "una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspectivas prestaciones de las partes", manteniéndose, por lo tanto, con toda claridad, el requisito de la radical imprevisibilidad del cambio sobrevenido de las circunstancias. V., así, SSTS 17 de enero de 2013 (Tol 3239524) y 26 abril 2013 (Tol 3711528).

128 Esto es, desde luego, posible en el Derecho civil catalán, según resulta de los arts. 234-5 y 234-9, en relación con el art. 231-20.5, del Código civil de Cataluña.

129 Interesantes las observaciones que realiza Gálvez Criado, A.: "El principio general", cit., p. 1846, al analizar la posible aplicación de la doctrina de cláusula *rebus sic stantibus* a los pactos de renuncia a compensaciones futuras, que el autor niega, precisamente, por la dificultad de entender que concurra el requisito de la imprevisibilidad del cambio sobrevenido de circunstancias. Dice, así, que "el tema del cambio sobrevenido de las circunstancias debe analizarse teniendo en cuenta la finalidad básica de toda convivencia de hecho: el establecimiento de una relación afectiva duradera entre personas capaces y que deben tener conocimiento de las distintas vicisitudes por las que puede transcurrir una convivencia de estas características en nuestra sociedad actual"; y añade: "En 20, 30 o 40 años de vida en pareja naturalmente que se producen cambios muy sustanciales en la vida de las personas, ¿pero resultan imprevisibles estos cambios para esas personas?".

Pero entonces, ¿para qué serviría el pacto de renuncia anticipada a exigir compensaciones? Desde luego, para dar certeza a los convivientes sobre sus respectivas situaciones patrimoniales en el caso de cesación de la convivencia, ya hemos visto que no, pues cabría siempre discutir la existencia de una alteración sobrevenida de circunstancias; y, para evitar intervenciones judiciales, tampoco. Estaríamos, en definitiva, ante un pacto con una eficacia claudicante, supeditada a que no se constatase judicialmente la existencia de un enriquecimiento injusto. Sólo sería eficaz, si no lo hubiere habido, pero, en este caso, el pacto sería totalmente inútil, porque implicaría la renuncia a una indemnización que no se tiene derecho a reclamar (la mera ruptura de la convivencia, por sí misma, no da derecho a exigir ninguna indemnización).

BIBLIOGRAFIA

Barrio Gallardo, A.: "La autonomía privada como límite a la regulación legal de las parejas de hecho", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 *bis*, julio 2018.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Las parejas de hecho", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1993, vol. I, Doctrina, BIB 1993/16.

Blanco Pérez-Rubio, L.: "Indemnización por ruptura unilateral en la unión de hecho", *Revista de Derecho Privado*, 2006, febrero.

Bueno Medina, L.: "Resolución unilateral como causa de disolución de las uniones de hecho", en AA.VV.: *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

Bustos Gómez-Rico, M.: "Las relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros", en AA.VV.: *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998.

Caso Señal, M.: "Efectos de la ruptura de la pareja de hecho en relación a los menores y en relación a la vivienda. Situación procesal de la extinción de las uniones paramatrimoniales. Parejas de hecho y órdenes de protección", en AA.VV.: *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

Chaparro Matamoros, P: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiare*s, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Corral Gijón, M. C.: "Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Parte 2ª: Efectos patrimoniales)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 664, 2001.

Cuena Casas, M.: "Uniones de hecho y abuso del derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio", *Diario La Ley*, núm. 6210, 15 de marzo de 2005, Sección Doctrina, LA LEY 875/2005.

De Amunátegui Rodríguez, C.: "Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de las parejas no casadas", en AA.VV.: *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. J. M. González Porras y F. P. Méndez González), vol. I, Murcia, 2004.

De la Iglesia Monje, Mª I., "Atribución temporal del uso de la vivienda familiar", *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 728, 2011.

Egusquiza Balmaseda, Mª A.: "Las parejas de hecho y el Tribunal Constitucional", en AA.VV.: *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional* (dir. C. Bayod López), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Estrada Alonso, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1991.

Fariña Fariña, R.: "Algunas consideraciones sobre la aplicación del enriquecimiento sin causa para resolver controversias patrimoniales entre convivientes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 bis, julio 2018.

Gálvez Criado, A.: "El principio general del libre desarrollo de la personalidad y los pactos entre convivientes tras la STC 93/2013, de 23 de abril", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 750, 2015.

Gallego Domínguez, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.

García Rubio, Mª P.: "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los operadores jurídicos gallegos y el futuro del Derecho civil de Galicia", en AA.VV.: *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional* (dir. C. Bayod López), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Gavidia Sánchez, J. V.: "¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?", *Revista Jurídica del Notariado*, 1999.

Heras Hernández, Mª M.: "Acuerdos suscritos para ordenar la convivencia en pareja de preruptura y postruptura. Perspectiva desde el Derecho español", *Tla-Melaua* (Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Puebla, México), núm. 38, septiembre 2015.

Jordano Barea, J. B.: "Matrimonio y unión libre", en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. II, Almería, 2000.

Lacruz Berdejo, J. L.: "Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones", en AA.VV.: *Centenario del Código civil* (1889-1989), tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

Leciñena Ibarra, A.: "Hacia un contractualismo regulador en el marco de un régimen legal dispositivo como vía para poner fin a la anomia general en la ordenación de las parejas de hecho", *Revista de Derecho Privado*, 2011.

Leciñana Ibarra, A.: "Tratamiento legislativo de la convivencia *more uxorio* tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional: La Ley 7/2018, de 3 de julio, de parejas de hecho de la región de Murcia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 *bis*, junio 2019.

Lepin Molina, C.: "Naturaleza jurídica de la pensión económica en la nueva ley de Matrimonio civil chilena", en AA.VV.: *Compensación Económica. Doctrinas esenciales* (dir. C. Lepin Molina, coord. K. Muñoz Vilagra), 2ª ed., Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2016.

Lepin Molina, C.: *Derecho de familiar chileno*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2017.

López Jiménez, D.: *Prestaciones económicas como consecuencia de la ruptura de las parejas no casadas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

Luque Jiménez, Mª C.: *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2012.

Martínez De Aguirre, C.: "Acuerdos entre convivientes more uxorio", *Revista de Derecho Privado*, 2002 (11).

Mesa Marrero, C.: *Las uniones de hecho. Análisis de las Relaciones Económicas y de sus Efectos*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

Miralles González, I.: "La disolución de la unión no matrimonial. Efectos", en AA.VV.: *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

Muñoz de Dios, G.: "Régimen económico en las uniones extramatrimoniales", *La Ley*, 1987-2.

Nanclares Valle, J.: "Las parejas estables tras la inconstitucionalidad parcial de la Ley foral 6/2000, de 3 de julio: el retorno de la unión de hecho", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 750, 2015.

Ortuño Muñoz, P. y Vega Sala, F.: "Constitución de la convivencia *more uxorio*", en AA.VV.: *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

Pantaleón Prieto, F.: "La autorregulación de la unión libre", *Poder Judicial*, núm. 4, diciembre de 1986.

Pantaleón Prieto, F.: "Régimen jurídico civil de las uniones de hecho", en AA.VV.: *Uniones de hecho* (coord. J. M. Martinell y Mª T. Areces Piñol), Lérida 1998.

Pinto Andrade, C.: *Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho*, Bosch, Barcelona, 2008.

Pous de la Flor, Mª P: "Crisis de parejas: consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 712, 2009.

Roca Trías, E.: "Repensar la pareja de hecho", en AA.VV.: *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

Rodríguez de Almeida, Mª G.: "La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad", *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 710, 2008.

Rodríguez de Almeida, Mª G.: "La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar", *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 737, 2013.

Santos Morón, Mª J.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de Reforma", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre 2014).

Torres Lana, J. A.: "De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1993, vol. II, Doctrina, BIB 1993/131.

LA NOTION DE COUPLE DE FAIT EN DROIT FRANÇAIS: "CONCUBINAGE" VS. PACS ET MARIAGE

COUPLES IN FRENCH LAW: "CONCUBINAGE" VS. CIVIL PARTNERSHIP (PACS) AND MARRIAGE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 11, agosto 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 64-77

Yann FAVIER

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de febrero de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: Cet article se propose d'étudier les conséquences juridique de la coexistence en droit français de trois modes de conjugalité tous définis par le code civil: le concubinage ou union de fait, le PACS ou partenariat enregistré et le mariage. Les conséquences juridiques, les droits et obligations des membres du couple ainsi que leurs rapports avec les tiers s'en trouvent modifiés avec des justifications diverses.

PALABRAS CLAVE: Couples; concubinage; mariage; PACS; droit français.

ABSTRACT: *This paper proposes to study the legal consequences of the coexistence in French law of three modes of conjugality all defined by the civil code: cohabitation (de facto union), PACS (registered partnership) and marriage. The legal consequences, the rights and obligations of the members of the couple as well as their relations with third parties are modified with various justifications.*

KEY WORDS: *Couples; cohabitation; marriage; partnership; French Law.*

SUMARIO.- I. UN DOUBLE PROBLEME DE DEFINITION ET DE PREUVE.- 1. Une question de définition?- 2. Une question de preuve.- II. DES EFFETS CIVILS LIMITES MAIS DES EFFETS SOCIAUX SIGNIFICATIFS.- 1. Des effets civils limités.- 2. Des effets sociaux significatifs.- III. LA RUPTURE COMME REVELATEUR : LE ROLE DE LA JURISPRUDENCE.- 1. Liberté de la rupture : une place pour la réparation?- 2. Les conséquences de la rupture: les créances, révélatrices d'une économie de couple.

INTRODUCTION.

S'il paraît illusoire de vouloir octroyer un statut aux couples de fait qui continuent à être qualifiés dans la loi de "concubins" (le terme de concubinage ayant dans toutes les autres langues que le français, et même en français hors de France comme au Québec, une connotation très négative) c'est que le concubinage se définit comme une situation de pur fait pour se différencier de l'union enregistrée appelée en France "pacte civil de solidarité" désignée usuellement par son acronyme: le PACS. Définir dans la loi le concubinage, n'empêchera pas qu'il existera toujours des couples hétéro ou homosexuels qui sortent délibérément d'un cadre légal prédéterminé. A ce propos, on peut noter que c'est que par la loi du 15 novembre 1999 qui créa en France le statut de PACS tout en définissant le concubinage dans un article resté isolé, que les couples de même sexe ont pu briser la jurisprudence de la cour de cassation leur refusant obstinément, dans ses arrêts de 1989 et 1997, la qualité de "concubins notoires".

Les effets de cette définition jusqu'alors doctrinale, du concubinage sur le statut du couple de fait en France ont été importants. En premier lieu, l'article 515-8 nouveau du code civil a défini un cadre juridique dans lequel n'entrent pas tous les couples de fait : ceux qui ne vivent pas ensemble, de manière stable et continue en sont ainsi exclus. En second lieu, la loi a donné une définition sans se préoccuper de ses effets juridiques qui doivent être recherchés au coup par coup dans la législation, les règlements ou encore dans les conventions collectives. En troisième lieu, en donnant le choix entre plusieurs statuts possibles, le droit français adopte une position assez particulière surtout depuis que la loi du 23 juin 2006 a encore rapproché le PACS du mariage jusqu'à en faire un quasi-mariage.

Depuis lors, les couples doivent être distingués entre trois statuts : le mariage, les couples de fait (qui répondent à la définition légale) et les couples qui ont

• Yann Favier
Professeur de droit privé à l'université Savoie Mont Blanc (France). Correo electrónico: yann.favier@univ-smb.fr

contracté un PACS qui, depuis quelques années, se signe devant l'officier d'état civil comme le mariage ou devant notaire comme un contrat de mariage (Code civil., art. 515-3). Dans ce contexte, le maintien d'un partenariat enregistré pouvait être remis en question. Si cela n'a pas été le cas, c'est que, comme les statistiques le montrent, le PACS a connu assez vite un très grand succès. Selon les données de l'Institut national d'études démographiques (INED)[1], alors qu'en 1970 ont été célébrés 394 000 mariages, il n'y en avait plus que 279 000 en 2002, quelques années après l'introduction du PACS. En comparaison, on a compté à la fin des années 1990, 4 millions de couples non mariés (alors qu'il y en avait 314 000 en 1968 et 1 707000 en 1990), soit un couple sur six contre un sur huit en 1990. Mais depuis 1999, il faut compter avec la création du PACS qui a absorbé un grand nombre d'unions de fait et a fini par concurrencer sérieusement le mariage. Si la proportion de couples de fait dans le nombre global de couples a augmenté notablement entre 1990 et aujourd'hui (13% en 1990, 18% en 1999, 20% en 2011 y 2016 y 21% en 2018), celle des couples ayant contracté un PACS est encore plus significative : en 2017, il se célébrait 193 950 PACS pour 235 915 mariages alors que la proportion était de 101 978 PACS pour 273 669 dix ans auparavant… C'est donc bien le mariage qui recule inexorablement face au PACS et non le concubinage qui reste une réalité bien présente en France.

De cette situation particulière de coexistence de statuts légaux divers, on peut tirer plusieurs questions intéressantes relatives aux couples de fait : la définition et le problème probatoire (I), l'analyse des effets distinctifs entre ces différents statuts (II) et enfin la question spécifique des effets juridiques de la séparation du couple (III) qui agit comme un révélateur des paradoxes qui traversent ces distinctions légales …

I. UN DOUBLE PROBLEME DE DEFINITION ET DE PREUVE.

Le concubinage ou union libre est une situation de fait entraînant certaines conséquences juridiques pour les individus ayant choisi de vivre une relation de couple sans recourir ni au mariage ni au pacte civil de solidarité (PACS). Elle se caractérise, selon l'article 515-8 du Code civil par "une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe et vivant en couple". S'il paraît difficile de traiter de façon unitaire des situations de pur fait, c'est que la réalité qu'elles recouvrent est assez diverse. C'est pourquoi il conviendrait davantage d'évoquer les concubinages que le concubinage même si sous ce terme, non seulement largement admis mais consacré par le Code civil, on n'envisagera ici que les formes non organisées de la vie commune qu'il s'agisse d'unions hétérosexuelles ou homosexuelles, de personnes célibataires ou déjà mariées de cohabitations juvéniles ou de concubinages tardifs,

1 https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/france/mariages-divorces-pacs/pacs/

de ménages avec ou sans enfants communs, voire issus de précédentes unions pour peu que ces unions répondent à la définition donnée par l'article 515-8 du Code civil.

1. Une question de définition?

Que faut-il comprendre de la définition légale? Celle-ci tourne autour d'une cohabitation. À l'instar du mariage, le concubinage (*cum cubare*) suppose en premier lieu une communauté de vie bien réelle et effective : il n'y a pas de concubinage "blancs" comme il peut se trouver des mariages "blancs" en raison du caractère institutionnel du mariage et par opposition au caractère informel et donc nécessairement "vécu" du concubinage. La communauté de vie ou volonté de vie commune, est l'essence du concubinage comme elle est celle du mariage. La différence avec le mariage tient à l'absence de statut : le "mort mariage" est encore un mariage, le concubinage ne se conçoit pas sans communauté de vie réelle et effective. La volonté de vie commune est, comme en mariage, révélée par un partage de l'existence qui implique le plus souvent une communauté d'habitation ou plus largement, comme en mariage, de résidence. Pour autant, elle n'exige pas le partage à temps complet d'un même domicile même si l'appréciation de la cohabitation comme élément de preuve de la communauté de vie effective est variable selon les effets que l'on souhaite faire produire au concubinage. L'absence de communauté d'habitation paraît être en revanche un obstacle pour le bénéfice des dispositions protectrices en matière de logement (maintien dans les lieux et continuation du contrat de bail), même si les textes ne visent qu'un concubinage "stable et notoire" (L. n) 89-462, 6 juill. 1989, art. 14 et 15). Ainsi, le droit d'héberger le concubin tout comme les membres de la famille du locataire ne peut être restreint par une disposition du contrat de bail sans porter atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ce dernier.

Toutefois, la cohabitation ne prouve pas à elle seule le concubinage. La communauté de vie suppose une communauté d'intérêts autant matérielle qu'affective sur le modèle du mariage (C. civ., art. 215) ou du PACS (C. civ., art. 515-1) et ne se résume donc pas une simple cohabitation. Sont également exclues de cette définition, les relations incestueuses, contraires à l'ordre public. La communauté de vie est douteuse en cas d'unions "multiples", l'union considérée étant celle de deux personnes même si elles sont engagées dans les liens du mariage ou d'un PACS avec d'autres personnes mais il s'agira alors de déterminer si le concubinage est stable et continu. La continuité et la stabilité combinées à la communauté de vie forment un tout qui marque l'existence d'une sorte de possession d'état de couple dans laquelle l'intention ou *animus* joue un rôle essentiel. Si le caractère éphémère et passager de l'union fait obstacle à la qualification de concubinage, il est moins évident d'exclure des relations stables mais intermittentes et la qualification

de concubinage n'implique pas obligatoirement le partage, à temps complet, d'un même "domicile" (il n'y a pas de domicile légal), la preuve du caractère actuel et effectif du concubinage en découle nécessairement. Il est des cas où la durée et encore davantage la stabilité importent peu, qu'il s'agisse de tirer bénéfice du concubinage ou de justifier la suppression d'un avantage.

2. Une question de preuve.

En pratique, un certificat de concubinage délivré par la mairie ou une simple attestation sur l'honneur de concubinage ou au contraire de non-concubinage, suffisent sans qu'il soit nécessaire de justifier ni la durée du concubinage ni de sa stabilité, qu'il s'agisse de profiter d'un avantage octroyé par la législation sociale (prise en charge de l'assurance-maladie du concubin par l'assuré social, supplément familial de traitement pour les fonctionnaires) ou par les mutuelles d'assurance par exemple, ou au contraire d'éviter de tirer du concubinage des motifs pour supprimer un avantage ou revoir une situation (pour la fixation ou la révision de pensions alimentaires, pour l'ouverture de droit aux prestations familiales sous conditions d'isolement, ou au revenu minimum d'activité pour une personne seule). En cas de contestation, la preuve contraire peut être librement rapportée et l'on pourra alors se reporter autant que de besoin aux critères de l'article 515-8 du Code civil au détriment ou au profit des concubins : la preuve du concubinage n'étant pas préconstituée, elle demeure fragile.

Il faut dire que le concubinage est par essence "notoire": alors que des textes spéciaux font état d'une condition de notoriété (Loi n° 98-462, 6 juill. 1989, art. 14 et 15, à propos du droit au logement – Code pénal , art. 434-1, à propos des bénéficiaires de l'immunité pour non-dénonciation de crime), l'article 515-8 du Code civil n'y fait pas référence. On trouve cette condition énoncée dans des conventions de divorce pour le service de certaines rentes ou encore dans des conventions collectives ou des clauses de contrats d'assurance. la notoriété continue à jouer un rôle non négligeable, la connaissance par les tiers contribuant parfois à établir la stabilité et la durée du concubinage au sens de l'article 515-8 du Code civil. Le caractère notoire est parfois exigé par des dispositions contractuelles ou par des textes spéciaux comme en matière de droit au logement (pour pallier en quelque sorte l'absence de publicité faite aux tiers et notamment au bailleur) ou en matière fiscale (Code général des impôts, art. 885 E, en matière d'impôt sur la fortune, qui assimile les effets du concubinage notoire à ceux d'un mariage). La Cour de cassation s'en remet, en cas de contestation, au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond…

Contrairement aux époux ou aux couples ayant contracté un PACS qui peuvent facilement prouver leur union en présentant un certificat de mariage ou un acte de naissance, les concubins qui souhaitent affirmer leur statut ne possèdent

aucune preuve préétablie. En pratique, les concubins éprouvent assez peu de difficulté à attester de leur qualité, en particulier parce que les administrations ou les entreprises commerciales leur reconnaissent sur une base déclarative la qualité de partenaires de fait pour le bénéfice de certains avantages liés à leur qualité de concubins.

II. DES EFFETS CIVILS LIMITES MAIS DES EFFETS SOCIAUX SIGNIFICATIFS.

A la différence du mariage, le concubinage n'entraîne en principe aucune conséquence personnelle ou patrimoniale entre les concubins ou à l'égard des tiers mais les effets en matière sociale restent significatifs.

1. Des effets civils limités.

Le concubinage, n'a pas d'effets patrimoniaux directs liés à la cohabitation. En matière patrimoniales, où la question pourrait davantage se poser qu'en matière de rapports personnels, il n'existe pas de texte, semblable à l'article 220 du Code civil dans le mariage ou à l'article 515-4 du Code civil dans le PACS, qui rende les concubins solidairement responsables des dettes du ménage. La solidarité ne se présume pas (C. civ., art. 1310) : faute d'être expressément stipulée, elle ne peut donc résulter d'une application par analogie des règles matrimoniales. La jurisprudence montre en France une certaine réticence à utiliser le principe de l'erreur légitime: la théorie de l'apparence a seulement été retenue pour permettre au créancier d'étendre ses poursuites auprès des concubins qui exploitent en commun une entreprise appartenant à l'un d'eux dans la mesure où l'exploitation en commun confère à chacun d'eux la qualité de commerçant. Bien évidemment, lorsqu'un concubin crée sciemment une apparence de mariage aux fins de tromper les tiers mais dans ce cas il engage sa responsabilité civile délictuelle (art. 1240 du Code civil).

De la même façon, celui des deux concubins qui a assumé les charges du ménage ne peut invoquer, comme en matière matrimoniale (C. civ., art. 214) une obligation de contribution aux charges communes pour exercer un recours contre l'autre et sauf à ce que les concubins aient convenu entre eux d'une autre répartition (dont la preuve incombe au demandeur) car chacun d'eux assume en principe personnellement et définitivement les dépenses de la vie courante qu'il expose. Toutefois, les juges s'inspirent de considérations tirées plus de l'équité que du droit pour dessiner une obligation aux charges communes dans le concubinage qui se "révèle" à l'occasion de la rupture pour mieux "partager" des biens financés

directement ou indirectement par des fonds provenant des concubins, sans qu'il se dégage de l'ensemble une grande cohérence[2].

Sur ce point, bien que les concubins n'aient pas de régime matrimonial, la vie commune les conduit à acquérir des biens ensemble ou/et séparément, sans toujours prendre égard à l'origine aux modes d'acquisition. S'il est prouvé qu'ils ont acquis des biens ensemble, ils en seront propriétaires indivis pour moitié et l'un d'eux pourra démontrer en avoir financé une partie plus importante que l'autre. A ce titre, l'indivision est de nature à susciter du contentieux, surtout lorsqu'un des concubins décède, car il se retrouvera en indivision avec les héritiers du défunt. Quant aux revenus, par hypothèse acquis séparément, ils restent également imposés séparément. Chacun des concubins est traité comme un célibataire. Par conséquent si l'un des concubins est à la charge de l'autre et sans revenus, il ne peut être pris en compte pour la détermination du quotient familial de son compagnon qui en France, permet de réduire l'impôt sur le revenusen fonction de la charge d'enfant. Seul l'impôt sur la fortune immobilière assimile les effets du concubinage notoire à ceux d'un mariage ou d'un PACS (Code général des impôts, art. 964).

En définitive, pas plus que de "régime primaire" (qui en France, désigne usuellement le tronc commun d'obligations liées au mariage), il n'existe de régime matrimonial proprement dit entre les concubins. Certains praticiens ont essayé de développer en France, sur le modèle de certains droits étrangers, des contrats de concubinage mais ces conventions sont très marginales et, dans l'esprit, semblent contraires à la liberté et à la précarité qui définissent la relation de concubinage par opposition au PACS. En fait, à les analyser clause après clause, on constate que ces contrats ne font que réunir dans un même acte des conventions différentes, telles que des conventions d'indivision.

Cette absence de régime matrimonial se double d'une absence de statut successoral qui en est en quelque sorte le corolaire. A défaut de vocation héréditaire légale et de testament à son profit, le survivant des concubins n'a aucune vocation à occuper le logement, propriété du prédécédé. S'il y est maintenu après le décès, il est redevable aux héritiers d'une indemnité d'occupation (Code civil, art. 815-9). Dans le cas d'un logement acquis en commun, les héritiers peuvent ainsi exiger le rachat de la part indivise du de cujus, faute de quoi le logement pourra être vendu. Dépourvu de la qualité d'héritier, il doit restituer les sommes prélevées sur un compte du défunt pour lequel il avait une procuration. Même s'il est protégé par un testament en sa faveur, le concubin survivant est considéré fiscalement comme un étranger et supporte en conséquence des droits de succession de 60 % après abattement de 1594 euros. En outre, ses droits sont limités à la quotité disponible, en cas de présence d'héritiers réservataires. En effet le concubin ou la concubine a

2 V. par ex.: Civ. 1re, 24 sept. 2008, n° 06-11.294, Bull. civ. I, n° 211.

des héritiers réservataires, il ne peut gratifier l'autre que dans la limite de la quotité disponible dite "ordinaire" (C. civ., art. 912 et 913) c'est à dire applicables entre étrangers et non de la quotité disponible spéciale (C. civ., art. 1094 et 1094-1) plus largement ouverte entre époux même en présence d'enfants non communs.

En matière de droits sociaux en revanche, les concubins jouissent depuis longtemps d'une protection assez complète.

2. Des effets sociaux significatifs.

C'est certainement la législation sociale qui, la première, a admis en France dès 1939, l'assimilation des couples de concubins aux couples mariés. L'intégration des deux modèles conjugaux est en grande partie réalisée depuis la loi n° 78-2 du 2 janvier 1978 relative à la généralisation de la sécurité sociale qui a ouvert les prestations en nature de l'assurance-maladie et maternité aux concubins à la charge effective et permanente de l'assuré. Avec l'entrée en vigueur de la loi du 15 novembre 1999 et la définition du concubinage donnée par l'article 515-8 du Code civil, ces dispositions sont applicables autant au concubinage entre personnes de même sexe comme aux personnes de sexe différent. Comme il en est des membres d'un couple marié ou en PACS, le bénéfice du capital-décès est ouvert au concubin s'il compte parmi les personnes à charge de l'assuré y compris en cas de concubinage adultérin. Cette assimilation n'est pas toujours favorable aux intéressés lorsque le concubinage vient faire cesser le service d'une prestation : il en va ainsi de certaines prestations familiales ou de majoration de minimas sociaux octroyés pour un parent isolé qui ne doit pas vivre en concubinage pour pouvoir obtenir ces prestations qui leur seraient tout autant refusé bien évidemment s'ils étaient partenaires de PACS.

Des différences demeurent s'agissant de certaines prestations sociales. Le concubinage ouvre les mêmes droits que le mariage en matière de rentes versées à la suite d'un accident du travail mais toujours pas – comme d'ailleurs pour les partenaires liés par un PACS - en matière de pensions de réversion ni de pension de veuvage qui restent les deux prestations réservées aux personnes mariées. De nombreux régimes spéciaux acceptent toutefois l'octroi de prestations au concubin notoire survivant lorsque son concubin décédé ne laisse pour lui succéder aucun conjoint non divorcé ou séparé de corps.

Composante essentielle des droits sociaux, le droit au logement a toujours fait l'objet de dispositions spécifique en droit français. La situation des concubins locataires dépend du contrat de location : ou bien ils sont cotitulaires ou copreneurs du bail ou bien l'un d'eux seulement est titulaire du droit au bail. Si le logement a été loué par un des concubins, l'autre n'est pas cotitulaire car l'article 1751 du Code civil qui prévoit cette cotitularité dans le mariage n'est pas applicable

entre concubins). La cotitularité ne peut donc qu'avoir une origine conventionnelle et elle présente alors un avantage pour le bailleur qui assujettit ainsi chacun des concubins au paiement des loyers. De plus, si les concubins se sont présentés comme des époux, l'engagement de l'un des concubins lie l'autre solidairement au paiement du loyer aussi longtemps que cette apparence est maintenue à l'égard du bailleur. En cas d'abandon du logement par le titulaire du bail, les textes ouvrent "au concubin notoire" la possibilité de faire continuer le bail à son profit, si toutefois il vivait effectivement avec le preneur depuis au moins un an (condition qui n'est pas exigée du partenaire d'un PACS). En revanche et c'est là une toute autre question, lorsque l'un des concubins est propriétaire de l'immeuble et que l'autre est hébergé par lui, il n'existe pas de bail entre eux. Le concubin hébergé se trouve donc dans tous les cas dans une situation précaire. Il ou elle peut être prié de quitter le logement à tout moment sans pouvoir invoquer le droit au maintien dans les lieux. De même, si le concubin ou al concubine propriétaire décide de vendre le logement, il ou elle peut le faire librement, sans avoir à obtenir le consentement de son compagnon ou de sa compagne. Leur situation est toute différente de celle des époux qui ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits sur le logement (C. civ., art. 215, al. 3). Mais cette situation autour du sort des droits sur le logement peut générer d'autres questions qui sont assez spécifiques à la rupture entre concubins.

III. LA RUPTURE COMME REVELATEUR : LE ROLE DE LA JURISPRUDENCE.

Une union libre implique une rupture libre: le principe en matière de concubinage est que chacun des concubins peut, à tout moment, reprendre sa liberté et abandonner l'autre. La notion d'union libre est, par définition même, incompatible avec un quelconque engagement pour le futur. Pour autant des recours existent entre concubins s'agissant des aspects de liquidation patrimoniale, révélant une fois encore des rapports juridiquement plus complexes.

1. Liberté de la rupture : une place pour la réparation ?

La rupture du concubinage ne doit pas constituer par elle-même une faute susceptible d'ouvrir le droit à des dommages et intérêts dans les conditions du droit commun (C. civ., art. 1240 et 1241). De nature précaire, le concubinage ne permet pas de demander la réparation d'un éventuel préjudice qui résulterait de la seule rupture Toutefois, comme l'exprime une jurisprudence constante et ancienne, un droit à réparation au profit du concubin délaissé lorsqu'il existe des circonstances de nature à établir une faute de son auteur: il n'y a là que l'application du droit commun de la responsabilité.

La faute peut exister dès l'origine du concubinage, dans le comportement répréhensible d'un ou d'une concubin ou concubine ayant fait des promesses de mariage ou ayant abusé de son autorité par des manœuvres dolosives. Des décisions anciennes l'ont admis à propos des promesses fallacieuses de mariage faites par un concubin mais il semble que de tels cas ne correspondent plus ou très rarement à la réalité de la société française contemporaine dans un contexte d'égalité des sexes et de large acceptation des relations hors mariage. Il est d'ailleurs fréquent en pratique de relever l'existence d'une faute de l'auteur de la rupture en puisant dans des éléments tirés de la période de vie commune et dans son attitude lors de la rupture. Toutefois, c'est sans doute davantage sur le terrain du préjudice réparable que sur celui de la faute que la jurisprudence a montré une évolution notable. Le préjudice moral est ainsi plus facilement retenu et le préjudice économique calculé plus largement, sans doute parce que ce type d'union s'est socialement banalisé.

En revanche, des correctifs existent en dehors des techniques habituelles de la responsabilité délictuelle. De nombreuses décisions de jurisprudence admettent qu'il existe à la charge du concubin qui rompt, une obligation naturelle de ne pas laisser dans le besoin celui qui est abandonné. Traditionnellement, le recours à l'obligation naturelle (C. civ., art. 1235) a eu une certaine utilité pour "découvrir" l'existence d'une libéralité contestée après rupture ou décès. Celle-ci est parfois abusivement qualifiée de dette de reconnaissance – malgré la contradiction entre l'existence d'une dette et la qualification de libéralité – pour les soins prodigués ou le temps consacré au concubin ou à la concubine. L'indemnité, promise ou versée, convertit l'obligation naturelle en obligation civile juridiquement sanctionnable. Dès lors, le concubin créancier de la somme peut efficacement agir en justice pour en obtenir le paiement. Par ailleurs, si le débiteur venait à décéder, le créancier pourrait même en demander le paiement à ses héritiers qui seraient tenus de l'indemniser. S'agissant pour le créancier, de l'exécution d'une obligation, il s'ensuit que l'indemnité au débiteur n'est pas considérée comme une libéralité. Fiscalement, elle n'est donc pas taxée en tant que telle.

2. Les conséquences de la rupture : les créances, révélatrices d'une économie de couple.

Comment liquider les biens acquis en cours de concubinage ? La difficulté principale tient à l'absence d'approche globale comme c'est le cas en matière de mariage ou de PACS. Quand il est impossible de déterminer l'origine exacte des biens, il peut être tentant de recourir à l'indivision : faute de pouvoir établir la preuve de la propriété exclusive en raison de la mise en commun des ressources du couple et de la durée du concubinage, la propriété des biens acquis pendant la vie commune est présumée partagée pour moitié entre les ex-concubins.

Toutefois, il n'existe pas de présomption d'indivision entre concubins. La preuve devra être rapportée que les biens acquis pendant la vie commune l'ont été avec des deniers mis en commun, preuve qui peut résulter par exemple de l'utilisation d'un compte joint alimenté par les revenus des concubins pour l'acquisition des biens revendiqués mais en aucun cas de la seule vie commune. Un autre moyen de parvenir à un partage entre les concubins est de considérer qu'il a existé entre eux une société "créée de fait". L'intérêt est que la fin du concubinage entraîne celle de la société créée de fait : il faut alors liquider celle-ci, c'est-à-dire restituer à chacun ses apports respectifs, payer le passif et éventuellement, s'il reste quelque chose, partager le bénéfice. La société créée de fait est en effet un groupement de personnes qui se sont comportées comme des associés, sans avoir manifesté leur volonté initiale d'être des associés, ce qui, à certains égards, peut correspondre à la situation des concubins. Mais sur ce point, la jurisprudence est très sévère avec les concubins[3] en exigeant que les éléments constitutifs du contrat de société (l'existence d'apport mutuel, l'*affectio societatis*, l'intention de participer aux bénéfices et aux pertes) doivent être tous établis et de manière séparée sans pouvoir se déduire les uns des autres.

L'action *de in rem verso* peut être invoquée afin de rétablir l'équilibre entre le patrimoine des concubins lorsque le déséquilibre lié au déplacement de valeurs du patrimoine d'un concubin à celui de l'autre, est dépourvu de justification c'est-à-dire lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale (C. civ., art. 1303-1). Il ne peut ainsi être invoqué que de manière subsidiaire (C. civ., art. 1303-3)[4]. En cas de rupture du concubinage, l'enrichissement injustifié est invoqué principalement au titre de la liquidation des intérêts communs, si un des concubins a participé à une acquisition ou à l'amélioration d'un bien appartenant à l'autre, ou au titre d'une collaboration gratuite si l'un des concubins a contribué directement ou indirectement aux affaires et à l'activité professionnelle de l'autre, ce qui n'est pas rare en pratique surtout pour les longs concubinages[5]. Ainsi le concubin ou la concubine qui a fourni des fonds pour réaliser le logement du couple, qui a réhabilité un immeuble appartenant à l'autre pour en faire le logement commun ou, par exemple, qui a financé l'acquisition d'un véhicule automobile, peut être tenté de se placer sur le terrain de l'enrichissement injustifié pour être indemnisé de ses dépenses. Cet argument n'est toutefois pas sans failles car il risque bien souvent de se voir opposer l'existence d'un intérêt personnel.

Comme on l'a vu, aucune disposition ne réglant la contribution des concubins aux charges de la vie commune, chacun doit, en l'absence de volonté exprimée à

3 Par ex.: Civ. 1re, 20 janv. 2010, n° 08-13.200, Bull. civ. I, n° 11.

4 Par ex. : Civ. 1re, 6 oct. 2010, <ref type=»jur» refid=»2010-10-06_09-68.657»> 09-68.657</ref>.

5 Par ex.: Civ. 1ère, 10 févr. 2016, n°15-10.150

cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées sans pouvoir invoquer à ce titre un appauvrissement au profit du partenaire. Il est ainsi fréquent de voir juger que l'appauvrissement a pour cause – depuis la réforme du droit des obligations, une justification, – qui n'est autre que la participation spontanée aux charges de la vie commune. Dans le nouveau droit français des obligations, l'enrichissement est expressément considéré comme justifié en présence d'une intention libérale de l'appauvri, laquelle, comme auparavant, devra être prouvée et n'est jamais présumée. Ensuite, les obstacles sont nombreux avant de liquider une telle créance. Une fois déterminée, la créance d'enrichissement injustifié doit être correctement évaluée : celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement et l'appauvrissement constaté au jour de la dépense (C. civ., art. 1303). L'enrichissement tel qu'il subsiste au jour de la demande, sont évalués au jour du jugement. Mais, cas de mauvaise foi de l'enrichi, l'indemnité due est égale à la plus forte de ces deux valeurs. (C. civ., art. 1304). Les concubins s'exposent à des procédures, parfois longues devant le juge aux affaires familiales pour recevoir satisfaction en cas de contentieux sur ce fondement. Les créances peuvent également être soldées à l'amiable par un notaire, à l'occasion de la vente d'un logement appartenant à l'un ou l'une d'eux mais qui aurait été acquis ou amélioré grâce aux fonds de l'autre.

En conclusion, le droit français n'a jamais véritablement ignoré la situation de concubinage, principalement en droit social. Pour le reste, il s'agit principalement d'adapter le droit commun à une situation de fait, sans pour autant procéder par la voie de l'analogie. Quand on étudie le contentieux publié, on s'aperçoit que c'est principalement au stade de la séparation que se posent les difficultés. En effet, la cohabitation ne permettant aucun règlement global comme on le ferait d'un couple marié même séparé de biens, les praticiens et les juges ont dû trouver des techniques et des méthodes pour parvenir à liquider au mieux leurs intérêts patrimoniaux. Les concubins ont en effet créé une communauté d'intérêts qui doit être liquidée d'une manière ou d'une autre.

Il reste que, si apparaît progressivement un droit spécifique aux concubins modelé par la pratique judiciaire et par quelques dispositions éparses, nous devons continuer à distinguer les couples selon leurs conditions et leurs statuts au regard notamment des techniques de règlement des créances en cas de séparation. Le droit de la rupture nécessite une attention particulière sur de nombreuses questions, non seulement pour réguler de manière adéquate les effets de la rupture sur la propriété acquise ou financé ou amélioré en cours d'union (acquisitions conjointes, recouvrements de biens propres ou personnels, dettes propres assumées en commun ...) mais aussi pour donner des conseils utiles, par exemple, aux futurs

acquéreurs de biens immobiliers, en éclairant les conséquences d'une rupture sur le sort d'un bien acquis ou simplement financé de manière commune.

Plus généralement, compte tenu des différentes manières de former un couple en droit français, on peut constater qu'à la diversité des statuts juridiques répond à une certaine convergence des solutions si ce n'est dans les techniques, au moins dans leurs objectifs: au fil des réformes, le PACS s'est rapproché du mariage et, comme le révèle la jurisprudence, la situation des concubins face aux difficultés de séparation conduit à une approche parfois inspirée par le droit matrimonial et simplement habillée par des techniques comme l'enrichissement injustifié ou le droit de la responsabilité civile. En France, l'institution assez récente d'un juge unique de la famille chargé de liquider le patrimoine du couple marié ou non marié est un signe très révélateur de cette tendance. Cependant, nous pouvons identifier ici un écart, non pas tant entre le droit et les mœurs mais entre le droit et une justification dominante sur la distinction des couples en "statuts" qui nous semble fondée sur l'idée fausse, selon laquelle les couples sont libres de choisir le "statut" qui leur convient le mieux rationnellement[6].

6 Leckey, R. et Favier, Y.: "Cohabitation's boundaries and the confines of tradition", *Social and Legal Studies*, Vol. 25, april 2016, pages 525-543.

IL PLURALISMO FAMILIARE IN ITALIA: UNIONI CIVILI E CONVIVENZE*

THE FAMILY PLURALISM IN ITALY: THE CIVIL UNIONS AND THE COHABITATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 11, agosto 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 78-109

* Il saggio riprende e sviluppa il contributo, pubblicato all'indomani dell'emanazione della legge n. 76 del 2016, *Rass. dir. civ.,* 3, 2016, dal titolo "Sulla disciplina delle unioni civili e delle convivenze".

Immacolata
PRISCO

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de mayo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: La legge n. 76 del 2016 riconosce il pluralismo dei modelli familiari, disciplinando le unioni civili tra persone dello stesso sesso e i rapporti di convivenza. Il saggio analizza la disciplina vigente sui rapporti familiari non fondati sul matrimonio evidenziandone i profili critici e i relativi dubbi ermeneutici.

PALABRAS CLAVE: Famiglia; unioni civili; convivenze; contratti di convivenza.

ABSTRACT: *The law n. 76/2016 gives legal recognition to the families not based on marriage, by regulating the civil unions between persons of the same sex and the cohabitation. The essay analyzes the existing rules, highlighting its critical aspects and the doubts of interpretation.*

KEY WORDS: *Family; civil unions; cohabitation; cohabitation agreements.*

SUMARIO.- I. L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI FAMIGLIA. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.– II. LA L. N. 76 DEL 2016: IL LEGISLATORE ITALIANO "ISTITUISCE" LE UNIONI CIVILI.– III. I RAPPORTI PERSONALI E PATRIMONIALI.– IV. SEGUE. L'ESTENSIONE ALL'UNITO CIVILE DI ALCUNE NORME DETTATE PER IL CONIUGE.– V. LO SCIOGLIMENTO DELL'UNIONE.– VI. LA MANCATA REGOLAMENTAZIONE DEI RAPPORTI DI FILIAZIONE NELLE UNIONI SAME-SEX. SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI.– VII. I RAPPORTI DI CONVIVENZA.– VIII. IL CONTRATTO DI CONVIVENZA.– IX. IL DIRITTO AGLI ALIMENTI IN FAVORE DEL CONVIVENTE E LA MANCATA REGOLAMENTAZIONE DEI PROFILI SUCCESSORI.– X. RILIEVI CONCLUSIVI.

I. L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI FAMIGLIA. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

Il tema delle unioni familiari non fondate sul matrimonio, da sempre al centro dell'attenzione degli interpreti, si è arricchito, nel tempo, di nuovi argomenti e spunti di riflessione: a partire dal dibattito, più risalente, sulla rilevanza giuridica delle convivenze c.dd. di fatto, la dottrina e la giurisprudenza si sono in séguito confrontate sulla meritevolezza di tutela delle unioni omoaffettive, sulla necessità di una regolamentazione delle medesime, sulla possibilità di riconoscere effetti ai matrimoni omosessuali realizzati all'estero, come sull'incidenza che i c.dd. nuovi modelli familiari hanno sulla costruzione dei rapporti di filiazione.

La legge n. 76 del 2016[1] offre una risposta alle questioni sollevate nel tempo dagli interpreti, positivizzando l'evoluzione, già registrata sul piano sociale[2], delle comunità familiari non fondate sul matrimonio.

La nuova normativa – emanata all'esito di un travagliato *iter* politico[3] – si colloca nel solco dei precedenti normativi e giurisprudenziali che hanno progressivamente

1 Il quadro normativo sulle unioni civile si completa con i decreti attuativi della legge: d.lg. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6 e 7.

2 Perlingieri, G.: "Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi", *Rass. dir. civ.*, 1, 2018, p. 101 ss.

3 Tra i primi contributi, già in fase di discussione del d.d.l.: Iorio, G.: "Il disegno di legge sulle «unioni civili» e sulle «convivenze di fatto»: appunti e proposte sui lavori in corso", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 1014 ss.; Auletta, T.: "Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma", *ivi*, 2015, p. 615 ss.; Trimarchi, M.: "Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze: luci ed ombre", *Jus civile*, 1, 2016; Quadri, E.: "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?", *www.giustiziacivile.com*, 4, 2016.

• Immacolata Prisco
Ricercatore di Diritto Privato. Università di Cassino e del Lazio Meridionale. Correo electrónico: immacolata.prisco@unicas.it.

condotto al riconoscimento di rapporti familiari molto distanti dai modelli ispiratori della normativa codicistica. Il riferimento è alla riforma della filiazione, la quale ha istituito il c.d. stato unico di figlio[4], nonché a quella giurisprudenza incline, già prima della legge in esame, a valorizzare i rapporti 'in fatto' familiari: i rapporti tra i conviventi (omo o eterosessuali), come quelli – ancora oggi al centro di un ampio dibattito – tra genitore c.d. sociale e figlio. Su quest'ultimo profilo si tornerà in séguito, nel confronto con la scelta del legislatore italiano di non prendere posizione sulla *stepchild adoption*, ovvero, più in generale, sui rapporti di filiazione nelle unioni omoaffettive; scelta che non ha impedito – ma ha, piuttosto, consentito – alla giurisprudenza di rifondare su nuove basi i rapporti genitoriali.

In particolare, la tanto attesa legge del 2016 istituisce le unioni civili, così offrendo alle parti di un'unione same-sex di formalizzare il proprio rapporto[5]. D'altro canto, la legge n. 76 del 2016 sviluppa gli approdi giurisprudenziali in punto di meritevolezza di tutela delle convivenze (anche *same-sex*) in quanto formazioni sociali *ex* art. 2 cost.[6] e disciplina i contratti di convivenza. La nuova normativa

4 Sesta, M.: "Filiazione (diritto civile)", *Enc. dir.*, *Annali*, VIII, Milano, 2015, p. 445 ss.; Id.: "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1 ss.; Ferrando, G.: "Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari", *Fam. dir.*, 2015, p. 952 ss.; Pane, R. (a cura di): *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Napoli, 2014; Chiappetta, G. (a cura di): *Lo stato unico di figlio*, Napoli, 2014; Cipriani, N.: "Rapporti personali nella famiglia e successione di norma nel tempo", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 89 ss.; Clarizia, O.: "Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 597 ss.; Prosperi, F.: "Unicità dello status filiationis e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio", *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 273; Recinto, G.: "Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?", *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 1475 ss.; Palazzo, A.: "La riforma dello status di filiazione", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 245 ss.

5 Sul progressivo riconoscimento delle coppie omosessuali, anche alla luce della giurisprudenza interna ed europea, *ex multis*: D'Angeli, F.: *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, Padova, 2003; Balestra, L.: "L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive", *Riv. trim.*, 2010, p. 1123 ss.; Romboli, R.: "Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»", *Giur. cost.*, 2010, p. 1629; Passaglia, P.: "Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica", *Foro it.*, 2010, IV, c. 273 ss.; Segni, M.: "La disciplina dell'omosessualità: Italia ed Europa a confronto", *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 251 ss.; Scalisi, V.: "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1287 ss.; Id.: "Famiglia e famiglie in Europa", *ivi*, 2013, p. 7 ss.; Lipari, N.: Il futuro del diritto, le relazioni personali e i diritti delle coppie omosessuali, *Foro it.*, 2015, V, c. 19 ss. In giurisprudenza: Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, *Giur. cost.*, 2010, 2, p. 1604; Corte EDU, 24 giugno 2010, caso Schalk e Kopf c. Austria, n. 30141/04, *Il civilista*, 2010, 10, p. 17; Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, *Foro it.*, 2012, 10, I, c. 2727; Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400, *Corr. giur.*, 2015, p. 909. Significativa, da ult., Corte EDU, 21 luglio 2015, Oliari c. Italia, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 918, là dove condanna l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU in ragione dell'assenza di un apparato normativo idoneo a garantire un'adeguata tutela alle unioni omosessuali [per una riflessione critica sul percorso giurisprudenziale antecedente alla positivizzazione delle unioni *same sex* Fortino, M.: "Piccoli passi e cautele interpretative delle Corti sui diritti delle unioni" omosessuali, *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2016, p. 129 ss.; Ferrando, G.: "Le unioni civili: la situazione in Italia", Rescigno, P. e Cuffaro, V. (a cura di): *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, *Giur. it.*, 2016, p. 1771 ss.].

6 Il tema della famiglia c.d. di fatto è sin da epoca risalente al centro dell'attenzione degli interpreti. Cfr. nell'ampia bibliografia Ferrando, G.: "Sul problema della famiglia di fatto", *Giur. merito*, 1975, p. 134 ss.; Perlingieri, P.: "Sulla famiglia come formazione sociale", *Dir. giur.*, 1979, p. 775 ss., ora Id.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 419 ss.; Id.: "La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima", *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 601 ss.; Prosperi, F.: *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino-Napoli, 1980; Franceschelli, V.: "Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto", *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 681 ss.; Gazzoni, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983; D'Angeli, F.: *La famiglia di fatto*, Milano 1989; Mezzasoma, L.: "Ancora sulla irrilevanza della famiglia di fatto", *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 888 ss. Piú di recente Scalisi, V.: "Le stagioni della famiglia", cit., p. 1287 ss.; Porcelli, M.: "La famiglia al plurale", *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1248.

amplia, così, "le opzioni istituzionali disponibili"[7], sia per le coppie omosessuali sia per quelle eterosessuali, le quali, anche grazie alla possibilità di regolamentare autonomamente i rapporti di convivenza, possono "modellare la loro relazione secondo differenti livelli di assunzione di reciproche responsabilità"[8].

A pochi anni dall'entrata in vigore della nuova normativa non mancano, tuttavia, riflessioni critiche tra gli interpreti, i quali si confrontano con un testo normativo frutto di un compromesso tra diverse sensibilità politiche, fino ad auspicarne, talvolta, una riforma[9]. Tale 'compromesso' traspare dall'assenza, nel disposto normativo, del lemma 'famiglia' come di quello di coniuge, così implicitamente rimarcandosi una separazione – talvolta di forma più che di sostanza – tra il modello di famiglia fondato sul matrimonio e le altre unioni familiari[10].

II. LA L. N. 76 DEL 2016: IL LEGISLATORE ITALIANO "ISTITUISCE" LE UNIONI CIVILI.

L'art. 1, comma 1, l. n. 76 del 2016, *istituisce*[11] "l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione": l'unione è 'luogo' idoneo allo sviluppo della personalità dei soggetti che la compongono[12], ma, al contempo, formazione che differisce da

7 Sesta, M.:"La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare", *Fam. dir.*, 2016, p. 881.

8 Sesta, M.: *o.l.u.c.*

9 De Cristofaro, G.: "Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lg. 19 gennaio 2017, n. 5", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 103 s., ove si sottolinea la "imprescindibile necessità di un nuovo intervento del legislatore interno che rimediti l'opzione di fondo ispiratrice dell'istituto delle unioni civili, ad esso conferendo – con particolare riguardo agli effetti non patrimoniali, ai contenuti e ai presupposti del relativo negozio – una configurazione idonea a giustificare ed illuminare in modo pieno e coerente le singole disposizioni di cui si compone il relativo regime giuridico, rendendolo autenticamente rispondente sia ai più evoluti modelli normativi stranieri, sia alle istanze della CEDU e della Carta dei diritti".

10 La scelta di disciplinare *ex novo* le unioni omosessuali ha lasciato insoddisfatti quanti auspicavano una riforma della disciplina del matrimonio, la quale avrebbe evitato una – assunta – irragionevole discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Tale discriminazione, del resto, troverebbe conferma sia nella scelta di non inserire la nuova disciplina nel contesto codicistico ("quasi che si temesse di contaminarlo") sia nella concreta regolamentazione dell'unione: Oberto, G.: "I regimi patrimoniali delle unioni civili", *Giur. it.*, 2016, p. 1798.

11 Si osserva: "l'odierno legislatore 'istituisce', cioè crea, l'unione civile, che dunque, si appalesa istituto del diritto positivo, nato per volontà legislativa, che non partecipa della natura che la Costituzione 'riconosce' ai diritti della famiglia matrimoniale". In questi termini, Sesta, M.: "La disciplina dell'unione civile", cit., p. 884.

12 In tale direzione già Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, cit., ove la Corte, anche sulla scorta della precedente Corte cost. n. 138 del 2010, nega la trascrivibilità di un atto matrimoniale realizzato all'estero tra persone dello stesso sesso, riconoscendo, al contempo, meritevoli di tutela le unioni same sex ai sensi dell'art. 2 cost. Si afferma, in particolare, che i conviventi sono "titolari del diritto alla vita familiare" e sono, perciò, legittimati ad adire l'Autorità giudiziaria per far valere, in relazione a specifiche situazioni, "il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata", eventualmente sollevando "eccezioni di illegittimità costituzionale" [sulla trascrivibilità del matrimonio omosessuale, anche per un confronto critico con la giurisprudenza di merito e di legittimità, Segni, M.: "Matrimonio omosessuale: novità dall'Europa?", Fam. dir., 2014, p. 672; Ferrando, G.: "Matrimonio same-sex: Corte di cassazione e giudici di merito a confronto", Corr. giur., 2015, p. 909 ss.; nonché con specifico riferimento al potere

quella fondata sul matrimonio *ex* art. 29 cost.[13]. La scelta del legislatore italiano è, dunque, nel senso della creazione di un nuovo istituto, autonomo rispetto a quello del matrimonio come disciplinato dal codice civile e riservato a persone di sesso differente[14].

Ai fini della costituzione dell'unione, le due parti – necessariamente maggiorenni[15] – devono prestare il loro consenso, alla presenza di due testimoni, dinanzi all'ufficiale di stato civile, il quale provvede alla registrazione dell'unione nell'archivio di stato civile (art. 1, commi 2 e 3)[16]. In questa sede le parti potranno scegliere se assumere, in costanza di unione, un cognome comune (da scegliersi tra quelli delle parti), nonché se anteporre o posporre al cognome comune prescelto il proprio (art. 1, comma 10)[17].

Nella disciplina del rapporto tra gli uniti civili, dei presupposti necessari ai fini della valida costituzione dell'unione, nonché della fase di scioglimento del vincolo, la tecnica normativa varia: per alcuni aspetti la disciplina si ricava dal rinvio alla normativa codicistica[18] o alla legislazione speciale in tema di matrimonio (sebbene,

dei prefetti di cancellare le eventuali trascrizioni di matrimoni omosessuali, Iorio, G.: "Trascrizione dei matrimoni omosessuali esteri e poteri del prefetto", Fam. dir., 2016, p. 67 ss.].
Successivamente alla legge n. 76 del 2016, sulla trascrivibilità come unione civile del matrimonio omosessuale contratto all'estero: Cass., Sez. un., 14 maggio 2018, n. 11696, Riv. dir. int., 2018, p. 1010, ove si precisa che la "trascrizione del matrimonio omosessuale come unione civile (c.d. downgrading) non produce effetti discriminatori per ragioni di orientamento sessuale, dal momento che la scelta del modello di unione riconosciuta tra persone dello stesso sesso negli ordinamenti degli Stati membri del Consiglio d'Europa è rimessa al libero apprezzamento degli Stati stessi, salva la definizione di uno standard di tutele coerenti con l'interpretazione del diritto alla vita familiare fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo".

13 Sulle possibili ragioni del mancato richiamo dell'art. 29 cost., Sesta, M.: "Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia", Rescigno, P. e Cuffaro, V. (a cura di): *Unioni civili e convivenze di fatto*, cit., p. 1794; Cipriani, N.: "Le unioni civili", R. Pane, *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, 2017, p. 48 s.

14 Il legislatore italiano, secondo una parte della dottrina, avrebbe potuto estendere il matrimonio alle coppie omosessuali senza perciò incorrere nella violazione dell'art. 29 cost., Ferrando, G.: "La disciplina dell'atto. gli effetti: diritti e doveri (Commento a l. 20 maggio 2016, n. 76)", *Fam. dir.*, 2016, p. 890 ss.; riflette sulla necessità di rileggere la stessa Costituzione alla luce dell'evoluzione sociale in tema di coppie omosessuali: Lipari, N.: "Il futuro del diritto, le relazioni personali e i diritti delle coppie omosessuali", cit., c. 19 ss.].

15 Non si rinvengono nella legge ipotesi nelle quali la costituzione dell'unione possa essere prevista per soggetti minori di età, né vi sono richiami all'art. 84 c.c., là dove prevede la possibilità che il Tribunale autorizzi il matrimonio del minore ultrasedicenne. Per una riflessione critica sul punto Recinto, G.: *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, p. 51 ss.; G. Oberto, "I regimi patrimoniali delle unioni civili", cit., p. 1802.

16 Il certificato attestante la costituzione dell'unione, conterrà i dati anagrafici delle parti, il regime patrimoniale prescelto, la residenza, nonché i dati dei testimoni (comma 9). Cfr. i decreti attuativi della legge in esame in merito alle procedure di costituzione, iscrizione e annotazione nei registri delle unioni civili: d.lg. 19 gennaio 2017, n. 5; nonché per le 'formule': d.m. 27 febbraio 2017. In particolare, l'art. 1 del d.lg. n. 5 del 2017, introduce il nuovo titolo VIII *bis* nel d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, dettagliando il procedimento di costituzione dell'unione, il quale si articola in tre fasi: la domanda di costituzione dell'unione rivolta dagli interessati all'ufficiale di stato civile operante in qualsiasi comune del territorio nazionale; la verifica da parte di quest'ultimo circa la sussistenza dei presupposti di legge; la costituzione dell'unione.

17 Si precisa che la scelta del "cognome comune" non modifica la scheda anagrafica personale, in quanto in essa resta il cognome anteriore alla costituzione dell'unione. In tal senso depone l'art. 3, lett. *c*, n. 2, d.lgs. n. 5 del 2017. Sulla legittimità costituzionale di tale previsione normativa: Corte cost., 22 novembre 2018, n. 218, *www.cortecostituzionale.it*

18 Tra le norme oggetto di espresso rinvio (comma 5) si richiamano quelle in tema di nuovo matrimonio del coniuge del presunto morto (artt. 65 e 68 c.c.), di simulazione del matrimonio (art. 123 c.c.), di matrimonio

talvolta, entro precisi limiti), per altri, invece, essa è dettata *ex novo* in maniera più o meno aderente a quella prevista per il vincolo matrimoniale.

L'attenzione della dottrina si incentra, *in primis*, sulla 'nuova' disciplina dell'unione: il confronto, sul piano positivo, tra i due modelli familiari (la famiglia fondata sul matrimonio e l'unione civile) induce a riflettere, di volta in volta, sulla ragionevole differenziazione tra i due istituti, come sulla possibilità di trarre dalla nuova normativa spunti per futuri sviluppi nella disciplina del vincolo matrimoniale. Oggetto di confronto, ad esempio, risultano le previsioni sulle cause impeditive dell'unione, sui vizi e sui relativi strumenti di tutela.

In linea con la disciplina codicistica del matrimonio (artt. 85, 86, 87, 88 c.c.), sono cause impeditive alla costituzione dell'unione (comma 4): la sussistenza di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile; l'interdizione per infermità di mente; la sussistenza dei rapporti di parentela e affinità indicati all'art. 87, comma 1, c.c.; la condanna definitiva di una delle parti per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte. La sussistenza di una delle suindicate cause determina la nullità dell'unione, la quale potrà essere fatta valere da ciascuna delle parti, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero e da chiunque possa vantare un interesse legittimo ed attuale (commi 5 e 6). Di là dalle cause di nullità innanzi indicate, l'unione, analogamente a quanto previsto per il matrimonio (art. 122 c.c.), potrà essere impugnata dalla parte che ha prestato il proprio consenso per effetto di violenza, alla quale è espressamente equiparato il "timore di eccezionale gravità determinato da cause esterne alla parte stessa", o di errore sull'identità o sulle qualità personali dell'altra parte quando riguardi "l'esistenza di una malattia fisica o psichica, tale da impedire lo svolgimento della vita comune" (comma 7, l. n. 76 del 2016, *ivi* i riferimenti all'art. 122 c.c.). Non sfugge il mancato richiamo all'errore che riguardi una "anomalia o deviazione sessuale", secondo il disposto dell'art. 122, comma 3, n. 1, c.c. Un'omissione che potrebbe, forse, essere frutto di una dimenticanza, ma che solleva il dubbio essa celi l'idea che lo stesso orientamento omosessuale sia stato considerato alla stregua di una "anomalia o deviazione sessuale"[19]. Sì che la norma potrebbe sottendere proprio quelle barriere culturali che ci si proponeva di abbattere[20]. L'omissione, tuttavia, pur nella sua gravità 'ideologica', potrebbe non avere ricadute sul piano pratico-applicativo, là dove, seppure non fosse possibile qualificare in termini di patologia

putativo e di responsabilità del coniuge in mala fede (artt. 128, 129 e 129 *bis* c.c.).

19 Sul punto Dell'Anna Misurale, F.: "Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge", *Giustiziacivile.com*, 2016, 6, p. 12; Barba, V.: "Unione civile e impugnazione per errore", Editoriale, *Dir. succ. fam*., 2016, 2, spec. p. 320 ss.

20 Cfr. Musio, A.: "Unioni civili e questioni di sesso tra orgoglio e pregiudizi", *Nuova giur. civ. comm*., 2017, p. 733 s., ove si profila un probabile intervento della Corte costituzionale, la quale potrebbe ravvisare una violazione dell'art. 3 cost. in ragione della irragionevole discriminazione, sul punto, tra le coppie unite in matrimonio e le unioni civili.

psichica la deviazione sessuale del *partner*, potrebbe ugualmente giustificarsi l'impugnativa attraverso un'interpretazione assiologia del dato normativo[21].

Le menzionate barriere culturali potrebbero – secondo una parte della dottrina – essere alla base anche della scelta (più o meno consapevole) di omettere ogni riferimento alla stabilità affettiva della coppia quale fondamento dell'unione civile[22]. Mancanza che – come sarà meglio chiarito di seguito – traspare sia dalle previsioni sul momento costitutivo dell'unione sia da quelle sul relativo scioglimento, le quali differiscono dalle disposizioni sullo scioglimento del vincolo matrimoniale.

III. I RAPPORTI PERSONALI E PATRIMONIALI.

Sul piano patrimoniale, la nuova disciplina (art. 1, comma 13) ricalca quasi interamente il modello codicistico dei rapporti patrimoniali tra i coniugi[23]. In assenza di diversa indicazione, si applicherà il regime della comunione dei beni e oggetto di espresso rinvio sono le norme in tema di forma, modifica, simulazione e capacità per le convenzioni matrimoniali (artt. 162, 163, 164 e 166 c.c.). Espressamente richiamate, in quanto applicabili anche all'unione, sono le sezioni II, III, IV, V e VI del capo VI del titolo VI del libro I del codice civile (rispettivamente dedicate alla disciplina del fondo patrimoniale, della comunione legale, della comunione convenzionale, della separazione dei beni e dell'impresa familiare).

Maggiori criticità si riscontrano invece nella disciplina dei rapporti personali. Gli uniti civili acquistano i medesimi diritti e obblighi[24]. In particolare, il comma 11, art. 1, della legge fa espresso riferimento all'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale, alla coabitazione, nonché a quello di contribuire, secondo le rispettive capacità, ai bisogni comuni. Il successivo comma 12, invece, in linea con quanto prescritto dall'art. 144 c.c., prevede che i coniugi concordino tra loro l'indirizzo

21 Barba, V.: *o.u.c.*, spec. p. 322 ss., il quale pur critico verso la scelta legislativa e, ancor piú, verso le ideologie che la stessa sottende, osserva come un'interpretazione adeguatrice possa condurre comunque al risultato dell'impugnabilità dell'unione. Si precisa, inoltre, che la questione sia soltanto apparentemente teorica. La circostanza che la parte dell'unione possa domandarne lo scioglimento (a fronte della deviazione della controparte che incida sul mantenimento della vita comune) non esaurisce i termini del problema, là dove sul piano successorio non è indifferente la scelta della separazione in luogo dell'annullamento (p. 323).

22 De Cristofaro, G.: "Le unioni civili fra coppie del medesimo sesso", cit., pp. 113 ss. e 116 ss., ove peraltro si sottolinea la diversa scelta normativa operata in Germania, in Svizzera e in Austria, ove, invece, si ravvisa nella comunione di vita lo scopo e il fondamento dell'unione. V. anche le considerazioni di Trimarchi, M.: "Unioni civili e convivenze", *Fam. dir.*, 2016, p. 865, il quale ricava dal complessivo impianto normativo della legge sulle unioni civili l'idea che, comunque, l'unione non possa risolversi in una mera coabitazione.

23 Per una puntuale riflessione sulle norme codicistiche in tema di regime patrimoniale della famiglia non richiamate dalla legge in esame: Oberto, G.: "I regimi patrimoniali delle unioni civili", cit., p. 1800 ss. (con particolare attenzione agli artt. 161, 165 e 166 *bis*). Oggetto di riflessione dell'A. (v. spec. p. 1802 s.) anche quelle disposizioni che, sebbene non rientrino tra quelle dedicate al 'regime patrimoniale della famiglia', trovano applicazione rispetto al coniuge e hanno valenza patrimoniale (tra di esse si segnalano gli artt. 10, 51, 79-81, 785, 2399, 2539 c.c.).

24 In linea con quanto previsto per il vincolo matrimoniale (art. 160 c.c.), si dispone l'inderogabilità dei diritti e dei doveri nascenti dall'unione.

della vita familiare fissando la comune residenza, accordando a ciascuna delle parti il potere di attuare l'indirizzo stabilito.

Nessun riferimento – com'è stato puntualmente segnalato già in sede di discussione e approvazione del disegno di legge[25] – è operato agli obblighi di fedeltà e a quello di collaborazione nell'interesse della famiglia (espressamente previsti all'art. 143 c.c.).

Molte le spiegazioni fornite dalla dottrina, soprattutto riguardo gli obblighi di fedeltà: la mancanza potrebbe essere frutto di un pregiudizio di fondo verse le unioni omoaffettive, quello stesso pregiudizio che – secondo alcuni – avrebbe guidato il legislatore nella stesura di tutto il testo normativo[26]; ancora, essa potrebbe giustificarsi in ragione della *ratio* originaria dell'obbligo di fedeltà (la certezza della paternità)[27]; infine, potrebbe trattarsi di una scelta coerente con la disciplina dello scioglimento dell'unione civile, là dove non hanno rilevanza le 'ragioni' dello scioglimento medesimo.

Di là dalle differenti motivazioni addotte[28], ci si chiede se davvero detta esclusione abbia delle ricadute sul piano operativo. Da una parte – e anche alla luce dell'evoluzione del concetto stesso di fedeltà[29] – si potrebbe giustificare la riconduzione della condotta 'infedele' alla piú generale violazione del vincolo di solidarietà che lega le parti dell'unione, come dell'obbligo alla reciproca assistenza morale[30]. Dall'altra, non si trascura la circostanza che il principale tratto distintivo tra i modelli familiari oggetto di confronto risiede non tanto nell'assenza dei divisati obblighi, quanto, piú in generale, nelle conseguenze legate alla violazione dei doveri nascenti dal matrimonio e dall'unione[31]. Per quest'ultima non è disciplinata una fase di separazione antecedente al procedimento di divorzio, né, conseguentemente,

25 Quadri, E.: "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", cit.

26 Ritiene che la scelta legislativa sia "frutto di un pregiudizio sulla qualità del vincolo che lega le coppie dello stesso sesso", Dell'anna Misurale, F.: "Unioni civili tra diritto e pregiudizio", cit., p. 12.

27 Gazzoni, F.: "La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge", www.personaedanno.it, 24 giugno 2016.

28 V. le riflessioni di Cicero, C.: "Non amor sed consensus matrimonium facit? Chiose sull'obbligo di fedeltà nei rapporti di convivenza familiare", Dir. fam. pers., 2016, p. 1105.

29 La giurisprudenza amplia i confini dell'obbligo di fedeltà, oltre la tradizionale nozione della c.d. "fedeltà sessuale": si rileva, cosí, che sarebbe "a dir poco riduttivo concepire quel dovere come mera astensione dall'adulterio", poiché "la nozione di fedeltà coniugale va avvicinata a quella di lealtà, la quale impone di sacrificare gli interessi e le scelte individuali di ciascun coniuge che si rivelino in conflitto con gli impegni e le prospettive della vita comune. In questo quadro la fedeltà affettiva diventa componente di una fedeltà piú ampia che si traduce nella capacità di saper sacrificare le proprie scelte personali a quelle imposte dal legame di coppia e dal sodalizio che su di esso si fonda" (Cass., 18 settembre 1997, n. 9287, Vita not., 1998, p. 217). Cfr. altresì Cass., 11 giugno 2008, n. 15557, Nuova giur. civ. comm., 2008, p. 1286.

30 Cfr. Casaburi, G.: "Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)", *www.articolo29.it*, spec. § 13.

31 Sul punto v. i rilievi espressi da Quadri, E.: "Regolamentazione delle unioni civili", cit.

risulta contemplata la possibilità di 'addebito' dello scioglimento[32]. Pertanto, le implicazioni pratiche legate alla violazione, per ipotesi, di un obbligo di fedeltà dovrebbero apprezzarsi sul piano risarcitorio, sulla configurabilità di un danno risarcibile per illecito endofamiliare[33]. In altri termini, la mancata previsione degli indicati obblighi potrebbe escludere *a priori* la risarcibilità del danno per la loro violazione. Tuttavia, neppure sotto tale profilo si ravvisano rilevanti implicazioni circa la mancata previsione del citato obbligo di fedeltà. L'evoluzione della giurisprudenza in tema, infatti, mostra di non riconoscere l'equazione illecito endofamiliare-violazione degli obblighi positivamente riconosciuti, giustificando il risarcimento del danno ogni qual volta si dimostri la lesione della dignità e della personalità dei componenti il nucleo familiare[34]. Si esclude, cosí, che l'addebito della separazione sia di per sé fattore legittimante per ottenere il ristoro dei danni e si riconosce, al contempo, la configurabilità del menzionato illecito anche nell'àmbito di unioni non fondate sul matrimonio, di là dalla sussistenza di obblighi e doveri positivizzati[35].

IV. SEGUE. L'ESTENSIONE ALL'UNITO CIVILE DI ALCUNE NORME DETTATE PER IL CONIUGE.

Alle norme in tema di regime patrimoniale e di rapporti personali tra gli uniti civili si affiancano una serie di disposizioni volte a estendere il campo di applicazione di singole previsioni, dettate per i coniugi, agli uniti civili.

Cosí, nell'ipotesi di abusi familiari all'interno dell'unione, potrà farsi ricorso all'art. 342 *ter* c.c. (norma già applicabile sia al coniuge sia al convivente); nella scelta dell'amministratore di sostegno il Giudice tutelare, se possibile, prediligerà la scelta della parte dell'unione e a quest'ultima sarà concesso di agire per domandare l'interdizione o l'inabilitazione dell'altra parte ovvero per presentare istanza di

32 Sulla possibile rilevanza delle ragioni della decisione ai fini della determinazione dell'assegno divorzile v. *infra*.

33 Ampia la bibliografia in tema. *Ex multis* Patti, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984; Morozzo Della Rocca, P.: "Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità", *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 605; Virgadamo, P.: "Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a violabilità dinamica", *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1894; Facci, G.: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2009; Paradiso, M.: "Famiglia e responsabilità civile endofamiliare", *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 14, Morace Pinelli, A.: "La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1221 ss.; Bizzarro, A.: "Famiglia e responsabilità", Actualidad Jurídica Iberoamericana, 3, 2015, p. 145 ss. Con specifico riferimento al risarcimento per violazione dell'obbligo di fedeltà: Petta, C.: "Infedeltà coniugale e responsabilità civile: la risarcibilità dell'illecito endofamiliare nella recente giurisprudenza di legittimità", *Dir. fam.*, 2012, 4, p. 1448.

34 Cass., 20 giugno 2013, n. 15481, Resp. civ. prev., 2013, 6, p. 1877.

35 Cass., 20 giugno 2013, n. 15481, cit. Con riguardo alla configurabilità dell'illecito in esame nell'ipotesi di condotta infedele di una parte dell'unione civile v. le considerazioni di Casaburi, G.: *Il nome della rosa*, cit., § 13, secondo il quale, in tale ipotesi, il giudice adito si troverebbe "di fronte ad una alternativa […]: o ritenere, appunto alla stregua di una interpretazione costituzionalmente orientata dei c. 1 (che richiama l'art. 3 cost., si ricordi) e 11 l., che siffatto dovere si configura implicitamente[…]", oppure "adire, necessariamente, la Corte Costituzionale, con riferimento agli artt. 2, 3, 24 Cost. (ed incombe sempre la prospettiva della violazione dell'art. 8 Cedu)". Cfr. altresì Perlingieri, G.: *Interferenze tra unione civile e matrimonio*, cit., p. 123.

revoca per cessazione della relativa causa; infine, in tema di annullamento del contratto acquista rilievo, ai fini dell'applicazione del primo comma dell'art. 1436 c.c., anche la minaccia di un male ingiusto verso la persona o i beni dell'altra parte dell'unione costituita dal contraente o di un discendente o ascendente di lui. Oggetto di espresso richiamo sono, inoltre, gli articoli 2118 e 2120, prevedendosi che, in caso di morte del prestatore di lavoro le indennità ivi disciplinate devono essere corrisposte in favore della parte dell'unione civile; le disposizioni di cui al titolo XIII del libro I del codice civile (sugli alimenti); gli articoli 116, comma 1, 146, 2647, 2653, comma 1, n. 4 e 2659 c.c.

La tecnica del rinvio è poi adoperata sul fronte successorio, ove si constata, piú che in altri àmbiti, una tendenza alla parificazione delle unioni civili alle coppie coniugate. Si richiamano, infatti, tutte quelle previsioni per le quali poteva dubitarsi dell'applicabilità alle unioni civili. Piú nello specifico, il comma 21 estende all'unione le norme poste dal capo III (sull'indegnità); dal capo X del titolo I (sui legittimari); dal titolo II (sulla successione legittima), dal capo V *bis* del titolo IV del libro II (sul patto di famiglia). In altri termini, dall'impianto complessivo della normativa può rilevarsi l'ampliamento dei soggetti chiamati alla successione attraverso l'equiparazione dell'unito civile al coniuge superstite[36]. Equiparazione destinata ad operare rispetto sia alla normativa codicistica sia a quella dettata dalla legislazione speciale (in forza del comma 20)[37].

Al comma 20, infine, una disposizione per molti versi 'compromesso'[38]. Si ammette l'estensione alla parte dell'unione civile di tutte quelle norme che si riferiscono al matrimonio o comunque contenenti la parola "coniuge", ma "ai limitati fini" di garantire l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione. Si delimita, cosí, il campo operativo di quella estensione evitando possibili applicazioni in via analogica per scopi differenti rispetto a quelli tracciati dalla normativa in oggetto[39]. Al contempo, si precisa che detta estensione è preclusa rispetto alle norme del codice civile non richiamate

36 Con la precisione (sulla quale v. *infra*) che tale ampliamento riguarda esclusivamente l'unito civilmente, non avendo la riforma sostanzialmente mutato il regime successorio del convivente, al quale sono attribuiti soltanto alcuni legati *ex lege* [sul punto considerazioni critiche in Padovini, F.: "Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze", Rescigno, P. e Cuffaro, V. (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto*, cit., p. 1818].

37 Padovini, F. *o.l.c.*, ove l'A. richiama la normativa in tema di locazione di immobili urbani (artt. 6 e 37, l. n. 392 del 1978), nonché la disciplina, oggetto di espresso richiamo (comma 25), dettata dagli artt. 9 *bis* e 12 *bis*, l. n. 898 del 1970.

38 V. le riflessioni critiche di Quadri, E.: "Unioni civili: disciplina del rapporto", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1689 ss.

39 Cfr. De Filippis, B.: *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016, p. 89. Sul punto Oberto, G.: "I regimi patrimoniali delle unioni civili", cit., p. 1800, il quale precisa che tale limitazione può riguardare esclusivamente quelle norme che "direttamente disciplinano il matrimonio e i rapporti tra i coniugi", non potendo invece estendersi a quelle che "pur potendo dispiegare effetti sui coniugi o comunque sui loro reciproci rapporti, abbiano ad oggetto materie diverse da quelle sopra indicate: dal contratto, all'illecito, ai diritti reali, alla pubblicità immobiliare mobiliare e cosí via".

nel testo della legge[40]. Infine – ma sul punto si riferirà nelle pagine che seguono – espressamente esclusa è l'applicabilità della legge sulle adozioni n. 184 del 1983, sebbene con una 'clausola di apertura' finale[41].

V. LO SCIOGLIMENTO DELL'UNIONE.

In analogia rispetto a quanto prescritto per il vincolo fondato sul matrimonio, l'unione civile si scioglie per morte o dichiarazione di morte presunta. Si applicano all'unione anche alcune cause di scioglimento disciplinate dall'art. 3, l. n. 898 del 1970, tra le quali la condanna per uno dei delitti indicati al n. 1 o l'assoluzione da essi: per infermità totale di mente (n. 2, lett. *a*); per estinzione del reato (n. 2, lett. *c*), nonché – con specifico riferimento all'incesto – "per mancanza di pubblico scandalo" (n. 2, lett. *d*). Ancora, l'unione si scioglie allorquando l'altro coniuge, cittadino straniero, abbia ottenuto all'estero l'annullamento o lo scioglimento dell'unione matrimonio o ha contratto all'estero nuovo matrimonio (n. 2, lett. e). La legge sul divorzio è, poi, richiamata dal comma 25, con particolare riferimento alle regole sul procedimento[42] e a quelle sulla c.d. pensione di reversibilità in favore del coniuge. Infine, in merito alle regole che presidiano il procedimento di scioglimento, si richiamano le norme, di recente introduzione, sulla c.d. negoziazione assistita e sulle modalità di scioglimento del vincolo matrimoniale innanzi all'ufficiale di stato civile (artt. 6 e 12, d.l. 12 settembre 2014, n. 162, conv. con modif. dalla l. 10 novembre 2014, n. 162).

Peculiare, rispetto alla normativa dettata per i coniugi, è la disciplina dello scioglimento 'volontario' dell'unione, la quale – come è stato osservato – risulta più "moderna"[43] rispetto a quella matrimoniale. Si prevede infatti che che l'unione si scioglie "quando le parti hanno manifestato, anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile". Con la precisazione che, in tal caso, la domanda di scioglimento potrà essere proposta decorsi tre mesi da quella manifestazione di volontà[44]. Il modello codicistico che vede, tendenzialmente, una fase di separazione preliminare al procedimento di divorzio, non trova riscontro nella disciplina delle unioni civili, per le quali la fase di separazione risulta 'assorbita'

40 Tra le norme del codice civile non richiamate (e che, pertanto, non sarebbero applicabili all'unione) non mancano disposizioni che fanno propendere più per una 'svista' del legislatore con la conseguente necessità di prospettare interpretazioni correttive del testo di legge o, qualora non fosse possibile, interventi della Corte costituzionale. Il riferimento, a titolo esemplificativo, è all'art. 78 c.c. in tema di affinità, nonché all'art. 108 c.c. sull'inapponibilità di termini e condizioni. V. sul punto le considerazioni di Trimarchi, M.: "Unioni civili e convivenze", cit., p. 859 ss.; Cipriani, N.: "Le unioni civili", cit., p. 53.

41 Sulla quale *infra*.

42 Per una riflessione sul piano procedimentale Querzola, L.: "Riflessioni sulla legge in materia di unioni civili", *Riv. trim.*, 2016, p. 843 ss.

43 Cipriani, N.: "Le unioni civili", cit., p. 56.

44 Sulle condizioni di procedibilità ai fini dello scioglimento dell'unione cfr. Trib. Novara, 5 luglio 2018, *www.articolo29.it*.

in quel termine di tre mesi dalla manifestazione della volontà di scioglimento[45]. Dal complessivo impianto normativo della legge si ricava, inoltre, che la domanda di scioglimento e quella successiva, proposta al Tribunale decorsi tre mesi dalla prima, non necessitino dell'indicazione delle motivazioni delle parti. Con la conseguenza che, ai fini della cessazione del vincolo, risulterebbe sufficiente la mera dichiarazione di volontà (anche immotivata) della parte interessata[46].

Oggetto di autonoma disciplina è l'ipotesi della rettificazione di sesso, quale causa di scioglimento dell'unione. È noto il lungo dibattito che ha coinvolto la tematica del c.d. 'divorzio imposto'[47] in ragione della rettificazione di sesso di uno dei coniugi, come note sono le pronunce della Corte costituzionale[48], prima, e della Corte di cassazione[49], poi, le quali hanno reso ineludibile una regolamentazione delle conseguenze legate alla rettificazione di sesso. I commi 26 e 27 della legge in esame offrono una prima risposta alle istanze di tutela già oggetto di attenzione della giurisprudenza: da una parte, si ravvisa nella sentenza di rettificazione di sesso una causa di scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, dall'altra, si regolamenta l'ipotesi nella quale la rettificazione avvenga nell'àmbito di una compagine familiare fondata sul matrimonio. In tal caso, qualora i coniugi abbiano manifestato la volontà di non far cessare gli effetti del vincolo matrimoniale, quel vincolo si trasforma automaticamente in unione civile.

VI. LA MANCATA REGOLAMENTAZIONE DEI RAPPORTI DI FILIAZIONE NELLE UNIONI SAME-SEX. SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI.

Il vero nodo da sciogliere della legge sulle unioni civili è considerato, da molti, quello relativo alla *stepchild adoption*, originariamente inclusa nel disegno di legge, ma successivamente stralciata ai fini dell'approvazione del testo normativo. Secondo

45 V. tuttavia le riflessioni di Oberto, G.: "I regimi patrimoniali delle unioni civili", cit., p. 1806 s.

46 Non si trascura, tuttavia, il riferimento al comma 6 dell'art. 5, l. n. 898 del 1970, il quale, ai fini della determinazione dell'assegno a favore di uno dei due coniugi, dispone che il Tribunale debba tener conto anche "delle ragioni della decisione". Sul punto Dell'anna Misurale, F.: "Unioni civili tra diritto e pregiudizio", cit., p. 12. Pur ribadendo l'inapplicabilità del modello della separazione con addebito, ritiene valutabili e rilevanti ai fini della determinazione dell'assegno le ragioni della decisione: Auletta, T. "Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio", *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 382.

47 All'indomani dell'emanazione della l. n. 164 del 1982 v. le riflessioni di Patti S. e Will, M.R.: "La "rettificazione di attribuzione di sesso": prime considerazioni", *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 745; Dogliotti, M.: "Il mutamento di sesso: problemi vecchi e nuovi. Un primo esame della normativa", *Giust. civ.*, 1983, p. 477.

48 Il riferimento è alla sentenza additiva di principio con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. n. 164 del 1982 "nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore" (Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 1139). Sul punto cfr., altresí, la posizione espressa dalla Corte EDU, Grande Chambre, 16 luglio 2014, n. 37359/09, *www.dirittoegiustizia.it*.

49 Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 1240, con nota di Astone, A.: "L'indisponibilità del paradigma eterosessuale del matrimonio e la rilevanza delle unioni omoaffettive".

la prima versione del disegno di legge, infatti, attraverso una modifica del vigente art. 44, l. n. 184 del 1983, la parte dell'unione civile avrebbe potuto adottare il figlio minore (anche adottivo) del proprio *partner*. Tuttavia, complici il dissenso verso la piena equiparazione delle unioni omosessuali a quelle eterosessuali e il timore di un indiretto avallo della maternità surrogata, la disposizione è stata stralciata dal testo normativo. Il comma 20 esclude espressamente l'applicazione diretta della citata legge sulle adozioni[50], ma precisa che "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti".

La *stepchild adoption* pur non espressamente inserita nella normativa sulle unioni civili, non trova comunque in essa un ostacolo. La menzionata clausola di apertura, secondo la quale resta fermo quanto previsto dalla vigente legge sulle adozioni, giustifica, infatti, la possibilità di interpretare quest'ultima in modo da accogliere le domande di adozione da parte del partner convivente. A venire in rilievo è l'art. 44, comma 1, lett. *d*, l.ad., sull'adozione in casi particolari in caso di "impossibilità di affidamento preadottivo".

Tale locuzione è stata variamente interpretata dalla giurisprudenza, che ne ha offerto una lettura ora restrittiva (limitata cioè alle ipotesi di impossibilità 'di fatto' di procedere ad affidamento), ora estensiva, comprendente anche i casi di impossibilità 'di diritto'. In quest'ultima prospettiva l'adozione potrebbe operare anche qualora l'impossibilità dell'affidamento si fondi sull'assenza dello stato di abbandono del minore; circostanza che si realizza ogni qual volta il minore già gode di vincoli idonei a garantirgli un ambiente idoneo alla crescita[51]. L'art. 44, comma 1, lett. *d*, l.ad., interpretato estensivamente consente di giustificare – quantomeno in astratto – l'adottabilità del figlio biologico del *partner* omosessuale convivente. In tal caso, infatti, si realizzerebbe una impossibilità di diritto all'affidamento preadottivo data dalla esistenza di un genitore biologico in grado di prendersi cura del minore[52]. Da qui l'orientamento della giurisprudenza ad accogliere domande di adozione formulate dal partner ai sensi della citata previsione, ogni qual volta ciò corrisponda al migliore interesse del minore[53].

50 Casaburi, G.: "L'Unbirthday secondo il legislatore italiano: la «non» disciplina delle adozioni omogenitoriali nella l. 20 maggio 2016 n. 76", *Foro it.*, 2016, I, c. 1933 ss.

51 App. Roma, 23 dicembre 2015, *Dejure online*. Argomenti a favore dell'interpretazione estensiva si ritrovano in Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 383, *www.cortecostituzionale.it*.

52 Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 174 ss.; Trib. min. Roma, 30 dicembre 2015, *Dejure online*. Per alcune riflessioni critiche Cipriani, N.: "La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali", *Fam. dir. pers.*, 2015, p. 181.

53 Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, *Foro it.*, 2016, I, c. 2342. cfr., in motivazione, Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, *Foro it.*, 2016, 11, I, c. 3329. Sugli effetti dell'adozione *ex* art. 44, lett *d*, l.ad. sul rapporto del minore con il genitore biologico: Trib. min. Palermo, 30 luglio 2017, *www.articolo29.it*.

Il riconoscimento di rapporti di filiazione nell'ambito di unioni omosessuali non si esaurisce entro i confini dell'adozione non legittimante[54].

La necessità di garantire il c.dd. best interest of the child guida la giurisprudenza nelle decisioni che concernono il riconoscimento di rapporti di filiazione nell'ambito di unioni omoaffettive, di là dalla tecnica procreativa adoperata dagli aspiranti genitori per la realizzazione del proprio progetto di genitorialità. Il riferimento, in particolare, è alla giurisprudenza degli ultimi anni la quale ha ammesso la trascrivibilità di certificati di nascita resi all'estero e recanti l'indicazione di due padri o di due madri[55]. In tali ipotesi non si riscontra alcuna violazione dell'ordine pubblico[56] (quale limite generale al riconoscimento in Italia di certificati o provvedimenti esteri[57]), là dove lo stesso ordine pubblico, riferito a valutazioni concernenti rapporti di filiazione, non può non essere letto alla luce del preminente interesse del minore a mantenere il rapporto genitoriale realizzato in fatto[58].

L'angolo visuale prescelto dalla giurisprudenza consente, dunque, di superare un approccio che muova dalla comparazione tra i diversi modelli familiari, poiché a tale diversità corrisponde l'unicità della condizione di figlio e il rifiuto di ogni forma di discriminazione[59]. Non rileva, peraltro, la prova di un legame genetico tra il minore e il genitore che domanda il riconoscimento di filiazione[60]: cosí, la giurisprudenza si apre al riconoscimento dello *status filiationis* a fronte di procedure di fecondazione eterologa[61] e di procedimenti adottivi realizzati all'estero[62], anche in ipotesi di assenza di un legame genetico tra il nato e il richiedente[63]. Ritorna

54 Per più ampi rilievi sia consentito il rinvio a Prisco, I.: "I rapporti di filiazione nelle unioni omosessuali. Uso e abuso del criterio del best interest del minore", *Foro nap.*, 2017, 3.

55 Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, *Guida dir.*, 2017, 28, p. 54; Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit. Cfr. Salanitro, U.: "La regola della doppia maternità non sarebbe in contrasto con i principi costituzionali italiani", Editoriale del 12 ottobre 2016, *www.giustiziacivile.com.*

56 Per una riflessione piú ampia sulla nozione di ordine pubblico, anche alla luce della pronuncia in esame, Perlingieri, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico", *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 165 ss.

57 Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit., con nota di Casaburi, G.; *Corr. giur.*, 2017, p. 181 ss., con nota di Ferrando, G.; *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 362 ss., con nota di Palmieri, G.

58 Ferrando, G.: "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis", *Corr. giur.*, 2017, p. 193 ss.

59 Il "fondamento della genitorialità" è ormai non la "derivazione genetica, ma soltanto la responsabilità": Ferrando, G.: *o.u.c.*, p. 194.

60 Ferrando, G.: *o.u.c.*, p. 197 s.

61 Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, *Guida dir.*, 2017, 28, p. 54. Per una riflessione sulla pronuncia e per un confronto con la precedente decisione Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.: Stefanelli, S.: "Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito", *www.articolo29.it*, 10 luglio 2017. La pronuncia n. 14878 del 2017 richiama, a fondamento della decisione, anche la l. n. 40 del 2004. Il riferimento è all'art. 9 della legge ove chiarisce che il donatore non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e vieta al coniuge o convivente che ha prestato il consenso l'azione di disconoscimento della paternità o l'impugnativa del riconoscimento.

62 App. Napoli, ord., 5 aprile 2016; Trib. min. Firenze, 7 marzo 2017, entrambe www.articolo29.it; v., altresí, Cass., 16 giugno 2017, n. 14987, Dejure online.

63 Trib. Napoli, decr., 6 dicembre 2016, *Foro it.*, 2017, 1, 1, c. 309, ove si dispone la trascrizione di un certificato di nascita reso all'estero, recante la maternità di due donne (entrambe cittadine italiane), delle quali tuttavia soltanto una è madre biologica del minore. Il riconoscimento della genitorialità, in tal caso, si fonda su

nelle pronunce la valutazione di conformità all'ordine pubblico, la garanzia del *best interest* del minore e l'impossibilità di considerare il vincolo omosessuale di per sé ostativo al consolidamento del rapporto di filiazione.

Peculiare anche la giurisprudenza sulla possibilità di riconoscere rapporti genitoriali 'creati' all'esito del ricorso a pratiche di maternità surrogata (oggetto di espresso divieto nell'ordinamento italiano). A fronte di un primo orientamento incline a ritenere irrilevante il fatto che i richiedenti avessero fatto ricorso a tale pratica[64], le sezioni unite della Corte di cassazione pongono, da ultimo, un limite alla possibilità di riconoscere, in queste ipotesi, i rapporti di genitorialità in fatto realizzati[65]. Secondo la Corte, infatti, la norma interna che vieta la maternità surrogata è espressiva di un principio di ordine pubblico in quanto posta a presidio di valori fondamentali, tra i quali la dignità umana della gestante. Da qui l'impossibilità di procedere alla trascrizione del certificato di nascita. Tuttavia, è la stessa Corte a non escludere che l'interesse del minore coinvolto possa essere garantito attraverso il ricorso alla disciplina dell'adozione non legittimante (*ex* art. 44, lett. *d*, l. ad.).

Del resto, la dottrina, a fronte dell'indiscriminata tendenza della giurisprudenza a riconoscere lo *status filiationis* dietro lo scudo del *best interest of the child*, aveva già avanzato più d'una riflessione critica, con particolare riguardo a tutte quelle ipotesi nelle quali il *best interest* sembrava invocato in astratto[66], assurgendo a

"una materialità diversa da quella biologica ma ad essa riconducibile in forza del rapporto esistente tra due donne" ed è idoneo a garantire la "esigenza di pienezza della comunità familiare legalmente creata".

64 App. Trento, 23 febbraio 2017, *www.giustiziacivile.com*, con osservazioni critiche di Murgo, C.: "La Corte di Appello di Trento riconosce la copaternità"; *Fam. dir.*, 2017, p. 669 ss., con nota di Baruffi, M.C.: "Co-genitorialità same sex e minori nati con maternità surrogata". V. altresí Trib. Pisa, 22 luglio 2016, *ivi*, con nota di Rizzuti, M.: "Maternità surrogata e ordine pubblico"; *Corr. giur.*, 2017, p. 935 ss., con nota di Ferrando, G.: "Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore". V. altresì le riflessioni critiche di Giacobbe, E.: "Dell'insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita", *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 590 ss.
In termini più generali, sulla pratica della maternità surrogata, Corti, I.: *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000; Faraoni, A.B.: *La surrogazione di maternità*, Milano, 2002; Zatti, P.: "La surrogazione nella maternità", *Questione giust.*, 1999, p. 826; Id.: "Maternità e surrogazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 202; Sesta, M.: "La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale", *Corr. giur.*, 2000, p. 488 ss.; Rossi Carleo, L.: "Maternità surrogata e status del nato", *Familia*, 2002, p. 377 ss. In giurisprudenza, tra le pronunce antecedenti la legge n. 40 del 2004, nel senso della illiceità dell'accordo: Trib. Monza, 27 ottobre 1989, *Foro it.*, 1990, I, c. 298 ss., con nota di Ponzanelli, G.: "Ancora sul caso Baby M.: l'illegittimità dei contratti di "sostituzione di maternità"; *Giur. it.*, con nota di Dogliotti, M.: "Inseminazione artificiale e rapporto di filiazione"; App. Salerno, Sez. min., decr., 25 febbraio 1992, *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 177, con nota di Bitetti, R.: "Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore". Si esprime nel senso della liceità, in una ipotesi peculiare ove l'accordo per la maternità surrogata aveva una funzione meramente solidaristica: Trib. Roma, ord., 17 febbraio 2000 e 27 marzo 2000, *Giur. it.*, 2001, I, 2, p. 300, con nota di Natoli, R.: "La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto"; *Fam. dir.*, 2000, p. 151, con nota di Dogliotti, M.: "Maternità «surrogata»: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?"; *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 199 ss., con nota di Capobianco, E. e Petrucci, M.G.: "La maternità surrogata in un recente provvedimento del Tribunale di Roma". Successivo alla legge n. 40 del 2004, anche per una ricognizione critica della dottrina e della giurisprudenza, il contributo di Lorenzetti, A.: "Maternità surrogata", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2011.

65 Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Dejure online*.

66 Sottolinea criticamente come, talvolta, la giurisprudenza evochi il criterio del *best interest* "in astratto, e soprattutto come viatico […] per dare ingresso alle pretese degli aspiranti genitori": Recinto, G.: *Le*

strumento attraverso il quale riconoscere un inesistente diritto ad essere genitori. Ciò peraltro trascurando il rischio di avallare pratiche ripudiate nell'ordinamento interno e di favorire, così, il ricorso al c.d. turismo procreativo.

VII. I RAPPORTI DI CONVIVENZA.

La regolamentazione delle unioni civili era, per il legislatore italiano, una tappa 'obbligata', in ragione delle istanze di tutela avanzate dalle coppie omosessuali e degli interventi della giurisprudenza europea. La normativa del 2016, tuttavia, ha rappresentato anche l'occasione per dettare una disciplina per la "convivenza di fatto" (comma 36 e ss.)[67], ipotesi senz'altro peculiare rispetto alle unioni civili, poiché sottende la scelta (in luogo dell'impossibilità) di non accedere al vincolo matrimoniale o – in caso di coppie omosessuali – all'unione civile[68].

Il dibattito sui diritti dei conviventi, prima dell'introduzione della legge del 2016, aveva perso la centralità che aveva in passato. Ciò anche in ragione dei diversi interventi normativi e giurisprudenziali che hanno consentito il riconoscimento delle convivenze come formazioni sociali meritevoli di tutela, accordando, di volta in volta, taluni diritti al convivente. Tanto traspare dalla stessa disciplina delle convivenze, la quale sovente positivizza risultati già raggiunti in via ermeneutica dalle Corti di legittimità.

Nel comma 36 si ritrova la definizione di convivenza precedentemente tracciata dalla giurisprudenza: i "conviventi di fatto" sono "due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile"[69]. Seguono talune disposizioni volte a riconoscere diritti al

genitorialità, cit., p. 99 s., al quale si rinvia anche per la riflessione sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di omogenitorialità (spec. p. 104 ss.). Per una critica, in termini generali, all'uso del c.d. "interesse concreto del minore". Cfr., altresì, Lenti, R.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86 ss., il quale evidenzia il carattere relativo dello "interesse del minore", che "non può essere sottratto a un bilanciamento ragionevole con altri interessi che potrebbero contrapporglisi, *purché siano di rango particolarmente elevato*" (p. 104). V. anche le osservazioni di Giacobbe, E.: "Adozione e affidamento familiare: ius conditum, vivens, condendum", *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 266.

67 Ricorre la locuzione "convivenza *di fatto*", sebbene – come è stato osservato – "quell'organismo abbandona la dimensione puramente fattuale per abbracciare quella della piena giuridicità, trasformandosi da fenomeno di fatto a fenomeno di diritto" [Spatafora, A.: "I rapporti paraconiugali dinanzi alla legge", Rescigno, P. e Cuffaro, V. (a cura di): "Unioni civili e convivenze", cit., p. 1810.

68 Per alcune riflessioni critiche sulla scelta legislativa di regolamentare e definire il fenomeno della convivenza non fondata sul matrimonio: Amagliani, R.: "I contratti di convivenza nella l. 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. Legge Cirinnà)", *Contratti*, 2018, spec. p. 321.

69 Inoltre, ai sensi del successivo comma 37: "Ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36, per l'accertamento della stabile *convivenza* si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223". Per una riflessione sulla valenza, anche probatoria, della registrazione anagrafica: Polidori S.: "Le convivenze di fatto e i loro presupposti di rilevanza", F. Dell'Anna Misurale e F.G. Viterbo, *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017 – Corte d'Appello di Lecce)*, Napoli, 2018, p. 136; Id., "Convivenze registrate, di fatto e non registrabili",

convivente, talvolta – come premesso – ribadendo o precisando risultati già acquisiti sul piano ermeneutico[70], talaltra, fornendo specifica risposta a problematiche ancora irrisolte. Accolta con favore, ad esempio, è stata l'espressa positivizzazione del diritto di visita, di assistenza ospedaliera e di accesso alle informazioni di carattere medico, come del diritto del convivente a nominare – con scrittura autografa o alla presenza di un testimone – l'altra parte quale rappresentante, con poteri pieni o limitati, in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di voler o di morte[71], per quanto riguarda donazioni di organi, modalità di trattamento del corpo e celebrazioni funerarie[72]. Sempre a titolo esemplificativo, maggiori perplessità, ha suscitato la disciplina dei diritti del convivente nell'ambito dell'impresa familiare. Se infatti, ormai da tempo, si sottolineava l'opportunità di riconoscere anche al convivente i diritti riconosciuti al "familiare" dall'art. 230 *bis* c.c. [73], la scelta di inserire nel codice civile una disposizione *ad hoc* (art. 230 *ter* c.c.) per il "convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera all'interno

Aa.Vv., *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, Atti del 13° Convegno nazionale S.I.S.Di.C., Napoli, 3-5 maggio 2018, p. 187 ss.

70 Cosí, sul riconoscimento ai conviventi dei diritti spettanti ai coniugi nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario (comma 38), si rileva come il sistema normativo previgente già equiparava sotto diversi profili la posizione del convivente a quella del coniuge (Il riferimento è all'art. 18, l. 26 luglio 1975 n. 354 (ord. pen.); all'art. 37 d.P.R. n. 230 del 2000; all'art. 21 *ter* ord. pen); sulla possibilità per il convivente di essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno o di instaurare i relativi procedimenti (commi 47 e 48), si richiamano gli artt. 406, 408, 417 e 424 c.c.; sul diritto del convivente al risarcimento del danno nell'ipotesi di morte del *partner* per fatto illecito di un terzo (comma 49), si riprende un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato.

71 Le incertezze permangano, tuttavia, con riferimento al ruolo del convivente in assenza di espressa designazione. Ci si chiede, ad esempio, se in via interpretativa possa pervenirsi all'equiparazione del convivente al coniuge (con precedenza rispetto agli altri parenti) in tema di custodia delle ceneri o di scelta della cremazione (l. n. 130 del 2001). Tuttavia, la peculiarità delle decisioni in esame, il loro carattere strettamente personale potrebbero giustificare una disciplina che limiti la possibilità di riconoscere una capacità decisoria al convivente rispetto alla sola ipotesi nella quale sia stato lo stesso interessato a conferirgli il relativo potere. Dietro la convivenza, dietro la volontà di non 'formalizzare' il vincolo affettivo, risiede sovente una scelta, la quale merita, forse, di essere rispettata anche 'in negativo', ovverosia non riconoscendo poteri non espressamente accordati dalle parti (Sul punto Auletta, T.: "Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio", cit., p. 391).

72 Ravvisa nella disposizione "un modello minimalista, ma efficace, di DAT con una forma adeguata al bisogno di immediata accessibilità da parte del disponente": Zatti, P. e Piccinni, M.: "La faccia nascosta delle norme: dall'equiparazione del convivente una disciplina delle DAT", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1285. Cfr. altresì Calò, E.: "Convivenze: il legislatore crea il testamento biologico credendo di estenderlo", *Notariato*, 2016, p. 596 ss.; Carusi, D.: *Tentativi di legiferare in materia di "testamento biologico". Contributo a un dibattito da rianimare*, Torino, 2016, p. 82 ss.; Lenti, L.: "La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura", *Jus civile*, 2016, 2, p. 99 ss.

73 Tra gli Autori intervenuti nel dibattito: Jannarelli, A.: "Lavoro nella famiglia, lavoro nell'impresa familiare e famiglia di fatto", Aa.Vv., *La famiglia di fatto*, Atti del Convegno di Pontremoli, 23-30 maggio 1977, p. 173 ss.; Mazzocca, A.: "Prestazioni lavorative «affectionis vel benevolentiae causa» tra persone conviventi more uxorio", *Giust. civ.*, 1977, I, p. 1190 ss.; Ragusa Maggiore, G.: "Famiglia di fatto e impresa familiare", *Riv. trim.*, 1982, p. 37; Balestra, L.: "Famiglia di fatto e impresa familiare", *Contr. impr.*, 1995, p. 915 ss.; Oberto, G.: "Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio", Padova, 2003, p. 16 s.
A fronte di una copiosa dottrina che evidenziava l'irragionevole esclusione del convivente, rari – e piuttosto recenti – gli interventi a favore della giurisprudenza [Cfr. Cass., 15 marzo 2006, n. 5632, con nota di Prisco, I.: *Famiglia di fatto e impresa familiare*, Perlingieri G. e Carapezza Figlia G. (a cura di): *L'interpretazione secondo Costituzione nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I, Napoli, 2012, p. 181 ss. Diversamente, Sul carattere eccezionale dell'art. 230 *bis* e, quindi, sull'impossibilità di interpretazione analogica: Cass., 29 novembre 2004, n. 22405, *Mass. giust. civ.*, 2004, 11]. Cosí al convivente era negata tutela *ex* art. 230 *bis* c.c., con l'aggravante di ritenere, invece, operante la c.d. "presunzione di gratuità" per le prestazioni lavorative rese nell'àmbito della famiglia di fatto. Sulle criticità connesse alla menzionata presunzione di gratuità Amoroso, G.: *L'impresa familiare*, Padova, 1998, p. 76 ss.

dell'impresa familiare dell'altro convivente", è apparsa non soddisfacente a quanti hanno segnalato irragionevoli disparità di trattamento tra il coniuge e il convivente[74].

VIII. IL CONTRATTO DI CONVIVENZA.

Particolare interesse desta la disciplina sui c.dd. contratti di convivenza (commi 50 e ss.). I conviventi possono autoregolamentare i propri rapporti patrimoniali, attraverso la stipula di contratti, da redigersi – a pena di nullità – per atto pubblico o con scrittura privata autenticata da un notaio o da un avvocato, che nel ricevere l'atto ne attesta la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico[75].

Il tema dei "contratti di convivenza" si inserisce in quello, piú ampio, dell'esercizio dell'autonomia dei conviventi nella regolamentazione dei loro interessi[76]. In particolare, di là dalla legge in esame, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza hanno progressivamente riconosciuto la validità dei contratti aventi ad oggetto la disciplina di interessi che maturano in seno alle famiglie di fatto[77], sebbene approdando a conclusioni differenti in ordine alla natura dei relativi accordi (e, correlativamente, dei loro effetti), nonché ai confini del potere di autoregolamentazione[78].

74 Non si comprende infatti l'irrilevanza del "lavoro nella famiglia" (espressamente richiamato dall'art. 230 *bis*, ma non dall'art. 230 *ter*), come non è chiara la ragione che ha indotto a non prevedere in favore del convivente i poteri decisori espressamente riconosciuti al coniuge. Con riferimento all'impresa familiare, dunque, il legislatore avrebbe potuto, forse, seguire una tecnica normativa già operata con riferimento ad altri istituti ed estendere *de plano* la normativa già prevista al convivente.

75 Si discute in dottrina sia sulla scelta di affidare anche all'avvocato detto controllo di conformità sia sull'oggetto di tale valutazione sia, infine, sulle conseguenza di un'eventuale dichiarazione di non conformità del contratto. Sul punto, da ult., R. Amagliani, I contratti di convivenza, cit., p. 324 s.

76 Roppo, V.: "Convivenza more uxorio e autonomia privata (ancora sui presupposti e modalità di rilevanza della famiglia senza matrimonio)", Giur. it., 1980, I, p. 543; Oberto, G.: I regimi patrimoniali della famiglia di fatto, Milano, 1991; Franzoni, M.: "I contratti tra conviventi «more uxorio»", Riv. trim., 1994, p. 737 ss.; Doria, G.: Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio, Milano, 1996; Ferrando, G.: "Le contribuzioni tra i conviventi fra obbligazioni naturali e contratto", Fam. dir., 2003, p. 601; Balestra, L.: "I contratti di convivenza", Fam. pers. succ., 2006, p. 43 ss. In epoca piú recente, anche alla luce delle spinte normative sul punto, Delle Monache, S.: "Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)", Riv. dir. civ., 2015, 4, p. 944 ss.; Senigaglia, R.: "Convivenza more uxorio e contratto", Nuova giur. civ. comm., 2015, p. 671 ss.; Oberto, G.: "Contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)", Fam. dir., 2015, 2, p. 165 ss.
Per un confronto con il panorama europeo: Ieva, M.: "I contratti di convivenza. Dalla legge francese alle proposte italiane", Riv. not., 2001, p. 37 ss.; Del Prato, E.: "Patti di convivenza", Familia, 2002, p. 970.

77 A tale conclusione si giunge attraverso un travagliato percorso dottrinario e giurisprudenziale che muove dall'idea della nullità dei contratti in oggetto, a quella della loro inconfigurabilità ai sensi dell'art. 2034 c.c. (in quanto contratti che realizzerebbero un'inammissibile novazione di un'obbligazione naturale in un'obbligazione civile), fino alla posizione che ne ammette la costituzione sulla base dell'art. 1322 c.c. Sul punto, anche per una ricognizione delle diverse posizioni, Spadafora, A.: *Rapporto di convivenza* more uxorio *e autonomia privata*, Milano, 2001. In giurisprudenza nega che un contratto di convivenza possa essere qualificato illecito (per contrasto con l'ordine pubblico o con il buon costume) soltanto in ragione del suo collegamento con una famiglia non fondata sul matrimonio: Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, *Corr. giur.*, 1993, p. 947. Cfr., altresí, Trib. Savona, 24 giugno 2008, n. 549, *Fam. dir.*, 2009, p. 385 ss.

78 V. Delle Monache, S.: "Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale", cit., spec. p. 946 ss.

Entro tale quadro, la legge Cirinnà "fa del contratto di convivenza un negozio formale, legittimo, a contenuto patrimoniale (almeno parzialmente) predeterminato"[79], così riconoscendo in tale contratto una causa sufficiente a giustificare, sul piano civile (e non meramente 'naturale' *ex* art. 2034 c.c.), le obbligazioni che ne discendono.

Alle norme in tema di forma del contratto, di requisiti ai fini della sua opponibilità ai terzi, di indicazioni anagrafiche da apportare nel testo, di disciplina applicabile (anche nell'ipotesi di contraenti di diversa cittadinanza), si affianca l'indicazione di ciò che il contratto di convivenza "*può* contenere" (comma 53): la residenza; le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune; il regime patrimoniale della comunione dei beni (con la precisazione della sua modificabilità in qualunque momento nel corso della convivenza). Si esclude, inoltre, l'apponibilità al contratto di termini o condizioni (che, se inseriti, si hanno per non apposti); si indicano, tra le cause di nullità la presenza di un'unione civile, di un matrimonio e di un altro contratto di convivenza, la violazione del comma 36 (che definisce la convivenza *more uxorio*), la minore età o l'interdizione giudiziale della parte, la condanna per uno dei delitti di cui all'art. 88 c.c.; si disciplina la risoluzione del contratto. In particolare, il contratto di convivenza si risolve per accordo delle parti o per recesso unilaterale di una di esse, purché sia rispettata la forma richiesta dal comma 51 (espressamente richiamato), e con la precisazione che là dove le parti abbiano scelto il regime della comunione legale, l'estinzione del contratto determina lo scioglimento della comunione e l'applicazione, in quanto compatibili, della disciplina codicistica in tema. Il comma 59 indica, tra le cause di risoluzione, anche il matrimonio o l'unione civile tra i conviventi o tra un convivente e un'altra persona, nonché la morte di uno dei contraenti.

La scelta legislativa di riconoscere espressamente il potere di autoregolamentazione nell'àmbito della famiglia di fatto non esaurisce la questione dei limiti del divisato potere e, piú, in generale i dubbi ermeneutici che, da tempo, accompagnano la tematica dei contratti di convivenza. Talune criticità emergono, ad esempio, in merito alla possibilità per le parti di determinare "le modalità di contribuzione alle necessità della vita comune" (comma 53, lett. *b*), con una previsione che sembra riportare su un piano pattizio l'inderogabile dovere di contribuzione previsto per i coniugi (art. 143 c.c.). Sì che, ci si interroga sulla validità di un patto di convivenza con il quale le parti deroghino al citato dovere di contribuzione o, comunque, violino il principio di proporzionalità espresso dalla normativa codicistica. In tal caso, infatti, potrebbe profilarsi un'ipotesi di nullità della relativa pattuizione[80]. Controversa è anche la portata applicativa del comma

79 In questi termini Amagliani, R.: "I contratti di convivenza", cit., p. 322 s.

80 V. le riflessioni di Sirena, P.: "L'invalidità del contratto di convivenza", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1071 ss.; Amagliani, R.: "I contratti di convivenza", cit., spec. p. 326 ss.

58, là dove non ammette l'apposizione di termini o di condizioni, così ponendo un limite alla regolamentazione pattizia della convivenza che sembra contraddire l'intrinseca precarietà del contratto di convivenza, suscettibile di scioglimento, in qualsiasi momento, mediante recesso unilaterale *ad nutum*. Ancora, la prassi potrà sottoporre all'interprete dubbi di validità su pattuizioni, non contemplate tra quelle che possono essere inserite nel contratto (per espressa previsione normativa), ma potenzialmente idonee a regolamentare gli interessi dei conviventi. Vengono in rilievo, a titolo esemplificativo, i dubbi, già sollevati dalla dottrina, circa la validità di clausole penali, come di pattuizioni aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro o impegni al trasferimento di diritti reali immobiliari al momento della cessazione della convivenza. Infine, la disciplina del contratto di convivenza non potrà non essere letta alla luce della normativa successoria vigente, con conseguente nullità di tutte quelle clausole contrattuali integranti patti successori.

IX. IL DIRITTO AGLI ALIMENTI IN FAVORE DEL CONVIVENTE E LA MANCATA REGOLAMENTAZIONE DEI PROFILI SUCCESSORI.

Chiude la disciplina sui contratti di convivenza (comma 65) l'espressa previsione del diritto agli alimenti in favore del convivente nell'ipotesi di cessazione della convivenza di fatto, il quale sorge qualora il convivente versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio sostentamento. Piú nello specifico gli alimenti dovranno essere versati per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e determinati secondo i parametri offerti dall'art. 438, comma 2, c.c. Con la precisazione che l'obbligo alimentare del convivente è adempiuto con precedenza sui fratelli e sorelle. La norma sugli alimenti in favore del convivente ha suscitato qualche perplessità, in quanto sembra porsi in contraddizione proprio con la disciplina dei contratti di convivenza, là dove è verosimile che tali contratti siano sovente utilizzati per regolamentare, sul piano patrimoniale, la cessazione della convivenza[81].

La nuova legge non incide, invece, in maniera determinante sul sistema successorio a favore del convivente, con la conseguenza che, salve le singole previsioni di legati *ex lege* per il convivente superstite, il testamento risulta ancor oggi lo strumento adoperabile al fine di procedere ad attribuzioni al *partner*, pur sempre entro i limiti della quota disponibile[82]. Un vuoto normativo che lascia insoddisfatta quella parte della dottrina che vedeva in questa riforma l'occasione per una modifica del regime della successione necessaria, per molti

81 Macario, F.: "Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente", *Giustiziacivile.com*, 6, 2016.

82 Romano, C.: "Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo", *Notariato*, 2016, p. 346 s.

versi inadeguato rispetto al pluralismo dei modelli familiari[83]. Cosí, a riprova della "perdurante anomalia" che caratterizza il sistema vigente, si osserva come non possa escludersi che il testatore limiti le attribuzioni al proprio convivente al fine di rispettare il diritto alla quota di legittima del coniuge separato[84]. Riserve queste ultime che appaiono senz'altro condivisibili, sebbene si ritenga che la legge sulle unioni civili non fosse, probabilmente, la "sede" piú adeguata per intervenire su una disciplina che richiederebbe piú ampi e generali interventi riformatori di carattere sistematico[85].

X. RILIEVI CONCLUSIVI.

Dal quadro tracciato emerge il tentativo del legislatore come degli interpreti di adeguare e innovare il dato normativo a fronte dell'evoluzione del concetto stesso di famiglia.

L'atteso intervento normativo sul riconoscimento delle unioni non fondate sul matrimonio, sebbene guardato con favore da quanti ormai da tempo ritenevano inaccettabile un vuoto normativo sul punto, lascia aperte diverse questioni interpretative e non è difficile ipotizzare, per il futuro, ulteriori riforme o interventi correttivi della Corte costituzionale.

La normativa introdotta nel 2016, punto di incontro di sensibilità politiche differenti, appare dunque, per alcuni versi, come un'occasione mancata, ma rappresenta senz'altro la base sulla quale costruire la regolamentazione delle unioni non fondate sul matrimonio. Sì che, pur in assenza di espresse previsioni o a fronte di un dato normativo talvolta ambiguo, sarà compito dell'interprete individuare soluzioni adeguate agli interessi concretamente in gioco. Ciò, peraltro, senza farsi aprioristicamente influenzare dall'idea secondo la quale le diverse comunità familiari siano categorie autonome, non comunicanti. In questa direzione, utile anche il confronto con la giurisprudenza, la quale, nel corso degli anni, già prima dell'intervento del legislatore del 2016, ha mostrato una peculiare sensibilità verso il riconoscimento di compagini familiari non fondate sul matrimonio, così

83 Padovini, F.: "Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze", Rescigno, P. e Cuffaro, V. (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto*, cit., p. 1818. V. anche i rilievi di Pacia, R.: "Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio", in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 438, ove rileva come la legge Cirinnà abbia mancato l'opportunità di fornire ai conviventi strumenti utili a regolamentare i propri rapporti patrimoniali nell'ipotesi di morte di una delle due parti. A fronte del vuoto normativo, in particolare, si profila la possibilità di una donazione con patto di reversibilità in caso di premorienza del donatario (art. 791 s.) o con riserva di usufrutto a favore del donante (art. 796 c.c.), ovverosia di atti aventi effetti immediati e non *post mortem* (p. 439).

84 Romano, C.: "Unioni civili e convivenze di fatto", cit., p. 346 s.

85 Profila la possibilità di colmare la lacuna normativa in tema di successione tra i conviventi di fatto anche attraverso l'opera ermeneutica dell'interprete: Gnagni, A.: "La successione necessaria dopo la legge 20 maggio 2016, n. 76", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 540 ss.
Interessanti riflessioni sulle implicazioni della l. n. 76 del 2016 sul regime successorio del convivente, Barba, V.: "Trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa", *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 542 ss.

testimoniando come, talvolta, risulti del tutto irrilevante l'atto sul quale si fonda la comunione di vita familiare[86].

86 Perlingieri, G.: "Interferenze tra unione civile e matrimonio", cit., 2018, p. 103 s.

BIBLIOGRAFIA

Amagliani, R.: "I contratti di convivenza nella l. 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. Legge Cirinnà)", *Contratti*, 2018, p. 321.

Amoroso, G.: *L'impresa familiare*, Padova, 1998.

Astone, A.: "L'indisponibilità del paradigma eterosessuale del matrimonio e la rilevanza delle unioni omoaffettive", *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 1240.

Auletta, T. "Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio", *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 382.

Auletta, T.: "Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 615 ss.

Balestra, L.: "Famiglia di fatto e impresa familiare", *Contr. impr.*, 1995, p. 915 ss.

Balestra, L.: "I contratti di convivenza", *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 43 ss.

Balestra, L.: "L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive", *Riv. trim.*, 2010, p. 1123 ss.

Barba, V.: "Unione civile e impugnazione per errore", Editoriale, *Dir. succ. fam.*, 2016, 2, p. 320 ss.

Barba, V.: "Trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa", *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 513 ss.

Baruffi, M.C.: "Co-genitorialità same sex e minori nati con maternità surrogata", *Fam. dir.*, 2017, p. 669 ss.

Bitetti, R.: "Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore", *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, p. 177.

Bizzarro, A.: "Famiglia e responsabilità", Actualidad Jurídica Iberoamericana, 3, 2015, p. 145 ss.

Calò, E.: "Convivenze: il legislatore crea il testamento biologico credendo di estenderlo", *Notariato*, 2016, p. 596 ss.

Capobianco, E. e Petrucci, M.G.: "La maternità surrogata in un recente provvedimento del Tribunale di Roma", *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 199 ss.

Cardaci, G.: "La trascrizione dell'atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, spec. p. 665 ss.

Carusi, D.: *Tentativi di legiferare in materia di "testamento biologico". Contributo a un dibattito da rianimare*, Torino, 2016, p. 82 ss.

Casaburi, G.: "Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)", *www.articolo29.it*

Casaburi, G.: "L'Unbirthday secondo il legislatore italiano: la «non» disciplina delle adozioni omogenitoriali nella l. 20 maggio 2016 n. 76", *Foro it.*, 2016, I, c. 1933 ss.

Chiappetta, G. (a cura di): *Lo stato unico di figlio*, Napoli, 2014.

Cicero, C.: "Non amor sed consensus matrimonium facit? Chiose sull'obbligo di fedeltà nei rapporti di convivenza familiare", *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 1105.

Cipriani, N.: "La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali", *Fam. dir. pers.*, 2015, p. 181.

Cipriani, N.: "Le unioni civili", in R. Pane, *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, 2017, p. 48 s.

Cipriani, N.: "Rapporti personali nella famiglia e successione di norma nel tempo", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 89 ss.

Clarizia, O.: "Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 597 ss.

Corti, I.: *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000.

D'Angeli, F.: *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, Padova, 2003.

D'Angeli, F.: *La famiglia di fatto*, Milano 1989.

De Cristofaro, G.: "Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lg. 19 gennaio 2017, n. 5", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 103 s.

De Filippis, B.: *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016.

Del Prato, E.: "Patti di convivenza", *Familia*, 2002, p. 970.

Dell'anna Misurale, F.: "Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge", *Giustiziacivile.com*, 2016, 6, p. 12

Delle Monache, S.: "Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)", *Riv. dir. civ.*, 2015, 4, p. 944 ss.

Dogliotti, M.: "Il mutamento di sesso: problemi vecchi e nuovi. Un primo esame della normativa", *Giust. civ.*, 1983, p. 477.

Dogliotti, M.: "Maternità «surrogata»: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?", *Fam. dir.*, 2000, p. 151.

Doria, G.: *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996.

Facci, G.: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2009.

Faraoni, A.B.: *La surrogazione di maternità*, Milano, 2002.

Ferrando, G.: "La disciplina dell'atto. gli effetti: diritti e doveri (Commento a l. 20 maggio 2016, n. 76)", *Fam. dir.*, 2016, p. 890 ss.

Ferrando, G.: "Le contribuzioni tra i conviventi fra obbligazioni naturali e contratto", *Fam. dir.*, 2003, p. 601.

Ferrando, G.: "Le unioni civili: la situazione in Italia", Rescigno, P. e Cuffaro, V. (a cura di): *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, *Giur. it.*, 2016, p. 1771 ss.

Ferrando, G.: "Matrimonio same-sex: Corte di cassazione e giudici di merito a confronto", *Corr. giur.*, 2015, p. 909 ss.

Ferrando, G.: "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis", *Corr. giur.*, 2017, p. 193 ss.

Ferrando, G.: "Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore", *Corr. giur.*, 2017, p. 935 ss.

Ferrando, G.: "Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari", *Fam. dir.*, 2015, p. 952 ss.

Ferrando, G.: "Sul problema della famiglia di fatto", *Giur. merito*, 1975, p. 134 ss.

Fortino, M.: "Piccoli passi e cautele interpretative delle Corti sui diritti delle unioni" omosessuali, *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2016, p. 129 ss.

Franceschelli, V.: "Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto", *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 681 ss.

Franzoni, M.: "I contratti tra conviventi «more uxorio»", *Riv. trim.*, 1994, p. 737 ss.

Gazzoni, F.: "La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge", *www.personaedanno.it*, 24 giugno 2016.

Gazzoni, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983.

Giacobbe, E.: "Adozione e affidamento familiare: ius conditum, vivens, condendum", *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 266.

Giacobbe, E.: "Dell'insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita", *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 590 ss.

Gnagni, A.: "La successione necessaria dopo la legge 20 maggio 2016, n. 76", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 540 ss.

Ieva, M.: "I contratti di convivenza. Dalla legge francese alle proposte italiane", *Riv. not.*, 2001, p. 37 ss.

Iorio, G.: "Il disegno di legge sulle «unioni civili» e sulle «convivenze di fatto»: appunti e proposte sui lavori in corso", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 1014 ss.

Iorio, G.: "Trascrizione dei matrimoni omosessuali esteri e poteri del prefetto", *Fam. dir.*, 2016, p. 67 ss.

Jannarelli, A.: "Lavoro nella famiglia, lavoro nell'impresa familiare e famiglia di fatto", Aa.Vv., *La famiglia di fatto*, Atti del Convegno di Pontremoli, 23-30 maggio 1977, p. 173 ss.

Lenti, L.: "La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura", *Jus civile*, 2016, 2, p. 99 ss.

Lenti, R.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86 ss.

Lipari, N.: Il futuro del diritto, le relazioni personali e i diritti delle coppie omosessuali, *Foro it.*, 2015, V, c. 19 ss.

Lorenzetti, A.: "Maternità surrogata", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2011.

Macario, F.: "Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente", *Giustiziacivile.com*, 6, 2016.

Mazzocca, A.: "Prestazioni lavorative «affectionis vel benevolentiae causa» tra persone conviventi more uxorio", *Giust. civ.*, 1977, I, p. 1190 ss.

Mezzasoma, L.: "Ancora sulla irrilevanza della famiglia di fatto", *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 888 ss.

Morace Pinelli, A.: "La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1221 ss.

Morozzo Della Rocca, P.: "Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità", *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 605.

Murgo, C.: "La Corte di Appello di Trento riconosce la copaternità", *www.giustiziacivile.com.*

Musio, A.: "Unioni civili e questioni di sesso tra orgoglio e pregiudizi", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 733 s.

Natoli, R.: "La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto", *Giur. it.*, 2001, I, 2, p. 300.

Oberto, G.: "Contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)", *Fam. dir.*, 2015, 2, p. 165 ss.

Oberto, G.: "I regimi patrimoniali delle unioni civili", *Giur. it.*, 2016, p. 1798.

Oberto, G.: "Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio", Padova, 2003.

Oberto, G.: *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991.

Pacia, R.: "Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 438.

Padovini, F.: "Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze", Rescigno, P. e Cuffaro, V. (a cura di): *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1818

Palazzo, A.: "La riforma dello status di filiazione", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 245 ss.

Pane, R. (a cura di): *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Napoli, 2014.

Paradiso, M.: "Famiglia e responsabilità civile endofamiliare", *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 14

Passaglia, P.: "Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica", *Foro it.*, 2010, IV, c. 273 ss.

Patti S. e Will, M.R.: "La 'rettificazione di attribuzione di sesso': prime considerazioni", *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 745.

Patti, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984.

Perlingieri, G.: "Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi", *Rass. dir. civ.*, 1, 2018, p. 101 ss.

Perlingieri, P.: "La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima", *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 601 ss.

Perlingieri, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico", *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 165 ss.

Perlingieri, P.: "Sulla famiglia come formazione sociale", *Dir. giur.*, 1979, p. 775 ss., ora Id.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 419 ss.

Petta, C.: "Infedeltà coniugale e responsabilità civile: la risarcibilità dell'illecito endofamiliare nella recente giurisprudenza di legittimità", *Dir. fam.*, 2012, 4, p. 1448.

Polidori, S.: "Convivenze registrate, di fatto e non registrabili", Aa.Vv., *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, Atti del 13° Convegno nazionale S.I.S.Di.C., Napoli, 3-5 maggio 2018, p. 187 ss.

Polidori, S.: "Le convivenze di fatto e i loro presupposti di rilevanza", F. Dell'Anna Misurale e F.G. Viterbo, *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017 – Corte d'Appello di Lecce)*, Napoli, 2018, p. 136.

Ponzanelli, G.: "Ancora sul caso Baby M.: l'illegittimità dei contratti di "sostituzione di maternità", *Foro it.*, 1990, I, c. 298 ss.

Porcelli, M.: "La famiglia al plurale", *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1248.

Prisco, I.: "I rapporti di filiazione nelle unioni omosessuali. Uso e abuso del criterio del best interest del minore", *Foro nap.*, 2017, 3.

Prisco, I.: *Famiglia di fatto e impresa familiare*, Perlingieri G. e Carapezza Figlia G. (a cura di): *L'interpretazione secondo Costituzione nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I, Napoli, 2012, p. 181 ss.

Prisco, I: "Sulla disciplina delle unioni civili e delle convivenze", *Rass. dir. civ.*, 3, 2016.

Prosperi, F.: "Unicità dello status filiationis e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio", *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 273.

Prosperi, F.: *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino-Napoli, 1980.

Quadri, E.: "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?", *www.giustiziacivile.com*, 4, 2016.

Quadri, E.: "Unioni civili: disciplina del rapporto", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1689 ss.

Querzola, L.: "Riflessioni sulla legge in materia di unioni civili", *Riv. trim.*, 2016, p. 843 ss.

Ragusa Maggiore, G.: "Famiglia di fatto e impresa familiare", *Riv. trim.*, 1982, p. 37.

Recinto, G.: "Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?", *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 1475 ss.

Recinto, G.: *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016.

Rescigno, P. e Cuffaro, V. (a cura di): *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, *Giur. it.*, 2016

Rizzuti, M.: "Maternità surrogata e ordine pubblico", *Fam. dir.*, 2017, p. 669 ss.

Romano, C.: "Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo", *Notariato*, 2016, p. 346 s.

Romboli, R.: "Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»", *Giur. cost.*, 2010, p. 1629.

Roppo, V.: "Convivenza more uxorio e autonomia privata (ancora sui presupposti e modalità di rilevanza della famiglia senza matrimonio)", *Giur. it.*, 1980, I, p. 543.

Rossi Carleo, L.: "Maternità surrogata e status del nato", *Familia*, 2002, p. 377 ss.

Salanitro, U.: "La regola della doppia maternità non sarebbe in contrasto con i principi costituzionali italiani", Editoriale del 12 ottobre 2016, *www.giustiziacivile.com.*

Scalisi, V.: "Famiglia e famiglie in Europa", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 7 ss.

Scalisi, V.: "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1287 ss.

Segni, M.: "La disciplina dell'omosessualità: Italia ed Europa a confronto", *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 251 ss.

Segni, M.: "Matrimonio omosessuale: novità dall'Europa?", *Fam. dir.*, 2014, p. 672.

Senigaglia, R.: "Convivenza more uxorio e contratto", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 671 ss.

Sesta, M.: "La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare", *Fam. dir.*, 2016, p. 881.

Sesta, M.: "La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale", *Corr. giur.*, 2000, p. 488 ss.

Sesta, M.: "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1 ss.

Sesta, M.: "Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia", Rescigno, P. e Cuffaro, V. (a cura di): *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, *Giur. it.*, 2016, p. 1794

Sesta, M: "Filiazione (diritto civile)", *Enc. dir.*, *Annali*, VIII, Milano, 2015, p. 445 ss.

Sirena, P.: "L'invalidità del contratto di convivenza", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1071 ss.

Spadafora, A.: *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001.

Spatafora, A.: "I rapporti paraconiugali dinanzi alla legge", Rescigno, P. e Cuffaro, V. (a cura di): *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1810.

Stefanelli, S.: "Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito", *www.articolo29.it*, 10 luglio 2017.

Trimarchi, M.: "Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze: luci ed ombre", *Jus civile*, 1, 2016.

Trimarchi, M.: "Unioni civili e convivenze", *Fam. dir.*, 2016, p. 865.

Virgadamo, P.: "Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a violabilità dinamica", *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1894.

Zatti, P. e Piccinni, M.: "La faccia nascosta delle norme: dall'equiparazione del convivente una disciplina delle DAT", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1285.

Zatti, P.: "La surrogazione nella maternità", *Questione giust.*, 1999, p. 826.

Zatti, P.: "Maternità e surrogazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 202.

A UNIÃO DE FACTO EM PORTUGAL

COHABITATION IN PORTUGAL

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 11, agosto 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 110-147

Sandra
PASSINHAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: Este texto pretende oferecer uma visão geral sobre a união de facto em Portugal, começando por concretizar a figura da coabitação de duas pessoas em condições análogas às dos cônjuges e por identificar quais são os requisitos para que aquela possa produzir efeitos. Assumindo que a união de facto é uma manifestação do direito do indivíduo, constitucionalmente protegido, ao desenvolvimento da sua personalidade, apreciar-se-ão os efeitos conferidos pela ordem jurídica, bem como a legitimidade da intervenção do legislador e a medida dessa intervenção, sobretudo no âmbito da casa de morada de família.

PALABRAS CLAVE: União de facto, casa de morada, protecção constitucional da união de facto

ABSTRACT: *This article offers a general overview of cohabitation in Portugal. It analyses the legal definition of cohabitation and the requirements of its legal effects. The author claims that cohabitation should be regulated according to the right of individuals to choose the way to live their own life, that is constitutionally protected in Portugal. Furthermore, it questions about the intervention of the legislator, mainly if it not excessive in the field of family home protection.*

KEY WORDS: *Cohabitation, family home, constitutional protection of cohabitation*

SUMARIO.- I. INTRODUÇÃO.- II. A PROTECÇÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO DE FACTO.- III. EFEITOS DA UNIÃO DE FACTO.- IV. O CASO ESPECIAL DA PROTECÇÃO DA CASA DE MORADA.- 1. Em caso de ruptura.- 2. Em caso de falecimento de um dos cônjuges.- V. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

I. INTRODUÇÃO.

A união de facto em Portugal encontra o seu regime, principalmente, na Lei n.º 7/2001, de Maio[1]. Este diploma define a união de facto como a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos[2]. Assim, a vivência em condições análogas às dos cônjuges implica a comunhão de leito, mesa e habitação (*tori, mensae et habitationis*) e pressupõe ainda a unidade ou exclusividade[3]. Contudo, a produção de efeitos da união de facto depende, no âmbito da alçada deste diploma, de a união de facto ter uma duração superior a dois anos. Noutras regulamentações específicas, o prazo pode variar: o prazo de um ano basta para assegurar a transmissão do arrendamento por morte do unido[4], enquanto que, na Lei da Nacionalidade, a

1 A primeira regulação autónoma da situação jurídica de duas pessoas que vivem em condições análogas às dos cônjuges foi a da Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto. Pouco tempo depois entrou em vigor a nova Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, que estendeu a protecção das uniões de facto às uniões homossexuais, neste caso com exclusão do direito de adopção. Recentemente, e após a entrada em vigor da Lei 9/2010, de 31 de Maio, que consagrou o casamento homossexual em Portugal (alterando o artigo 1577.º do Código Civil [doravante, CC)]), a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, veio alterar a Lei n.º 7/2001, incluindo no artigo 1.º, n.º 2, a definição da união de facto como "a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivem em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos". A Lei 7/2001 recebeu pequenas alterações da Lei n.º 2/2016, de 29 de Fevereiro, e da Lei n.º 71/2018, de 31 de Dezembro.

2 Sobre as múltiplas motivações possíveis da união de facto, vide, por todos, Pereira Coelho, F./Oliveira, G., *Curso de Direito da Família*, 5 ed., Imprensa da Universidade, Coimbra, 2016, pp. 58 ss., e Hörster, H., "Há necessidade de legislar em matéria de união de facto?", in AA.VV, *Direito da família e política social*, (coord. Sottomayor, M., e Tomé, M. J.), Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, p. 68. Destacamos a fuga à juridificação do casamento sentida como excessiva, ligada a uma tendência de privatização das relações familiares que se querem sem intervenção nem do Estado nem da Igreja; a vontade de evitar que o virtual cônjuge venha a ser herdeiro legitimário; a rejeição do casamento como instituição burguesa ou como instituição adequada com os seus deveres e consequentes limitações à liberdade individual; a vontade de passar por uma fase experimental antes da vinculação definitiva pelo casamento. O autor aponta precisamente a heterogeneidade de causas da união de facto como um obstáculo à possibilidade de encontrar um regime geral satisfatório e funcional.

3 Não encontram tutela neste regime as situações de policonvivência ou de poliamor.

4 Cfr. artigo 1106.º do Código Civil, que determina a transmissão do arrendamento por morte do unido de facto ao membro sobrevivo que com ele vivesse há mais de um ano.

• Sandra Passinhas
Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Correo electrónico: sandrap@fd.uc.pt

duração necessária para que um estrangeiro possa declarar querer adquirir a nacionalidade portuguesa com fundamento na união de facto é de três anos[5].

São susceptíveis de impedir a produção de efeitos da união de facto, isto é, impedem a atribuição de direitos ou benefícios, em vida ou por morte aos unidos, os factos indicados no n.º 2, do artigo 2.º, nomeadamente, a idade inferior a 18 anos à data do reconhecimento da união de facto[6], a demência notória, mesmo com intervalos lúcidos e situação de acompanhamento de maior, se assim se estabelecer na sentença que a haja decretado, salvo se posteriores ao início da união; o casamento não dissolvido[7], salvo se tiver sido decretada a separação de pessoas e bens[8]; o parentesco na linha recta ou no 2.º grau da linha colateral ou afinidade na linha recta, a condenação anterior de uma das pessoas como autor ou cúmplice por homicídio doloso ainda que não consumado contra o cônjuge do outro. Estes últimos factos impeditivos seguem os impedimentos matrimoniais dirimentes[9].

Na medida em que em Portugal a união de facto não está sujeita a qualquer formalidade (não está sujeita a inscrição no registo, rectius, não é um facto susceptível de inscrição no registo civil), é particularmente relevante a questão da prova da existência de uma situação de facto análoga à dos cônjuges[10]. Assim,

5 Cfr. artigo 3.º, n.º 3, da Lei 37/81, de 3 de Outubro.

6 Em termos práticos, isto significa que a união de facto só começa a ser considerada pela ordem jurídica a partir dos 16 anos do unido mais novo (numa solução alinhada com a idade nupcial, 18 anos para a celebração do casamento, 16 anos com autorização dos pais). Assim, uma união entre duas pessoas, em que uma tenha menos de 16 anos, não desencadeia qualquer medida de protecção ao abrigo deste regime, ainda que a união tenha sido acompanhada de rituais religiosos ou étnicos, que não são reconhecidos como casamento em Portugal. Na verdade, estes "casamentos", sendo celebrados por quem não tem competência funcional para a prática de casamentos, são inexistentes, nos termos do artigo 1626.º, não produzindo quaisquer efeitos jurídicos.

7 Na verdade, estando um dos unidos vinculado por matrimónio a um terceiro, em rigor nem se pode considerar preenchido o requisito da unidade ou exclusividade, pressuposto da união de facto. Note-se, contudo, a valiosa jurisprudência do Ac. STJ, de 22 de Maio de 2013 [Processo: 185/09.6TVLSB.L1.S1]. Em causa estava uma união de facto que durava havia catorze anos, mas em que um dos unidos fora casado e a dissolução do casamento ocorrera menos de dois anos antes da cessação da união de facto. Como decidiu o Tribunal: "Tendo a união de facto cessado quando um dos membros dessa união já estava divorciado não se exige que o estado de divorciado perdure há dois anos, não existindo, no caso vertente, possibilidade de concorrência ou disputa de direitos, por exemplo, previdenciais ou outros, como a atribuição da casa de morada de família entre o cônjuge e o unido de facto".

8 A separação de pessoas e bens, regulada nos artigos 1794 e ss, é um afrouxamento do vínculo matrimonial. Nos termos do artigo 1795.º-A, a separação judicial de pessoas e bens não dissolve o vínculo conjugal, mas extingue os deveres de coabitação e assistência, sem prejuízo do direito a alimentos; relativamente aos bens, a separação produz os efeitos que produziria a dissolução do casamento. Apesar de a lei não considerar extinto o dever de fidelidade (cfr. artigo 1672.º CC, quanto aos deveres conjugais), este efeito parece hoje indiscutível à luz da Lei n.º 7/2001.

9 Cfr. artigos 1601.º e 1602.º CC.

10 Decidiu o Acórdão do STJ, de 09 de Julho de 2014 [processo: 3076/11.1TBLLE.E1.S1], que, no fundo, estamos perante a "comunhão de leito, mesa e habitação, a que tradicionalmente se recorre para caracterizar a relação entre os cônjuges, ou seja, nas palavras de Jorge Duarte Pinheiro [O Direito da Família Contemporâneo, 4ª ed. (reimpressão), FDL Editora, Lisboa, 2015, p. 651], face a «uma coabitação, na tripla vertente de comunhão de leito, mesa e habitação». Segundo este mesmo autor, a alusão a 'comunhão de leito' é integrada pela comunhão sexual, elemento que, por faltar, na 'convivência em economia comum', diferencia esta figura da união de facto [ob. cit., p. 653]. Por 'economia comum', entende-se, nos termos do art. 2º, n.º 2 da Lei nº 6/2001, de 11.05 (que estabelece as medidas de proteção das pessoas que vivem

na reforma de 2010, o legislador determinou que, na falta de disposição legal ou regulamentar que exija prova documental específica, a união de facto prova-se por qualquer meio legalmente admissível[11]. Uma das formas de provar a união de facto é através de declaração emitida pela Junta de Freguesia competente; neste caso, o documento deve ser acompanhado de declaração de ambos os membros da união de facto, sob compromisso de honra, de que vivem em união de facto há mais de dois anos, e de certidões de cópia integral do registo de nascimento de cada um deles. O que se disse vale, *mutatis mutandis* para o caso de a união de facto se ter dissolvido por vontade de um ou de ambos os membros, devendo a declaração sob compromisso de honra mencionar quando cessou a união de facto; se um dos membros da união dissolvida não se dispuser a subscrever a declaração conjunta da existência pretérita da união de facto, o interessado deve apresentar declaração singular. No caso de morte de um dos membros da união de facto, a declaração emitida pela junta de freguesia atesta que o interessado residia há mais de dois anos com o falecido, à data do falecimento, e deve ser acompanhada de declaração do interessado, sob compromisso de honra, de que vivia em união de facto com o falecido há mais de dois anos, à mesma data, de

em economia comum), «a situação de pessoas que vivam em comunhão de mesa e habitação há mais de dois anos e tenham estabelecido uma vivência em comum de entreajuda ou partilha de recursos». Aliás, é precisamente este aspeto que distingue a união de facto do chamado concubinato duradouro, a que alude o art. 1871º, n.º 1 do C. Civil, uma vez que neste, não há comunhão de mesa e habitação, verificando-se apenas um relacionamento sexual estável [Jorge Duarte Pinheiro, in obra citada, p. 653.]. Assim, decidiu o Tribunal: "1 . A união de facto pressupõe, além do mais, que exista intimidade, a maior parte das vezes sexual, entre os unidos. 2 . Alegando a ré que vivia em união de facto com um homem, entretanto falecido, sem aludir expressamente a intimidade entre eles, mas referido que coabitaram a mesma casa, vinham observando os deveres próprios do casamento, nomeadamente o de fidelidade, se respeitavam mutuamente e não tiveram, em todo o tempo que durou a coabitação qualquer outra relação ou compromisso pessoal, deve considerar-se – atenta a necessária elasticidade processual em benefício do fundo sobre a forma – que está alegada a intimidade aludida em 1." Vide, com conclusões diferentes, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de Março de 2018, [Processo: 6380/16.9T8CBR.C1.S1]: "É que, caracterizando-se esta convivência pela situação de pessoas que vivam em comunhão de mesa e habitação, com base num lar em sentido familiar, moral e social e com base numa economia doméstica comum, o que ressalta da factualidade supra descrita é, conforme se afirma na sentença proferida pela Tribunal de 1ª Instância, que a ré pernoitava na casa do BB, sita no n.º … r/c, mas manteve sempre a sua casa, onde conservou os seus objectos e pertences, o que é bem sintomático de que não sentia aquela casa como sua. Acresce que, não obstante ter alegado, a ré não logrou provar, tal como lhe competia, nos termos do disposto no art. 342º, nº 1 do C. Civil, que: «a Ré e o BB tenham passado a fazer toda a vida de casal, na Rua …, nº … r/chão; a R. tenha mantido o arrendamento da casa sita na Rua ..., nº ...-1º para acautelar a possibilidade de DD pode querer vir para ali morar; a casa sita na Rua …, nº …- 1º servisse como uma casa para os amigos ficarem a dormir e que o BB pernoitasse em casa da Ré», o que tudo é bem ilustrativo do que se acabou de afirmar".

11 Oliveira, G., "Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das Uniões de Facto)", *Lex Familiae*, n.º 14, 2010, pp.142 e 143, explica que: "No que diz respeito à prova da união de facto, ou se previa um Registo nas Conservatórias do Registo Civil – dando assim um estatuto 'oficial' à relação informal; ou se previa um regime de prova simples, adequada a cada caso. O regime adoptado afirma que a prova é livre, por qualquer meio; mas sugere-se a apresentação de um atestado da Junta de Freguesia". E ainda: "O argumento de que a prova, nos termos referidos, é frágil e permite fraudes não parece suficiente para abandonar o regime. A verdade é que, não adoptando um 'registo' oficial da união de facto, as alternativas recaem: ou se exigia que a prova dos factos fosse feita nos tribunais, ou se aceitava a prova por qualquer meio, incluindo a declaração emitida pela Junta de Freguesia. A primeira hipótese significaria jurisdicionalizar todos os diferendos e todas as pretensões; a segunda hipótese – que foi adoptada – tem a consistência que resulta das incriminações penais, segundo as regras comuns que valem para muitas áreas da vida social".

certidão de cópia integral do registo de nascimento do interessado e de certidão do óbito do falecido[12].

II. A PROTECÇÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO DE FACTO.

A união de facto não vem elencada na lista das relações familiares constante do artigo 1676.º do Código Civil português, onde constam o casamento, a filiação, a afinidade e a adopção. Na medida em que os unidos de facto vivem como se fossem casados - apenas com a diferença de que não o são, pois não estão ligados pelo vínculo formal do casamento[13] - a união de facto é, consideramos, uma relação parafamiliar[14], equiparada pelo nosso legislador ao casamento para determinados efeitos, no âmbito do seu poder de conformação. A questão da medida dessa equiparação, e até que ponto ela se deve aproximar do casamento, tem sido controversa e motivou várias vezes a intervenção do Tribunal Constitucional[15].

O artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa, enquadrado sistematicamente no capítulo dedicado aos direitos, liberdades e garantias pessoais, reconhece e garante direitos individuais dos cidadãos[16], na área familiar:

12 Naturalmente que as falsas declarações são punidas nos termos da lei penal.

13 Pereira Coelho, F./Oliveira, G., *Curso,* cit., 56.

14 Vide, em sentido não coincidente, Pereira Coelho, F. B., "Os factos no casamento e o direito na união de facto: breves observações", in AA.VV.: *Textos de Direito da Família para Pereira Coelho*, Oliveira, G. (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 77 e ss.

15 Em algumas decisões do Tribunal Constitucional, a questão a resolver situava-se não no plano da diferente natureza do casamento e da união de facto, mas sim no plano da protecção do *interesse dos filhos resultantes dessas uniões* (em que existe uma relação familiar, a de filiação). Veja-se, por exemplo, o Acórdão TC n.º 359/91 [Relator: Monteiro Diniz], de 9 de Julho, em que o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Abril de 1987, publicado no Diário da República, I Série, de 28 de Maio de 1987, por força da violação do princípio da não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, contido no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição (o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em que foi tirado aquele assento, depois de considerar a *regra geral* contida no artigo 424.º do Código Civil, relativa à cessão da posição contratual, sustentou que o regime definido no artigo 1110.º, n.os 2 e 3, do mesmo código constituía uma excepção àquela regra, uma vez que nele se permitia que o direito ao arrendamento se transmitisse entre os cônjuges ou ex-cônjuges, conforme se tratasse de separação judicial ou divórcio, sem que para o efeito fosse necessário o consentimento do senhorio, para depois concluir no sentido de aquele regime não poder ser aplicado, por analogia, ao caso das uniões de facto, mesmo quando desta houvesse filhos menores, sob pena de infracção do artigo 11.º do mesmo Código Civil); o Acórdão TC n.º 286/99 [Relatora: Helena Brito], de 11 de Maio, julgou inconstitucionais, por violação do artigo 36º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa, normas de preferência na colocação de professores em escolas que se situassem na proximidade da residência familiar, na medida em que excluíam da preferência nelas estabelecida os professores que, sendo pais de filhos menores, mas não casados, conviviam em condições idênticas às dos cônjuges e coabitassem com aqueles filhos. Neste acórdão, é, todavia, de destacar o voto de vencido do Conselheiro Paulo Mota Pinto, que - a nosso ver bem -, chamou a atenção para o facto de a norma em causa estabelecer uma preferência ligada ao estatuto conjugal, sem mencionar em ponto algum os filhos e sem qualquer relevância do interesse destes, nem sequer como critério adicional de preferência.

16 Como nos dizem Gomes Canotilho, J./Moreira, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada I,* 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, anot. ao artigo 36.º, p. 561, I, o artigo 36.º consagra, em primeira linha, um direito individual dos cidadãos, embora seja de admitir que com o reconhecimento de direitos individuais, estes preceitos reconhecem e garantem também a família e o casamento como instituições em si mesmas, sendo repositórios de típicas garantias institucionais, que por isso não podem ser legalmente suprimidas ou desqualificadas. Sobre o casamento-instituição, veja-se Varela, A., *Direito da Família*, vol. I, 4.ª ed., Livraria Petrony, Lisboa, 1996, pp. 188 e ss.

o *direito a constituir família* e *a casar* (n.os 1 e 2)[17], os *direitos dos cônjuges*, no âmbito familiar e extrafamiliar (n.º 3), os *direitos dos pais em relação aos filhos* (n.os 5 e 6) e os *direitos dos filhos* (n.os 4, 5, 2.ª parte, e 6)[18].

Não é incontroverso o significado da expressão "*o direito de constituir família* e *de contrair casamento* em condições de plena igualdade", que consta do n.º 1. O debate tem girado, sobretudo, em torno da questão de saber se o artigo 36.º CRP, na parte em que consagra *"o direito de constituir família"*, tutela constitucionalmente a união de facto[19]. Em sentido positivo pronunciaram-se Gomes Canotilho e Vital Moreira[20], para quem o conceito constitucional de família não abrange apenas a

O Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a questão do casamento enquanto instituto no Acórdão TC n.º 359/2009, de 9 de Julho [Relator: Carlos Pamplona de Oliveira], sobre a aprovação do casamento homossexual, vale dizer, sobre a vinculação constitucional do legislador a conservar o núcleo essencial do complexo jurídico de direito privado através do qual o direito fundamental se concretiza: a chamada garantia de instituto, i.e. do complexo de normas e de relações jurídicas unitariamente estruturadas e sedimentadas na ordem jurídica infraconstitucional ao longo de um certo processo de desenvolvimento histórico. Como ficou expresso no Acórdão, o direito fundamental ao casamento compreende, além da liberdade individual de casar ou não casar, a exigência de que para o efeito o Estado organize procedimentos e mantenha estruturas oficiais (o procedimento preliminar, a celebração, o registo público), mas ainda – como os demais direitos fundamentais que se analisem em pretensões a estatutos – o de que a ordem jurídica comporte normas reguladoras da constituição e extinção da situação jurídica correspondente e dos seus efeitos pessoais e patrimoniais. Trata-se de um direito subjectivo público que pressupõe conceptualmente a existência do correspondente instituto jurídico de direito privado, cuja pré-existência fornece elementos de interpretação do âmbito normativo objectivo da norma constitucional consagradora do direito fundamental. É, efectivamente, possível conceber os direitos fundamentais como apresentando ou comportando um *"lado"* jurídico individual, enquanto garantem aos seus titulares um direito subjectivo público, e um *"lado"* institucional objectivo, enquanto garantias constitucionais de âmbitos de vida juridicamente ordenados e conformados. Assim, da "configuração do direito a contrair casamento como direito fundamental resulta que o legislador não pode suprimir do ordenamento jurídico o casamento, enquanto instituto jurídico destinado a regular as situações de comunhão de vida entre duas pessoas, num reconhecimento da importância dessa forma básica de organização social".

17 Miranda, J./Medeiros, R., *Constituição Portuguesa Anotada I,* Coimbra Editora, 2005, anot. ao artigo 36.º, p. 395, IV, sublinham que: "As restrições legais ao direito de constituir família e de contrair casamento – e a definição por lei dos impedimentos matrimoniais – estão, no entanto, sujeitas aos limites do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, e carecem de uma especial justificação, seja interna à própria relação conjugal, em vista concretamente à garantia de uma decisão livre e plenamente consentida (artigo 16.º, n.º 2, da DUDH), seja em resultado da ponderação de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos".

18 Sobre o dever fundamental dos pais na manutenção e educação dos filhos, Vieira de Andrade, J., *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 157. Casalta Nabais, J., *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998 (3.ª reimpressão, de 2012), pp. 70-71, nota 151, relembra que tal dever não é mais do que um dever correlativo do direito fundamental dos filhos à educação e manutenção por parte dos pais. Como, porém, esse dever também é um direito – o direito de serem os pais e não outrem (mormente o Estado) a educar e manter os filhos – estamos perante uma figura complexa de direito-dever.

19 Sobre a história do artigo 36.º, n.º 1, veja-se Magalhães Collaço, I., "A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois", in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, 2004, pp. 23-24. A autora dá-nos conta de que, nas suas palavras: "O facto de não se regular a união de facto como instituto autónomo em termos paralelos ou semelhantes à união nascida do casamento, não fechava a porta ao reconhecimento dessa situação, ao mesmo tempo que desde logo legitimava a protecção concedida por muitas disposições legislativas avulsas – designadamente no campo do direito do trabalho, do direito da segurança social e do direito fiscal – que equiparavam à situação de pessoas casadas a das que, embora não unidas pelo casamento, vivam em condições análogas às dos cônjuges".

20 Gomes Canotilho, J./Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., anot. ao artigo 36.º, p. 561, II. Neste mesmo sentido, Carvalho, T., "A união de facto: a sua eficácia jurídica", in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 226, e, mais recentemente, Araújo Dias, C., "Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar", in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Rebelo de Sousa, M., et al. (coordenadores), Coimbra Editora, 2012, p. 460, baseada numa interpretação objectivista actualista

"família matrimonializada", havendo assim uma abertura constitucional – se não mesmo uma obrigação – para conferir o devido relevo às uniões familiares *"de facto"*. Em sentido diverso, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira[21] defenderam que, quando o n.º 1 do artigo 36.º estabelece que todos têm direito de constituir família e de contrair casamento, a expressão *"direito a constituir família"* refere-se à matéria da filiação: o direito a constituir família é, em primeiro lugar, um *direito a procriar*[22], e, em segundo lugar, um *direito a estabelecer as correspondentes relações de maternidade* e *paternidade*. Quanto ao facto de no n.º 2 se estabelecer que a lei regula *"os requisitos* e *os efeitos do casamento* e *da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração"* - e de alguns autores pretenderem reconduzir a união de facto a um casamento sem forma, ou com forma diversa de celebração -, ensinam-nos os mesmos autores que não se pode reconduzir a união de facto a uma dimensão ou vertente negativa do direito de contrair casamento. A dimensão ou vertente negativa do direito de contrair casamento, sublinhe-se, é o direito de não casar (mais amplo do que viver em união de facto, pois pode ainda significar ficar em solidão, relacionar-se esporadicamente ou pontualmente ou até viver em promiscuidade).

Para estes autores, cuja posição adoptamos, o princípio da protecção da união de facto decorre do direito ao desenvolvimento da personalidade, que a revisão constitucional de 1997 reconheceu de modo explícito no n.º 1 do artigo 26.º. Considerando o direito ao desenvolvimento da personalidade como o direito do indivíduo a afirmar livremente a sua identidade - com as suas diferenças e a sua autonomia, sem estar vinculado a modelos externamente impostos, conferindo-lhe o seu direito a viver a sua vida, do modo que escolher, desde que daí não resultem prejuízos para terceiros -, estabelecer uma união de facto é certamente uma manifestação ou forma de exercício desse direito[23]. Se o direito

dada pelo TEDH ao artigo 8.º da Convenção. Entende, todavia, a autora que a inclusão constitucional ao lado do casamento não exige uma regulamentação idêntica que, aliás, não se justifica face ao princípio da igualdade do artigo 13.º CRP.

21 Pereira Coelho, F./Oliveira, G., *Curso*, cit., pp. 56 e ss. Mas também Leite de Campos, D., *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão de 2012), pp. 102-103; Cid, N., *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o Direito*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 502 e ss, em particular na p. 506: "Não nos parece que o legislador constituinte tenha querido contemplar 'a união de facto' no art. 36.º, n.º 1, da C.R.P., nem sequer implicitamente, nem sequer no singular, que aqui usamos como forma de aludir à união de facto entre duas pessoas de sexo diferente, e tal como Pereira Coelho, cremos que o artigo 16.º, 2 [ao impor a interpretação dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais de harmonia com a DUDH], da C.R.P. também reclama esta conclusão" (vide ainda pp. 539-540); Pitão, F., *Uniões de facto e economia comum*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 38 e ss. Castro Mendes, J., "Anotações diversas – Art. 36.º, n.º 1 (Família e casamento)", in *Estudos sobre a Constituição*, coordenação de Jorge Miranda, 1.º volume, Livraria Petrony, Lisboa, 1976-1979, p. 374, escreveu: "Cremos (…) que a palavra família do art. 36.º não pode razoavelmente deixar de significar o mesmo que no art. 67.º; e que, em face deste, se deve estender circunscrita à família modelo legal, à família fundada no casamento". Mas ao autor havia referido previamente, na p. 373, que "a união de facto more uxório deve merecer uma certa medida de protecção" e que seria "mais curial atribuir à Constituição uma noção de família baseada no modelo de facto da família ocidental: união monogâmica e monoândrica duradoura".

22 No mesmo sentido, Miranda, J./Medeiros, R., *Constituição,* cit., anot. ao artigo 36.º, p. 399, VI.

23 Sublinhamos as dimensões do direito ao livre desenvolvimento da personalidade assinaladas por Gomes Canotilho, J./Moreira, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada,* cit., anot. ao artigo 26.º, p. 463, III,

ao desenvolvimento da personalidade tutela o substracto da individualidade, segundo a decisão própria e autónoma de cada um, abrange também a tutela da liberdade geral de acção da pessoa humana, reconhecendo a cada indivíduo um espaço legítimo de liberdade e realização pessoal liberto de intervenção jurídica. A legislação que proibisse a união de facto, que a penalizasse, impondo sanções aos membros da relação e coarctando de modo intolerável o direito de as pessoas viverem em união de facto, seria, pois, manifestamente inconstitucional.

É pacífico, mesmo para quem entenda que o artigo 36.º da CRP inclui a união de facto no seu âmbito normativo, que a sua protecção constitucional não exige, todavia, que o legislador dê à união de facto efeitos idênticos aos que atribui ao casamento, equiparando as duas situações[24]. Nem se diga que o diferente tratamento do casamento e da união de facto viola o princípio da igualdade (artigo 13.º CRP), pois este princípio apenas proíbe discriminações arbitrárias ou desprovidas de fundamento ou de justificação racional. Ora, o casamento e a união de facto são situações materialmente diferentes: os casados assumem o compromisso de vida em comum; os membros da união de facto não assumem, não querem ou não podem assumir esse compromisso[25]. Nas palavras de Diogo Leite de Campos, "entre o casamento e a união de facto há extremas marcadas que impedem que se fale de analogia jurídica"[26]. O desfavor ou desprotecção dos unidos de facto relativamente aos cônjuges é assim objectivamente fundado, e este entendimento é também perfilhado pelo Tribunal Constitucional, que já decidiu que: "na óptica do princípio da igualdade, a situação de duas pessoas que declaram a intenção de conceder relevância jurídica à sua união e a submeter a um determinado regime (um específico vínculo jurídico, com direitos e deveres

de formação livre da personalidade, sem planificação ou imposição estatal de modelos de personalidade e de protecção da liberdade de acção de acordo com o projecto de vida e a vocação e capacidades pessoais. Lapidarmente, nas palavras de Oliveira, G., "Notas sobre a Lei n.º 23/2010, cit., p. 140: *"A união de facto deve continuar a ser não jurídica"*.

24 Mesmo para Gomes Canotilho, J./Moreira, V., *Constituição,* cit., anot. ao artigo 36.º, p. 561, II, que, como vimos, entendem que a união de facto está protegida pelo artigo 36.º, n.º 1, da CRP, "nada impõe constitucionalmente um tratamento jurídico inteiramente igual das famílias baseadas no casamento e das não matrimonializadas, desde que as diferenciações não sejam arbitrárias, irrazoáveis ou desproporcionadas e tenham em conta todos os direitos e interesses em jogo". No mesmo sentido, Cristina Araújo Dias, "Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar", cit., p. 460, que entende que a inclusão constitucional ao lado do casamento não exige uma regulamentação idêntica que, aliás, não se justifica face ao princípio da igualdade do artigo 13.º CRP, e Miranda, J./Medeiros, R., *Constituição,* cit., anot. ao artigo 36.º, p. 402, VI.

25 Pereira Coelho, F./Oliveira, G., *Curso*, cit., pp. 58-60.

26 Cfr. Leite de Campos, D., *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., p. 22. Refere o autor que, enquanto o casamento é um contrato, determinante, por si mesmo, de efeitos jurídicos que se impõem aos cônjuges, ao passo que a união de facto é um estado cujo conteúdo e duração está dependente da vontade dos concubinos. Gray, J., *Enlightenment's Wake: Politics and Culture at the Close of Modern Age*, Routledge, Londres, 2007, p. 33, chama a atenção para o facto de o casamento (ao conferir o reconhecimento social das relações daqueles que o contraem) ter valor mesmo para aqueles que escolherem apenas viver juntos, na medida em que constitui um padrão público da relação em que escolheram não entrar.

e um processo especial de dissolução) não tem de ser equiparada à de quem, intencionalmente, opta por o não fazer'' [27].

Forçoso é também reconhecer que uma legislação que equiparasse totalmente a união de facto ao casamento seria inconstitucional, fosse qual fosse a via por que essa equiparação se fizesse[28], na medida em que retiraria aos particulares a possibilidade de partilharem uma vida em comum sem estarem ligados pelos laços apertados do casamento. Do mero facto de coabitarem, com mais ou menos requisitos, resultaria uma submissão a efeitos que claramente extrapolariam da vontade dos conviventes[29]. A decisão de casar é uma opção constitucionalmente protegida, mas a decisão de não casar também o é. Entre as fronteira da penalização da união de facto e da sua equiparação ao casamento, disse-nos Pereira Coelho[30], ''vale o princípio democrático, que permite ao legislador ordinário conformar livremente o regime da união de facto, de acordo com a opção mais progressista ou conservadora da política familiar adoptada''.

Não sendo a união de facto uma forma de contrair casamento, mas implicando um projecto de vida totalmente diverso, que deve ser respeitado e valorado pelo legislador e, portanto, não cabendo no âmbito de protecção ''do direito a

27 Cfr. o Acórdão TC n.º 159/2005 [Relator: Paulo Mota Pinto], de 29 de Março, que veio a concluir que o ''legislador constitucional não pode ter pretendido retirar todo o espaço à prossecução, pelo legislador infraconstitucional, cujo programa é sufragado democraticamente, de objectivos políticos de incentivo ao matrimónio enquanto instituição social, mediante a formulação de um regime jurídico próprio – por exemplo, distinguindo entre a posição sucessória do convivente em união de facto (reduzida ao referido direito a exigir alimentos da herança) e a do cônjuge. A diferenciação de tratamento em causa na presente norma não pode, assim, ser considerada como destituída de fundamento razoável ou arbitrária''.

28 Pereira Coelho, F./Oliveira, G., *Curso,* cit, p. 62.

29 Hörster, H. ''Há necessidade de legislar em matéria de união de facto?'', cit., p. 71, escreveu: ''A união de facto corresponderá, na maioria dos casos, a uma opção de vida de acordo com a autonomia da vontade de quem a escolheu e o legislador há-de respeitar esta opção e as razões multifacetadas e complexas que a podem ter motivado. Apenas quando interesses de terceiros, i.e. da comunidade, ou a necessidade da protecção dos mais fracos, i.e. dos filhos (na maioria dos casos), o justificarem, o legislador pode e deve intervir''.
Neste sentido, Lobo Xavier, R., ''Novas sobre a união *'more uxório'* em Portugal'' in AA.VV.: *Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Gomes, J. (coord.), Publicações Universidade Católica, Lisboa, 2002, pp. 1398 e 1401, referindo-se ao tratamento que a união de facto tem merecido em Portugal, chama a atenção para a distinção entre um estatuto, que chama de social, que define os direitos das pessoas a viver em união de facto face aos organismos públicos e à sociedade em geral, e que vai progressivamente aumentando, e um estatuto que designa por ''privado'', relativo aos próprios direitos e deveres recíprocos entre essas pessoas, que foi sendo ignorado pela lei. Na verdade, segundo a autora, o regime português desresponsabilizou totalmente os indivíduos nas suas relações recíprocas e para com a sociedade, ao contrário de regimes civilizacionalmente próximos em que o reconhecimento de direitos àqueles que vivem em união de facto perante o Estado e a sociedade em geral depende da vinculação dos próprios a determinados deveres recíprocos. A autora refere, a este propósito, o regime do Pacs, em que a solidariedade implica uma obrigação de ajuda mútua recíproca, uma presunção de indivisão dos bens adquiridos e uma responsabilidade de ambos os companheiros pelas dívidas contraídas para ocorrer às necessidades da vida corrente. Em caso de dissolução do pacto, a liquidação dos direitos e obrigações é feita por acordo, e, na falta de acordo, é o juiz que decide sobre as consequências patrimoniais da ruptura, sem prejuízo da reparação dos danos eventualmente sofridos. A autora escreveu ao tempo da vigência da Lei 135/99, mas as alterações legislativas posteriores vieram, em nossa opinião, confirmar a tendência assinalada.

30 Assim, Pereira Coelho, F., ''Casamento e divórcio no ensino de Manuel de Andrade'', in *Ciclo de conferências em homenagem póstuma ao Prof. Manuel de Andrade*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 67 e ss., falando de violação do direito de não casar.

casar e a constituir família" do artigo 36.º da CRP, sublinhe-se, todavia, que, no nosso entendimento, o casal nascido da união de facto juridicamente protegida também é família, para efeitos da protecção institucional conferida pelo artigo 67.º da CRP. Note-se, em favor desta nossa posição, o modo como o legislador, em cumprimento do disposto no artigo 67.º, n.º 2, da CRP, conformou a posição dos unidos de facto, no sentido de lhes conceder protecção da casa de morada de família, de os beneficiar com o regime jurídico aplicável a pessoas casadas em matéria de férias, feriados, faltas, licenças, de preferência na colocação dos trabalhadores da Administração Pública; com a aplicação do regime do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, concedendo-lhes protecção social na eventualidade de morte do beneficiário, por aplicação do regime geral ou de regimes especiais de segurança social, bem como prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, a pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País, ou a inclusão do unido de facto no elenco dos titulares do direito à indemnização por danos não patrimoniais por morte da vítima, no n.º 3 do artigo 496.º. São expressões da valoração pelo legislador ordinário da fundamentalidade reconhecida a esta forma de organização da vida familiar. Na verdade, a vinculação jurídico-material do legislador à Constituição e, em especial, à protecção da família como instituição, não é de modo a eliminar a sua liberdade de conformação legislativa, cabendo-lhe, dentro dos limites constitucionais, definir ou qualificar as situações de facto ou as relações da vida que hão-de funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente, bem como definir o regime concreto a que essas relações ficarão sujeitas.

III. EFEITOS DA UNIÃO DE FACTO.

No que aos efeitos da união de facto diz respeito, as conclusões a retirar do que dissemos no ponto anterior são claras: união de facto e casamento não produzem os mesmos efeitos. Em termos pessoais, os unidos não estão vinculados pelos deveres conjugais, não estabelecem relações de afinidade com os parentes do outro, nem podem alterar o seu nome de modo a acomodar os apelidos do outro. Em termos patrimoniais, a união de facto não permite a aplicação de um regime de bens, nem das regras que disciplinam as relações patrimoniais dos cônjuges independentemente do regime de bens, como a administração de bens e regime da responsabilidade por dívidas[31]. Neste âmbito, aplicar-se-á, pois, entre os unidos o regime geral das relações obrigacionais e reais[32].

31 É discutível a aplicação aos unidos de facto dos artigos 1691.º b) e 1695.º do CC, sobre responsabilidade por dívidas para ocorrerem aos encargos da vida corrente.

32 Os contratos de coabitação, ainda que admissíveis ao abrigo da liberdade contratual (consagrada no artigo 405.º do CC), não são habituais em Portugal. Vide as limitações a que estariam sujeitos em Pereira Coelho, F./Oliveira, G., *Curso*, pp. 83-84.

Mas o artigo 3.º da Lei 7/2001 garante uma série de efeitos à união de facto[33], a que acrescem disposições dispersas noutro diplomas. Vejamos. Nele encontramos consagrado o direito de as pessoas que vivem em união de facto a beneficiarem do regime jurídico aplicável a pessoas casadas em matéria de férias, feriados, faltas, licenças e de preferência na colocação dos trabalhadores da Administração Pública, ou a beneficiarem de regime jurídico equiparado ao aplicável a pessoas casadas vinculadas por contrato de trabalho, em matéria de férias, feriados, faltas e licenças[34]; o direito à aplicação do regime do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares nas mesmas condições aplicáveis aos sujeitos passivos casados e não separados de pessoas e bens; o direito à protecção social na eventualidade de morte do beneficiário, por aplicação do regime geral ou de regimes especiais de segurança social, a prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, por aplicação dos regimes jurídicos respectivos, e a pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao país. O artigo 6.º esclarece que o membro sobrevivo da união de facto beneficia daqueles direitos, independentemente da necessidade de alimentos[35]. A entidade responsável pelo pagamento das prestações, quando entenda que existem fundadas dúvidas sobre a existência da união de facto, pode solicitar meios de prova complementares, designadamente declaração emitida pela Autoridade Tributária e Aduaneira ou pelo Instituto dos Registos e do Notariado, I. P., onde se ateste que à data da morte os membros da união de facto tinham domicílio fiscal comum há mais de dois anos. Quando, na sequência destas diligências, subsistam dúvidas, a entidade responsável pelo pagamento das prestações deve promover a competente ação judicial com vista à sua comprovação.

33 Note-se que qualquer disposição em vigor tendente à atribuição de direitos ou benefícios fundados na união de facto é aplicável independentemente do género dos seus membros (cfr. artigo 3.º, n.º 3), sem prejuízo do disposto no artigo 7.º relativamente à adopção, e no n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, sobre a procriação medicamente assistida.

34 Vide a Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, bem como o Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

35 A questão era controversa, em face dos múltiplos acórdãos sobre o regime da atribuição de *pensão de sobrevivência* ao unido de facto, que fazia depender a titularidade do direito a essa pensão da prova pelo companheiro sobrevivo da impossibilidade de obtenção de alimentos da herança do companheiro falecido. Vide o nosso *Propriedade e Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 245 ss, para desenvolvimentos. Sobre esta problemática, na doutrina, veja-se, Lobo Xavier, R., "Uniões de facto e pensões de sobrevivência. Anotação aos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 195/03 e 88/04", in *Jurisprudência constitucional*, 3, 2004, pp. 16 e ss. Após a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, que veio alterar o artigo 3.º da Lei 7/2001, no sentido de atribuir ao unido de facto a mesma protecção social na eventualidade de morte do beneficiário de que beneficia o cônjuge, surgiu nova controvérsia, agora sobre a aplicação temporal desta norma. Vide, sobre a questão, Teixeira de Sousa, M., "De novo sobre o regime da união de facto e aplicação da lei no tempo", *CDPiv.*, 42, 2013, pp. 27 e ss, em apoio do AUJ 3/2013, de 15 de Março, que veio considerar aplicável o novo regime das prestações sociais em caso de óbito de um dos elementos da união de facto beneficiário de sistema de Segurança Social também às situações em que o óbito do beneficiário ocorreu antes da entrada em vigor do novo regime. Muito recentemente, o Acórdão do STJ, de 11 de Maio de 2017 (AUJ 7/2017) veio uniformizar jurisprudência no seguinte sentido: "O membro sobrevivo da união de facto tem direito a pensão de sobrevivência, por morte do companheiro, beneficiário do sector bancário, mesmo que o regime especial de segurança social aplicável, constante de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, para que remete a Lei n.º 7/2001, não preveja a atribuição desse direito".

Fora do âmbito da Lei n.º 7/2001, encontramos importantes medidas de protecção noutros diplomas. O artigo 2020.º do CC prevê a possibilidade de o membro sobrevivo da união de facto exigir alimentos da herança do falecido. Este direito caduca se não for exercido nos dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão e cessa, nos termos do artigo 2019.º,[36] se o alimentado contrair novo casamento, iniciar união de facto ou se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral. O artigo 496.º, n.º 2, também do CC, sobre os danos não patrimoniais, por morte da vítima, determina que o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem. O n.º 3, aditado pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto[37], veio definir que se a vítima vivia

36 Por forca do n.º 3 do artigo 2020.º.

37 O Acórdão TC n.º 275/02, que considerou inconstitucional, por violação do artigo 36º, n.º 1, da Constituição conjugado com o princípio da proporcionalidade, a norma do n.º 2 do artigo 496º do Código Civil, na parte em que, em caso de morte da vítima de um crime doloso, excluía a atribuição de um direito de "indemnização por danos não patrimoniais" pessoalmente sofridos pela pessoa que convivia com a vítima em situação de união de facto, estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges. Posteriormente, o Acórdão do TC n.º 86/200 [Relator: Paulo Mota Pinto], de 6 de Fevereiro, não julgou inconstitucional a norma do artigo 496.º, n.º 2, do Código Civil, na medida em que não admitia que a pessoa que vive em união de facto com uma vítima de acidente de viação, do qual resultasse a morte dessa vítima, tinha o direito a receber uma indemnização por danos não patrimoniais. O Acórdão TC n.º 86/2007 [Relator: Paulo Mota Pinto], de 6 de Fevereiro, a montante, relembrou que a ratio decidendi do juízo de inconstitucionalidade do se encontrava na violação do artigo 36.º, n.º 1, da Constituição conjugado com o princípio da proporcionalidade. O Tribunal considerou que o confronto entre a justificação da delimitação operada no artigo 496.º, n.º 2, e a dimensão normativa em questão neste recurso conduzia a resultados diversos dos alcançados no Acórdão TC n.º 275/2002, faltando, pois, identidade substancial. Nas palavras do Tribunal: "Não é, com efeito, possível detectar no presente caso qualquer falta grosseira ou evidente de adequação entre a dimensão normativa ora em apreço e as finalidades dessa delimitação, resultante do artigo 496.º, n.º 2 (note-se, aliás, e como se referiu, que o legislador goza, neste âmbito, de uma considerável margem de discricionariedade para ponderar os vários interesses envolvidos, e sem que se possa retirar da Constituição um certo e único regime constitucionalmente admissível, e que, na dúvida, sobre tal inadequação sempre seria de decidir no sentido da inexistência de inconstitucionalidade). É o que facilmente se conclui, desde logo, para a justificação consistente na necessidade de limitar as pretensões indemnizatórias, por razões de certeza, que se pode revelar procedente para lesões que se verificam com uma frequência diária, e sem qualquer relação prévia entre lesante e lesado (diversamente do que acontecia com a lesão provocada pelo homicídio no caso do Acórdão n.º 275/2002)". Sem tal limitação, os prejuízos não patrimoniais resultantes da morte poderiam ser invocados frequentemente, e "por vezes por um número considerável de pessoas, com o resultado de o responsável ter que pagar quantia avultadíssima ou com o de a cada um dos prejudicados se dar uma importância tão diminuta que seria praticamente nula" (nas palavras de Vaz Serra). O que é reforçado pela consideração da expectativa do lesante de se não ver assoberbado com um número não definido de pretensões indemnizatórias. Na verdade, afirmou-se, no caso decidido pelo Acórdão n.º 275/2002, que "não merece certamente tutela o eventual interesse do homicida doloso em se eximir à compensação de todos os danos que provocou com o homicídio". Tal posição do lesante, se não merecia protecção, dada a "gravidade extrema do ilícito" e o dolo do lesante, no caso do Acórdão n.º 275/2002, não foi agora considerada irrelevante – sob pena de erro grosseiro de avaliação do legislador – no caso dos autos, em que estava em causa a infracção de regras legais de circulação rodoviária e de deveres de cuidado, com negligência do lesante, da qual veio a resultar o acidente que provocou a morte. E neste sentido salientou que a solução encontrada no Acórdão n.º 275/2002, "diferente da, aqui, defendida, tem, confessadamente, a marca da gravidade extrema do ilícito", ou com quem considera questionável a extensão dessa solução "às situações, mais frequentes, em que a pretensão indemnizatória se insere no quadro da responsabilidade civil por negligência ou pelo risco". E isto, entendeu o Tribunal, quer para quem não subscrevesse o juízo de inconstitucionalidade a que chegou o Acórdão n.º 275/2002, quer para quem adoptasse a posição que nele fez vencimento. Concluiu, pois, o Tribunal que "a norma do artigo 496.º, n.º 2, do Código Civil, na parte em que exclui o direito a indemnização por danos não patrimoniais da pessoa que vivia em união de facto com a vítima mortal de acidente de viação resultante de culpa exclusiva de outrem, não viola nem o princípio da igualdade nem o artigo 36.º, n.º 1, da Constituição conjugado com o princípio da proporcionalidade, parâmetros constitucionais invocados

em união de facto, o direito de indemnização previsto no número anterior cabe, em primeiro lugar, em conjunto, à pessoa que vivia com ela e aos filhos ou outros descendentes.

Para além da já referida possibilidade de o estrangeiro, unido de facto há mais de três anos com um português, declarar a pretensão de aquisição da nacionalidade portuguesa, a união de facto produz outros efeitos pessoais. Assim, o artigo 7.º da Lei n.º 7/2001, reconhece a todas as pessoas que vivam em união de facto o direito de adoção em condições análogas às previstas no artigo 1979.º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes à adoção por pessoas não casadas. Do mesmo modo, nos termos do artigo 6.º da Lei n.º 32/2016, de 26 de Julho, podem recorrer às técnicas de procriação medicamente assistida os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.

Nos termos do artigo 46.º, n.º 2, da Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, considera-se que constituem uma família, para efeitos de medidas de acolhimento familiar, duas pessoas casadas entre si ou que vivam uma com a outra há mais de dois anos em união de facto ou parentes que vivam em comunhão de mesa e habitação. E no Código de Processo Civil, o artigo 497.º, 2, alínea d), considera que se pode recusar legitimamente a depor quem conviver, ou tiver convivido, em união de facto em condições análogas às dos cônjuges com alguma das partes na causa.

No que diz respeito aos filhos dos unidos de facto, nas acções de investigação da paternidade, presume-se a paternidade quando, durante o período legal de concepção, tenha existido comunhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges ou concubinato duradouro entre a mãe e o pretenso pai[38]. Já quanto ao exercício das responsabilidades parentais, o artigo 1911.º, n.º 1, manda aplicar ao exercício das responsabilidades parentais os artigos 1901.º a 1904.º, isto é, o regime a vigorar na constância do casamento, quando a filiação se encontre estabelecida relativamente a ambos os progenitores e estes vivam em condições análogas às dos cônjuges. Em caso de dissociação familiar, o artigo 1911.º, n.º 2, determina aplicáveis as disposições dos artigos 1905.º a 1908.º, relativas ao divórcio, separação de pessoas e bens ou declaração de nulidade ou anulação do casamento[39]. O legislador cumpriu integralmente o princípio constitucionalmente

pelo recorrente (já que nada mais se pode retirar, no sentido da inconstitucionalidade, da invocação da 'concepção constitucional de família vertida no art.º 67.º, n.º 1 da Constituição', que não tenha já sido considerado na fundamentação que antecede)". Sobre a alteração, ver Oliveira, G., "Notas sobre a Lei n.º 23/2010," cit., p. 148.

38 Cfr. artigo 1871.º, alínea d), do Código Civil.

39 Bem como o disposto no artigo 1909.º, n.º 2, sempre que os progenitores pretendam regular por mútuo acordo o exercício das responsabilidades parentais.

consagrado no artigo 36.º, 4, da CRP, que proíbe a discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento[40].

Note-se, por último, que a extinção da união de facto não confere aos unidos qualquer específico direito a indemnização[41], nem há lugar a uma pretensa separação de meações. Cessando a união de facto, cada um dos sujeitos da relação tem direito a participar na liquidação do património adquirido pelo esforço comum[42] que, entende a nossa jurisprudência, pode ser feita de acordo com as normas disciplinadoras da dissolução e liquidação das sociedades civis[43]. Outra via será a de o convivente em união de facto, que se considere empobrecido relativamente aos bens em cuja aquisição participou, pedir que o outro convivente seja condenado a reembolsá-lo, com fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, nos termos dos artigos 473.º, 474º e 479, n.º 1 do Código Civil. Note-se, contudo, que o enriquecimento sem causa pode encontrar dificuldades várias. Como bem decidiu o Acórdão do STJ, de 20 de Março de 2014[44]: "isto porque se considera que houve então uma causa justificativa para tais atribuições patrimoniais impeditiva da conclusão de que o prestado foi indevido; essa causa justificativa reside, precisamente, na subsistência da união de facto, para a qual cada um dos membros contribuiu em termos materiais pela forma tacitamente acordada pelo casal enquanto a relação se manteve'"[45]. No mesmo sentido, mais recentemente, o Acórdão do STJ, de 24 de Outubro de 2017[46]: "Não decorrendo da união de facto quaisquer obrigações decorrentes de um dever de assistência entre o casal assim formado há que entender que tudo o que possa ser prestado por ambos, mesmo a nível de trabalho doméstico terá de ser entendido como uma obrigação natural, de coercitividade e repetição impossíveis, atenta a natureza da relação instituída (…)".

40 Cfr. Pereira Coelho, F./Oliveira, G., *Curso*, cit., pp. 790 e ss.

41 Como decidiu o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Julho de 2011 [Processo: 3084/07.7TBPTM.E1.S1], "I- Não estando, como não está, o unido de facto vinculado juridicamente ao cumprimento dos deveres conjugais previstos nos arts 1672.º e segs. do CC, e porque o regime da união de facto nada prevê nesse sentido, necessariamente, não existe o direito a indemnização pela ruptura daquela união nem pelos eventuais danos não patrimoniais que a dissolução daquela tenha causado. II - Em caso de dissolução da união de facto, o trabalho doméstico que a autora fez enquanto viveu naquela situação com o réu, porque constitui uma participação livre para a economia comum baseada na entreajuda ou partilha de recursos, não lhe confere o direito de restituição do respectivo valor".

42 Que não se provou existir no Acórdão do STJ, de 9 de Março de 2004 [04B111].

43 Assim, o Acórdão do STJ, de 14 de Março de 2002 [Processo: 02B291]. Cfr. os artigos 1011.º e ss. do CC, bem como o artigo 1068.º do Código de Processo Civil.

44 [Processo: 2152/09.5TBBRG.G1.S1]. Como decidiu o Acórdão de revista excepcional do STJ, de 21 de Maio de 2011 [Processo: 122/09.2TBVFC-A.L1.S1] - na esteira do Acórdão do STJ, de 15 de Novembro de 1995 [087127] -, o prazo de prescrição de três anos do direito à restituição fundada no enriquecimento sem causa, dada a deslocação patrimonial do empobrecido a favor do património do enriquecido em razão da união de facto, surge com o termo da união de facto.

45 Já o Acórdão do STJ, de 1 de Julho de 1993 [Processo: 083655], havia decidido que as quantias despendidas por cada um dos partícipes com gastos normais e correntes de manutenção da vida em comum não são restituíveis, finda que seja a união de facto.

46 [Processo: 3712/15.0T8GDM.P1.S1].

IV. O CASO ESPECIAL DA PROTECÇÃO DA CASA DE MORADA.

Uma questão nuclear na protecção da união de facto é aquela que se prende com o destino da casa de morada em caso da extinção da união de facto[47]. Nos termos do artigo 8.º, 1, da Lei n.º 7/2001, a união de facto dissolve-se com o falecimento de um dos membros, por vontade de um dos seus membros e com o casamento de um dos membros. É àquele particular regime que vamos agora dedicar a nossa atenção, analisando separadamente os preceitos aplicáveis em caso de ruptura e em caso de morte.

1. Em caso de ruptura.

O artigo 4.º da Lei 7/2001 determina que, em caso de ruptura[48], se aplica o disposto nos artigos 1105.º e 1793.º do Código Civil, com as necessárias adaptações. O artigo 1105.º, aplicável à situação em que a casa é arrendada, determina que, incidindo o arrendamento sobre casa de morada de família, o seu destino será, em caso ruptura, decidido por acordo dos unidos, podendo estes optar pela transmissão ou pela concentração a favor de um deles. Na falta de acordo, cabe ao tribunal decidir, tendo em conta a necessidade de cada um, os interesses dos filhos e outros factores relevantes. A transferência ou a concentração acordadas e homologadas pelo juiz ou pelo conservador do registo civil ou a decisão judicial a elas relativa são notificadas oficiosamente ao senhorio.

Já o artigo 1793.º do Código Civil refere-se aos casos em que a casa é comum ou própria do outro cônjuge. Determina o n.º 1 deste preceito que: "Pode o tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada da família, quer esta seja comum quer própria do outro, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal". Nos termos do n.º 2, aquele arrendamento fica sujeito às regras do arrendamento para habitação, mas o tribunal pode definir as condições do contrato, ouvidos os cônjuges, e fazer caducar o arrendamento, a requerimento

47 O artigo 4.º, n.º 3, da Lei 135/99 estabelecia que, em caso de separação "pode ser acordada entre os interessados a transmissão do arrendamento em termos idênticos aos previstos no n.º 1 do artigo 84.º do Regime do Arrendamento Urbano". E no n.º 4 lia-se que "O disposto no artigo 1793.º do Código Civil e no n.º 2 do artigo 84.º do Regime do Arrendamento Urbano é aplicável à união de facto se o tribunal entender que tal é necessário, designadamente tendo em conta o interesse dos filhos do casal". Na redacção da Lei n.º 7/2001, o artigo 4.º, n.º 3 manteve a sua redacção. Mas o n.º 4 foi alterado no sentido de o disposto no artigo 1793.º do Código Civil e no n.º 2 do artigo 84.º do Regime do Arrendamento Urbano ser aplicável à união de facto "se o tribunal entender que tal é necessário, designadamente tendo em conta, consoante os casos, o interesse dos filhos ou do membro sobrevivo". A Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, veio dar nova redacção ao artigo, e estabeleceu, de forma sistematicamente correcta, a equiparação entre a ruptura da união de facto e o divórcio no artigo 4.º "O disposto nos artigos 1105.º e 1793.º do Código Civil é aplicável, com as necessárias adaptações, em caso de ruptura da união de facto".

48 Note-se que a dissolução prevista em caso de rutura tem de ser judicialmente declarada quando se pretendam fazer valer direitos que dependam dela. A declaração judicial de dissolução da união de facto deve ser proferida na acção mediante a qual o interessado pretende exercer direitos dependentes da dissolução da união de facto, ou em acção que siga o regime processual das acções de estado (cfr. artigo 8.º, 2 e 3).

do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem[49]. Parece-nos incontroverso que do artigo 1793.º resulta uma restrição do direito de propriedade, garantida, prima facie, no artigo 62.º da CRP, entendida como norma jusfundamental permissiva do livre uso, aproveitamento e fruição dos bens[50]; a imposição de um arrendamento forçado impõe, indubitavelmente, ao proprietário uma limitação na sua titularidade, uma interferência com a sua potestas uti domini que, indiscutivelmente, cabe no âmbito de protecção do artigo 62.º[51]. É certo que o direito de propriedade não é um direito absoluto, mas antes um direito a ser moldado pelo legislador, "nos termos da constituição". O legislador, todavia, não é livre de conferir qualquer conteúdo à norma restritiva do direito; antes é necessário que esta norma restritiva tenha, na perspectiva global da Constituição, um sentido que seja conforme com o quadro valorativo estabelecido[52]. As intervenções de cunho restritivo[53], nos termos do artigo 18.º, n.º 2 e 3, não devem exceder o necessário para salvaguarda de outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, nem afectar o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais que os tutelam. Já defendemos que a atribuição da casa de morada de família a ex-cônjuge, quando não haja filhos, ou quando os filhos não fiquem a residir na casa, é uma restrição ao direito de propriedade que não nos parece constitucionalmente justificada por outros "direitos ou interesses legalmente protegidos"[54].

Como dissemos, o artigo 4.º da Lei n.º 7/2001 manda aplicar o artigo 1793.º às situações de ruptura da união de facto, ou seja, veio estabelecer o mesmo tratamento legal dos ex-unidos e dos ex-cônjuges no que à atribuição da casa de família diz respeito. A aplicação à união de facto dos artigos 1793.º CC e

49 O regime fixado pode ser alterado nos termos gerais da jurisdição voluntária (cfr. n.º 3 do artigo 1793.º).

50 Relembramos Gomes Canotilho, J./Moreira, V., *Constituição,* cit,, anot. ao artigo 62.º, p. 804, VIII; Sousa Ribeiro, J., *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2009, p. 12; Sousa Franco, A./ D'Oliveira Martins, G., *A Constituição económica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 171; bem como os Acórdãos TC n.º 328/94 [Relator: Bravo Serra], de 13 de Abril, n.º 148/05 [Relator: Vítor Gomes], de 16 de Março, e n.º 345/09 [Relator: Vítor Gomes], de 8 de Julho.

51 Vide o nosso *Propriedade e Personalidade*, cit., pp 187 ss.

52 Miranda, J./Medeiros, R., *Constituição*, cit., anot. ao artigo 18.º p. 154, VI

53 Novais, J., *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 193: "as restrições em sentido estrito têm uma vocação normativa geral e abstracta, o que significa que o prejuízo da liberdade produzido se identifica com uma alteração da própria norma jusfundamental – isto é, verifica-se uma redução, amputação ou eliminação do conteúdo objectivo do direito fundamental constituído, reconhecido, conformado ou delimitado por essa norma, restringindo-se o seu âmbito de protecção".

54 Vide Passinhas, S., "L'attribuizione dell'uso della casa familiare in caso di divorzio in Portogallo", em AA.VV.: *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Carapezza Figlia, G./De Verda y Beamonte, J.R/Frezza, G./ Virgadamo, P. (eds.), Edizioni Scientifiche Italiane, Florença, 2016, pp. 393-423.

1005.º CC[55] corresponde a anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional[56]. O acórdão TC n.º 359/91[57] declarou a inconstitucionalidade do Assento do STJ de 23 de Abril de 1987, segundo o qual as normas dos n.os 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do CC[58] - que prescreviam que, em caso de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens, o direito ao arrendamento da casa de morada de família podia ser atribuído, por acordo dos cônjuges ou ex-cônjuges, ou, na falta deste, por decisão judicial, ao cônjuge ou ex-cônjuge não arrendatário - não eram aplicáveis às uniões de facto, mesmo que destas houvesse filhos menores. O Tribunal desenvolveu a sua argumentação em torno do artigo 36.º, n.º 4, da Constituição e aplicou o princípio da não discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento. Nas palavras do Acórdão: "a regra sobre a atribuição da casa de morada de família contém diversos princípios informadores dos quais, em última análise, no plano da respectiva aplicação, vai depender o sentido da própria regra. Ora, um desses conteúdos normativos de que pode depender a transferência do arrendamento, consubstancia-se num princípio da protecção do interesse dos filhos menores. E, desde que se entenda, que o interesse dos filhos apenas vale no caso dos filhos nascidos do casamento e não já relativamente aos filhos cujos pais viviam em união de facto, parece seguro que, no plano específico deste segmento normativo, então erigido em critério decisivo de atribuição do arrendamento se verifica um manifesto tratamento discriminatório relativamente aos filhos cujos pais viviam em união de facto". Em consequência, o Tribunal decidiu: "considerar inconstitucional o Assento de 23 de Abril de 1987, pois que, por força dele, consente-se um

55 Na versão original do artigo 4.º (casa de morada de família e residência comum) lia-se: "3 - Em caso de separação, pode ser acordada entre os interessados a transmissão do arrendamento em termos idênticos aos previstos no n.º 1 do artigo 84.º do Regime do Arrendamento Urbano. 4 - O disposto no artigo 1793.º do Código Civil e no n.º 2 do artigo 84.º do Regime do Arrendamento Urbano é aplicável à união de facto se o tribunal entender que tal é necessário, designadamente tendo em conta, consoante os casos, o interesse dos filhos ou do membro sobrevivo".

56 Sobre o debate na doutrina e a irradiação da proibição constitucional de discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento no regime da união de facto, ver Cid, N., *A comunhão de vida à margem do casamento*, cit., pp. 512 e ss.

57 O acórdão TC n.º 359/91 [Relator: Monteiro Diniz], de 9 de Julho.

58 Era a seguinte a formulação do Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro, desta norma (que teve como antecedente imediato a disposição contida no artigo 45.º da Lei n.º 2030, de 22 de Junho de 1948): "2. Obtido o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens, podem os cônjuges acordar em que a posição de arrendatário fique pertencendo a qualquer deles. 3. Na falta de acordo, cabe ao tribunal decidir, tendo em conta a situação patrimonial dos cônjuges, as circunstâncias de facto relativas à ocupação da casa, o interesse dos filhos, a culpa imputada ao arrendatário na separação ou divórcio, o facto de ser o arrendamento anterior ou posterior ao casamento, e quaisquer outras razões atendíveis; estando o processo pendente no tribunal de menores, cabe a este a decisão. 4. A transferência do direito ao arrendamento para o cônjuge do arrendatário, por efeito de acordo ou decisão judicial, deve ser notificada oficiosamente ao senhorio". Esta norma foi revogada pelo Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro e a solução material passou a estar consagrada no artigo 84.º RAU. Com o NRAU (Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro), como sabemos, o regime do arrendamento foi reintegrado no Código Civil e a questão passou a ser tratada pelo artigo 1105.º do CC (comunicabilidade e transmissão em vida para o cônjuge): "1 - Incidindo o arrendamento sobre casa de morada de família, o seu destino é, em caso de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens, decidido por acordo dos cônjuges, podendo estes optar pela transmissão ou pela concentração a favor de um deles. 2 - Na falta de acordo, cabe ao tribunal decidir, tendo em conta a necessidade de cada um, os interesses dos filhos e outros factores relevantes. 3 - A transferência ou a concentração acordadas e homologadas pelo juiz ou pelo conservador do registo civil ou a decisão judicial a elas relativa são notificadas oficiosamente ao senhorio".

tratamento diferenciado entre filhos menores, consoante sejam nascidos dentro ou fora do casamento, impondo-se a estes últimos um regime de manifesto desfavor relativamente àqueles, tudo em aberta contravenção com o disposto no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição".

Pouco tempo depois, o Acórdão TC n.º 1221/96[59] julgou inconstitucional, por violação do disposto no n.º 4 do artigo 36.º da Constituição da República, a norma do artigo 1793.º na interpretação segundo a qual o regime nela previsto não é aplicável às situações de cessação da união de facto, se constituída esta more uxorio, havendo filhos nascidos dessa união. O Tribunal considerou de manter a linha jurisprudencial seguida pelo Acórdão TC n.º 359/91, pois: "é evidente a correlação entre as situações contempladas nos nºs. 2 e 3 do artigo 1110º e no nº 1 do artigo 1793º: visam aquelas, além do mais, a destinação da casa de morada da família quando os cônjuges vivam em casa arrendada; cuida a última da destinação da casa de morada da família pertença em comum ou própria de um dos cônjuges", sublinhando que "num caso e noutro, o interesse dos filhos do casal é erigido como critério de ponderação: nesta perspectiva torna-se evidente a similitude entre a situação decorrente da atribuição da casa de morada da família estabelecida em imóvel pertencente a um dos membros do casal e a casa de morada da família constituída em prédio arrendado por um dos membros desse casal".

A Lei n.º 7/2001, porém, como já antes dela a Lei n.º 135/99, não só confirmaram a jurisprudência de extensão dos efeitos da ruptura do casamento à união de facto, como a ampliaram, admitindo que as mencionadas disposições legais se apliquem à união de facto mesmo que desta não haja filhos menores[60]. A união de facto enquanto relação parafamiliar goza da protecção institucional do artigo 67.º, cabendo ao legislador a conformação concreta da medida dessa protecção, que será sempre de acordo com a fundamentalidade que lhe seja reconhecida. A abertura constitucional a uma tutela directa das uniões de facto não significa que, por força do princípio da igualdade, deva haver um mesmo tratamento legal para pessoas que vivem em união de facto[61], mas a diferença, e a medida dessa diferença, cabem ao legislador determinar. Nas palavras do Acórdão TC n.º 651/09[62], tendo como pano de fundo as uniões de facto heterossexuais, a *família* que, nos termos do artigo 67.º da Constituição merece a protecção do Estado, "não é só aquela que se funda no matrimónio; é também aquela outra que pressupõe uma comunidade auto-regulada de afectos, vivida estável e duradouramente à

59 Acórdão TC n.º 1221/96 [Relator: Tavares da Costa], de 4 de Dezembro.

60 O Ac. TRL, de 17 de Fevereiro de 1994 [Processo: 0064116], havia decidido que o artigo 84.º só seria aplicável à união de facto quando desta houvesse filhos menores. No sentido correcto, Pereira Coelho, F./Oliveira, G., *Curso*, cit., pp. 94-95.

61 Miranda, J./Medeiros, R., *Constituição*, cit., anot. ao artigo 36.º, p. 402, VI.

62 Acórdão TC n.º 651/2009 [Relatora: Maria Lúcia Amaral], de 15 de Dezembro.

margem da pluralidade de direitos e deveres que, nos termos da lei civil, unem os cônjuges por força da celebração do casamento".

Todavia, se o ex-cônjuge, após o divórcio, não cabe no âmbito de protecção do artigo 67.º da CRP, *a fortiori*, tal entendimento deve ser defendido para o ex-unido de facto, ainda com mais intensidade[63]: os unidos no âmbito da sua autodeterminação pessoal, decidiram assentar a sua relação numa união de facto, rejeitando o vínculo formal do casamento e o estatuto que o legislador lhe associa[64]. A Constituição marca os limites do legislador que se constitui neste sentido, como intérprete, e ao mesmo tempo, instaura os critérios formais e materiais que podem ser seguidos pelo operador jurídico como intérprete, tanto na Constituição como desde a Constituição[65]. Ainda que o conceito de família que a Constituição acolhe como "elemento fundamental da sociedade" seja um conceito aberto e plural, adaptável às necessidades e realidades sociais[66], não nos parece que aí se possa incluir o ex-unido de facto.

Se a situação das pessoas unidas pelo matrimónio não é idêntica à partida àquela em que se encontram as pessoas que vivam em união de facto, também não o deverá ser após a ruptura. Retomando as palavras do Acórdão TC n.º 57/95[67]: "Havendo liberdade de contrair casamento (artigo 36.º, n.º 1, da Constituição), não seria razoável impor às pessoas que, consciente e voluntariamente, não quiseram unir-se matrimonialmente, o regime jurídico pensado para as famílias fundadas no casamento, que até elas poderão achar inconveniente". Reiteramos, pois, o nosso juízo de que a atribuição da casa de morada de família a um ex-unido, quando não haja filhos, ou quando os filhos não fiquem a residir na casa, é uma restrição ao direito de propriedade do seu titular não constitucionalmente justificada por outros direitos ou interesses legalmente protegidos.

2. Em caso de falecimento de um dos unidos.

Nos termos do artigo 1106.º CC[68], o arrendamento para habitação não caduca por morte do arrendatário quando lhe sobreviva pessoa que com ele vivesse

63 Parece-nos que no mesmo sentido, Pinheiro, J., "O direito do arrendatário face ao casamento e ao divórcio", *Estudos em homenagem no centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha*, Almedina, 2012, p. 494.

64 Relembremos as palavras de Amaral, M. L., Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador, Coimbra Editora, 1998, p. 547: "O 'valor' que orienta o n.º 1 do art. 62 é – pelo menos 'em parte' – o da garantia de um espaço de autonomia pessoal".

65 Cfr. Freixes Sanjuán, T., "Una aproximación al método de interpretación constitucional", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* , 4, 1993, pp. 39-40.

66 Acórdão TC n.º 359/09 [Relator: Pamplona de Oliveira], de 9 de Julho.

67 Acórdão TC n.º 57/95 [Relator: Alves Correia], de 16 de Fevereiro (estava em causa a lei de autorização dos diplomas reguladores do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) e do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC) e legislação complementar).

68 O artigo 57.º da Lei 6/2006, de 1 de Fevereiro, por remissão dos artigos 26.º e 27.º do mesmo diploma, estabelece um regime transitório para os arrendamentos anteriores ao NRAU. O artigo 57.º da Lei n.º

em união de facto há mais de um ano. A transmissão da posição de arrendatário depende de, à data da morte do arrendatário, o transmissário residir no locado há mais de um ano e, havendo várias pessoas com direito à transmissão, a posição do arrendatário transmite-se, em igualdade de circunstâncias, sucessivamente para o cônjuge sobrevivo ou pessoa que com o falecido vivesse em união de facto, para o parente ou afim mais próximo ou, de entre estes, para o mais velho ou para a mais velha de entre as restantes pessoas que com ele residissem em economia comum. O direito à transmissão previsto nos números anteriores não se verifica se, à data da morte do arrendatário, o titular desse direito tiver outra casa, própria ou arrendada, na área dos concelhos de Lisboa ou do Porto e seus limítrofes ou no respectivo concelho quanto ao resto do País.

Não é unânime a qualificação da natureza da transmissão do arrendamento por morte, previsto, quer no artigo 1106.º do CC, quer no artigo 57.º da Lei n.º 6/2006. Inocêncio Galvão Telles[69] considera a atribuição do direito de arrendamento de uma casa para habitação um legado legítimo, e Jorge Duarte Pinheiro[70] qualifica-o mesmo como um legado legitimário. Pelo contrário, Oliveira Ascensão[71], Luis Carvalho Fernandes[72] e Rita Lobo Xavier[73] partilham da posição

6/2006, também na redacção da Lei n.º 31/2012, estabelece que: "1 - O arrendamento para habitação não caduca por morte do primitivo arrendatário quando lhe sobreviva: a) Cônjuge com residência no locado; b) Pessoa que com ele vivesse em união de facto há mais de dois anos, com residência no locado há mais de um ano; c) Ascendente em 1.º grau que com ele convivesse há mais de um ano; d) Filho ou enteado com menos de 1 ano de idade ou que com ele convivesse há mais de 1 ano e seja menor de idade ou, tendo idade inferior a 26 anos, frequente o 11.º ou o 12.º ano de escolaridade ou estabelecimento de ensino médio ou superior; e) Filho ou enteado, que com ele convivesse há mais de um ano, portador de deficiência com grau comprovado de incapacidade superior a 60 %. 2 - Nos casos do número anterior, a posição do arrendatário transmite-se, pela ordem das respectivas alíneas, às pessoas nele referidas, preferindo, em igualdade de condições, sucessivamente, o ascendente, filho ou enteado mais velho. 3 - O direito à transmissão previsto nos números anteriores não se verifica se, à data da morte do arrendatário, o titular desse direito tiver outra casa, própria ou arrendada, na área dos concelhos de Lisboa ou do Porto e seus limítrofes ou no respectivo concelho quanto ao resto do País. 4 - Sem prejuízo do disposto no número seguinte, quando ao arrendatário sobreviva mais de um ascendente, há transmissão por morte entre eles. 5 - Quando a posição do arrendatário se transmita para ascendente com idade inferior a 65 anos à data da morte do arrendatário, o contrato fica submetido ao NRAU, aplicando-se, na falta de acordo entre as partes, o disposto para os contratos com prazo certo, pelo período de 2 anos. 6 - Salvo no caso previsto na alínea e) do n.º 1, quando a posição do arrendatário se transmita para filho ou enteado nos termos da alínea d) do mesmo número, o contrato fica submetido ao NRAU na data em que aquele adquirir a maioridade ou, caso frequente o 11.º ou o 12.º ano de escolaridade ou cursos de ensino pós-secundário não superior ou de ensino superior, na data em que perfizer 26 anos, aplicando-se, na falta de acordo entre as partes, o disposto para os contratos com prazo certo, pelo período de 2 anos".

69 Telles, G., *Direito das Sucessões: Noções fundamentais*, 6.ª ed., Coimbra Editorap. 83.

70 Pinheiro, J., "A morte do arrendatário", *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque I*, FDUL, 2010, p. 925.

71 Ascensão, O., *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 250-251.

72 Fernandes, L., *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª ed., Quid Iuris, Lisboa, 2012, p. 122.

73 Lobo Xavier, R., "'Concentração' ou transmissão do direito ao arrendamento habitacional em caso de divórcio ou morte", AA.VV.: *Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão,* Menezes Cordeiro, A/Pais de Vasconcelos, P./Costa e Silva, P., (coords), vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, p. 1037, parece seguir Oliveira Ascensão e considerar que não há um verdadeiro fenómeno sucessório, mas sim de uma transmissão ipsa vis legis: "Tratar-se-ia de uma aquisição mortis causa excluída das Sucessões: a aquisição ocorria por morte, mas não haveria um fenómeno sucessório. Neste sentido apontavam as circunstâncias de a lei prever uma ordem de beneficiários diferente dos designados para suceder em termos gerais, as exigências de que os beneficiários tivessem coabitado durante algum tempo com o falecido e o facto de

contrária, pois a transmissão do arrendamento, dando-se embora por morte do arrendatário, segue um regime que se distancia em muito do regime sucessório.

Também nós somos da opinião de que o artigo 1106.º do CC e o artigo 57.º da Lei 6/2006 não configuram um legado legítimo. O argumento decisivo para a nossa tomada de posição prende-se com o facto de, nestas situações, o legislador, ao prever a transmissão do arrendamento por morte do arrendatário, não estar a afectar – em substituição do de cuius - um bem determinado do património daquele, bem de que o de cuius pudesse ele próprio dispor[74].

Na hipótese de a casa de morada ser própria do unido falecido ou compropriedade dos unidos, o artigo 5.º da Lei 7/2011, na redação que lhe foi dada pela Lei 23/2010, confere hoje protecção ao unido de facto sobrevivo, quer relativamente à casa de morada, quer ao respectivo recheio. Aí se estabelece, para proteger mais eficazmente a continuidade do lar que viveu em união de facto[75], que, em caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada da família e do respectivo recheio, o membro sobrevivo pode permanecer na casa, pelo prazo de cinco anos, como titular de um direito real de habitação e de um direito de uso do recheio[76], ou, no caso de a união de facto ter começado há mais de cinco anos antes da morte, aqueles direitos são

não se aplicar o regime das indignidades sucessórias. Assim, o direito ao arrendamento não tinha de ser relacionado pelo cabeça de casal nem o seu valor contaria para efeitos de partilha sucessória".

74 Para mais desenvolvimentos, Passinhas, S., *Propriedade e personalidade*, cit., pp. 255 e ss.

75 Oliveira, G., "Notas sobre a Lei n.º 23/2010", p. 145.

76 Cabe uma nota prévia ao facto de, à morte do unido de facto proprietário da casa de morada, atribuir a lei um direito real de habitação da casa e de uso do recheio ao unido sobrevivo. Estamos perante dois direitos reais de criação ex lege, forma de constituição de direitos reais de gozo pouco comum no nosso ordenamento jurídico e que era considerada, pela doutrina, estranha ao regime do direito de uso e habitação. Nas palavras de Ascensão, O., *Direito Civil: Reais*, 5.ª ed., Coimbra, Editora, Coimbra, 1993, escrevia na p. 481: "nunca há constituição de direito de uso e habitação por lei. Pode haver usufrutos legais, mas não usos legais". Os direitos reais de gozo ex lege, de que são exemplo mais elucidativo as servidões, são direitos potestativos – ou seja, o poder conferido ao respectivo titular tendente à produção de um efeito jurídico que se produz inelutavelmente na esfera jurídica de outrem, mediante uma declaração de vontade do titular, só de per si ou integrada por um acto de uma autoridade pública (Assim Andrade, M., *Teoria geral da relação jurídica I,* Almedina, Coimbra, 1974 [1960], p. 12.) - que podem ser constituídos em concreto por iniciativa do seu titular, através de contrato, de decisão judicial ou administrativa ou por usucapião (analogamente, nas atribuições preferenciais do cônjuge sobrevivo, a atribuição prevista na lei é de um direito potestativo (ao direito de uso e habitação), que vem a ser depois constituído em concreto na partilha). O regime legal de protecção do unido sobrevivo não prevê, todavia, nesta fase qualquer intervenção judicial na constituição do direito real de habitação da casa de morada e de uso do recheio que seria importante por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, quanto ao direito de habitação, para a segurança no tráfego jurídico, já que os direitos reais legais (*i.e.*, cuja constituição resulta directamente da lei) não estão sujeitos a registo como condição de eficácia perante terceiros, e, em segundo lugar, agora já relativamente não apenas à habitação da casa, mas também ao uso do recheio, para o controlo do surgimento, da titularidade e da duração desses direitos, protegendo deste modo o(s) herdeiro(s) (agora proprietário(s)), os terceiros adquirentes e o tráfico jurídico, na medida em que o encargo ficaria judicialmente concretizado e delimitado

conferidos por tempo igual[77] ao da duração da união[78]. Se os membros da união de facto eram comproprietários da casa de morada da família e do respectivo recheio, o sobrevivo tem o direito de uso exclusivo da casa e do recheio. A formulação legal não é a mais correcta. Nos termos do n.º 3 do artigo 5.º, "se os membros da união de facto eram comproprietários da casa de morada de família e do respectivo recheio, o sobrevivo tem os direitos previstos nos números anteriores, em exclusivo"[79]. A leitura correcta do artigo 5.º, n.º 3, será, todavia, aquela que, partindo da qualidade do unido sobrevivo como comproprietário da casa e do recheio, entende a norma como vindo estabelecer e alargar os poderes do unido sobre a casa e sobre o recheio ainda enquanto faculdades compreendidas no seu direito de (com)propriedade. Nos termos do artigo 1406.º, n.º 1, CC, a qualquer dos comproprietários é lícito servir-se da coisa comum, "contanto que a não empregue para fim diferente daquele a que a coisa se destine

77 Admitindo a prova não jurisidicionalizada da existência e da duração da união de facto, e referindo a duração do direito dela a constituir, ou a expansão dos poderes de uso do comproprietário, à duração da união de facto, o legislador desviou-se, em muito, do regime geral da constituição e transmissão dos direitos reais, que são a sentença judicial, a usucapião ou o acordo das partes (na propriedade horizontal, o acto unilateral do proprietário que divide o prédio). Recordemos que, até 2008, a constituição de direitos reais sob forma negocial estava sujeita a escritura pública e só a partir dessa data passou a admitir-se a criação por documento particular certificado. O princípio da segurança jurídica exige segurança na realização do direito, que as restrições legais sejam claras e precisas, ou seja, demanda a calculabilidade e previsibilidade dos sujeitos em relação aos actos que afectam os seus direitos. Sobretudo no campo da criação dos direitos reais, em que a ordenação dominial é forte nos seus efeitos, necessário se torna garantir aos indivíduos cujos direitos serão restringidos, segurança nas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos de terceiros. Acórdão TC n.º 273/04 [Relator: Gil Galvão], 20 de Abril (acção pauliana). Como se escreveu no Acórdão TC n.º 215/00: "de facto, a segurança de que o homem necessita para planear e reger toda a sua vida de forma responsável e com respeito pelos fins comunitários é um dos elementos constitutivos do Estado de Direito e que se deduz do artigo 2º da Constituição". O princípio geral da segurança jurídica ínsito no princípio do Estado de Direito prevê que qualquer cidadão possa, de antemão, saber que aos actos que praticar ou negócios que realizar se ligam determinados efeitos, mas também que os actos que os outros pratiquem, incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas decorrentes de normas jurídicas em vigor, garantem fiabilidade, clareza e transparência.
A segurança jurídica postula o princípio da precisão ou determinabilidade dos actos normativos, ou seja, a conformação material e formal dos actos normativos em termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios. Nesta perspectiva se fala de princípios jurídicos de normação jurídica concretizadores das exigências de *determinabilidade, clareza e fiabilidade da ordem jurídica* e, consequentemente, da segurança jurídica e do Estado de direito. Cfr. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 258, e, no mesmo sentido, Casalta Nabais, J., *O dever fundamental*, cit., p. 395. Um acto legislativo que não contenha uma disciplina suficientemente concreta (densa, determinada) – no sentido de permitir a restrição do direito de propriedade do *de cuius* por uma duração que será em grande medida determinada pela declaração do seu beneficiário, o unido sobrevivo - não oferece uma medida jurídica capaz de proteger eficazmente as posições jurídicas dos cidadãos. Isto, sem prejuízo, como sublinha Novais, J., *Os princípios*, cit., p. 262, da possibilidade e até da necessidade de o legislador recorrer normalmente a cláusulas gerais e conceitos indeterminados. A determinabilidade das leis ganha particular acuidade no domínio das leis restritivas ou de leis autorizadoras de restrição. Ver Acórdão TC n.º 458/93 [Relator: Armindo Ribeiro Mendes], de 12 de Agosto (segredo de Estado): "O princípio da precisão ou determinabilidade das leis implica que o legislador elabore normas jurídicas *claras*, susceptíveis de interpretação que conduza a um *sentido inequívoco*, e que tenham a *suficiente densidade*, de forma a constituírem uma medida jurídica capaz de alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos" (cursiva no original).

78 O direito real de habitação não é conferido ao membro sobrevivo se este tiver casa própria na área do respectivo concelho da casa de morada da família; no caso das áreas dos concelhos de Lisboa ou do Porto incluem-se os concelhos limítrofes. Excepcionalmente, e por motivos de equidade, o tribunal pode prorrogar os prazos previstos nos números anteriores considerando, designadamente, cuidados dispensados pelo membro sobrevivo à pessoa do falecido ou a familiares deste, e a especial carência em que o membro sobrevivo se encontre, por qualquer causa. caducam se o interessado não habitar a casa por mais de um ano, salvo se a falta de habitação for devida a motivo de força maior.

79 Sublinhado nosso.

e não prive os outros consortes do uso a que igualmente têm direito". É aqui que o legislador vem intervir, determinando que, ainda que mero comproprietário da casa e do recheio, os poderes ou faculdade do unido sobrevivo se estendem agora à totalidade da coisa[80]. Mas, ressalvamos, afastamos a interpretação de que o legislador veio alargar os poderes do unido comproprietário sobre a sua quota-parte a todo o objecto, sob pena de se vir a permitir que este viesse a realizar sobre a coisa actos de fruição – que não cabem no âmbito dos poderes conferidos pelos direitos de uso e habitação - como, por exemplo, um arrendamento de parte da casa, sem necessidade do assentimento requerido pelo artigo 1424.º, n.º 2, CC. O que o legislador quis dizer – parece-nos ser esta a leitura mais adequada – foi que os poderes de uso que cabiam ao unido sobrevivo pela sua compropriedade são, agora, exercidos sobre todo o objecto, afastando, pois, a aplicação do artigo 1406.º CC.

Esgotado o prazo em que beneficiou do direito de habitação, o membro sobrevivo tem o direito de permanecer no imóvel na qualidade de arrendatário, nas condições gerais do mercado, e tem direito a permanecer no local até à celebração do respectivo contrato, salvo se os proprietários satisfizerem os requisitos legalmente estabelecidos para a denúncia do contrato de arrendamento para habitação, pelos senhorios, com as devidas adaptações. Na falta de acordo sobre as condições do contrato, o tribunal pode fixá-las, ouvidos os interessados. O membro sobrevivo tem, ainda, direito de preferência em caso de alienação do imóvel, durante o tempo em que o habitar a qualquer título.

Já o artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 135/99, estabelecia que em caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada do casal[81], o membro sobrevivo tinha um direito real de habitação sobre a mesma pelo prazo de cinco anos e direito de preferência na sua venda ou arrendamento. O disposto nesta norma, nos termos do n.º 2, podia ser afastado por disposição testamentária em contrário, e não se aplicava se ao falecido sobrevivessem descendentes ou ascendentes que com ele vivessem há pelo menos um ano e pretendessem continuar a habitar a casa. A Lei n.º 7/2001 veio introduzir algumas alterações a

80 Oliveira, G., "Notas sobre a Lei n.º 23/2010", pp. 145 e 146: "A lei anterior não estabelecia uma protecção para o caso de os membros da união de facto serem comproprietários do imóvel; deixava a solução para o regime geral da compropriedade. Deixava a solução para o regime geral da compropriedade, que autoriza qualquer dos consortes a usar a coisa comum, mas permite aos outros reclamar um uso semelhante. A lei nova reconhece um direito de uso exclusivo da coisa comum, durante certos prazos, para impedir que os outros comproprietários reclamem a possibilidade de um uso concorrente".

81 O Ac. STJ, de 12 de Maio de 2005 [Processo: 05B204], decidiu que: "1. A expressão 'proprietário da casa de morada de família' utilizada no artigo 4º, nº 1, da Lei nº 135/99 não abrange os casos em que o membro da união de facto falecido era, no momento da sua morte, apenas herdeiro de uma herança indivisa em cujo acervo estava incluída a casa em que vivia com a sua companheira. 2. Por isso, o direito real de habitação por cinco anos e o direito de preferência na venda ou arrendamento da casa de morada do casal que aquele artigo 4.º, n.º 1, confere ao sobrevivo de uma união de facto não existem nas situações em que o companheiro pré-falecido era co-herdeiro, conjuntamente com sua mãe, de herança indivisa em que tal casa se integrava".

este quadro legal[82]. Manteve o direito real de habitação do membro sobrevivo, pelo prazo de cinco anos, mas este direito continuava a poder ser afastado por disposição testamentária em contrário e não se aplicava quando ao falecido sobrevivessem descendentes com menos de um ano de idade ou que com ele convivessem há mais de um ano e pretendessem habitar a casa, excluindo, pois, a tutela dos ascendentes. O direito de habitação conferido ao unido era considerado um direito "de fraca protecção", na expressão de Pereira Coelho e Guilherme Oliveira[83], e apontava-se, como deficiência do regime, sobretudo, o facto de o unido sobrevivo não ter direito ao uso do recheio da casa (e que se encontrava previsto em atribuição preferencial ao cônjuge na partilha sucessória no artigo 2103.º-A CC).

O artigo 5.º da Lei n.º 7/2001 e a protecção concedida ao unido sobrevivo suscitam-nos, ainda, a montante, algumas interrogações sobre o seu regime e natureza, e a jusante, dúvidas sérias sobre a sua constitucionalidade. Comecemos pelas primeiras.

Em primeiro lugar, podemos questionar-nos sobre a constituição, pelo *período mínimo de cinco anos,* de um direito real de habitação, em caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada da família, ou do direito de uso exclusivo, se os membros da união de facto eram comproprietários, sem outros requisitos especiais nem outras excepções além das estabelecidas no artigo 5.º, n.º 5 e 6[84]. Haverá repercussões no direito de uso e habitação se o unido de facto, durante o prazo de duração desses direitos, iniciar uma outra união de facto ou contrair matrimónio? De uma análise literal do regime legal, não resultam dúvidas da resposta negativa à questão colocada. Relembremos que o direito de uso "consiste na faculdade de se servir de certa coisa alheia e haver os respectivos frutos, na medida das necessidades, quer do titular, quer da família". E o artigo 1487.º do Código Civil determina que no conceito de família se compreendem o cônjuge, não separado judicialmente de pessoas e bens, os filhos solteiros, outros parentes a quem sejam devidos alimentos e as pessoas que, convivendo com o respectivo titular, se encontrem ao seu serviço ou ao serviço das pessoas designadas. Já no caso de o unido proprietário ter o uso exclusivo, os seus poderes são os do proprietário pleno.

82 A Lei n.º 7/2001 restringiu o direito de preferência do unido à venda da habitação, corrigindo a lei anterior, pois não fazia sentido falar em direito de preferência no arrendamento da habitação se se concedia ao unido sobrevivo um direito real de habitação sobre a casa de morada de família. Cid, N., *A comunhão de vida à margem do casamento*, cit., p. 646, interrogava-se, ainda, no âmbito da versão originária da Lei n.º 7/2001, sobre a justificação da atribuição de um direito de preferência na venda ou arrendamento da casa sem dependência de prazo.

83 Pereira Coelho, F./Oliveira, G., *Curso,* pp. 97 e ss.

84 No mesmo sentido, para a versão originária da Lei n.º 7/2001, Cid, N., *A comunhão de vida à margem do casamento*, cit., p. 646.

A doutrina, todavia, tem dado uma resposta diferente à questão de saber se o unido sobrevivo mantém o seu direito enquanto morador usuário, no caso de iniciar uma nova união ou de contrair matrimonio. Nuno Gomes da Silva, ao analisar a questão a propósito da protecção do cônjuge sobrevivo, chamou à colação a doutrina italiana que relativamente a esta questão defende que por força do novo matrimónio, o originário ambiente familiar não pode e de certo modo já não deve representar um valor ético e sentimental. O autor acaba por defender a aplicação do abuso de direito: "pode dizer-se que o fim da concessão do direito ao cônjuge sobrevivo é a manutenção do quadro de vida, do ambiente que existia à data da cessação da sociedade conjugal. Mais do que uma intenção meramente patrimonial, esta atribuição tem um fim ético-sentimental. Sendo assim, poderá afirmar-se que, certamente, a intromissão de um novo cônjuge vai contrariar a finalidade legal de protecção do cônjuge sobrevivo. A lei quer proteger o cônjuge sobrevivo, enquanto tal, e não quando passa a bínubo"[85]. Mais recentemente, também França Pitão[86] veio defender "uma limitação do conceito", afastando a possibilidade de o novo unido ou um cônjuge posterior vir a habitar a casa de morada. Refere o autor que não foi certamente este tipo de situações que o legislador pretendeu proteger ao estender o âmbito de aplicabilidade do direito de habitação ao cônjuge sobrevivo. Nas palavras do autor: "Parece-nos ter de proceder-se a uma interpretação limitativa da sua aplicação, por forma a abranger no âmbito da família, para os efeitos em análise, apenas as pessoas que se encontram enumeradas no artigo 1487.º à data da morte do companheiro sobrevivo, à excepção feita na parte final do referido preceito, ou seja, quanto às pessoas que estejam ao serviço do titular do direito ou das restantes pessoas ali enumeradas[87].

A importância da casa como espaço de vida, fornecendo o contexto mais apropriado para o recato e desenvolvimento da família e da vida familiar ao

85 Gomes da Silva, N., "Posição sucessória do cônjuge sobrevivo", em *Reforma do Código Civil*, Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 1981, p. 75. O autor refere ainda como argumento, que considera de menor força, mas que a nós nos parece muito pertinente, o facto de esta interpretação parecer enquadrar-se no espírito geral da lei: "Efectivamente (C. Civil, art. 2233.º) é 'contrária à lei a condição de que o herdeiro ou legatário celebre ou deixe de celebrar casamento'. Mas, continua o n.º 2 do referido artigo – "É, todavia, válida a deixa de usufruto, uso, habitação, pensão ou outra prestação contínua ou periódica para produzir efeito enquanto durar o estado de solteiro ou viúvo do legatário".

86 O autor exemplifica com um serviçal ou um trabalhador doméstico, vinculado a uma dessas pessoas por contrato temporário, que entretanto cessou, havendo necessidade de contratar outro em sua substituição. Nesta hipótese, nada parece impedir que, no decurso do prazo do exercício do direito possa haver alteração do âmbito dos que vivem legitimamente com o usuário morador, até porque não se trata de uma pessoa ligada a este por vínculo parental e que habita a casa por via de uma relação de subordinação que pode cessar a qualquer momento (por cessação do contrato, reforma, por morte, etc.) e em que se justifica a sua substituição por outra que venha desempenhar iguais funções. Cfr. Pitão, F., *Uniões de facto e economia comum*, cit., p. 211.

87 Aflora o problema do "domínio espacial objectivo do casamento", Pinheiro, J., "A tutela da exclusividade sexual entre os cônjuges na casa de morada da família", AA.VV.: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões* (org. FDUC), Coimbra Editora, 2004, pp. 270-272.

proporcionar um sentimento de pertença, enraizamento e continuidade. Assim sendo, pensamos ser a melhor doutrina aquela que considera que quando a casa deixa de funcionar para o unido sobrevivo como a continuação do seu ambiente familiar – porque esse ambiente agora mudou, em função da nova relação afectiva -, ou quando ela já não representa a continuação do quadro de vida existente ao tempo da união de facto, o direito atribuído pelo artigo 5.º da Lei n.º 7/2001, deve extinguir-se.

Quanto à natureza deste direito, e para melhor aferirmos a sua adequada qualificação, relembremos que a sucessão hereditária vem definida no artigo 2024.º como o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam. O conceito de sucessão é definido como a modificação meramente subjectiva numa relação jurídica. São as pessoas que se movem: o novo sujeito sub-entra na situação jurídica do anterior, mantendo-se idêntica essa mesma situação. Esta definição é apoiada pelo significado etimológico de sucessão. Com efeito, esta palavra vem do latim successio, que, por sua vez, deriva do verbo succedere (sub+cedere), o qual significa "vir debaixo", "entrar debaixo", "penetrar, "entrar". Entrado o vocábulo na linguagem jurídica, manteve ele, fundamentalmente, a sua significação etimológica: entrar, substituir, ocupar a posição do antecessor, suportando os encargos, os riscos e os deveres"[88].

Como nos ensinou Inocêncio Galvão Telles[89], o legado é uma atribuição singular que pode concretizar-se em diversas modalidades: (i) o legatário recebe um direito que preexistia como tal no património do *de cuius*; (ii) recebe um direito novo formado à custa de preexistente direito do *de cuius*; (iii) o benefício do legatário está em se libertar de um débito; (iv) o legatário adquire um puro direito creditório constituído originariamente, tornando-se credor da herança ou de terceiro onerado (algum ou alguns dos herdeiros ou outros legatários).

O direito de habitação da casa e de uso do recheio consagrado no artigo 5.º da Lei n.º 7/2002, quando a casa era propriedade do unido falecido, ou o direito de uso exclusivo a favor do unido sobrevivo quando a casa era compropriedade dos dois, têm a natureza de legado *ex lege*? Parece-nos que a resposta não pode deixar de ser positiva[90]. Estamos perante bens propriedade do unido falecido (a habitação e o recheio, num caso, a quota, no outro), ou seja, bens que compõem

88 Santos, E., *Direito das* Sucessões, Vega, Lisboa, 1998, pp. 13-14.

89 Telles, G., *Direito das Sucessões*, cit., pp. 195-196.

90 Seguimos, pois, a opinião de Fernandes, L., *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 90, que qualificou de legado legitimário o artigo 5.º, n.º 1 da Lei n.º 7/2001 (ao contrário do legado legítimo previsto no anterior artigo 4.º, n.º 2, da Lei 7/2001, que permitia ao testador fazer estipulações contrárias ao disposto no n.º 1 do preceito). A justificação deste legado está em *"assegurar a estabilidade ou continuidade de habitação a quem, pelo jogo das regras comuns da sucessão legal, delas se veria inopinadamente privado pela morte do companheiro ou da companheira, proprietário da casa*".

a sua massa hereditária e de que ele poderia ter disposto em vida, não fora o caso de uma específica provisão legal o ter vindo, imperativamente, a proibir. Mas esta imposição legal surge como uma limitação ou restrição à transmissão de um direito existente e actual na esfera jurídica do de cuius. A atribuição do direito de uso e habitação não se afasta do esquema sucessório: o morador usuário entra na titularidade de um direito que fazia parte da esfera jurídica do de cuius, sub-entra, na medida do seu direito real limitado, no gozo dos bens em substituição do de cuius. O unido comproprietário sub-entra no direito de uso exclusivo, ou seja, no uso da quota que pertencia ao unido falecido, e que pertence agora à sua massa hereditária. O interesse do legitimário é satisfeito através da limitação da liberdade de disposição do de cuius. Esta sucessão é imperativa, não pode ser afastada pelo de cuius, tem lugar mesmo contra a sua vontade. Como escreveu Guilherme de Oliveira[91]: "A lei nova considera que a protecção da casa de morada é o núcleo irredutível da protecção conferida ao membro sobrevivo da união de facto e, portanto, garante a protecção mesmo contra a vontade do falecido"[92].

A imposição ex lege de um legado legitimário (a favor do unido sobrevivo) ao unido de facto falecido consubstancia uma restrição do seu direito de propriedade sobre o imóvel habitacional, sobre o seu recheio ou sobre a sua quota. Uma das dimensões protectivas do direito de propriedade tal como consagrado no artigo 62.º da CRP é, precisamente, o direito à transmissão da propriedade inter vivos ou mortis causa, entendida esta no sentido restrito de não se ser impedido de a transmitir, e não no sentido de uma liberdade geral de transmissão, que pode ser mais ou menos profundamente limitada pelo legislador infraconstitucional, nomeadamente, quanto à transmissão mortis causa[93].

A sucessão legitimária, seja a devolução sucessória aos herdeiros, seja aos legatários, como é o caso do membro sobrevivo da união de facto, representa sempre uma limitação do direito de propriedade, enquanto compressão dos poderes de livre disposição do seu titular. São, todavia, restrições que se justificam pela protecção do núcleo de familiares que, pressupõe-se, partilhavam entre si um

91 Oliveira, G., "Notas sobre a Lei n.º 23/2010", pp. 46 e 47.

92 A qualificação como legado legítimo do direito de uso e de habitação da casa de morada e do seu recheio não é uma mera questão de categorização teórica, desprovida de interesses práticos. Desde logo, enquanto sucessor, o unido sobrevivo está sujeito às regras da indignidade sucessória (referimo-nos aos artigos 2034.º e 2166.º do CC, na medida em que forem aplicáveis). Mas não podemos esquecer a aplicação de normas como o artigo 2250.º sobre a indivisibilidade da vocação, o artigo 2263.º, sobre o legado de recheio de uma casa ou o artigo 2269.º sobre a extensão do legado.

93 Veja-se o artigo 2025.º, n.º 1 do Código Civil, que estabelece que não constituem objecto de sucessão as relações jurídicas que devam extinguir-se por morte do respectivo titular, em razão da sua natureza ou por força da lei. O n.º 2 permite ainda que se extingam à morte do titular, por vontade deste, os direitos renunciáveis. A este propósito, veja-se Pereira Coelho, F., *Direito das Sucessões*, polic., Coimbra, 1992, pp. 160-161; Lima, P./Varela, A., Código Civil Anotado, vol. VI, anot. ao artigo 2025, pp. 7-9; Ascensão, O., *Direito Civil – Sucessões*, cit, pp. 235 e ss; Capelo de Sousa, R., *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2000, p. 309 e ss.

conjunto de recursos e desenvolviam um espírito de entreajuda.[94] À liberdade de acção do de cuius, na determinação autónoma sobre a disposição dos seus bens, sobrepõe-se a tutela da família nuclear, elencada pelo legislador no artigo 2057.º do CC: cônjuge, descendentes e ascendentes.

Que dizer, pois, desta extensão da sucessão legitimária aos unidos de facto, pela constituição imperativa de um direito de habitação e de uso do recheio da casa de morada, ou pelo direito de uso exclusivo, no caso de a casa pertencer em compropriedade a ambos os membros da união de facto? A nossa análise desenvolver-se-á em dois momentos metódicos: começaremos por uma análise estrutural da solução oferecida pelo legislador e faremos, de seguida, uma análise quanto aos efeitos.

Estruturalmente, se procurarmos enquadrar a tutela conferida ao unido sobrevivo por referência ao cônjuge sobrevivo, verificamos que o legislador procurou adoptar para a união de facto, quanto ao uso da casa de morada e do recheio uma solução *"análoga"* àquela prevista nos artigos 2103.º-A a C do CC, relativa às atribuições preferenciais na partilha. Todavia, há dissemelhanças em aspectos fundamentais que cumpre realçar. Em primeiro lugar, o cônjuge é herdeiro do *de cuius*, o que não acontece com o unido de facto. Ao cônjuge herdeiro é-lhe concedida uma atribuição preferencial por conta da sua meação no património conjugal e da sua quota hereditária. Ao unido é-lhe concedido um benefício, um direito de uso e de habitação constituído *ex novo*, um direito real de gozo que onera e restringe o direito de propriedade dos sucessores. Ao contrário do cônjuge que pode ver ser-lhe imposta, judicialmente, a pedido dos proprietários, a prestação de caução, o unido sobrevivo não está sujeito a este ónus.

Se as diferenças são significativas ao nível estrutural, ao nível dos *efeitos* a solução é ainda mais gravosa. Exemplifiquemos: António, viúvo, a viver com o filho Filipe, inicia uma união de facto com Beatriz, que passa a viver com eles. António e Beatriz nunca casaram porque, assumidamente e de comum acordo, quiserem excluir qualquer comunicação patrimonial entre ambos. Se António morrer, Beatriz fica titular de um direito de habitação sobre a casa e de um direito de uso sobre o recheio. E no âmbito dos seus poderes, pode expulsar Filipe da casa onde moravam. Um outro caso: Pedro, solteiro, vive em união de facto com

94 Cfr. Leite de Campos, D., *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., p. 29: "A noção de que a propriedade é mais familiar do que pessoal, determinou a agregação do Direito das Sucessões ao Direito da Família. Com efeito, enquanto o proprietário é vivo, a sua família, ou pelo menos os familiares mais próximos, usufruem pacificamente os bens como se seus fossem. Por morte do seu titular, há uma simples repartição dos bens entre aqueles que já os usufruíam antes, entre os familiares mais próximos do 'de cuius'. Capelo de Sousa, R., *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 123, ensina que da tutela do artigo 67.º resulta manifestamente uma constitucionalizada sucessão familiar, até pela natural proximidade biológica e afectiva, pela normal entreajuda e mesmo dependência familiar. Os termos dessa sucessão familiar é que já são sócio-juridicamente muito variáveis e compatíveis com uma limitação dos familiares sucessíveis.

Rita, numa casa de que ambos são proprietários. O filho de Pedro, Júlio, vem viver com eles após a morte da sua mãe. Se Pedro morrer, Rita fica com a faculdade de usar, exclusivamente, a casa e, no âmbito dos seus poderes, pode colocar Júlio fora de casa.

A solução seria diferente[95] para os dois casos se o unido de facto tivesse sido qualificado como herdeiro pelo legislador ordinário. Quer o unido quer o descendente, enquanto co-herdeiros, poderiam habitar a casa, nos termos do artigo 1406.º, n.º 1, CC. A solução legal é, pois, perversa. É que, tal como o legislador conformou o regime legal, teria sido preferível para o de cuius (e para os seus herdeiros) que o legislador tivesse consagrado o unido de facto como herdeiro. Significa isto que para o de cuius, em termos de disposição patrimonial, e de tutela dos seus descendentes, teria sido preferível casar. Ou seja, no que à afectação post mortem do seu património diz respeito, é prejudicado por ter exercido o seu direito a não casar. A vivência em união de facto desprotegeu, inevitavelmente, a sua família. Quer os seus descendentes, quer outros familiares que vivessem na casa, como um ascendente ou um sobrinho, ainda que instituídos herdeiros, sempre se veriam postergados do direito de habitação pelo prazo mínimo de cinco anos. Na prática, neste quadro que apresentamos, a protecção do unido sobrevivo é superior àquela concedida ao cônjuge, o que representa uma inversão de intensidade de protecção por referência à fundamentalidade de cada uma destas relações no quadro constitucional.

Relembremos que a união de facto se funda no direito ao livre desenvolvimento da personalidade. O sujeito, na sua autoconformação vivencial, não quis assumir com o unido uma relação como o casamento, um estatuto próprio de direitos e deveres. Pelo contrário, podemos legitimamente aceitar que não querer que o unido seja herdeiro seja o único motivo para não casar. Pense-se no caso, cada vez mais corrente, de duas pessoas idosas, ambas viúvas ou divorciadas e com filhos dos anteriores casamentos, que querem viver juntas, numa velhice acompanhada, mas que não querem comunicações patrimoniais, nem em vida, nem por morte, de modo a não afectarem a expectativa sucessória dos seus herdeiros, relativamente ao património que construíram com os anteriores cônjuges e progenitores respectivamente.

95 Segundo Oliveira, G., "Notas sobre a Lei n.º 23/2010", p. 146: "A lei encara mais nitidamente a necessidade de protecção do membro sobrevivo da união de facto e dá-lhe prioridade relativamente aos descendentes, tal como os cônjuges têm privilégios relativamente aos filhos. Se os descendentes forem só do falecido, certamente ficarão a cargo do outro progenitor, ou do membro sobrevivo da união de facto com quem viviam; se forem descendentes comuns, por maioria de razão devem seguir o seu progenitor que se torna titular do direito de habitação". Miranda, J./Medeiros, R., *Constituição*, cit., anot. ao artigo 67.º, p. 693, IV, ainda que não analisando a opção legislativa de prevalência da relação matrimonial à relação de filiação, constatam que ela tem conseguido o seu lugar, por exemplo, no arrendamento: "O legislador supõe que os filhos são comuns (o que é cada vez menos provável, nas famílias reconstruídas e nas uniões homossexuais), ou que os filhos do de cuius passarão a viver com o outro progenitor. Também não é garantido".

O legislador, ao obnubilar a vontade do unido, está a restringir não só o seu direito de propriedade - na vertente de transmissão *mortis causa*, porque lhe impõe um legado legitimário, que ele não pode afastar – mas também a sua autonomia privada. A união de facto cabe na tutela constitucional da instituição familiar do artigo 67.º, embora o seu fundamento enquanto direito subjectivo não se encontre no artigo 36.º (direito a constituir família), mas no artigo 26.º como uma concretização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade[96]. Relembremos, nas palavras de Sousa Ribeiro[97], que a autodeterminação "como direito ao 'livre desenvolvimento da personalidade' é indissociável do tratamento como igual daquele que faz opções e adopta formas de vida divergentes dos padrões dominantes. Digna de igual reconhecimento e respeito é a pessoa como ser único e diferenciado, portadora de necessidades, aspirações, desejos e atributos que a individualizam na circunstância histórica do seu viver".

O legislador tem um amplo poder de conformação das relações jurídicas familiares, e pode em cada momento interpretar, modificar, suspender ou revogar a lei anterior, mas a sua liberdade está limitada pelos outros valores e princípios constitucionais recolhidos na Constituição, nomeadamente pelo princípio da igualdade. É nossa convicção que, ao consagrar para o unido de facto uma protecção mais forte do que aquela prevista para o cônjuge sobrevivo, o legislador não cumpriu com o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição. Se o princípio da igualdade é um princípio de conteúdo pluridimensional, postula as exigências de obrigar a um tratamento igual das situações de facto iguais e a um tratamento desigual das situações de facto desiguais, proibindo, inversamente, o tratamento desigual das situações iguais e o tratamento igual das situações desiguais. Numa fórmula curta, a obrigação da igualdade de tratamento exige que "aquilo que é igual seja tratado igualmente, de acordo com o critério da sua igualdade, e aquilo que é desigual seja tratado desigualmente, segundo o critério da sua desigualdade"[98]. É neste sentido que o legislador ordinário está vinculado no âmbito da sua conformação legislativa. Nas palavras de Jorge Miranda e Rui Medeiros: toda a lei ordinária deve obedecer ao princípio da igualdade, "tanto nas

96 Relembremos com Sousa Ribeiro, J., "Constitucionalização do direito civil", *BFD*, 1998, n.º 74 pp. 736 e 737, que "todas as disposições constitucionais, incluindo, naturalmente, as que relevam para a conformação das relações jurídico-civis, ocupam uma posição supra-ordenada no sistema, aí se inscrevendo como padrões de referência normativa a respeitar em todos os planos de actuação infraconstitucional. (…) A vinculação do legislador aos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente reconhecidos significa que lhe está vedada a criação de normas jurídicas lesivas dessas posições subjectivas. Elas afirmam-se, a um tempo, como limites e directrizes à liberdade reguladora das entidades legiferantes: nas intervenções com um sentido de concretização ou de organização institucional, deve ser procurada a conformação que melhor corresponda a uma realização óptima dos valores que incorporam; as intervenções de cunho restritivo, por sua vez, devem, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º, não exceder o necessário para salvaguarda de certos direitos e interesses constitucionalmente protegidos, nem afectar o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais que os tutelam".

97 Sousa Ribeiro, J., "A tutela de bens da personalidade na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas (algumas notas)", AA.VV.: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, Alves Correia, F./Machado, J./Loureiro, J., Coimbra Editora, 2012, p. 850.

98 Acórdão TC n.º 186/90 [Relator: Alves Correia], de 6 de Junho (passagem à reserva de oficiais do exército).

suas precipitações imediatas de igualação e diferenciação como no seu conteúdo geral''[99].

O legislador nacional, ao estabelecer para os unidos de facto sobrevivos um regime de protecção de casa de morada estruturalmente semelhante àquele definido para o casamento, tratou de forma igual o que é substancialmente desigual e violou o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP[100]. Casamento e união de facto são realidades vivenciais distintas; equipará-las após a morte, à custa da autonomia e do património do unido falecido, é um artifício que não se coaduna com a ordem de valores estabelecida pela nossa Constituição.

O legislador equiparou o que é, de facto, diferente. Mas fê-lo com um fundamento razoável? Podemos nós dizer que a igualdade de tratamento no caso concreto tem justificação e fundamento material bastante? É certo que apontámos acima que a união de facto, bem como o casamento, cabem no âmbito de protecção do artigo 67.º da CRP. Mas o regime a definir pelo legislador sempre terá de considerar a *fundamentalidade* de cada uma destas relações. A submissão ao estatuto formal do casamento – que implica a sujeição dos cônjuges a um conjunto de direitos e deveres[101], ao estabelecimento de relações familiares com o cônjuge e os seus parentes, a um regime patrimonial do casamento, com o seu regime de bens, com o regime específico de administração dos bens e da responsabilidade por dívidas, à solidariedade pós-conjugal resultante da obrigação de alimentos, etc.- que está ausente da união de facto, por esta ser a expressão da liberdade autodeterminada dos unidos, quer aquando do estabelecimento da relação, quer durante o tempo em que esta durou, impede que se considere como materialmente fundada não só a igualação da protecção conferida ao unido de facto com aquela de que beneficia o cônjuge, mas, e sobretudo, a atribuição de uma posição ao unido de facto que, na prática, se vem a revelar *como mais vantajosa* do que aquela de que ele mesmo beneficiaria se fosse cônjuge.

99 Miranda, J./Medeiros, R., *Constituição*, cit., anot. ao artigo 13.º, p. 124, VI.

100 Cfr. o Acórdão TC n.º 425/87 [Relator: Monteiro Diniz], de 4 de Novembro (denúncia do contrato de arrendamento): *"O âmbito de protecção do princípio da igualdade abrange diversas dimensões: proibição do arbítrio, sendo inadmissíveis, quer a diferenciação de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com critérios de valor objectivos constitucionalmente relevantes, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais*". Cfr., ainda, o Acórdão TC n.º 47/2010 [Relatora: Maria Lúcia Amaral], de 3 de Fevereiro (benefícios fiscais): *"só podem ser censuradas, com fundamento em lesão do princípio da igualdade, as escolhas de regime feitas pelo legislador ordinário naqueles casos em que se prove que delas resultam diferenças de tratamento entre as pessoas que não encontrem justificação em fundamentos razoáveis, perceptíveis ou inteligíveis, tendo em conta os fins constitucionais que, com a* medida da diferença, *se prosseguem*", seguido depois pelo Acórdão TC n.º 187/2013 [Relator: Fernandes Cadilha], de 5 de Abril e pelo Acórdão TC n.º 413/2014 [Relator: Carlos Fernandes Cadilha], de 30 de Maio (normas do OE 2014).

101 Como referem Miranda, J./Medeiros, R., *Constituição*, cit., anot. ao artigo 67.º, p. 693, IV, "A Constituição, no artigo 67.º, impõe ao Estado um conjunto de incumbências destinadas a proteger, pela positiva, a família e a vida familiar. A imposição constitucional de um dever de protecção da família – associada ao reconhecimento de que todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento (artigo 36.º, n.º 1) – tem, no entanto, pressuposta a imposição de desvantagens – ou de negação de vantagens – àqueles que optaram por constituir família ou contrair casamento".

Estamos perante violações por excesso de protecção, quando o Estado conceda a certa categoria de pessoas ou de situações uma protecção descabida, desproporcionada em face dos interesses constitucionalmente protegidos e que se traduza em verdadeiro privilégio em relação a outra ou outras categorias. Trata-se de um fenómeno aparentemente próximo da discriminação positiva, com a diferença de que esta é justificada, funda-se em fins assumidos pela Constituição e almeja alcançar uma igualdade de facto das pessoas (artigo 9.º, alínea d)), ao passo que o excesso de protecção, pelo contrário, agrava as desigualdades de direito e de facto e revela-se incoerente no plano global do sistema.[102]. No caso de excesso, justifica-se falar em desproporcionalidade positiva; no caso de défice de protecção em desproporcionalidade negativa[103]. A questão do controlo da actividade legislativa face à assunção de uma concepção material conduz inevitavelmente a um padrão de controlo da observância do princípio da igualdade em que o julgador é inevitavelmente remetido para juízos de valoração que incidem sobre os fundamentos ou os critérios que pretendem justificar, em caso de igualdade de tratamento, a equiparação produzida. Ora, desse ponto de vista, tendo sobretudo em conta o amplo espaço de conformação que deve ser reconhecido ao legislador democrático, a resposta mais comum vai no sentido de uma autocontenção judicial que, todavia, conhece várias gradações, que vão de uma visão minimalista do papel do juiz neste domínio – o juiz só pode invalidar as diferenciações arbitrárias, aquelas para as quais o legislador não pode apresentar qualquer fundamentação ou, pelo menos, qualquer fundamentação compatível com os critérios constitucionais e onde não haja um mínimo de coerência entre os objectivos prosseguidos e os resultados previsíveis ou verificados[104]. Na verdade, a protecção do unido sobrevivo relativamente à casa de morada é uma política legislativa de bondade indiscutível. Mas, na aplicação em concreto do artigo 5.º, da Lei n.º 7/2001, em que os tribunais sejam chamados a decidir, deverão fazer uma concretização da norma de acordo com a Constituição – em particular, com o respeito pelo princípio da igualdade, que proíbe a igualação de situações de facto distintas entre si, tendo em consideração a liberdade de transmissão do de cuius, bem como o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade. A solução a chegar passará, então, pela análise da vontade hipotética ou concreta do de cuius relativamente àquela situação específica. Nos casos em que o unido de facto exclui da habitação, propriedade do falecido ou compropriedade de ambos, pessoas que com eles viviam, em manifesto desacordo com o que seria a vontade do de cuius, cabe averiguar da aplicabilidade ao caso concreto de institutos do direito privado como o abuso do direito ou os bons costumes.

102 Miranda, J., *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª ed., Coimbra Editora, 2012, pp. 309 e 310.

103 Seguimos Canotilho, G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 273.

104 Vide Novais, J., *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, pp. 112 e ss.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O objecto de investigação deste texto foi o regime da união de facto em Portugal. Em jeito de conclusão, cabe reiterar que o fundamento da protecção da união de facto é o direito, constitucionalmente protegido, de cada indivíduo ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Este direito permite a cada um desenvolver a sua vida afectiva sem ter de se sujeitar a modelos matrimoniais pré-determinados e a regulação operada pelo legislador terá, pois, de respeitar a vontade dos unidos em não se submeterem a um estatuto matrimonial rígido, como é o do casamento. É nestes limites que a Lei n.º 7/2001, bem como outras disposições legislativas, atribuíram certos direitos e benefícios aos unidos de facto. O legislador português terá, todavia ido um pouco mais longe na protecção da casa de morada, em caso de extinção da relação por ruptura (em que restringe o direito de propriedade do unido sem um fundamento constitucionalmente admissível) ou por morte (na medida em que adoptou um regime que pode, em concreto, proteger mais o unido do que o cônjuge sobrevivo), convocando, pois, a necessária contenção judicial na aplicação destas normas.

BIBLIOGRAFÍA:

AMARAL, M. L., *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, 1998.

ARAÚJO DIAS, C., "Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar", in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, REBELO DE SOUSA, M., et al. (coordenadores), Coimbra Editora, 2012, pp. 451-470.

ASCENSÃO, O., *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões,* vol. I., Coimbra Editora, 2012.

CARVALHO, T., "A união de facto: a sua eficácia jurídica", in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 221-255.

CASALTA NABAIS, J., *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998 (3.ª reimpressão, de 2012.

CID, N., *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o Direito*, Coimbra, Almedina, 2005.

FERNANDES, L., *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª ed., Quid Iuris, Lisboa, 2012.

FREIXES SANJUÁN, T., "Una aproximación al método de interpretación constitucional", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* , 4, 1993, pp. 37-49.

GOMES CANOTILHO, J./MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada I,* 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007.

GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.

GOMES DA SILVA, N., "Posição sucessória do cônjuge sobrevivo", em *Reforma do Código Civil*, Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 1981, p. 57-89.

GRAY, J., *Enlightenment's Wake: Politics and Culture at the Close of Modern Age*, Routledge, Londres, 2007.

Hörster, H., "Há necessidade de legislar em matéria de união de facto?", in AA.VV, *Direito da família e política social*, (coord. Sottomayor, M., e Tomé, M. J.), Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, pp. 65-78.

Leite de Campos, D., *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão de 2012).

Lobo Xavier, R.: "Novas sobre a união *'more uxório'* em Portugal" in AA.VV.: *Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Gomes, J. (coord.), Publicações Universidade Católica, Lisboa, 2002, pp. 1393-1406;

Lobo Xavier, R.: "*Concentração* ou transmissão do direito ao arrendamento habitacional em caso de divórcio ou morte", AA.VV.: *Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão,* Menezes Cordeiro, A/Pais de Vasconcelos, P./ Costa e Silva, P., (coords), vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, p. 1015-1047.

Magalhães Collaço, I., "A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois", in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, 2004, pp. 17-40.

Miranda, J., *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.ª ed., Coimbra Editora, 2012.

Miranda, J./Medeiros, R., *Constituição Portuguesa Anotada I,* Coimbra Editora, 2005.

Novais, J., *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004.

Oliveira, G., "Notas sobre a Lei n.º 23/2010,

Passinhas, S.: *Propriedade e Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2017;

Passinhas, S.: "L'attribuizione dell'uso della casa familiare in caso di divorzio in Portogallo", em AA.VV.:M*La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Carapezza Figlia, G./De Verda y Beamonte, J.R./Frezza, G./Virgadamo, P. (eds.), Edizioni Scientifiche Italiane, Florença, 2016, pp. 393-423

Pereira Coelho, F./Oliveira, G., *Curso de Direito da Família*, 5 ed., Imprensa da Universidade, Coimbra, 2016.

Pereira Coelho, F., "Casamento e divórcio no ensino de Manuel de Andrade", in *Ciclo de conferências em homenagem póstuma ao Prof. Manuel de Andrade*, Coimbra, Almedina, 2002 (separata).

Pereira Coelho, F. B., "Os factos no casamento e o direito na união de facto: breves observações", in AA.VV.: *Textos de Direito da Família para Pereira Coelho*, Oliveira, G. (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 77-106.

Pinheiro, J.: "A tutela da exclusividade sexual entre os cônjuges na casa de morada da família", AA.VV.: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões* (org. FDUC), Coimbra Editora, 2004, pp. 265-274;

Pinheiro, J.: "A morte do arrendatário", *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque I*, FDUL, 2010, pp. 915-928;

Pinheiro, J.: "O direito do arrendatário face ao casamento e ao divórcio", *Estudos em homenagem no centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha*, Almedina, 2012, pp. 477-499.

Santos, E., *Direito das* Sucessões, Vega, Lisboa, 1998.

Sousa Franco, A./D'Oliveira Martins, G., *A Constituição económica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993,

Sousa Ribeiro, J., J.: "Constitucionalização do direito civil", *BFD*, 1998, n.º 74, pp. 729-755;

Sousa Ribeiro, J., J.: *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2009 (separata);

Sousa Ribeiro, J., J.: "A tutela de bens da personalidade na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas (algumas notas)", AA.VV.: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho III*, Alves Correia, F./Machado, J./Loureiro, J., Coimbra Editora, 2012, pp. 835-859.

Telles, G., *Direito das Sucessões: Noções fundamentais*, 6.ª ed., Coimbra Editora.

Varela, A., *Direito da Família*, vol. 1, 4.ª ed., Livraria Petrony, Lisboa, 1996.

Vieira de Andrade, J., *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.

LEGAL CONSEQUENCES OF MARRIAGE AND COHABITATION UNDER THE SLOVAK LAW

CONSECUENCIAS LEGALES DEL MATRIMONIO Y DE LA COHABITACIÓN EN DERECHO ESLOVACO

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 11, agosto 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 148-167

Lenka DUFALOVÁ,
Tamara ČIPKOVÁ y
Katarína BURDOVÁ

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: The paper analyses legal consequences of marriage and cohabitation under the Slovak law. It focuses on the constitutional definition on marriage, possibility of same-sex couples to enter into marriage and on different status of married and unmarried couples in the field of private law (civil law, family law, succession law), as well as in public law. Second part of the paper analyses same-sex marriage, registered partnership and cohabitation from the perspective of the Slovak private international law. Paper gives answers to the questions whether a same-sex couple of foreigners would be allowed to get married before the Slovak authorities, whether the Slovak authorities would recognise same-sex marriage formed abroad and how Slovak private international law would deal with registered partnership and cohabitation.

PALABRAS CLAVE: Marriage; cohabitation; rights and obligations; private international law; Slovak law.

ABSTRACT: *El trabajo analiza las consecuencias legales del matrimonio y de la convivencia en el Derecho eslovaco. Se centra en la definición constitucional sobre el matrimonio, la posibilidad de que las parejas del mismo sexo contraigan matrimonio y sobre el diferente estado de las parejas casadas y solteras en el campo del Derecho privado (Derecho civil, Derecho de familia, Derecho de sucesiones), así como en el del Derecho público. La segunda parte del artículo analiza el matrimonio entre personas del mismo sexo, la unión de hecho registrada y la cohabitación desde la perspectiva del Derecho internacional privado eslovaco. El trabajo da respuestas a las preguntas sobre si una pareja de extranjeros del mismo sexo podría casarse ante las autoridades eslovacas, sobre si las autoridades eslovacas reconocerían el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero y de cómo el Derecho internacional privado eslovaco trataría a la unión de hecho registrada y a la convivencia.*

KEY WORDS: *Matrimonio; cohabitación; derechos y obligaciones; Derecho Internacional Privado, Derecho eslovaco.*

SUMARIO.- I. INTRODUCTION.- II. MARRIAGE AS A UNIQUE UNION BETWEEN A MAN AND A WOMAN.- III. COHABITATION.- IV. MARRIAGE, REGISTERED PARTNERSHIP AND SLOVAK PRIVATE INTERNATIONAL LAW.- 1 Access of same-sex Couples to marriage under the Slovak Private International Law.- 2. Recognition of same-sex marriage celebrated abroad and the Slovak Private International Law.- 3 Registered partnership and cohabitation under the Slovak Private International Law.- V. CONCLUSION.

I. INTRODUCTION.

The Act No. 36/2005 Coll. on Family, as amended (hereinafter referred to as the Family Act), is the basic legal regulation governing the personal status of natural persons in the Slovak Republic. The Family Act governs marriage, relationships between parents and their children and other relatives, alimony, adoption and contains legal rules for determining paternity. The property relations between the spouses are governed by a different legal regulation - Act No. 40/1964 Coll. the Civil Code, as amended (hereinafter referred to as the Civil Code). Neither the Family Act nor any other Slovak legal regulation governs the relationships between persons living in a voluntary cohabitation, which is not a marriage. These informal relationships of same sex or opposite sex couples do not have a comprehensive legal regulation in Slovakia; they are not recognized by the state and are not subject to registration.

Article 2 of the Family Act introduces one of the basic principles of Slovak family law and an important rule of interpretation[1]: "a family established through the marriage is the fundamental unit of the society. The society shall protect all forms of families". This provision follows Article 41 para. 1 of the Constitution of the Slovak Republic, under which "marriage is a unique union between a man and

1 Pavelková, B.: *Zákon o rodine,* Commentary, 2nd Edition, C.H.BECK, Bratislava, 2013, p. 3.

• Lenka Dufalová
Mgr., PhD. Assistant professor at the Faculty of Law, Commenius University Bratislava, The Slovak Republic. Correo electrónico: Lenka.dufalova@flaw.uniba.sk

• Tamara Čipková
Mgr: PhD. Assistant professor at the Faculty of Law, Commenius University Bratislava, The Slovak Republic. Correo electrónico: Tamara.cipkova@flaw.uniba.sk

• Katarína Burdová
JUDr., PhD. Assistant professor at the Faculty of Law, Commenius University Bratislava, The Slovak Republic. Correo electrónico: Katarina.burdova@flaw.uniba.sk

a woman. The Slovak Republic comprehensively protects and cherishes marriage for its own good. Matrimony, parenthood, and family shall be protected by the law. Special protection of children and minors shall be guaranteed." These provisions indicate that the institution of a traditional heterosexual marriage has a privileged position in the Slovak law, but also that the Slovak law guarantees the protection of "all" forms of family, "irrespective of their basis if they provide a sense of safety and solidarity to their members" [2] including stable cohabitation[3].

In recent years, we have been witnessing a crisis of the traditional family based on heterosexual marriage in Slovakia, which is reflected in the growing trend of cohabitations[4] and a relatively high divorce rate[5]. At the same time, we are witnessing repeated and unsuccessful legislative attempts to grant same-sex couples access to marriage or at least to a specific form of legal recognition of their relationship.

Nevertheless, the Slovak legal order doesn´t contain a special legal institute which would be an alternative to the marriage for same sex couples, nor an institute which would comprehensively cover the legal status, rights and duties of cohabitants. However, it cannot be said that the Slovak legislation ignores factual cohabitation of same sex or opposite sex couples or their existence is without any legal consequences[6].

This paper focuses on legal consequences of cohabitation in Slovakia in comparison to legal consequences of marriage and provides an overview of legislative attempts to establish a specific legal framework for the same-sex cohabitation. It also analyzes cohabitation from the perspective of the private international law.

2 Pavelková, B.: *Zákon o rodine,* cit., pp. 1-2.

3 Králičková, Z.: *Autonomie vůle v rodinném právu v česko- italském porovnání,* Masarykova Univerzita, Brno, 2003, p. 81.

4 A 90,000 couples declared cohabitation in the last Slovak census in 2011, which was an increase by 60,000 couples when compared to 2001. This rapid increase may be affected by the fact that compared to 2001, the 2011 census also considered couples that lived together, but do not have the same permanent residence. Source: Šprocha, B., Vaňo, B., Bleha, B.: *Prognóza vývoja rodín a domácností na Slovensku do roku 2030,* INFOSTAT, Bratislava, 2014, p. 52.

5 In 2006 were divorced the most marriages the biggest number of divorces since the establishment of the independent Slovak Republic on January 1, 1993, when there were 49 divorces for every 100 marriages. The number of divorces has been slightly decreasing since 2010. In 2018 there were 30.7 divorces for every 100 marriages. Source: Statistical Office of the Slovak Republic.

6 Pavelková, B., Kubíčková, G., Čečotová, V.: *Zákon o* rodine, Commentary, Heuréka, Šamorín, 2005, p. 13.

II. MARRIAGE AS A UNIQUE UNION BETWEEN A MAN AND A WOMAN.

Opposite sex marriage is the only legally recognized formal union of two persons in the Slovak Republic and it enjoys specific constitutional protection[7] which was introduced by The Constitutional Act No. 161/2014 Coll., changing and supplementing the Constitution of the Slovak Republic No. 460/1992 Coll. as amended, effective since September 1, 2014.

Any future legislative amendment which would change the constitutional definition of marriage as a union between a man and a woman to a union between two persons regardless of their gender could be adopted with the consent of a three-fifths majority of all the Members of Parliament[8]. However, if the Slovak legislator decided to introduce specific legal category other than marriage with the purpose to legally recognize and protect same sex unions the consent only of more than half of the Members of Parliament would be required [9].

Slovak law links some major legal consequences exclusively with the marriage. For example the establishment of a special matrimonial ownership regime, tenancy by the entirety[10]. Tenancy by the entirety comprises all property that may be owned and acquired by any of the spouses during the marriage[11]. Things in the tenancy by the entirety shall be used commonly by both spouses; they will also jointly bear the costs of the things or costs connected with their use and maintenance. The ordinary matters regarding the common property may be arranged by each of the spouses. Other matters require the consent of both spouses, otherwise the legal act is invalid. Both spouses are jointly and severally entitled and liable for legal acts relating the common property.

A mutual maintenance duty is exclusively established between the spouses. The extent of maintenance duty shall be determined so that material and cultural level of both spouses is principally the same[12]. In addition, in case of a divorce, the spouse who is not able to earn living on his or her own may ask the former spouse to maintain him adequately according to his or her abilities, possibilities and property condition.[13] In comparison, there are no such mutual maintenance

7 Article 41 para. 1 of the Constitution of the Slovak Republic: "Marriage is a unique union between a man and a woman. The Slovak Republic shall broadly protect and help its wellbeing."

8 Article 84 para. 4 of the Constitution of the Slovak Republic.

9 Article 84 para. 1 and 2 of the Constitution of the Slovak Republic.

10 § 143 and later of the Civil Code.

11 "…except for property acquired by inheritance or donation as well as things whose nature indicates that such serve the personal needs, or the exercise of a profession of only one of the spouses, and things returned within the scope of the regulations governing property restitution to the ownership of one of the spouses who had the thing in his ownership prior to entering into the marriage or to whom the thing was returned as a legal successor of the original owner."

12 § 71 of the Family Act.

13 § 72 of the Family Act.

duties between partners or former partners living only in cohabitation under the Slovak law[14].

Spouses are prioritized as adoptive parents in cases of child adoption. According to the provision § 100 para. 1 of the Family Act, a child may be adopted by "spouses, by one spouse living with one of the adopted child's parents in marriage or by a survivor of an adopted child's parent or adoptive parent." A single person can be an adoptive parent only exceptionally and under the condition that the adoption will be in the child's interest. The Family Act does not define a single person for the purposes of adoption, but when we interpret provisions of the Family Act teleologically, it can be assumed that a single person is any unmarried person.[15] This means in practice that in case of an unmarried couple, only one of the partners can become an adoptive parent of a child registered in the birth certificate and his or her partner can participate on child´s upbringing only factually. In this way, respecting recent legal state, in a same-sex cohabitation it will also be only one of the partners officially registered as a parent of a child.

The Slovak law prefers marriage also in the issue of determination of fatherhood. According to the Family Act, "the mother's spouse is presumed to be the father if the child was born during the period from entrance into the marriage to the lapse of the three hundredth day after the termination of the marriage or after declaration of its invalidity"[16]. This presumption may be rebutted only by court action. The fatherhood in case of unmarried parents may be determined by a consent declaration of parents done before the register office or before the court. If there is no consent declaration, the court may determine the fatherhood[17].

A surviving spouse enjoys a priority status in case of statutory succession. He or she inherits in the first group an equal share with the children of the deceased. If the deceased did not have any children, the spouse is moved into the second group, where he or she always inherits at least half of the inheritance and the second half is divided in equal shares among the parents of the deceased and persons who lived with the deceased in a common household for at least one year prior to their death thus maintaining a common household or who were dependent on the maintenance by the deceased. Under this definition we include cohabitants which means they inherit in the second group together with the spouse and parents of the deceased. If the spouse and/or parents of the deceased do not inherit, cohabitant cannot inherit in the second group but moves into the third group

14 The contribution to maintenance and coverage of several costs of an unmarried mother in § 74 Family Act is a specific one. This type of maintenance duty can be granted only to a mother of a child, who is not married to the father of the child and only for a period no longer than two years after the child´s birth.

15 Compare Pavelková, B.: *Zákon o rodine,* cit., p. 591.

16 § 85 Section 1 of the Family Act.

17 § 90 and later, § 94 and later of the Family Act; § 104 and later of Civil Non-Contentious Procedure Code.

and inherits together with the siblings of the deceased in equal shares[18]. If the siblings do not inherit, the cohabitant can inherit the entire inheritance only in the third group. The deceased may dispose with his or her property by a will but the minor descendants shall obtain at least as much as their statutory share and adult descendants shall obtain at least one half of their statutory share, unless they are disinherited or ex lege excluded from inheritance[19].

After the death of the individual, the right to the protection of their personal rights may be only exercised by his or her spouse and children or by his or her parents if the person has neither a spouse, nor any children[20]. The surviving cohabiting partner is not entitled to assert such right after the death of his or her partner.

From the point of public law, the spouses are entitled to several rights and privileges. For example according to The Income Tax Act, the tax base calculated from the income of a person shall be reduced by tax allowance per spouse.[21] According to the Social Insurance Act, the spouse is entitled to care allowance on the ground of personal and all-day nursing care of the sick spouse who is in need of nursing care claimed by the medical specialist[22]. The spouse has also the right to access the medical file after the death of his or her spouse. The same right has an adult, who lived together with the deceased in time of his or her death, but only in case that there is no spouse, child or parent of deceased. The right to access the medical file is guaranteed also to a person authorized on the basis of a written authorization that could be a spouse, a cohabitant or any other person[23].

A certain disadvantage of the marriage when compared to cohabitation may be seen upon the termination of the cohabitation. When both spouses are alive, a valid marriage ends only by the court decision[24]. There is no legal entitlement to divorce and it depends on a court consideration whether the legal preconditions for the divorce have been fulfilled. In this respect, it is much easier to end the cohabitation. There are no formal procedures that would need to be followed. Likewise, in relation to the regulation of the exercise of parental responsibility to the child after the divorce, the court intervenes in the event of the divorce itself. Before issuing a decision on the divorce of spouses having a minor child, the court shall regulate the parental responsibility to the child after the divorce. A

18 Pavelková, B.: *Manželské právo,* Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave, Bratislava, 2003, pp. 17-19.

19 § 469, § 469a, § 479 of the Civil Code.

20 § 15 of the Civil Code.

21 § 11 Section 3, 4, 5 of the Income Tax Act.

22 § 39 Section 1 letter a) of the Social Insurance Act.

23 § 25 of the Health Care Act.

24 § 22 and later of the Family Act; § 92 and later of the Civilian Out-of-Court Order.

decision regulating the exercise of parental responsibility may be replaced with an agreement of the parents. The validity of such agreement requires a consent of the court[25]. The unmarried parents of the child who do not live together can agree on exercise of parental rights and obligations, court approval of such agreement is not mandatory. The court decision is necessary only if unmarried parents are not able to come to an agreement[26].

III. COHABITATION.

The term cohabitation is used to describe a "informal, factual living of a man and a woman without marriage"[27]. There is no special legal institute (registered partnership or civil union) established in the Slovak legal order for this type of coexistence. Therefore, it is necessary to apply legal provisions referring to the "household" or a "close person" or "persons living together" to identify particular legal consequences of cohabitation according to the Slovak law. When we define rights and obligations of cohabitating couples through the above mentioned terms, it is not significant whether they are of the same or opposite sex. However, the significant difference is that opposite sex couples can freely choose between cohabitation and marriage, whereby Slovak law does not provide access to any form of legal recognition for same sex couples.

The undeniable fact is that same sex couples have been trying to get access to marriage, or at least to alternative form of legal recognition of their union. The long-term nature of these efforts can be observed through legislative attempts to formally recognize same sex unions. Several proposals dealing with the issue of same sex registered partnerships have been submitted to the National Council of the Slovak Republic, but without any success. The first draft of the act was submitted to the legislative body in 1997 as a Draft of Registered Same Sex Partnerships Act. This draft, as well as the Draft of Life Partnership Act from 2001, included only the legal regulation of same sex registered partnership; it did not include the possibility for same sex couples to get married. Nevertheless, the process of formation of a registered partnership, as well as its legal consequence were largely inspired by the legal regulation of marriage. The Draft of Registered Partnership Act essentially equated same sex life partnership to marriage when proposed specific tenancy by the entirety regime between partners, specific regime for common flat renting or mutual maintenance duty between partner[28]. However, these proposals excluded registered partners from the possibility to adopt a child (with the exception of

25 § 24 Section 1, 3 of the Family Act.

26 § 36 Section 1 Family Act.

27 Gregorová, Z., Králičková, Z.: "Nesezdané soužití v právním řádu České republiky", *Právní rozhledy*, 1998, vol. 6, num. 5, p. 211.

28 Mentioned only demonstratively.

the second-parent adoption, i.e. adoption of a partner´s biological child without terminating the first parent's legal status as a parent).

The Draft of Registered Partnership Act submitted in 2012 proposed only a few modifications, especially in the regulation of ownership, but it was discussed in the National Council of the Slovak Republic only in the 1st of the three readings. All the legislative initiatives have one thing in common, namely that the registered partnership was limited only to same sex couples. It can be only assumed that it is a reaction to the case law of the ECHR, which held that allowing access to registered partnership only to opposite sex couples and not to same sex couples is a violation of Article 14 of the Convention together with Article 8 of the Convention[29].

In 2018 a draft of Act, which amends the Civil Code, was submitted to the National Council of the Slovak Republic. This draft proposed the introduction of a partnership cohabitation and its regulation by the Civil Code and not by the Family Act, which governs marriage. Partnership cohabitation was defined as a union of two natural persons regardless of their sex which compared to marriage would be formed on the basis of consenting declaration of the partners in the form of a notarial record. It was proposed to limit the rights and duties of the partners to the area of inheritance, the care allowance and the right to access the partner medical file after the death of the partner. This legislative effort was still as unsuccessful as the previous one.

Nowadays there is an undergoing recodification of civil law in Slovakia, which includes the recodification of family law. Within the recodification process there are proposals to introduce the institution of registered partnership for same sex couples, but there is no national consensus. Therefore, the Recodification Committee is focusing more on the definition of the term of a close person, which would help solving some of the practical issues of cohabitation of same sex or opposite sex partners[30].

As mentioned above, especially terms like "household", "close persons" or "persons living together", to which the Slovak law links certain legal consequences, are important for cohabitants.

The legal definition of the term "household" is provided in § 115 of the Civil Code, under which "A household consists of natural persons who live together on a permanent basis and jointly share the cost of their needs." It is obvious from the

29 Applications Nos. 29381/09 and 32684/09, Vallianatos and others v. Greece, judgment of 2013, para. 92.

30 Minutes of the Presidium of the Commission for Recodification of private law with the participation of the Deputy Prime Minister and Minister of Justice Lucia Žitňanská and coalition partners from April 20, 2017. Available at: https://www.justice.gov.sk/Stranky/Nase-sluzby/Nase-projekty/Obciansky-zakonnik/Obciansky-zakonnik.aspx

definition that the legal term is quite broad and includes not only stable opposite sex or same sex couples, but also friends and relatives. Essential is the economic nature of their coexistence. Household members share their income and all the possessions[31] in comparison with the common living of different subtenants who indeed share the rent and housing costs but otherwise do not share their income. The case law of the Slovak courts regulates that this term covers also situations, where household members are not living together, e.g. due to health or housing reasons, even though they are in stable relationship and take care of the common household[32]. Although the stability of the relationship is determined primarily by the person´s intent to coexist in a household for unlimited time, the particular duration of common household is required under some provisions of the Civil Code to grant specific rights, e.g. a cohabitant inherits in the second group under § 474 Section 1 of the Civil Code only if he or she had lived with the deceased person at least one year before his or her death in a common household[33].

A lot of other provisions of the Civil Code refer to the household e.g. § 706 of the Civil Code which states, that if the lessee dies and the flat is not in the joint lease of spouses, then the persons who maintained the common household of the deceased lessee or who were dependent on maintenance by the deceased lessee shall become the lessees (joint lessees) if they lived with him in a common household for at least three years prior to his or her death and do not have their own flat.

The term close person is defined in § 116 of the Civil Code as "a relative in a direct line of descent, sibling and spouse. Other persons in a family or similar relation shall be deemed to be close to each other if an injury suffered by one is reasonably felt by the other as his own". Under the Slovak legal theory the term close person includes stable cohabitation of partners despite of their sexual orientation. It is essential to examine whether the cohabitants are interested in one another, whether they help each other, if they live in a common household, the conditions in which they live together, etc." [34]

In general, the status of a close person, without differentiating if it is a spouse or other person, is significant in several legal institutions, e.g. under the § 140 of the Civil Code, if a co-ownership share is to be transferred, the co-owners shall have the right of pre-emption except where a transfer to a close person is concerned[35].

31 Fekete, I.: *Občiansky zákonník, I. Zväzok,* Commentary, 3rd Edition, Eurokódex, Bratislava, 2017, p. 945.

32 R 12/1968.

33 Števček, M., Dulák, A., Bajánková, J., Fečík, M., Sedlačko, F., Tomašovič, M. et al: *Občiansky zákonník II, § 451 – 880,* Commentary, C.H.Beck, Prague, 2015, p. 726.

34 Števček, M., Dulák, A., Bajánková, J., Fečík, M., Sedlačko, F., Tomašovič, M. et al: *Občiansky zákonník,* cit., p. 721.

35 § 140 of the Civil Code.

Under the Civil Procedural Code the witness is entitled to refuse to testify if their testimony would thereby cause the possibility of criminal prosecution of persons close to him[36], etc.

However, neither the status of a close person, member of the household, or persons living together in general, will provide the cohabitant with several significant benefits in the property and non-property areas that the legal order grants only to the spouses and which were mentioned above[37].

The question is whether it is possible and if so in which areas to achieve the legal consequences similar to the legal consequences of marriage through an agreement concluded between cohabitants.

The Slovak legal theory came to the conclusion that if the cohabitants live in a household and satisfy their needs together or the voluntarily provide maintenance for one another, such situation does not give rise to liability for unjust enrichment under § 451 of the Civil Code, because there is an implicitly concluded agreement between partners which provide the legal basis for such performance[38].

Cohabitants can conclude also formal pension agreement according to the § 842 of the Civil Code that shall establish the right of a person to be paid a certain pension for life or for an indefinite period of time stipulated in another manner. The reason for providing a pension does not have to be explicitly stated in the pension agreement and the contractual obligation to provide pension can exist without any reciprocal obligation. Unlike spousal maintenance obligation, the disadvantage of this contractual pension is that this income is taxable and must be declared[39].

According to the Slovak case law, it is not possible to establish tenancy by the entirety between cohabitants by contract because it is reserved only to married couples. Therefore, under the Slovak law, cohabitants acquire property to sole ownership or to common ownership[40].

Furthermore, it is possible to contractually achieve mutual representation of cohabitants based on power of representation[41]. In comparison, spouse may represent the other spouse in usual affairs and receive usual performances without

36 § 201 of the Civil Dispute Order.

37 See chapter 1.

38 Gregorová, Z., Králičková, Z.: "Nesezdané soužití", cit., p. 211.

39 Števček, M., Dulák, A., Bajánková, J., Fečík, M., Sedlačko, F., Tomašovič, M. et al: *Občiansky zákonník,* cit., pp. 3039- 3040.

40 Králičková, Z.: *Autonomie vůle,* cit., p. 206.

41 § 31 of the Civil Code.

power of representation or special agreement. Conduct of one spouse in arranging for usual affairs of the family binds both spouses jointly and severally.[42] In other than usual affairs, the spouses like the cohabitants, can be represented by power of representation.

IV. MARRIAGE, REGISTERED PARTNERSHIP AND SLOVAK PRIVATE INTERNATIONAL LAW.

The Slovak Private International Law is codified in the Act on Private International Law and Rules of International Procedure (PILA)[43], and reflects the Slovak substantive regulation analysed above since it contains conflict-of-law rules only regarding the institution of marriage. There is no conflict of law regulation regarding registered partnerships, civil unions or cohabitation, and no legislative proposal exists for changing the current autonomous Slovak conflict-of-law rules.

The Slovak Republic is a contracting party to the Hague Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations; however, is not a contracting party to the Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, nor to the European Convention on the Recognition of Registered Partnerships. Slovakia does not participate in enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation[44], nor that of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes[45], nor that of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships[46].

The conflict-of-law rules on marriage are also contained in bilateral agreements on mutual legal assistance that are binding on the Slovak Republic and Ukraine, Russia, Hungary, etc. However, there is no conflict-of-law rule concerning same-sex marriage, registered partnerships or cohabitation in any of these bilateral agreements, which is most likely a consequence of the fact that they were concluded before 1990.

42 § 20 of the Family Act.

43 Act No. 97/1963 Coll. on Private International Law and Rules of International Procedure as amended.

44 Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation.

45 Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes.

46 Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships.

Given the above, this section will focus on determining the basic theoretical backgrounds for clarifying possible Slovak approaches to three questions, namely:

1. Whether a same-sex couple consisting of two foreigners would be allowed to get married before the Slovak authorities;

2. Whether same-sex marriage valid under foreign law would be recognised under the Slovak law and/or same-sex spouses would be granted particular rights based on such marriages; and

3. How can a registered partnership and cohabitation be qualified under the Slovak Private International Law?

1. Access of same-sex Couples to marriage under the Slovak Private International Law.

To consider the question of whether a same-sex couple of foreigners would be allowed to get married before the Slovak authorities, it is necessary to refer to provisions § 19 and 20 of PILA[47].

PILA stipulates that the form of celebration of a marriage shall be governed by the law of the place where the marriage is celebrated (lex loci celebrationis), but the legal capacity of a person to marry and the conditions of validity of such a marriage shall be governed by the law of the state of nationality of the parties to be married (lex patriae). The question of whether a same-sex marriage may be validly concluded shall be assessed under the conflict-of-law rule relating to the conditions of validity of the marriage and, if the spouses are foreign nationals, the law of their nationalities will govern this decision. If the foreign applicable law allows same-sex couples access to marriage, the question becomes whether the effects of the application of such foreign provisions would be incompatible with the fundamental principles of the Slovak political, social and legal systems.

To answer this question it is necessary to start with the constitutional definition of marriage as a unique union of a man and a woman, and to consider the opinion of the Constitutional Court of the Slovak Republic that marriage is a matter of public interest[48]. It is also important to bear in mind that the principle that marriage is a union between one man and one woman is a fundamental principle of Slovak family law. Therefore, we consider that the Slovak authorities would reject the application of foreign law that would allow a same-sex marriage, because this violates Slovak ordre public. The implications of the application of

47 There are only some bilateral treaties e.g. concluded with Bulgaria, Poland, Hungary or Romania that take precedence over § 19 and 20 of PILA in particular case.

48 Constitutional Court of the Slovak Republic, decision PL. of the CC 24/2014 from October 28, 2014.

foreign law would create a situation in Slovakia that is not compatible with one of the fundamental principles of the Slovak law.

This conclusion is also supported by the wording of provision § 22a of the Act on Registries as amended[49], which explicitly excludes the formal registration of marriages that are contrary to the Slovak law.

2. Recognition of same-sex marriage celebrated abroad and the Slovak Private International Law.

First, it is necessary to emphasise that the Slovak Private International Law shall have the widest possible respect for the legal traditions and legal orders of other States. This should ensure legal certainty for the parties of cross-border legal relationships that have been created abroad in a bona fide manner[50].

However, the concept of public policy (ordre public) implies that subjective rights acquired abroad, as well as legal relationships established abroad, which are unacceptable for the domestic law cannot be legalised in the area of domestic law[51].

These theoretical assumptions are reflected in § 20a of the PILA, which states that: "Marriage concluded abroad by a Slovak national before an authority other than an authority of the Slovak Republic duly authorized is valid in the Slovak Republic provided it is valid in the State before whose authority it was concluded and none of the circumstances excluding the conclusion of marriage under the Slovak substantive law existed".

The circumstances excluding the conclusion of the marriage are defined in provisions § 9 to 17 of the Family Act and include marriage impediments sanctioned by the nullity of marriage[52] as well as marriage impediments sanctioned by the non-existence of marriage[53]. Spouses being of the same sex is not explicitly mentioned as a marriage impediment, but current Slovak legal theory supports the view that circumstances excluding the conclusion of marriage result also from § 1[54] of the Family Act, which expresses the essence of marriage under the Slovak law. Hence, marriage may not be concluded between two people of the same sex according

49 Act No. 154/1994 on Registries as amended.

50 Varšo, J.: *Ordre public v medzinárodnom súkromnom práve,* Candidate dissertation thesis, Univerzita Jána Ámosa Komenského v Bratislave, Košice, 1985, p.195.

51 Varšo, J.: *Ordre public,* cit., p. 188.

52 E.g. violation of the monogamy principle, consanguinity, incapacity.

53 E.g. vis absoluta, concluding a marriage with a person younger than 16 years.

54 § 1 of the Family Act stipulates: "1. Marriage is a union of a man and of a woman entered into based on a free and complete consenting declaration of the man and woman that they jointly enter into a marriage".

to Slovak substantive law[55]. From § 20a of the PILA, this means that marriage of a Slovak national to another person of the same sex, even if concluded legitimately abroad, will not be valid in Slovakia. We suppose that this provision is applicable also in cases where the validity of a marriage arises as a preliminary question in the context of private law disputes on matters such as maintenance or succession.

The validity of same-sex marriages concluded by foreign nationals abroad shall be considered under § 19 and § 20 of PILA, as mentioned above. We suppose that Article 41, Section 1 of the Constitution of the Slovak Republic, which allows only a union between a man and a woman to be legally labelled as marriage[56], prevents same-sex marriage concluded by foreign nationals abroad from being considered valid in Slovakia. Nevertheless, this conclusion applies only to full recognition of same-sex marriage; i.e., a full equalisation of a foreign same-sex marriage with an opposite-sex marriage concluded before Slovak authorities.

However, there is another situation to consider – that where a proceeding is brought by the foreign spouse in domestic court to obtain spousal maintenance or to claim a right to inheritance based on a same-sex marriage concluded abroad[57]. In such cases, the validity of marriage arises as a preliminary question.

Current Slovak legal theory does not offer any comprehensive theoretical approach to such a situation. However, we assume that an analogy can be drawn with polygamous marriage cases, which have been considered in the (Czech)Slovak legal theory by Varšo[58], Valentovič and Tomko[59], Ďuriš[60], Kučera[61], and Rohlík[62], especially in the context of public policy exceptions and preliminary questions.

Tomko and Valentovič state that: … in case that several wives of a deceased who was foreign national or children from a polygamous marriage claim an inheritance before the Slovak court, it should recognize the effects of the foreign polygamous marriage and acknowledge the right to them. In this case, the provisions of Slovak law on monogamy will not have a character, which would exclude the possibility

55 Cirák, J., Pavelková, B., Števček, M.: *Rodinné právo,* Heuréka, Šamorín, 2010, p. 53.

56 Constitutional Court of the Slovak Republic, decision PL. of the CC 24/2014 from October 28, 2014.

57 Varšo, J.: *Ordre public,* cit., p. 192.

58 Varšo, J.: *Ordre public,* cit., p. 195.

59 Tomko, J., Valentovič, Z.: *Medzinárodné právo súkromné: všeobecná časť,* 3rd Edition, Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave, 1989, p. 251.

60 Ďuriš, M.: "Výhrada verejného poriadku v slovenskom medzinárodnom práve súkromnom" in Lysina, P., Ďuriš, M., Haťapka, M. et al: *Medzinárodné právo súkromné,* C.H.BECK, Bratislava, 2016, pp. 548-576.

61 Kučera, Z.: *Mezinárodní právo soukromé,* 7th Edition, Doplněk Publishing, Brno, 2009, p. 196.

62 Rohlík, J.: "Preliminární a incidenční otázky v československém mezinárodním právu soukromém", Časopis pro mezinárodní právo, 1968, vol. 12, pp. 80-90.

of granting legal effects to foreign acts based on otherwise non-applicable foreign law[63].

Kučera suggests the same approach, further adding: It would not be correct to impose our ideas about what is a proper family constellation on the foreign social environment. In such cases, a refusal of the effect of a polygamous marriage concluded abroad would lead to harsh and unfair treatment for a woman from such marriage. The relation of this case to the forum state is not as intensive as the application of a foreign law deemed to be unacceptable[64].

Ďuriš expands these conclusions even to cases of polygamous marriage concluded by a Slovak national abroad[65]. Varšo[66] comes to the same conclusion, albeit following a different line of legal reasoning. He states that, in cases of preliminary questions, the impact of domestic ordre public on legal relationships created abroad is minimal and domestic courts shall recognise legal relationships created abroad and valid under the applicable law, determined by either the conflict-of-law rules legis causae or legis fori[67].

Given the above, we suppose that, in cases where the question of the validity of a foreign same-sex marriage is considered by the Slovak courts as a preliminary question, the intensity of relation of the case is not sufficient, in many cases, to activate the public policy reservation. However, we suppose that this conclusion cannot be expanded to cases of same-sex marriages concluded by a Slovak national abroad. In such cases, it would be necessary to apply § 20a of the PILA, as discussed above.

We can assume that a marriage of foreign same-sex nationals concluded abroad cannot be fully recognised in Slovakia. However, it is likely that if the question of the validity of the marriage is raised in other proceedings, the same-sex couple can be granted particular rights applicable to a valid marriage, where these are not in breach of Slovak public policy (e.g., inheritance rights, maintenance obligations, etc.).

63 Tomko, J., Valentovič, Z.: *Medzinárodné právo súkromné,* cit., p. 102.

64 Kučera, Z.: *Mezinárodní právo soukromé,* cit., p. 196.

65 Ďuriš, M.: "Výhrada verejného poriadku", cit., p. 132.

66 Varšo, J.: *Ordre public,* cit., p. 188.

67 Current Slovak legal doctrine on preliminary questions is unsettled. Under the prevailing opinion, conflict of law rules of lex fori should be preferred. However, conflict of law rules of legis causea could be admitted but exceptionally. Compare Csach, K., Gregová Širicová, Ľ., Júdová, E.: Úvod do medzinárodného *práva súkromného a procesného,* 2nd Edition, Wolters Kluwer, Bratislava, 2018, p. 102.

3 Registered partnership and cohabitation under the Slovak Private International Law.

The registered partnership is an unknown legal category in Slovak substantive and private international law; therefore, a problem arises in terms of applying the existing Slovak conflict-of-law rules when, for example, a claim is based on a registered partnership concluded abroad.

Two possible solutions to this characterisation problem should be taken into consideration. The first is to apply the autonomous conflict-of-law rules concerning contractual relationships, and the second is to invoke conflict-of-law rules governing the personal and property relations of spouses.

We propose that the preferable solution is to extend the scope of the conflict-of-law rule concerning personal and property effects of marriages to also cover personal and property effects of registered partnerships, because such classification better corresponds to the function of this legal institution in foreign law than a mere contract.

However, it is possible that the provision of Article 41 of the Slovak Constitution may prohibit such a solution. We assume that this provision is relevant in the context of public policy reservations, but not before the determination of an applicable conflict-of-law rule. Therefore, the term 'spouse' as used in the scope of § 21 of PILA should be interpreted extensively to cover legal concepts unknown to Slovak law, such as registered partnerships and civil unions. [68] At the same time, we believe that referring to the law of the state of the common nationality of the parties in a registered partnership corresponds more appropriately with the reasonable and just regulation of such relationships than the applicable law governing contractual obligations.

The same qualification problem arises concerning cohabitation because there is no special conflict-of-law rule on cohabitation in PILA. In this case, the intentionally informal nature of the relationship could be used as an argument for the application of autonomous conflict-of-law rules regarding contractual obligations. [69]

V. CONCLUSION.

In May 2019, the governing political party SMER-SD announced the preparation of a constitutional amendment on the ban of child adoption by same-sex couples,

68 Current Slovak legal doctrine is unsettled concerning the qualification of registered partnership.

69 Cohabitation is excluded from the scope of Rome I Regulation.

which could have a particular impact on the Slovak Private International Law in terms of recognition of foreign adoption judgments.

The legal recognition of same-sex couples in the Slovak Republic is a current and polarising issue of debate. Academic discussions on this topic are also ongoing within the framework of the recodification of Slovak civil law, which should include family law.[70] However, some voices in academic circles are claiming that it is only a matter of time until the legal institute of registered partnership is introduced into Slovak law.

The improvement of legal regulation of cohabitation is also under discussion within the recodification process but only in terms of its consequences for property.

70 Members of the Recodification Committee consider the sensitivity of family law topic including same-sex relationships to be the main reason why the process of recodification is so time-consuming.

BIBLIOGRAFÍA

Cirák, J., Pavelková, B., Števček, M.: *Rodinné právo,* Heuréka, Šamorín, 2010.

Csach, K., Gregová Siricová, Ľ., Júdová, E.: Úvod do medzinárodného práva súkromného a procesného, 2nd Edition, Wolters Kluwer, Bratislava, 2018.

Fekete, I.: *Občiansky zákonník, 1. Zväzok,* Commentary, 3rd Edition, Eurokódex, Bratislava, 2017.

Gregorová, Z., Králičková, Z.: "Nesezdané soužití v právním řádu České republiky", *Právní rozhledy,* 1998, vol. 6, num. 5, pp. 209-214.

Králičková, Z.: *Autonomie vůle v rodinném právu v česko- italském porovnání,* Masarykova Univerzita, Brno, 2003.

Kučera, Z.: *Mezinárodní právo soukromé,* 7th Edition, Doplněk Publishing, Brno, 2009.

Lysina, P., Ďuriš, M., Haťapka, M. et al: *Medzinárodné právo súkromné*, C.H.BECK, Bratislava, 2016.

Pavelková, B.: *Manželské právo,* Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave, Bratislava, 2003.

Pavelková, B.: *Zákon o rodine,* Commentary, 2nd Edition, C.H.BECK, Bratislava, 2013.

Pavelková, B., Kubíčková, G., Čečotová, V.: *Zákon o rodine,* Commentary, Heuréka, Šamorín, 2005.

Rohlík, J.: "Preliminární a incidenční otázky v československém mezinárodním právu soukromém", Časopis pro mezinárodní právo, 1968, vol. 12, pp. 80-90.

Šprocha, B., Vaňo, B., Bleha, B.: *Prognóza vývoja rodín a domácností na Slovensku do roku 2030,* INFOSTAT, Bratislava, 2014.

Števček, M., Dulák, A., Bajánková, J., Fečík, M., Sedlačko, F., Tomašovič, M. et al: *Ob☐iansky zákonník II, § 451 – 880,* Commentary, C. H. Beck, Prague, 2015.

Tomko, J., Valentovič, Z.: *Medzinárodné právo súkromné: všeobecná časť,* 3rd Edition, Právnická fakutla Univerzity Komenského v Bratislave, Bratislava, 1989.

VARŠO, J.: *Ordre public v medzinárodnom súkromnom práve,* Candidate dissertation thesis, Univerzita Jána Ámosa Komenského v Bratislave, Košice, 1985.

SUCCESSIONI MORTIS CAUSA E NUOVE FAMIGLIE: IL CASO DELLE STABILI CONVIVENZE NEL CONFRONTO TRA ORDINAMENTI

INHERITANCE LAW AND NEW FAMILY MODELS: THE CASE OF COMMITTED COHABITATIONS IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 11, agosto 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 168-199

Filippo
VIGLIONE

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de mayo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: Il lavoro analizza le soluzioni adottate in alcuni ordinamenti giuridici per garantire diritti successori al convivente superstite. Nel corso degli ultimi anni, in paesi di diversa tradizione, il diritto delle successioni è investito da una tendenza riformatrice che si accompagna ai mutamenti sociali delle composizioni familiari; in questa prospettiva, il settore delle convivenze non registrate rappresenta un punto di osservazione proficuo per valutare tali linee di tendenza dei modelli successori.

PALABRAS CLAVE: Rapporti di convivenza; diritti successori; successioni legittime; comparazione.

ABSTRACT: *This paper aims at analyzing the different solutions adopted in various legal systems in order to protect inheritance rights of cohabitants. In the last few years, the law of succession has been informed by a general trend of important reforms that reflect social changes in the structure of the family. In this perspective, informal cohabitations embody a privileged viewpoint on the evolution of inheritance law.*

KEY WORDS: *Cohabitation; inheritance rights; intestate succession; Comparative Law*

SUMARIO.- I. POSIZIONE DEL PROBLEMA. – II. LE RAGIONI A SOSTEGNO DEI DIRITTI SUCCESSORI DEL CONVIVENTE SUPERSTITE. – III. CONDIZIONI DI RILEVANZA DEL RAPPORTO DI CONVIVENZA. – IV. CONVERGENZE TENDENZIALI E RESISTENZE SISTEMATICHE. – V. CONCLUSIONI.

I. POSIZIONE DEL PROBLEMA.

Da molto tempo ed in maniera omogenea nei paesi occidentali, il diritto delle successioni a causa di morte è percorso da istanze di rinnovamento che in larga misura si legano al consolidarsi del pluralismo dei modelli familiari[1]. Sebbene proprio l'ambito successorio sia stato considerato tra i settori più statici del diritto privato, lo spazio accordato nel diritto di famiglia a nuove modalità di vita in comune è senz'altro destinato a riflettersi anche sul terreno della devoluzione dei beni al momento della morte, facendo così superare l'idea stessa che il diritto delle successioni *mortis causa* rappresenti l'ultimo bastione posto a protezione della famiglia fondata sul matrimonio[2].

L'apparente semplicità di questa linea di tendenza, volta a dare ingresso ai nuovi modelli familiari nell'individuazione dei chiamati alla successione, si scontra tuttavia con talune rigidità degli strumenti successori, oltre che con la diffusa convinzione che solo la formalizzazione dei rapporti sia in grado di realizzare elementari esigenze di certezza in ordine alla sorte dei beni del defunto. Il panorama delle soluzioni accolte negli ordinamenti occidentali, con particolare riguardo al caso delle convivenze di fatto, risulta quanto mai vario ed articolato ed offre una molteplicità di esempi che si collocano in una linea immaginaria tra il permanere di una totale indifferenza del fenomeno fino all'opposta piena equiparazione tra i diritti successori del coniuge e quelli del convivente.

Nella prospettiva della comparazione giuridica, tuttavia, il mero raffronto tra le innovazioni legislative costituirebbe operazione fuorviante, idonea solamente ad offrire un frammento di conoscenza degli strumenti attraverso i quali si realizzano simili istanze; la fatica della costruzione giuridica deve infatti prendere il posto

1 Si vedano le osservazioni di S. Van Erp, S.: "New Developments in Succession Law", *Elec. J. Comp. Law*, 2007, vol. 11, p. 9.

2 L'espressione si trova in Glendon, M.A.: *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, Chicago Univ. Press, Chicago-London, 1989, p. 289.

• Filippo Viglione
Professore Associato di Diritto Comparato, Università di Padova. Correo electrónico: filippo.viglione@unipd.it

della semplice *comparison by columns*[3], imponendo di inquadrare ogni regola in un quadro generale dei sistemi successori, nelle differenze operazionali consolidatesi negli ordinamenti nazionali, nonché nel contesto di ulteriori linee evolutive, spesso riassunte nella formula della crescente centralità dell'autonomia privata.

I diritti successori dei conviventi sono infatti destinati a trovare ambiti di esplicazione in connessione a dati sistemologici di fondo, come quelli relativi alla possibilità di stipulare un patto successorio o alla presenza di efficaci rimedi giudiziali a situazioni di squilibrio patrimoniale che possono emergere al momento della morte di uno dei partner. In questo senso, la ricognizione delle soluzioni adottate nei singoli ordinamenti rappresenta la premessa per ricostruire il quadro generale delle categorie che presiedono questa zona di intreccio tra disciplina successoria e diritto di famiglia.

Una possibile proposta di classificazione delle regole, di fonte legislativa, di devoluzione *mortis causa* a vantaggio del convivente di fatto (che soddisfi determinate condizioni, variabili nei diversi ordinamenti considerati) può così distinguere: *i*) ordinamenti in cui il convivente superstite si vede riconosciuta una quota nella successione *ab intestato*, uguale a quella del coniuge, come accade in Norvegia, in Slovenia e Croazia, in Nuova Zelanda, in talune province canadesi, in vari paesi dell'America Latina; ii) ordinamenti in cui la quota spettante al convivente superstite è ricalcata su quella attribuita al coniuge, ma appare di entità inferiore, o viene collocata, nell'ordine della successione, in una posizione successiva, come stabilito in una recente riforma austriaca; *iii*) ordinamenti che contemplano rimedi giudiziali eventuali e successivi, secondo il modello della *family provision* (Inghilterra, Irlanda, Scozia, tutti gli stati australiani), affidando alla via giudiziale il compito di riequilibrare situazioni che potrebbero altrimenti determinare casi di sostanziale ingiustizia; *iv*) ordinamenti nei quali al convivente superstite sono riconosciuti diritti successori legati a specifici beni del *de cuius*, quali la casa familiare o i mobili che la corredano (Italia, Portogallo, Argentina). Occorre, tuttavia, considerare che talora le caratteristiche dei sistemi successori nazionali sono tali da far intrecciare tali modelli di successione del convivente di fatto, il quale ad esempio potrebbe aver diritto ad una quota del patrimonio, ma anche vedersi riconosciuta un'ulteriore attribuzione grazie al meccanismo della *family provision*.

Ogni ordinamento risente delle proprie impostazioni tradizionali del diritto successorio: non mancano, al riguardo, divergenze che si ricollegano a dati strutturali connaturati al modello di *common law* da un lato, in cui la devoluzione viene mediata dall'intervento dell'organizzazione burocratica amministrativa o

3 Nicola, F.G.: "Family Law Exceptionalism in Comparative Law", *Am. J. Comp. L.*, 2010, vo.l. 58, pp. 777-810, utilizza la formula "comparative law by columns" (p. 785) per indicare quelle indagini comparative che si limitano ad una mera descrizione delle diverse regole di diritto positivo, rimanendo ad un livello di approfondimento superficiale, la cui utilità si esaurisce nel bagaglio di informazioni fornite.

giudiziaria e dove è dunque più agevole inserire elementi di flessibilità, e di *civil law* dall'altro, ove si guarda alla delazione come ad una vicenda tendenzialmente privata, in cui l'intervento giudiziale ricorre solo nei casi patologici. Ma anche altri fattori riscontrati nell'evoluzione del diritto di famiglia possono incidere profondamente, come nel caso del *common law marriage*[4], che può radicalmente alterare la condizione successoria di colui che abbia costruito un progetto di vita in comune con il *de cuius*, pur senza formalizzarlo attraverso il matrimonio.

L'esame delle singole esperienze che contemplano un allargamento della nozione di famiglia protetta dalle regole successorie, non più deputate alla sola difesa della famiglia fondata sul matrimonio, suggerisce comunque l'idea che i diritti dei conviventi nelle vicende *mortis causa* costituiscano solamente un tassello nella disciplina della famiglia di fatto, un vero e proprio *status* non-matrimoniale che dà rilevanza a rapporti affettivi che l'ordinamento giudica meritevoli di disciplina specifica. L'attribuzione di diritti alla morte del partner, al di là delle disposizioni testamentarie, non è rilevante, pertanto, solamente nell'ambito della disciplina successoria, ma diviene uno dei vari momenti di emersione della rilevanza giuridica della convivenza in sé e tale carattere prescinde da ogni classificazione sistemologica.

Prendere consapevolezza di tale circostanza consente di porre le basi per una migliore comprensione del binomio successioni e convivenze, che certamente solleva non pochi interrogativi all'interprete, chiamato a coordinare i tratti di una disciplina che privilegia la certezza delle relazioni personali rispetto alla semplice rilevanza degli affetti o dei bisogni, la cui considerazione è lasciata da sempre ai margini del sistema delle successioni.

Non vi è dubbio, infatti, al riguardo, che tra i maggiori ostacoli che si frappongono al pieno ingresso della convivenza nella dinamica successoria vi sia la difficoltà di accertamento della relazione che nasce nel fatto e si può sviluppare anche senza l'adozione di misure pubblicitarie da parte dei conviventi. Allo stesso modo, divergono scelte di dettaglio significative, come nel caso del requisito della libertà di stato dei conviventi per poter essere chiamati alla successione, caratteristica che in alcuni ordinamenti preclude l'attribuzione di diritti successori al convivente laddove il *de cuius* lasci superstite il proprio coniuge separato.

Al di là delle singole regole adottate, la condizione del convivente che sopravvive al proprio partner sembra divenire, in molte esperienze giuridiche, l'oggetto di una crescente attenzione del legislatore. Nel dialogo con dottrina e giurisprudenza, i legislatori paiono da un lato recepire le frequenti sollecitazioni degli studiosi ad una

4 Con tale espressione si intende, com'è noto, quel tradizionale legame che in Inghilterra, fino al 1753, si poteva costituire senza apposita celebrazione matrimoniale, e che oggi sopravvive solamente in alcuni Stati della confederazione americana. Per una ricostruzione dell'evoluzione storica del *common law marriage*, si veda Lind, G.: *Common Law Marriage. A Legal Institution for Cohabitation*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2008.

maggiore attenzione rivolta alle relazioni di fatto, e dall'altro sembrano consapevoli della necessità di non demandare totalmente alle sedi contenziose la tutela del convivente, così da porre un freno al moltiplicarsi dei momenti di tensione che spesso sfociano nella richiesta di correggere, tra le pieghe del sistema, le rigidità delle norme successorie.

In questo quadro, la peculiare esperienza italiana - segnata dalla recente introduzione di una disciplina che si applica sul presupposto fattuale della stabilità degli affetti tra i conviventi - sembra arrestare il rilievo della convivenza prima che si giunga alla fase successoria *mortis causa*. La sola attribuzione di diritti, limitati nel tempo, sull'abitazione familiare, accompagnata dall'esclusione di qualsiasi spazio nella successione legittima oltre che dalla perdurante rigidità del divieto dei patti successori, mette in evidenza come il diritto delle successioni fatichi a superare quella impermeabilità ai mutamenti delle strutture familiari, che contribuisce ad un giudizio di arretratezza ed inadeguatezza del sistema successorio complessivo.

L'orizzonte comparatistico aiuta, dunque, a mettere in risalto una pluralità di soluzioni possibili, nelle quali si esprime altresì una gradualità nella risposta agli interrogativi sollevati, in un complesso tentativo di ricercare l'equilibrio tra autonomia privata ed istanze di protezione dei conviventi, ma anche tra flessibilità delle regole successorie e preoccupazioni sulle possibili incertezze che possano derivare dall'inclusione di situazioni di fatto nella determinazione dei soggetti chiamati alla successione *mortis causa*.

A tale scopo, la possibilità di offrire uno spazio alla posizione del convivente sembra coordinarsi in maniera coerente con altre proposte, già sperimentate positivamente in molti ordinamenti: l'attenuazione delle rigidità della successione necessaria, con forme di tutela di natura personale e non reale, il superamento della preminenza del coniuge quale indiscusso protagonista delle vicende successorie, il ridimensionamento del divieto dei patti successori, appaiono tutte direzioni sempre più necessarie al fine di far superare - ai sistemi successori che non hanno sperimentato una piena modernizzazione - quelle rigidità di disciplina che fino ad oggi hanno ostacolato l'ingresso di autentici valori personalistici. In un disegno più moderno del diritto successorio, anche la posizione del convivente sarebbe così destinata ad uscire dall'angolo di irrilevanza cui è stata fino ad oggi relegata.

II. LE RAGIONI A SOSTEGNO DEI DIRITTI SUCCESSORI DEL CONVIVENTE SUPERSTITE.

Il confronto tra le specifiche disposizioni attributive di diritti ai conviventi superstiti rappresenta, dunque, un percorso utile per valutare tenuta e coerenza del sistema successorio. Del resto, la progressiva emersione di una rilevanza riservata

al convivente superstite si inserisce in un quadro generale dei sistemi successori che sembra segnato da alcuni precisi tratti comuni, pur nella divergenza delle regole di dettaglio. Anche sotto questo profilo, la posizione del convivente risulta punto di osservazione adatto a comprendere i percorsi del diritto successorio dei Paesi occidentali, valutandone il grado di progressiva uniformazione.

Se è vero, infatti, che le modalità tecniche, attraverso cui si realizzano le linee di tendenza, divergono, e talora profondamente, nei singoli ordinamenti, le scelte di politica del diritto che guidano l'individuazione dei successibili non paiono discostarsi in maniera radicale. L'analisi dell'evoluzione novecentesca del diritto successorio consente di dar conto di una rivisitazione tendenziale occorsa alle categorie di successibili, che è segnata tanto dalla cd. "orizzontalizzazione" dei rapporti successori, destinati a fare del coniuge superstite il centro delle vicende successorie, quanto dalla accresciuta rilevanza della famiglia nucleare, quanto infine dal crescente significato dell'autonomia privata nella definizione delle modalità di trasmissione della ricchezza a causa di morte.

Il coniuge superstite è divenuto nel corso del Novecento il protagonista della successione legittima, destinatario generalmente di quote di patrimonio in piena proprietà di considerevole ampiezza[5]. Tanto in area anglo-americana, quanto nei paesi di *civil law*, si prediligono così modelli di successione orizzontale, originariamente connessi a principi di solidarietà tra coniugi e sul presupposto dell'esclusività della struttura familiare matrimoniale, rispetto alla precedente indiscussa presenza di modelli successori a carattere verticale o dinastico, in cui le regole della successione intestata miravano alla trasmissione generazionale della ricchezza[6].

5 Rimane particolare la vicenda francese, nella quale solamente la riforma introdotta con la legge 2001-1135 del 3 dicembre 2001 sembra percorrere la medesima strada tracciata da tempo in altri paesi europei con l'attribuzione di diritti successori in piena proprietà. La scelta francese lascia comunque un residuo spazio all'attribuzione successoria in usufrutto, sull'intero asse, con scelta rimessa allo stesso coniuge superstite. Per una puntuale illustrazione, cfr. Belliver, F., Rochfeld, J.: "Droit successoral. Conjoint survivant. Enfant adulterin. Loi 2001-1135 del 3 décembre 2001", *Rev. trim. dr. civ.*, 2002, Chron., pp. 156 ss.

6 Tra i sistemi che offrono una rilevanza significativa alla posizione del coniuge, cui è parificato in quasi tutti gli aspetti il convivente, vi è la Norvegia. Alla morte del partner, al coniuge o al convivente viene attribuita una facoltà di scelta tra una somma di denaro prefissata dal legislatore e l'*uskifte* sul patrimonio del *de cuius*. Nell'ipotesi in cui venga preferita l'attribuzione della somma di denaro, questa verrà quantificata come multiplo dell'importo annuo dell'assicurazione sociale nazionale, il quale è modificato annualmente. Con i parametri attuali, al convivente può oggi essere riconosciuta, con preferenza rispetto a qualsiasi altro successore, una somma pari a circa 45.000 euro. L'alternativa consiste in un diritto, l'*uskifte*, che per certi versi somiglia all'usufrutto, pur con sostanziali differenze, avente ad oggetto taluni beni del partner, che concorrono a determinare lo standard di vita della coppia, come l'abitazione familiare, i beni che la corredano, ma anche le case di vacanze o le automobili, laddove utilizzate congiuntamente dai conviventi. Tale istituto dell'*uskifte*, che letteralmente significa patrimonio indiviso, è tradizionalmente utilizzato per le coppie sposate: il coniuge, ed oggi anche il convivente dunque, non divengono veri e propri eredi, ma possono comunque utilizzare i beni che ne sono oggetto e potrebbero in ipotesi anche disporre degli stessi, a titolo oneroso, mentre la vera e propria devoluzione dell'eredità avrà luogo in un momento successivo (alla morte del partner superstite o in caso di suo matrimonio o, anche, nel caso in cui trovi un accordo con gli eredi per la divisione dell'asse ereditario). Per approfondimenti si veda T. Frantzen, "Reforming the Norwegian Inheritance Act", in Frantzen T. (ed): *Inheritance Law – Challenges and Reform*, Bwv, Berlin, 2013, pp. 73 ss.

Non sono mancate, in proposito, indagini volte a valutare le cause di un simile mutamento di prospettiva[7] ed appare utile verificare se le medesime ragioni si adattino, oggi, ad una espansione di un simile effetto "orizzontale" della successione nella direzione del convivente di fatto.

Come spesso accade per le regole di devoluzione successoria, anche fattori demografici, come l'aumento dell'aspettativa di vita, hanno inciso sull'individuazione dei chiamati alla successione: in periodi storici in cui i figli succedono ai genitori quando i primi sono già in età adulta, e quando il coniuge superstite invece può presentare una più avvertita esigenza di poter contare sulle sostanze del proprio partner deceduto, è evidente che la ragioni di *policy* possano far pendere la bilancia dell'interesse dalla parte del coniuge superstite. Nella stessa direzione concorre anche un mutamento della possibile composizione del patrimonio del defunto, il cui frequente carattere prevalentemente mobiliare non presenta quelle stesse esigenze di conservazione "dinastica" verticale, che erano tipiche invece dei periodi storici in cui la proprietà terriera costituiva l'unico rilevante *asset* presente alla morte del *de cuius*[8].

Simili spiegazioni del nuovo equilibrio orizzontale della successione – sovente ritenuto eccessivamente vantaggioso per il coniuge superstite[9] – sono evidentemente in grado di adattarsi anche alla figura del convivente di fatto, la cui emarginazione sul piano successorio stride con le ragioni di fondo del mutamento di paradigma della trasmissione ereditaria. Per la verità, il primo motivo – quello inerente all'opportunità di proteggere il convivente superstite ritrovatosi magari in tarda età privo del supporto del partner – non ha avuto una soluzione unitaria nei diversi ordinamenti. In molti paesi di *common law*, lo strumento volto a proteggere nelle dinamiche *mortis causa* un soggetto "debole" è stato individuato nella sola *family provision*, ovvero nel meccanismo discrezionale, eventuale, ad attivazione di

7 Il tentativo di ricostruzione storica del passaggio dal modello verticale a quello orizzontale della successione è delineato, tra molti, da Glendon, M.A.: *The Transformation of Family Law: State Law and Family in the United States and Western Europe*, cit., pp. 238–42; Kerridge, R.: "Distribution on Intestacy, the Law Commission's Report (1989)", *Conveyancer and Property Lawyer*, 1990, vol. 54, p. 358; Miller, G.: "Reform of the Law of Intestate Succession", in Bainham, A., Pearl, D. (eds.): *Frontiers of Family Law*, Chancery Law Publishing, 1993, 182; Burns, F.: "The Changing Patterns of Total Intestacy Distribution Between Spouses and Children in Australia and England", *UNSW Law Journal,* 2013, vol. 36, pp. 470-513.

8 È ampiamente condiviso in dottrina il riconoscimento di un legame tra la modificazione dell'assetto patrimoniale e nuova dimensione delle regole successorie: in questo senso Beroujon, C., Revol, M.C.: *Patrimoine et familles*, a cura di R. Nerson, Ed. du Centre national de la Recherche Scientifique, Paris, 1981; Cretney, S.: *Law, Law Reform and the Family*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1988, pp. 271 ss.; Langbein, J.H.: *The Twentieth-Century Revolution in Family Wealth Transmission*, U. Chicago Occasional Paper, no. 25, 1989, pp. 1-32; Reid, K., De Waal, M., Zimmermann, R.: "Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective", in Reid, K., De Waal, M., Zimmermann, R. (eds): *Comparative Succession Law*, vol II, *Intestate Succession*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2015, p. 492.

9 O'Sullivan, K.: "Distribution of Intestate Estates in Non-Traditional Families: A Way Forward?", *Common Law World Rev*, 2017, vol. 46, pp. 21-41.

parte e nella cui determinazione è essenziale la valutazione del patrimonio del *de cuius* e del suo partner superstite ad opera del giudice[10].

Ciò significa che in alcune esperienze giuridiche, le esigenze di superamento della successione dinastica non sono state reputate sufficienti, dal legislatore, per accordare uno spazio autonomo al convivente quale successore legittimo. Anche le scarse applicazioni giurisprudenziali mostrano un certo grado di ritrosia della giurisprudenza inglese ad accordare significativo spazio alla *provision* in favore del convivente superstite. Si può quindi ritenere che, talvolta, ove si valorizzi la sola esigenza di protezione del soggetto in condizione di debolezza, la posizione del convivente risulti sacrificata nei meccanismi della successione legittima, che continuano a non vederlo tra i chiamati alla successione, in assenza di valido testamento.

Altri ordinamenti, sul presupposto per cui il fondamento della successione del convivente non può invece circoscriversi alle sole ragioni protettive, che assumono solamente un significato parziale, hanno ritenuto opportuno procedere ad una sua autonoma considerazione quale successore legittimo. Con varietà di gradi o pluralità di presupposti, il convivente figura quale chiamato alla successione legittima in ordinamenti di diversissima tradizione e quasi sempre sulla base di riforme del sistema successorio realizzatesi recentemente. Dal modello neozelandese a quello canadese, dal diritto di alcune Comunità autonome spagnole a quello dei paesi sudamericani fino alla recentissima riforma austriaca del diritto delle successioni, la presenza del convivente di fatto tra i possibili destinatari di quote di successione legittima segna un radicale sconvolgimento nella consueta struttura dei rapporti successori, da sempre legati, nella successione orizzontale, al necessario presupposto di un rapporto formalizzato nel vincolo matrimoniale.

L'inserimento del convivente non risponde, dunque, solamente ad un'esigenza di protezione, che ben potrebbe ritenersi soddisfatta da meccanismi differenti, rimediali e successivi all'apertura della successione, ma segnala lo sradicamento della tesi, cui l'Occidente pareva avere consegnato l'intero impianto successorio, che declinava il modello familiare matrimoniale quale unico modo di considerare le relazioni all'interno della famiglia, attorno al suo superiore interesse destinato a sacrificare quello individuale[11]. È il piano delle relazioni affettive, a prescindere dal

10 Sulla funzione "protettiva" dei meccanismi della *family provision*, si possono vedere le due principali opere monografiche destinate al tema: Ross, S.: *Inheritance Act Claims. Law and Practice*, 3rd edn., Sweet & Maxwell, London, 2011 e Oughton, R.D. (ed.): *Tyler's Family Provision*, 3rd edn., Butterworths, London, 1997. Rimangono comunque profili di ambiguità per quanto riguarda il cd. *maintenance standard* (che non si applica invece per il coniuge superstite), il quale sembra in ultima analisi corrispondere alla risposta al quesito, sovente citato anche dalla giurisprudenza inglese, formulato nella decisione canadese *Re Duranceau* [1952] 3 DLR 714, 720: "*Is the provision sufficient to enable the dependant to live neither luxuriously nor miserably, but decently and comfortably according to his or her station in life?*".

11 Tale circostanza spiega altresì la ragione per cui, fino ad epoca recente, non si era mai determinata totale parificazione successoria tra figli nati all'intero o fuori del matrimonio. La rilevanza dell'istituzione

vincolo formale, ad emergere quale presupposto per l'applicazione delle norme sulla successione legittima, inverando la profezia sulla progressiva espansione di un diritto degli affetti[12].

Rispetto alla posizione del convivente superstite, dunque, non vi è solamente una possibile chiave di lettura in termini di esigenze considerate dal diritto: vi è la protezione quale soggetto debole, vi è la corrispondenza della sua condizione a quella di un coniuge, ma in alcuni ordinamenti vi potrebbe anche essere solamente una terza esigenza, ovvero la valorizzazione di taluni specifici aspetti della vita di coppia, che vengano reputati meritevoli di considerazione. È questo il caso delle esperienze, di retroguardia, tra cui quella italiana, in cui nelle vicende successorie il convivente è spettatore, ove non preso in considerazione nel testamento del *de cuius*, salvo che si affronti il tema dell'abitazione familiare. Il valore della casa, in cui la coppia ha condotto la propria relazione, diviene talora l'unico momento di rilevanza del rapporto di fatto alla morte di uno dei partner. Il modello successorio italiano viene inciso solo marginalmente dalla recente introduzione di una disciplina dedicata anche ai conviventi di fatto e solo con riferimento alla possibilità di continuare ad abitare la casa "familiare", per un periodo di tempo che varia a seconda di taluni presupposti individuati dal legislatore[13].

In ogni caso, ciascuna delle singole ragioni che inducono ad offrire un autonomo rilievo alla convivenza si inserisce coerentemente nel percorso che ha visto superare le logiche di una successione verticale e dinastica. Nel confronto con la posizione successoria del coniuge, comunque, il convivente risulta ancora ampiamente penalizzato in quasi tutte le legislazioni. Laddove la sua protezione sia garantita dalla sola possibilità di richiedere una *family provision*, è evidente che il meccanismo colloca il convivente in una posizione radicalmente diversa da quella di un coniuge, che è destinatario invece di una quota prestabilita del patrimonio,

matrimoniale ha infatti sempre condizionato l'assetto generale dei rapporti successori, a dispetto del principio di uguaglianza.

12 Kessler, L.T.: "New Frontiers of Family Law", in Albertson Fineman, M. (ed.): *Transcending the Boundaries of Law: Generations of Feminism and Legal Theory*, Routledge, Abingdon, 2011, pp. 226-42, 240 secondo cui "*family law is becoming or is at least on the verge of becoming the law of intimacy*".
È analogo il senso dell'esclusione del coniuge separato di fatto tra i chiamati alla successione in alcuni sistemi successori, come quello spagnolo. Anche la dottrina concorda nel ritenere che, in questo senso, gli affetti diventino presupposto per l'attribuzione di diritti successori: i diritti come successore legittimo o legittimario infatti "*tienen un presupuesto convivencial, no conyugal, que deriva de la existencia de una presunción de afecto en el caso de la sucesión intestada y de un supuesto deber moral de asistencia en el caso de la legítima que desaparecen ante cualquier situación de ruptura de los cónyuges*": Pérez Escolar, M.: "Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revsión de fundamentos y planteamiento de futuro", *Anuario de derecho civil*, 2007, vol. 60, p. 1673.

13 In Italia la legge n. 76/2016, che ha disciplinato le unioni tra persone dello stesso sesso e le convivenze etero e omosessuali, non ha inserito il convivente superstite tra i successori legittimi, ma lo ha preso in considerazione al limitato fine di attribuirgli il diritto di continuare ad abitare nella casa familiare. Su questo aspetto della legge non sono mancate critiche in dottrina per la timidezza con cui si è affrontata la questione successoria; si veda Albanese, A.: *I profili successori nel nuovo diritto di famiglia*, Pacini, Pisa, 2018, pp. 255 ss.

senza necessità di ricorrere all'autorità giudiziaria[14]; il coniuge, inoltre, gode indirettamente dei benefici che possono derivare da un'eventuale scelta del regime patrimoniale della comunione dei beni, mentre il convivente dovrà affidarsi ancora una volta a strumenti rimediali a carattere contenzioso, ad esempio richiedendo – laddove previsto – il riconoscimento dell'esistenza di un *constructive trust* in suo favore o utilizzando il rimedio del *proprietary estoppel* in caso di frustrazione di una promessa avente ad oggetto una futura disposizione testamentaria[15].

Il vero parallelismo con la posizione del coniuge sembra possibile, dunque, solamente negli ordinamenti che inseriscono il convivente tra i chiamati alla successione *ab intestato*, talora nella medesima posizione del coniuge, altre volte in posizione subordinata nell'ordine della successione. Ad avviso di alcuni, la stessa condizione del coniuge quale successore legittimo è peraltro divenuta eccessiva rispetto alle finalità della successione orizzontale[16], al punto da suggerire un ripensamento ed un alleggerimento – in chiave di temporaneità – dei benefici connessi allo *status* di coniuge e tale circostanza si riflette negativamente sulle stesse vicende legate alle attribuzioni *ex lege* in favore dei conviventi.

Vi è, dunque, nel confronto tra i sistemi successori, l'impressione che lo spazio minore o del tutto assente attribuito al convivente corrisponda, dal punto di vista del legislatore, ad una sorta di sanzione – sul piano della trasmissione dei rapporti patrimoniali – per coloro che instaurano una relazione di fatto senza consacrarla nel vincolo matrimoniale. In altre parole, potrebbe essere l'atteggiamento del paternalismo di Stato ad influire sulla dinamica dei rapporti successori, la cui disciplina finisce per influenzare l'indirizzo delle condotte dei consociati[17]: i soli ordinamenti che hanno mostrato di abbandonare un simile orientamento, quantomeno sul piano dell'intreccio tra regole della successione e

14 Anche il coniuge superstite è peraltro inserito tra i possibili richiedenti una *family provision*. Il presupposto è costituito, in questo caso, dalla circostanza che dalla successione testamentaria o da quella intestata (o dalla combinazione delle due), risulti un assetto di interessi che non sia in grado di garantirgli una *financial provision* ragionevole. La distinzione rispetto alla posizione successoria del convivente risiede, dunque, nella inclusione del coniuge tra i successori legittimi ed anche nell'ammontare della *family provision*, totalmente slegata dal riferimento al carattere "alimentare" della stessa.

15 Da ultimo si veda, in proposito, McFarlane, B.: "Proprietary Estoppel: Undermining the Law of Succession?", in Häcker, B., Mitchell, C.: *Current Issues in Succession Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland (Oregon), 2016, pp. 77-97.

16 Il nuovo modello successorio che vede al centro della successione legittima il coniuge superstite viene descritto con un passaggio "*from penury to affluence*" (Reid, K., De Waal, M., Zimmermann, R.: *Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective*, in Reid, K., De Waal, M., Zimmermann, R. (eds): *Comparative Succession Law*, cit., p. 489 ss.) secondo un processo che coinvolge tutti gli ordinamenti nazionali occidentali, compresi quelli di *common law*.

17 Una lettura delle regole del diritto di famiglia e successorie nella logica del paternalismo, secondo la prospettiva degli incentivi-disincentivi alle condotte dei singoli, si legge frequentemente nella letteratura anglo-americana. Cfr. Stake, J.E.: "Paternalism in the Law of Marriage", *Indiana L. J.*, 1999, vol. 74, pp. 801-18. L'opposta visione, definita quale "*neutrality policy*", comporta una piena valorizzazione del pluralismo dei modelli familiari; per una ricognizione delle sue applicazioni, con particolare riguardo alle esperienze dei Paesi nordici, cfr. Agell, A.: "Should and Can Family Law Influence Social Behaviour", in Eekelaar, J., Nhlapo T. (eds.): *The Changing Family: International Perspectives on the Family and Family Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 125-138.

disciplina familiare, hanno condotto ad una parificazione successoria dei diritti dei conviventi e le sole restrizioni attengono ad un diverso piano, quello della certezza dei rapporti, la quale deve emergere in maniera inconfutabile al momento della morte di uno dei partner[18].

Nei casi in cui permangono diversità di disciplina, la linea di tendenza può comunque essere riconoscibile nel tentativo – spesso supportato dalla dottrina e sospinto altresì dal ruolo attivo della giurisprudenza – di conferire al convivente superstite un insieme di meccanismi protettivi, in grado di far sì che la sua successione non sia uguale – in concreto – a quella di un qualsiasi estraneo alla successione.

Del resto, la linea di tendenza volta a rendere più "orizzontale" la vicenda successoria intestata, non è la sola che si presenta all'osservatore interessato a vagliare lo stato attuale del diritto successorio. Sebbene sia noto un certo disinteresse della comparazione giuridica per analisi di ampio respiro sul diritto delle successioni *mortis causa*, non mancano infatti recenti approfondimenti che hanno posto in risalto almeno altre due direzioni marcate che sembrano assumere i vari modelli di successione: un rafforzamento del ruolo dell'autonomia privata nella definizione della sorte dei beni al momento della morte ed un ridimensionamento della compagine familiare rilevante ai fini successori, con restrizione del novero dei chiamati alla successione legittima e talora anche del numero dei legittimari.

Entrambe queste tendenze si coordinano coerentemente con il tema della successione del convivente, che nell'autonomia privata può trovare una possibile strada di emersione e che sembra altresì beneficiare di un nuovo disegno nei confini della famiglia rilevante sul piano successorio.

Del resto, l'autonomia privata solo apparentemente contrasta con una regolamentazione dei rapporti tra conviventi, compresi quelli successori. Il vero problema che una disciplina delle convivenze informali solleva è, infatti, inevitabilmente, quello della eventuale derogabilità delle previsioni normative, problema che si è posto sovente con riguardo alle conseguenze derivanti da una rottura volontaria della relazione di fatto. Ben diversa, e meno significativa, è la questione della derogabilità, laddove si discuta di attribuzioni successorie, che sono poste nella chiara disponibilità del *de cuius*, attraverso lo strumento testamentario[19].

18 Con riguardo all'esperienza neozelandese, ove si è realizzata una piena parificazione dei diritti successori dei conviventi a quella dei coniugi, il problema è posto in rilievo da Atkin, B.: "The Legal World of Unmarried Couples: Reflections on "De Facto Relationships" in Recent New Zealand Legislation", *Victoria U. of Wellington L. Rev.*, 2008, vol. 39, pp. 793-812, 796.

19 Esplicito in questo senso il Report inglese *Intestacy and Family Provision Claims on Death* del 2011 (pp. 155 s.), che descrive l'auspicato passaggio alla successione legittima del convivente come un movimento "*from an*

III. CONDIZIONI DI RILEVANZA DEL RAPPORTO DI CONVIVENZA.

I recenti mutamenti che hanno investito le regole di devoluzione *mortis causa* concorrono a smentire l'idea che il diritto delle successioni, così come il diritto di famiglia, sia a tal punto intensamente avvinto alla cultura ed alla tradizione di ciascun ordinamento, da rendere inevitabile relegare queste discipline ai margini, se non all'esterno, del discorso comparatistico[20]. Soprattutto con riferimento ai singoli presupposti di rilevanza del rapporto di convivenza, i profili di scelta di politica del diritto emergono con particolare chiarezza ed aiutano, nel confronto tra le opzioni sistematiche, a comprendere se e quale sia la funzione sociale complessiva del diritto successorio e quale il legame con l'evoluzione delle strutture familiari.

La diversificazione dei presupposti di rilevanza di un rapporto di convivenza è assai marcata nei vari ordinamenti, pur se ad un primo sguardo le distinzioni possono apparire solamente di dettaglio e non sembrano riconducibili a caratteristiche profonde dei diversi sistemi successori. Tutte queste distinzioni, comunque, sono dirette a disegnare i confini di rilevanza di un rapporto non formalizzato, rendendo concreta la visione di un diritto ereditario quale strumento di salvaguardia di interessi individuali di un insieme di soggetti, al quale si partecipa solo in ragione di un sufficiente grado di vicinanza affettiva.

Un primo elemento che distingue le convivenze rilevanti da quelle non aventi conseguenze sul terreno successorio è costituito dal fattore temporale. Per la verità, tutte le esperienze prevedono un certo grado di stabilità della relazione affettiva e, tuttavia, solo alcune di queste impongono anche un preciso limite temporale minimo di durata del rapporto, circostanza che dovrebbe ridurre i margini di discrezionalità nell'apprezzamento da svolgersi al momento dell'individuazione dei chiamati alla successione.

La precisa indicazione di un dato temporale è volta, infatti, a rispondere ad una delle obiezioni più diffuse rispetto all'ingresso del convivente tra i chiamati alla

opt-in (a cohabitant who wants his or her partner to inherit without litigation can make a will to that effect) to an opt-out (a cohabitant who does not want that result can make a will leaving property elsewhere)".
Il tema del rispetto dell'autonomia privata, quale argomento che contrasterebbe ogni forma di regolamentazione del rapporto di coppia di fatto, è richiamato ripetutamente in dottrina; si veda, ad esempio, Deech, R.L.: "The Case Against Legal Recognition of Cohabitation", *Int'l & Comp L Q*, 1980, vol. 29, pp. 480-97 e Mahoney, M.M., "Forces Shaping the Law of Cohabitation for Opposite-Sex Couples", *J. Law and Family Studies*, 2005, vol. 7, pp. 135-204.

20 Per una sicura rivendicazione di importanza della comparazione applicata al terreno del diritto di famiglia, si veda di recente Nicola, F.G.: "Family Law Exceptionalism in Comparative Law", *Am. J. Comp. L.*, 2010, vol. 58, pp. 777-810. Già Glendon, M.A.: *Law and Family: Family Law in Transition in the United States and Western Europe*, 1977, prefigurava per il diritto comparato della famiglia il compito di individuare linee di tendenza omogenee nei Paesi occidentali, spesso orientate dalle corti costituzionali o da corti sovranazionali. Un utile quadro di sintesi sullo stato del diritto comparato della famiglia è tracciato da Krause, H.D.: "Comparative Family Law. Past Traditions Battle Future Trends – and Vice Versa", in Reimann, M., Zimmermann, R. (eds.): *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 1099-1129.

successione, e che si sostanzia nelle difficoltà derivanti dall'assenza di un preciso *status* familiare riconducibile al rapporto di fatto[21].

Del resto, se si capovolge la prospettiva e si guarda al fenomeno successorio con riguardo alla figura del coniuge, ci si avvede che talune ipotesi di riforma, volte a rendere più flessibile il sistema ed innervarlo di valori personalistici, hanno incontrato i medesimi ostacoli. Si pensi al diffuso orientamento dottrinale che suggerisce di affiancare allo *status* coniugale la considerazione di parametri ulteriori, quali lo stato di bisogno del coniuge superstite, la durata stessa del matrimonio, il regime patrimoniale adottato dai coniugi o la presenza di condotte specifiche del coniuge superstite.

Riportato sul piano della successione del convivente, tale interrogativo legato alle condizioni di rilevanza dei valori personalistici trova una prima risposta nella previsione di un termine, variamente individuato, tale da poter garantire un sufficiente grado di stabilità della relazione. Il termine lungo di cinque anni – solitamente ridotto in caso di presenza di figli comuni alla coppia – è presente in esperienze molto lontane tra loro, essendo contemplato nella disciplina di alcuni Paesi scandinavi, in Paesi latino-americani, ma anche in Irlanda (ai fini dell'attribuzione di una *family provision*) oltre che in un recente progetto di riforma della disciplina inglese, quale presupposto per la successione legittima del convivente. In Inghilterra, peraltro, già per l'attribuzione di una *family provision* è necessario oggi che il rapporto di convivenza perduri da almeno due anni. Altre esperienze, pur non indicando un preciso limite, richiamano comunque l'attenzione sulla stabilità del rapporto, rispetto alla quale la durata rappresenta il più delle volte un indice presuntivo.

Anche la presenza di figli comuni alla coppia può incidere sulla attribuzione di una quota di eredità a vantaggio del convivente, talvolta in alternativa al requisito temporale, come avviene in alcune Comunità autonome spagnole. Tale requisito costituisce un segnale sicuro dell'imporsi di un paradigma familiare fondato sulla centralità della filiazione[22], ma nel contempo risulta di particolare interesse perché la considerazione della presenza di figli consente di modellare le dinamiche successorie sulle concrete esigenze del nucleo familiare: la presenza di figli di una coppia di conviventi, oltre a modificare di per sé i tratti di vita della relazione, suggerisce

21 Per contro, una dottrina tradizionale ravvisava proprio nelle diverse indicazioni temporali rilevanti nelle varie esperienze giuridiche, un argomento per contestare l'opportunità di offrire specifica disciplina ad un fenomeno incerto già nell'individuazione di questo "*qualifying period*". Così Deech, R.L.: "The Case Against Legal Recognition of Cohabitation", *Int'l Comp Law Quarterly*, 1980, vol. 29, pp. 480-97, 481.

22 È ampiamente utilizzata in letteratura la formula "famiglia puerocentrica" (v. Ferrando, G.: "Famiglie ricomposte e nuovi genitori", in Aa.Vv., *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla Riforma*, a cura di T. Auletta, Giuffrè, Milano, 2007, p. 289) o quella "*derecho puerocéntrico*" utilizzata da Navarro Valls, R.: "Las nuevas fronteras y la crisis del concepto de familia. Notas para un debate posible", in Kemelmajer de Carlucci A. (coord.), *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, I, Rubinzal, Buenos Aires, 2000, pp. 25 s.; di "*child-centred family law*" discorre Scherpe, J.: *The Present and Future of European Family Law*, vol. IV, *European Family Law*, Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton (MA), 2016, p. 133.

l'esigenza stessa che, dopo la morte di uno dei genitori, al partner superstite sia attribuita almeno una quota del patrimonio del primo. A dispetto di una prima impressione differente, se si guarda in concreto alle dinamiche familiari complessive, tale attribuzione non compromette l'interesse dei figli comuni, i quali beneficeranno – sia pure indirettamente – del lascito in favore del genitore superstite[23].

Una ulteriore distinzione nei presupposti di applicazione della disciplina successoria per i conviventi riguarda il requisito della libertà di stato. Una buona parte degli ordinamenti che danno rilievo alla condizione del partner superstite, infatti, prevede che quest'ultimo goda dei diritti successori solamente nel caso in cui il *de cuius* non fosse stretto da vincolo di matrimonio. Il partner di una persona separata, la quale abbia iniziato una nuova relazione affettiva dopo la separazione, non gode quindi, in questi Paesi, di automatici diritti successori. Tuttavia, anche in questo caso, si riscontra una mancanza di uniformità delle scelte normative, e non mancano dunque orientamenti che escludono tale requisito della libertà di stato, come avviene in Catalogna o nel diritto neozelandese ed in quello degli Stati australiani, mentre più incerta si è mostrata l'interpretazione della nuova disciplina italiana al riguardo. Del resto, già nel comune sentire la relazione che lega persone tra loro separate appare meno intensa e meritevole di protezione rispetto a quella che lega una coppia di stabili conviventi e ciò sembra giustificare l'opportunità quantomeno di un coordinamento tra istanze successorie del coniuge separato e quelle del convivente che, nello stesso tempo, siano chiamati alla successione del *de cuius*.

Ciascuna di queste differenze nei presupposti conferma il carattere "riflesso" di una buona parte delle regole successorie, le quali tendono a tradurre, sul terreno della devoluzione *mortis causa*, opzioni sistematiche ben presenti in altri settori dell'ordinamento, come può essere la considerazione del ruolo della filiazione o dei caratteri del vincolo tra coniugi separati o, più in generale, la stessa concezione sul piano familiare del rapporto di convivenza. In ultima analisi, questo articolato quadro di discipline sembra muoversi lungo una direttrice comune, che è sempre rappresentata dal passaggio da una trasmissione intergenerazionale della ricchezza, ad un modello di devoluzione che afferma un ruolo preponderante agli affetti del *de cuius*, definiti attraverso uno specifico disegno della relazione di convivenza rilevante per tali finalità[24].

23 Nella letteratura anglo-americana è consueto il riferimento alla cd. *conduit theory*, secondo cui il coniuge superstite (ma ciò vale anche per il convivente superstite) terrà in considerazione, durante la propria vita e nell'eventuale distribuzione successoria, i bisogni dei figli del *de cuius*, in particolare quando si tratti di figli comuni tra loro. Si veda Madoff, R.D., Conill, P.A.: "Inheritance and Death: Legal Strategies", in Eekelaar, J., George, R.: *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Routledge, Abingdon, 2014, pp. 164-185, 174.

24 L'opportunità di offrire un rilievo al mondo degli affetti anche nell'ambito della disciplina successoria è espressa da Miranda, A.: "Immobilis in mobile: The Italian law of succession in a changing family and society", in A.A.V.V., *Essays in honour of Penelope Agallopoulou*, Ant. N. Sakkoulas Publisher, Athens, 2011, pp. 957-963, 947: "*Frankly I don't understand why I should leave my assets to a brother I had not more seen or meet for many and many years, instead of to my long-life partner*".

IV. CONVERGENZE TENDENZIALI E RESISTENZE SISTEMATICHE.

Il progressivo tentativo di valorizzare la convivenza quale presupposto per attribuzioni *mortis causa* coesiste con un complesso di regole tipiche di ciascun modello successorio, le quali condizionano la portata e l'efficacia delle nuove discipline dettate per i conviventi di fatto. Oltre alla convergenza "spontanea" sotto il profilo generale dell'atteggiamento nei confronti della convivenza, emergono almeno quattro possibili divergenze strutturali nel diritto delle successioni *mortis causa*, alle quali corrispondono altrettanti condizionamenti rispetto alle soluzioni specifiche della questione successoria dei conviventi.

i) La trasmissione dei diritti *mortis causa* può avvenire in forma diretta o indiretta, a seconda che il lascito giunga all'erede senza interposizione di soggetti cui viene conferita una funzione di tramite del fenomeno successorio ovvero grazie all'opera di questi, siano essi esecutori testamentari o amministratori del patrimonio ereditario (cd. *personal representatives*). Nelle ipotesi di trasmissione indiretta, acquista un particolare rilievo la mediazione dell'apparato amministrativo burocratico o giudiziario, già oggetto di ampie analisi comparatistiche, le quali hanno rilevato il carattere necessitato di tale intermediazione nei sistemi successori anglo-americani, mentre essa diviene solo eventuale (e generalmente rimessa alla volontà del testatore) nel diritto dei paesi di *civil law*[25].

Questa prima divergenza strutturale dei diritti successori riveste una fondamentale importanza in connessione con la posizione del convivente. Il modello "indiretto", infatti, comporta l'intervento di un soggetto chiamato a valutare tutti i presupposti per una delazione ereditaria, compresi i caratteri della relazione di fatto instaurata tra il *de cuius* ed un eventuale pretendente alla quota di successione. La tipica "farraginosità" che da più parti si è messa in evidenza rispetto ad un simile *modus operandi* della successione anglo-americana, mostra in questa occasione anche la ragione per cui esso è ritenuto il sistema idoneo a determinare il maggior grado di certezza nelle attribuzioni *mortis causa*, con un meccanismo che sembra operare quasi in funzione anti-processuale. Specialmente quando nella vicenda successoria vengano introdotti elementi di fatto, in assenza di una sicura attribuzione di *status* familiare, il passaggio intermedio è in grado di affrontare ogni delicato aspetto probatorio legato agli specifici presupposti fattuali

25 Per una sintesi, cfr. Verbeke, A.L., Leleu, Y.-H.: "Harmonization of the Law of Succession in Europe", in Hartkamp, A.S., ed al. (eds): *Towards a European Civil Code*, 4th edn., Kluver Law Int'l, 2011, spec. p. 464 ss. e Zoppini, A.: *Le successioni in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 2002, p. 24.

che il convivente superstite è chiamato a dimostrare, senza dover necessariamente procedere ad un'iniziativa giudiziale.

In concreto, la vicenda successoria si articola in una pluralità di passaggi, che iniziano dalla individuazione dell'esecutore testamentario eventualmente nominato dal *de cuius* o, in sua assenza, dalla nomina giudiziale di un amministratore. La loro funzione è paragonabile a quella di un liquidatore, chiamato ad estinguere le passività e successivamente ad assegnare le residue attività. Proprio in questa fase, che si caratterizza per un dovere fiduciario del *personal representative*, quest'ultimo è chiamato ad una valutazione dei presupposti per procedere all'assegnazione del *relictum* ereditario.

Questo modello indiretto si presenta in maniera costante in tutti gli ordinamenti di *common law* e senza dubbio favorisce l'ingresso, tra i chiamati alla successione, di soggetti il cui rapporto con il defunto non risulti formalizzato, ma sia invece ricavabile solo da un'indagine di fatto, che sveli il tipo di relazione, l'impegno reciproco, la durata ed ogni altro elemento idoneo a soddisfare i presupposti per la chiamata del convivente superstite. Sistemi successori di impronta "indiretta" affidano, dunque, ad un soggetto terzo rispetto ai rapporti successori la verifica di simili elementi, nel tentativo di aumentare il grado di certezza della vicenda successoria; in questo modo, l'inserimento del convivente tra i chiamati alla successione non determina quella sorta di limbo di incertezza che invece si teme possa determinarsi nei modelli "diretti", in cui la verifica dei presupposti fattuali potrebbe più frequentemente sfociare in una fase contenziosa.

Peraltro, occorre rilevare che un simile modello indiretto non entra in gioco con riferimento all'istituto della *family provision*, che di per sé obbliga comunque l'eventuale beneficiario ad un'iniziativa giudiziale. Esso rileva, invece, già nell'ipotesi fisiologica, in cui all'apertura della successione sia necessario individuare i possibili chiamati. La differenza tra modello diretto ed indiretto costituisce, dunque, una delle possibili cause di una certa resistenza all'ingresso del convivente tra i chiamati alla successione nei sistemi che seguono il primo modello, almeno quando la convivenza non prenda le forme di una convivenza registrata: solamente la registrazione, infatti, consente di superare l'ostacolo pratico rappresentato dal contrasto tra l'immediata chiamata alla successione e la necessità di accertare presupposti fattuali della relazione di convivenza.

Tuttavia, come si è detto ripetutamente e per le varie ragioni esposte, è proprio la condizione del convivente informale superstite a richiedere un'attenta riflessione sui meccanismi della sua tutela successoria; la differenza di ambiente giuridico in cui si prevedano strumenti di devoluzione in suo favore conferma comunque che una regola apparentemente simile può essere amministrata in modo assai diverso

e ciò richiede nell'interprete una particolare cautela, anche nell'accostamento di modelli successori differenti.

ii) In una considerazione complessiva degli assetti patrimoniali alla morte di uno dei conviventi, non può trascurarsi il peso di strumenti estranei alla stretta vicenda successoria, ma inevitabilmente destinati a condizionarne l'ampiezza. Anche quando si prendano in esame gli istituti che possono consentire al convivente superstite di "riequilibrare" condizioni economiche che, durante il rapporto, avevano pregiudicato la sua posizione, le differenze tra ordinamenti appaiono evidenti.

In particolare, anche sotto questa prospettiva, i paesi di *common law* presentano strumenti rimediali specifici, che accordano tipicamente al convivente superstite ampie possibilità di tutelare la propria condizione, rispetto ad apporti al *ménage* familiare che non siano stati compensati, in vita, tramite corresponsione di somme di denaro o intestazione di beni. Pur non essendo presenti istituti specificamente dedicati alla redistribuzione dei beni alla morte di un convivente, questa ipotesi è divenuta uno dei terreni di elezione per l'applicazione di due istituti tipici del diritto inglese, il *constructive trust* ed il *proprietary estoppel*. Mentre negli ordinamenti continentali le ipotesi di contribuzione di uno dei conviventi trovano scarse possibilità di essere riconosciute alla morte del partner, se non attraverso la difficile strada delle azioni di ingiustificato arricchimento, tanto in Inghilterra quanto negli Stati Uniti, in Canada, in Australia, in Nuova Zelanda, il convivente ha la possibilità di ottenere l'attribuzione di un bene in proprietà o quale beneficiario di un trust giudiziale, senza che il bene oggetto di tale vicenda entri nella massa ereditaria[26].

Sebbene, dunque, tali istituti non entrino direttamente nella dinamica della successione *mortis causa*, essi sono indubbiamente in grado di modificare la consistenza dell'asse ereditario, sottraendo beni che talora possono rappresentarne una parte assai significativa, ove solo si pensi che sovente il beneficio cade sulla casa acquistata dal partner deceduto, grazie all'apporto diretto o indiretto, per il tramite del lavoro anche casalingo, del convivente superstite.

A fornire il segno della differenza nel confronto tra ordinamenti, è sufficiente considerare come la riflessione dottrinale e le applicazioni giurisprudenziali nei Paesi

26 Si evidenzia, in proposito, un'ampia articolazione dei rimedi, distinti a seconda che il bene su cui incide l'azione giudiziale sia stato acquistato dal partner deceduto in via esclusiva ovvero in comproprietà col proprio convivente. Una sintesi efficace si legge, a proposito di una comparazione tutta interna alle province canadesi, in Girard, P.: "Concubines and Cohabitees: A Comparative Look at «Living Together»", *McGill L.J.*, 1983, vol. 28, pp. 977-1014, 1009, ove si rimarca la contrapposizione tra un *rights-based system* ed un *remedy-based system*: "*The latter did not have too much difficulty extending existing remedies to non-marital unions when social mores had evolved to the point where such solutions were seen as desirable. A rights-based system, on the other hand, tries to identify the type of right being dealt with, and then to tailor remedies to fit the situation*".

di *civil law* si siano soffermate prevalentemente sullo strumento dell'arricchimento senza causa, che ha fornito in molti casi l'unica via per una minima protezione del convivente superstite, pur essendo evidente la modestia di una simile prospettiva[27].

Inserita, pertanto, nell'ambiente giuridico in cui è chiamata ad operare, la successione del convivente manifesta differenze macroscopiche nei diversi ordinamenti, a cui paiono corrispondere differenti gradi di "urgenza" della sua presa in considerazione. Paradossalmente, tuttavia, proprio i sistemi che presentano una pluralità di strumenti rimediali, in grado di fornire già una prima tutela al convivente superstite, sono anche quelli che hanno manifestato la tendenza ad una sua protezione più completa, tramite la sua inclusione tra i successori legittimi o, comunque, attraverso l'attribuzione della possibilità di attivare il rimedio della *family provision*, che in questo senso, consente di completare il quadro delle tutele concretamente a disposizione del convivente superstite. È ben possibile infatti che quest'ultimo, alla morte del partner, proceda contestualmente in giudizio per il riconoscimento di uno dei due citati strumenti rimediali insieme alla richiesta di una *family provision*, non essendovi alcuna alternatività tra le due forme di protezione.

iii) Le dinamiche dei rapporti che coinvolgono una coppia di fatto devono tenere conto anche di un ulteriore elemento sistematico, che informa l'intero diritto successorio dei singoli ordinamenti nazionali e che consiste negli spazi concessi all'autonomia privata per la definizione degli assetti *mortis causa*. L'estensione dell'autonomia privata gioca un ruolo fondamentale per delineare la condizione del convivente superstite. Ci sono, in questo senso, almeno due momenti di emersione del problema, che descrivono anche il grado di urgenza di una disciplina successoria la quale tenga in considerazione la posizione del convivente superstite, che si elevi rispetto a qualsiasi altro estraneo alla successione.

Un primo momento può presentarsi durante il rapporto di convivenza, quando i partner ritengano opportuno concordare tra loro le sorti della successione futura, delineando un assetto di interessi in grado di soddisfare le reciproche eventuali esigenze. Dove l'ordinamento ammette una simile possibilità, i conviventi sono posti in condizione di stringere tra loro un patto successorio istitutivo, circostanza che, se non vale a risolvere problemi di tutela di un'eventuale "debolezza" contrattuale di una delle parti, quantomeno agevola una soluzione concordata e che non rechi sorprese al momento della morte di un partner.

Com'è noto, al riguardo, già nell'Europa continentale si presentano due modelli contrapposti, che vedono con favore – quello tedesco – o con disfavore – quello

27 Sul punto, di recente, si veda Fusaro, A.: "Profili di diritto comparato sui regimi patrimoniali. Unioni civili e convivenze di fatto. La legge", *Giur. it.*, 2016, c. 1771 ss.

francese –, la possibilità di una fonte contrattuale della successione[28]. La posizione del convivente risente in maniera del tutto peculiare del diverso atteggiamento dell'ordinamento rispetto al divieto dei patti successori, perché è ben possibile che proprio tra coloro che condividono un progetto di vita in comune si manifesti l'esigenza di regolare le vicende successorie in maniera concordata. Lo strumento testamentario non è in grado di garantire il medesimo risultato, potendo esso venire modificato fino all'ultimo istante da parte del *de cuius*, circostanza che può in ipotesi frustrare quell'affidamento eventualmente riposto da uno dei partner sul contenuto testamentario.

Per evitare uno spiacevole effetto "sorpresa", alcuni ordinamenti – come quello norvegese - si limitano a prevedere che l'eventuale testamento che contempli una diseredazione o comunque riduca la quota del partner, per essere efficace nei confronti di quest'ultimo, debba essere portato alla sua conoscenza prima del momento della morte. Evidentemente si tratta di un meccanismo che opera in un sistema che già include il convivente tra i chiamati nella successione legittima[29].

In altri casi, invece, è proprio tramite un *cohabitation agreement* che le parti possono disciplinare non solamente i dettagli del loro *ménage* familiare, ma anche la destinazione dei beni al momento della morte di uno dei partner. Il modello successorio inglese, così come quello degli altri paesi di *common law*, si caratterizza proprio per una molteplicità di fonti della successione, che si rinvengono - oltre che nella legge e nel testamento (ammesso anche nella modalità del testamento congiuntivo o *joint will*, ovvero redatto in un unico documento ma incorporante la volontà di entrambi i testatori) - nel contratto o nello schema del *proprietary estoppel*.

Quando l'accordo tra i conviventi riguarda dunque anche gli aspetti successori, la devoluzione dei beni alla morte di uno dei partner può avvenire sia in esecuzione del contratto stesso, che rivesta le formalità testamentarie, sia in virtù di un testamento che sia stato redatto in esecuzione del contratto. Tale ultima ipotesi si verifica laddove l'accordo tra le parti assuma la veste di un patto successorio istitutivo a carattere obbligatorio, il quale ha la funzione, per gli stipulanti, di

28 Le indagini di diritto comparato sui patti successori sono molteplici; si tratta, com'è noto, di un terreno nel quale perde di nitidezza la tradizionale contrapposizione tra sistemi successori di *common law* e di *civil law*, essendo peraltro quest'ultimi ampiamente differenziati al loro interno; in questo senso Zimmermann, R.: "The Present State of European Private Law", *Am. J. Comp. Law*, 2009, vol. 57, pp. 479-512, 509.

29 In Norvegia, il convivente non si vede riconosciuto alcun diritto successorio – a differenza del coniuge – laddove il testatore lo abbia espressamente escluso dalla successione: è dunque possibile che il partner, nel proprio testamento, riduca o elimini del tutto i diritti che la legge altrimenti attribuirebbe al proprio convivente. L'eventuale testamento che contempli una diseredazione o comunque riduca la quota del partner, per essere efficace nei confronti di quest'ultimo, dovrà essere portato alla sua conoscenza prima del momento della morte. Ciò pare trovare una spiegazione nell'affidamento che un partner ripone sui diritti ereditari del proprio convivente, e che può condizionare anche il suo comportamento fin tanto che dura la relazione; la previsione di una *disclosure* del contenuto del testamento sembra pertanto indirizzata ad evitare che vi siano sorprese spiacevoli e disillusioni degli affidamenti riposti in vita.

vincolarsi a redigere il proprio testamento secondo un contenuto in tutto o in parte predeterminato nel patto medesimo.

Nel confronto comparatistico, sono gli ordinamenti che contemplano un divieto dei patti successori istitutivi a vedere compressa ogni possibilità di programmazione della successione, frutto di un accordo tra i conviventi. Così accade in Italia dove, pur essendo noto da tempo il fenomeno di proliferazione di strumenti parasuccessori che la giurisprudenza considera non in conflitto col divieto dei patti successori, la regola dell'art. 458 del codice civile è sottoposta da più parti ad un tentativo di revisione, talora prospettato addirittura – in sede di iniziative legislative, finora senza successo – con esclusivo riguardo alla figura dei partner di fatto[30].

Il permanere del divieto segna la condizione di minore vantaggio possibile per i conviventi, i quali, oltre a non essere contemplati tra i successori legittimi, nemmeno possono concordare tra loro la sorte della successione del partner, di modo che attualmente, se si esclude il limitato ambito dell'abitazione familiare, quella del convivente rimane tipicamente la successione di un qualsiasi estraneo. Ciò costringe le parti, nella prassi, a ricorrere a strumenti alternativi, nelle forme degli atti *post mortem*, al punto che il vero compito dell'interprete del diritto successorio sembra declinarsi oggi con frequenza nella semplice verifica delle possibilità di adattamento delle successioni alle mutate esigenze ed ai nuovi valori portati dalle trasformazioni economiche e sociali, ritagliando spazi di autonomia tra le pieghe del sistema.

I condizionamenti dell'autonomia privata rispetto alla posizione del convivente si colgono, infine, anche nella prospettiva dell'autonomia testamentaria; forse in questo ambito si manifestano le più note differenze strutturali e quelle contrapposizioni entrate a definire i tratti sistemologici dei modelli successori di *common law* e *civil law*. Com'è noto, infatti, la presenza delle regole sulla successione dei legittimari, pur declinate con varietà di proporzioni, può essere destinata ad incidere in negativo sui lasciti in favore del convivente superstite. Ciò si verifica evidentemente quando quest'ultimo concorra con i soggetti cui la legge riserva una quota di legittima ed in particolare quando la convivenza sia iniziata, per il *de cuius*, in un periodo successivo alla crisi coniugale: in questi casi il convivente superstite potrà vedere compressa la propria attribuzione anche dal concorso con il coniuge separato senza addebito o, quanto alla prestazione alimentare, con quello divorziato o separato con addebito.

30 La versione definitiva della legge italiana su unioni civili e convivenze non si accompagna ad una deroga al divieto dei patti successori, diversamente da quanto previsto nell'originaria versione del disegno di legge. Nel primo progetto infatti si stabiliva che il contratto di convivenza potesse prevedere, oltre alle modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, alla scelta di un regime di comunione ed alle previsioni per il caso di rottura della convivenza, anche una specifica gestione della vicenda successoria, circostanza che è stata tuttavia valutata in possibile contrasto irragionevole col principio di uguaglianza, essendo destinata a consentire una deroga al divieto dei patti successori unicamente per le coppie di conviventi.

All'opposto, gli orientamenti presenti in area anglo-americana valorizzano i profili della libertà testamentaria, al punto da consentire – salva l'applicazione delle regole sulla *family provision* – una vera e propria diseredazione dei familiari più prossimi[31]. In ogni caso, tutte le esperienze indagate non considerano sufficiente affidare la protezione del convivente superstite al solo strumento testamentario. È ben vero che molti di questi ordinamenti generalmente condividono una particolare considerazione dell'autonomia testamentaria, che diviene quasi un tratto distintivo dei loro modelli successori[32]. Tuttavia, pur a fronte dell'ampio grado di estensione della libertà del testatore, si è reputato necessario intervenire sulle regole della successione legittima, con attribuzioni diversificate tra i vari Paesi, ma comunque in grado di inserire la figura del convivente *more uxorio* tra i successibili *ex lege*.

Tale operazione non deve stupire l'osservatore, poiché, se è vero che la successione testamentaria è ancora vista con una particolare predilezione, tuttavia non sfuggono agli interpreti anche i limiti che essa presenta. Da un lato, infatti, molti studi informano di come la maggior parte delle successioni si apra senza un valido testamento, circostanza che rende inevitabile intervenire in una adeguata strutturazione delle regole successorie *ab intestato*; d'altro lato, poi, una larga opinione dottrinale ha dimostrato come l'autonomia testamentaria spesso venga svilita dalle decisioni giudiziali, che paiono inclini a non tributarle quel rispetto che ci si potrebbe attendere, specialmente quando essa si indirizza a vantaggio di persone estranee alla ristretta cerchia familiare[33].

iv) Il quadro generale delle strutture familiari cui i singoli ordinamenti offrono rilievo è destinato a condizionare l'evoluzione della posizione successoria del convivente. L'introduzione di una disciplina sulle partnership registrate, che a partire dagli anni '80 si è imposta in numerosi paesi occidentali, ha rappresentato un significativo fattore di evoluzione delle regole sulla successione legittima, che

31 La possibilità di diseredare anche i figli, senza la necessità di addurre specifiche ragioni legate alla condotta di questi, è stata riaffermata da parte della Supreme Court inglese nel recente caso *Ilott v. The Blue Cross and others* [2017] UKSC 17, in cui fin dalle prime righe la Corte chiarisce come "*Unlike some other systems, English law recognises the freedom of individuals to dispose of their assets by will after death in whatever manner they wish*".

32 Non mancano, in proposito, alcune declamazioni formali provenienti dalle Corti di vertice, come negli Stati Uniti, nel caso *Hodel v. Irving*, 481 U.S. 704, 716 (1987), in cui la Corte Suprema individua nella libertà testamentaria – compresa la libertà di diseredare – una manifestazione di quel "*bundle of sticks*" che identifica il diritto di proprietà. L'unico Stato, negli Stati Uniti, che conosce una rigida previsione di quote di successione dei legittimari è la Louisiana, ove pure se ne è ampiamente ridotta la portata con una riforma del 1989, che ha considerato legittimari solamente i figli di età inferiore a 24 anni o affetti da disabilità.

33 Alcuni studi empirici, al riguardo, hanno dimostrato come il paradigma familiare innervi anche la giurisprudenza che è chiamata a decidere sulla validità o sull'interpretazione dei testamenti, evidenziandosi un certa inclinazione a considerare invalidi, per difetto di *mental capacity* o per *undue influence*, proprio quei negozi testamentari con cui il *de cuius* affida le proprie sostanze non all'interno della famiglia "tradizionale", ma a soggetti ad essa estranei, come potrebbe essere appunto il convivente Un contributo essenziale per verificare l'atteggiamento delle Corti rispetto alla libertà testamentaria si ritrova nel saggio di Leslie, M.B.: "The Myth of Testamentary Freedom", *Ariz. L. Rev.*, 1996, vol. 38, pp. 235-290, ove si rileva come «*many courts are as committed to ensuring that testators devise their estates in accordance with prevailing normative views as they are to effectuating testamentary intent*». Nella stessa prospettiva, si veda Madoff, R.D.: "Unmasking Undue Influence", *Minn. L. Rev.*. 1997, vol. 81, pp. 571-629.

si è così svincolata dalla sua tradizionale vocazione alla trasmissione dei rapporti patrimoniali all'interno della sola famiglia fondata sul matrimonio. In sostanza, in quell'ultimo bastione a tutela della famiglia legittima, che è spesso rappresentato dalle regole successorie, viene aperta una breccia dalla disciplina introdotta per le partnership registrate (nelle plurime forme in cui esse sono declinate), la quale solitamente accomuna la posizione successoria del convivente registrato a quella del coniuge.

Da più parti si sottolinea come il diritto di famiglia sia investito, ormai da molti anni, da un processo di modernizzazione diffuso, al punto da ipotizzare l'esistenza di "*three great trends, towards liberty, equality and secularity*"[34], che si esprimono in maniera congiunta nella disciplina delle partnership registrate. Tuttavia, anche in questo ambito, pur essendo indubitabile l'affievolirsi delle resistenze ad una concezione plurale della comunità familiare, non mancano opzioni differenziate nei singoli ordinamenti, che rendono necessario il confronto; quest'ultimo non può dunque limitarsi ad una lettura superficiale delle linee di tendenza, ma è volto a mettere in luce anche le diversità di disciplina e di applicazione delle regole, diversità che modificano sensibilmente la portata pratica dell'evoluzione comune e segnano, per ciò che qui interessa, anche i confini della successione del convivente informale.

Del resto, la differenziazione nei presupposti soggettivi di applicazione delle regole sulle convivenze registrate si riflette indirettamente proprio sulla scelta della convivenza informale. Si pensi al caso più semplice, di una regolamentazione sulle convivenze registrate destinata alle coppie dello stesso sesso, in ordinamenti nei quali è precluso l'accesso al matrimonio *same-sex*. In questa ipotesi, è evidente che una percentuale delle coppie dello stesso sesso inquadrate come conviventi informali, a seguito dall'entrata in vigore di una disciplina specifica, abbandonerà lo stato di informalità del rapporto, per accedere ad una regolamentazione che garantisca un più ampio spettro di opportunità, ed una più piena corrispondenza con la condizione delle coppie unite in matrimonio[35].

Il percorso di numerosi ordinamenti della tradizione occidentale per molti aspetti è segnato, in questo senso, dalle medesime tappe, circostanza che ha condotto una parte della dottrina a ritenere che il processo di modernizzazione del diritto di famiglia in Occidente risulti, sotto questo profilo, pienamente omogeneo, relegando le differenze al solo *timing* delle singole riforme[36]. Tuttavia, non soltanto le specificità

34 Clive, E.: "Marriage: An Unnecessary Legal Concept", in Eekelaar, J., Katz, S.N. (eds): *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies*, Butterworths, Toronto, 1980, p. 73.

35 Leckey, R.: "Cohabitation and Comparative Method", *Modern Law Review*, 2009, vol. 72, pp. 48-72, 59 sottolinea il legame tra l'introduzione di discipline dedicate alle coppie dello stesso sesso e la regolamentazione della convivenza informale.

36 Si tratta della tesi sostenuta da Antokolskaia, M.: *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Intersentia, Antwerp, 2006 e Ead.: "Family Law and National Culture: Arguing Against the Cultural Constraints Argument", *Utrecht L. Rev.*, 2008, vol. 4, pp. 25-34.

di ciascun sistema successorio segnalano la mancanza di un pieno allineamento delle regole di devoluzione dei beni alla morte di uno dei partner, ma le stesse regole sulle partnership registrate si presentano ricche di sfumature e distinzioni.

In questo ambito, è noto il ruolo propulsivo della legislazione dei Paesi nordici, la cui disciplina sulle partnership ha precocemente cercato di risolvere il problema dei rapporti di coppia non formalizzati nel vincolo matrimoniale, nel contempo dando una risposta alla questione omosessuale. Quanto ai profili successori, il modello della partnership registrata immancabilmente prevede una piena equiparazione tra coniugi e conviventi registrati, ed ovviamente il risultato dipende in concreto dalle regole già presenti per le coppie unite in matrimonio. Oltre che nella legislazione dei Paesi nordici, il convivente registrato superstite si trova nella medesima condizione del coniuge nella disciplina delle Comunità Autonome spagnole, nel *Lebenspartnerschaftsgesetz* tedesco o nel *Civil Partnership Act* inglese; anche l'Italia, in questo senso, sembra aver seguito il medesimo percorso di equiparazione, con la nuova disciplina sulle unioni civili, dedicate esclusivamente alle coppie dello stesso sesso.

Del resto, occorre considerare che il modello delle convivenze registrate si sviluppa con una prevalente finalità antidiscriminatoria, la quale condiziona il disegno delle specifiche regole, anche sul versante della successione *mortis causa*. L'esperienza delle Comunità spagnole è, in questo senso, paradigmatica, in quanto consente di dissociare gli effetti successori a seconda che il rapporto sia oggetto di specifica "iscrizione" presso gli appositi registri, oppure si sviluppi in maniera informale. Alcune Comunità autonome, infatti, non garantiscono diritti successori se la coppia non ha provveduto a tali formalità, creando una disciplina ad accesso volontario e non automatico.

I profili successori contribuiscono così in maniera determinante al processo di avvicinamento tra matrimonio e istituti di convivenza formalizzata riservati a coppie dello stesso sesso, processo che in taluni Paesi si è poi completato con l'introduzione del *same-sex marriage* e, talvolta, con l'abbandono degli istituti coniati di recente delle partnership registrate. L'impermeabilità che il sistema successorio ha fino ad oggi dimostrato rispetto ai rapporti di convivenza sembra, così, destinata ad un superamento, specialmente ove letta nel più ampio disegno che i singoli ordinamenti paiono riservare al fatto in sé della convivenza informale.

V. CONCLUSIONI.

L'indagine sulla posizione del convivente nelle successioni *mortis causa* consente di formulare alcune osservazioni principali: innanzitutto ciascun profilo particolare del sistema successorio in ogni Paese richiede un approfondimento che sconfini

dagli stretti percorsi della disciplina dettata per la regolamentazione della sorte dei beni alla morte di un soggetto; in secondo luogo, la comparazione mette in luce alcuni trend omogenei, tra cui sicuramente si riconosce la tendenza a rafforzare nel sistema successorio la rilevanza di vincoli non formalizzati, che costituiscono un aspetto particolare del più generale ingresso di valori personalisitici nel processo di devoluzione dei beni *mortis causa*. Oltre a questi dati, è possibile mettere in luce alcuni riflessi che la vicenda del convivente produce sul generale assetto successorio, essendo questa vicenda destinata a consolidare il processo di "orizzontalizzazione" del diritto delle successioni, circostanza che riflette altresì una progressiva apertura degli ordinamenti ad un'idea plurale di famiglia[37].

Il confronto tra modelli della successione ereditaria dei conviventi apre così all'osservatore uno scenario particolarmente vivace del diritto successorio odierno, che coinvolge tutti i principali ambiti su cui da tempo la dottrina invita ad un ripensamento generale: dai contratti successori alle dimensioni della successione necessaria, dai confini di rilevanza del rapporto di parentela alla richiesta di considerazione del tema delle famiglie ricomposte. Tale vivacità può stupire solamente coloro che guardano al campo delle successioni in maniera superficiale e che tramandano l'idea, certamente oggi da ripensare, di una staticità della materia, cui si accompagna, salvo meritorie eccezioni, la tradizionale marginalità del settore nel quadro della comparazione giuridica[38].

Dal raffronto emerge, dunque, in maniera chiara una linea di tendenza omogenea, che investe oggi ordinamenti che si collocano tra loro agli antipodi, non solo geograficamente, e che si invera nelle più recenti riforme approvate, come quella austriaca del 2017, la quale inserisce il convivente tra i successori

37 Per una riflessione sul metodo più adeguato alle analisi comparatistiche in ambito familiare (ma valido anche per le successioni a causa di morte), si veda Boele-Woelki, K.: "What Comparative Family Law Should Entail", *Utrecht L. Rev.*, 2008, vol. 4, pp. 1-24, secondo la quale la ricerca descrittiva di somiglianze e differenze è il primo passo di qualsiasi ricerca comparatistica, che dovrebbe contenere peraltro anche il tentativo di delineare le linee di tendenza che si possono ricavare dall'esame diacronico e sincronico dei sistemi.

38 L'intreccio di tutti questi elementi ed il condizionamento che essi generano sulla posizione del convivente induce a confermare la tesi secondo cui, quando il legislatore decide di intervenire in questo ambito, la sua azione non dovrebbe circoscriversi ad un inserto settoriale e limitato, ma dovrebbe ambire ad una generale ridefinizione dell'impianto successorio. Premesso il ruolo fondamentale della legislazione nella sistemazione dei rapporti che scaturiscono alla morte di una persona, una semplice attribuzione successoria a vantaggio del convivente rischierebbe di alterare il difficile equilibrio raggiunto dal sistema complessivo sedimentato nel corso del tempo.

legittimi[39], o quelle ancora al vaglio dei parlamenti nazionali, come in Inghilterra[40] o in Svizzera[41], entrambe dirette ad attribuire uno specifico ruolo al convivente, non più considerato come un qualsiasi estraneo rispetto alla successione del partner. Le radici culturali di ogni sistema successorio incidono, peraltro, più sulle fondamenta del diritto che non sui nuovi percorsi che esso segue, cosicché esse emergono costantemente nel raffronto sistematico.

Pur a fronte delle menzionate differenze strutturali dei sistemi successori, è inevitabile che i criteri di devoluzione *mortis causa* siano destinati a tener conto dell'evoluzione che, in maniera omogenea, sta attraversando la struttura sociale della famiglia e, di conseguenza, anche la sua regolamentazione. Il tema della convivenza informale rientra, in questo senso, in un quadro generale del diritto successorio, che talora recepisce – pur con un certo ritardo – i cambiamenti sociali. Non vi è dubbio, infatti, che molti fenomeni sociali sembrano oggi mettere in evidenza una sorta di tratto anacronistico di quelle discipline successorie che non sono pronte al rinnovamento; le famiglie ricomposte, le famiglie *same-sex*, le famiglie monogenitoriali, così come le tecniche di procreazione assistita o la cd. genitorialità sociale, indipendentemente dal giudizio valoriale con cui talora una parte della dottrina si accosta ad esse, interrogano sullo scollamento tra strutture socio-familiari e regole successorie, che spesso paiono ancorate all'esclusiva rilevanza dell'istituzione matrimoniale o del rapporto genetico tra *de cuius* ed eredi[42].

Del resto, la comparazione aiuta a riconoscere il carattere di relatività storica e geografica della nozione stessa di famiglia, oltre che dei confini dell'istituzione matrimoniale. In questo senso, se si collega il fenomeno successorio complessivo

39 Il 1° gennaio 2017 è infatti entrata in vigore la riforma, denominata ErbR□G, la quale ha radicalmente rivisitato il diritto delle successioni austriaco, in larga parte recependo le sollecitazioni dottrinali che da tempo invitavano ad un ammodernamento delle regole di devoluzione successoria. Tra le principali novità, oltre ad un rafforzamento della posizione successoria del coniuge superstite, vi è l'inserimento del convivente di fatto nella cerchia dei successori legittimi. Tale innovazione colloca il convivente superstite quale ultimo possibile chiamato, che entra nei meccanismi della successione legittima solo in assenza dei parenti del *de cuius*, individuati secondo il tradizionale meccanismo delle linee di parentela. Al convivente (in caso di convivenza durata almeno tre anni) è inoltre riconosciuto il diritto, di durata annuale, di continuare ad abitare nella casa familiare, di proprietà del defunto, e di usare i beni mobili che la corredano. Per un primo commento si veda Christandl, G.: "La recente riforma del diritto delle successioni in Austria: principi normativi e problemi", *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 423 ss.

40 Si veda il Report su *Intestacy and Family Provision Claims on Death* (Law Com No 331, 2011) in cui si conclude che "*We recommend that a qualifying cohabitant should be entitled to benefit from the estate of a deceased partner under the intestacy rules*".

41 È in fase avanzata la proposta di revisione della disciplina successoria prevista nel codice civile svizzero. L'avanprogetto, già discusso in sede di procedura di consultazione dei Cantoni ed approvato dal Consiglio federale, nasce con l'obiettivo di modernizzare il diritto successorio, rendendolo più flessibile ed adeguato alla mutata realtà sociale. Le due principali novità, che dovrebbero garantire questo risultato, consistono nella riduzione delle quote di legittima, aumentando la porzione disponibile, e nella introduzione di un cd. legato di mantenimento. Quest'ultimo dovrebbe essere destinato al partner di fatto che abbia convissuto per almeno tre anni e abbia "fornito ragguardevoli prestazioni" in favore del *de cuius*.

42 Non dissimili rilievi in Monk, D., Hacker, D.: "Wealth, Families and Death: Socio-Legal Perspectives on Wills and Inheritance: Introduction", *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 4, n. 2, 2014, pp. 170-175.

alla comunità familiare, quando mutano i tratti di quest'ultima, inevitabilmente sono destinate a modificarsi anche le regole della successione, le quali dunque vivono in larga parte di riflesso rispetto alle strutture familiari che il diritto tiene in considerazione. Specialmente nell'ambito del diritto di famiglia, e nel punto di intersezione con la disciplina successoria, l'analisi di raffronto sembra in grado di gettare una luce sul carattere di interdipendenza tra questa disciplina e l'evoluzione sociale, facendo emergere quelle linee di tendenza che aiutano a leggere il fenomeno giuridico "salendo la scala a spirale dell'interpretazione fino ai gradini superiori"[43].

Non di rado, in questo percorso, si incontrano resistenze all'ingresso del convivente tra i possibili destinatari di quote di successione e, più in generale, alla sua rilevanza nel quadro della successione del partner. Da un punto di vista teorico-generale, infatti, non mancano adesioni alla tesi che respinge l'idea che il diritto successorio (e prima di esso il diritto di famiglia) debba adeguarsi alle mutate strutture sociali, dovendo invece essere destinato a guidare una sistemazione dei rapporti economico-sociali conforme a valori e principi predefiniti (talora identificati nell'esclusività del modello familiare matrimoniale, secondo una già citata visione paternalistica dell'ordinamento). Tuttavia, questa prospettiva appare ormai minoritaria in dottrina, pur se presente in pressoché ogni contesto preso in considerazione[44].

Anche da questo punto di vista, non è neppure necessaria una raffinata metodologia di indagine comparatistica o di *socio-legal studie*s per comprendere come i flussi giuridici proiettino sul versante legislativo una più diffusa consapevolezza dottrinale in ordine al pluralismo dei modelli familiari. È invece più arduo riconoscere i fattori che si collocano all'origine del processo di evoluzione delle regole successorie; la posizione del convivente consente probabilmente però di cogliere i più rilevanti tra questi fattori generali: oltre al pluralismo dei modelli familiari, si tende a riconoscere – per l'ingresso del convivente nelle dinamiche successorie – l'importanza delle modifiche alla composizione dei patrimoni, con accresciuta rilevanza della ricchezza mobiliare, le istanze legate alla posizione della

43 L'espressione è di Zatti, P.: "Introduzione al Convegno - Modelli familiari e nuovo diritto, Padova, 7-8 ottobre 2016" *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1663.

44 Simile posizione che esalta un ruolo di indirizzo delle regole rispetto alla sistemazione dei rapporti sociali si legge, ad esempio, in Corral Talciani, H.: "¿Del Derecho De Familia a un Derecho De las Familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la "Pluralidad de formas de familia", *Revista de Derecho de Familia*, vol. 23, 2015, pp. 21 ss. o in Niboyet, F.: *L'ordre public matrimonial*, L.G.D.J., Paris, 2008, pp. 113 ss. Analogo sembra il punto di vista di quanti contrastano l'introduzione di un rilievo successorio per i conviventi, sulla base di un potenziale indebolimento dell'istituzione matrimoniale; l'argomento viene ricordato anche nel citato Report inglese del 2011, ove espressamente non si condivide la preoccupazione che "*greater legal equivalence between marriages and civil partnerships on the one hand, and cohabiting relationships on the other, risks undermining the institution of marriage*". Frutto della medesima impostazione è anche quella tesi che reputa dannosa la presenza di una disciplina per le convivenze, in quanto destinata ad indebolire l'istituzione matrimoniale; sul punto, ampiamente, Grant Bowman, C.: *Unmarried Couples, Law, and Public Policy*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2010.

donna nella società, o la crescente influenza dei diritti fondamentali in ogni settore dell'ordinamento, compreso l'ambito della successione *mortis causa*[45].

L'analisi di confronto tra esperienze diverse mette poi in guardia anche dal considerare chiuso il modello successorio nelle sole prescrizioni legislative. Specialmente quando il legislatore ritarda l'opera di adeguamento alle esigenze sociali, è illusorio pensare che la prassi non si attrezzi con strumenti alternativi, che potranno rivelarsi eventualmente meno efficienti, ma che costituiscono un dato fondamentale per riconoscere i tratti del diritto così come effettivamente si presenta nella società.

In questo senso, le tecniche di devoluzione anticipata della successione possono contribuire a superare il problema di una eccessiva rigidità del sistema successorio, in special modo negli ordinamenti che conoscono il divieto dei patti successori. In prospettiva simmetrica, altre esperienze conoscono strumenti negoziali che mirano a tutelare i conviventi rispetto alle aspettative sulla successione del partner: indipendentemente dalla presenza di quote di successione legittima, o di ipotesi di *forced heirship*, i testamenti reciproci, con presupposti diversificati, costituiscono strumento forte nelle mani di ciascun componente della coppia. Il diritto successorio, pur ancorato ad una forte politicità delle scelte legislative, come ogni altro settore ordinamentale, non si comprende se non lo si osserva nelle molteplici sfaccettature che esso presenta e delle quali la legislazione è solo una parte, sebbene sia la più visibile.

45 Sul punto, rinvio a Viglione, F.: "The Influence of Fundamental Rights on the Law of Succession", *European Business Law Review*, 2018, vol. 29, pp. 773–789.

BIBLIOGRAFÍA

AGELL, A.: "Should and Can Family Law Influence Social Behaviour", in EEKELAAR, J., NHLAPO T. (eds.): *The Changing Family: International Perspectives on the Family and Family Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 125-138.

ALBANESE, A.: *I profili successori nel nuovo diritto di famiglia*, Pacini, Pisa, 2018.

ANTOKOLSKAIA, M.: *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Intersentia, Antwerp, 2006.

ANTOKOLSKAIA, M.: "Family Law and National Culture: Arguing Against the Cultural Constraints Argument", *Utrecht L. Rev.*, 2008, vol. 4, pp. 25-34.

ATKIN, B.: "The Legal World of Unmarried Couples: Reflections on "De Facto Relationships" in Recent New Zealand Legislation", *Victoria U. of Wellington L. Rev.*, 2008, vol. 39, pp. 793-812.

BEROUJON, C., REVOL, M.C.: *Patrimoine et familles*, Ed. du Centre national de la Recherche Scientifique, Paris, 1981.

BOELE-WOELKI, K.: "What Comparative Family Law Should Entail", *Utrecht L. Rev.*, 2008, vol. 4, pp. 1-24.

BOWMAN, C.: *Unmarried Couples, Law, and Public Policy*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2010.

BURNS, F.: "The Changing Patterns of Total Intestacy Distribution Between Spouses and Children in Australia and England", *UNSW Law Journal,* 2013, vol. 36, pp. 470-513.

CHRISTANDL, G.: "La recente riforma del diritto delle successioni in Austria: principi normativi e problemi", *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 423-442.

CLIVE, E.: "Marriage: An Unnecessary Legal Concept", in EEKELAAR, J., KATZ, S.N. (eds): *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies*, Butterworths, Toronto, 1980, pp. 71-80.

CORRAL TALCIANI, H.: "¿Del Derecho De Familia a un Derecho De las Familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la «Pluralidad de formas de familia»", *Revista de Derecho de Familia*, vol. 23, 2015, pp. 21-48.

CRETNEY, S.: *Law, Law Reform and the Family*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1988.

Deech, R.L.: "The Case Against Legal Recognition of Cohabitation", *Int'l & Comp L Q*, 1980, vol. 29, pp. 480-497.

Ferrando, G.: "Famiglie ricomposte e nuovi genitori", in Aa.Vv., *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla Riforma*, a cura di T. Auletta, Giuffrè, Milano, 2007, p. 285-303.

Fusaro, A.: "Profili di diritto comparato sui regimi patrimoniali - Unioni civili e convivenze di fatto. La legge", *Giur. it.*, 2016, c. 1789-1791.

Girard, P.: "Concubines and Cohabitees: A Comparative Look at «Living Together»", *McGill L.J.*, 1983, vol. 28, pp. 977-1014.

Glendon, M.A.: *Law and Family: Family Law in Transition in the United States and Western Europe*, Amsterdam-New York-Oxford, North Holland Publ. Company, 1977.

Glendon, M.A.: *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, Chicago Univ. Press, Chicago-London, 1989.

Kerridge, R.: "Distribution on Intestacy, the Law Commission's Report (1989)", *Conveyancer and Property Lawyer*, 1990, vol. 54, pp. 358-369.

Kessler, L.T.: "New Frontiers of Family Law", in Albertson Fineman, M. (ed.): *Transcending the Boundaries of Law: Generations of Feminism and Legal Theory*, Routledge, Abingdon, 2011, pp. 226-242.

Krause, H.D.: "Comparative Family Law. Past Traditions Battle Future Trends – and Vice Versa", in Reimann, M., Zimmermann, R. (eds.): *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2006, pp. 1099-1129.

Langbein, J.H.: *The Twentieth-Century Revolution in Family Wealth Transmission*, U. Chicago Occasional Paper, no. 25, 1989, pp. 1-32.

Leckey, R.: "Cohabitation and Comparative Method", *Modern L. Rev.*, 2009, vol. 72, pp. 48-72.

Leslie, M.B.: "The Myth of Testamentary Freedom", *Arizona L. Rev.*, 1996, vol. 38, pp. 235-290.

Lind, G.: *Common Law Marriage. A Legal Institution for Cohabitation*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2008.

MADOFF, R.D., CONILL, P.A.: "Inheritance and Death: Legal Strategies", in EEKELAAR, J., GEORGE, R.: *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Routledge, Abingdon, 2014, pp. 164-185.

MADOFF, R.D.: "Unmasking Undue Influence", *Minn. L. Rev.*, 1997, vol. 81, pp. 571-629.

MAHONEY, M.M., "Forces Shaping the Law of Cohabitation for Opposite-Sex Couples", *J. Law and Family Studies*, 2005, vol. 7, pp. 135-204.

MCFARLANE, B.: "Proprietary Estoppel: Undermining the Law of Succession?", in HÄCKER, B., MITCHELL, C.: *Current Issues in Succession Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland (Oregon), 2016, pp. 77-97.

MILLER, G.: "Reform of the Law of Intestate Succession", in BAINHAM, A., PEARL, D. (eds.): *Frontiers of Family Law*, Chancery Law Publishing, London, 1993, pp. 182-198.

MIRANDA, A.: "Immobilis in mobile: The Italian law of succession in a changing family and society", in AA.VV., *Essays in honour of Penelope Agallopoulou*, Ant. N. Sakkoulas Publisher, Athens, 2011, pp. 957-963.

MONK, D., HACKER, D.: "Wealth, Families and Death: Socio-Legal Perspectives on Wills and Inheritance: Introduction", *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 4, n. 2, 2014, pp. 170-175.

NAVARRO VALLS, R.: *Matrimonio y derecho*, Madrid, Tecnos, 1995.

NIBOYET, F.: *L'ordre public matrimonial*, L.G.D.J., Paris, 2008.

NICOLA, F.G.: "Family Law Exceptionalism in Comparative Law", *Am. J. Comp. L.*, 2010, vo.l. 58, pp. 777-810.

O' SULLIVAN, K.: "Distribution of Intestate Estates in Non-Traditional Families: A Way Forward?", *Common Law World Rev*, 2017, vol. 46, pp. 21-41.

OUGHTON, R.D. (ed.): *Tyler's Family Provision*, 3rd edn., Butterworths, London, 1997.

PÉREZ ESCOLAR, M.: "Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revsión de fundamentos y planteamiento de futuro", *Anuario de derecho civil*, 2007, vol. 60, pp. 1641-1678.

Reid, K., De Waal, M., Zimmermann, R.: "Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective", in Reid, K., De Waal, M., Zimmermann, R. (eds): *Comparative Succession Law*, vol. II, *Intestate Succession*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2015, p. 442-511.

Ross, S.: *Inheritance Act Claims. Law and Practice*, 3rd edn., Sweet & Maxwell, London, 2011.

Scherpe, J.: *The Present and Future of European Family Law*, vol. IV, *European Family Law*, Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton (MA), 2016.

Siffrein-Blanc, C.: *La parenté en droit civil français: Étude critique*, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2009.

Stake, J.E.: "Paternalism in the Law of Marriage", *Indiana L. J.*, 1999, vol. 74, pp. 801-818.

Frantzen, T.: "Reforming the Norwegian Inheritance Act", in Frantzen T. (ed): *Inheritance Law – Challenges and Reform*, Bwv, Berlin, 2013, pp. 25-33.

Van Erp, S.: "New Developments in Succession Law", *Elec. J. Comp. Law*, 2007, vol. 11, pp. 1-20.

Verbeke, A.L., Leleu, Y.-H.: "Harmonization of the Law of Succession in Europe", in Hartkamp, A.S., ed al. (eds): *Towards a European Civil Code*, 4th edn., Kluver Law Int'l, 2011, pp. 459-479.

Viglione, F.: "The Influence of Fundamental Rights on the Law of Succession", *European Business Law Review*, 2018, vol. 29, pp. 773–789.

Zatti, P.: "Introduzione al Convegno - Modelli familiari e nuovo diritto, Padova, 7-8 ottobre 2016" *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1663-1666.

Zimmermann, R.: "The Present State of European Private Law", *Am. J. Comp. Law*, 2009, vol. 57, pp. 479-512.

Zoppini, A.: *Le successioni in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 2002.

LAS UNIONES CONVIVIENCIALES EN EL DERECHO ARGENTINO

PARTNERSHIP UNIONS IN ARGENTINIAN LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 11, agosto 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 200-223

Mariel F.
MOLINA DE
JUAN

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de mayo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: El artículo expone los principales aspectos de la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial argentino. Determina su ámbito de aplicación, formula las diferencias con el matrimonio y profundiza sobre el alcance de la autonomía personal en relación con los pactos de convivencia. Finalmente, desarrolla los efectos patrimoniales; entre ellos, la división de los bienes y la compensación económica.

PALABRAS CLAVE: Uniones convivenciales; autonomía personal; efectos patrimoniales.

ABSTRACT: *This article presents the main aspects of the regulation of the partnership unions in the Argentinian Civil and Commercial Code. It determines the scope of application, describes the main differences with marriage and delves into the scope of self-government related to partnership's covenants. Finally, it explains the patrimonial effects, specifically the division of properties and economic compensation.*

KEY WORDS: *Partnership unions; self-government; patrimonial effects.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. UNA SOLUCIÓN TRNSACCIONAL.- III. ÁMBITO DE APLICACIÓN.- IV. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON EL MATRIMONIO.- V. EFECTOS DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES.- 1. Antecedentes.- 2. Los pactos como eje del sistema.- 3. Límites a la libertad de pactar.- A) Deber de asistencia.- B) Contribución a los gastos del hogar.- C) Responsabilidad frente a terceros.- D) Protección de la vivienda familiar.- VI. APUNTES SOBRE EL CESE DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL.- VII. BREVES CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) vigente desde el año 2015 introduce en la legislación argentina la figura de las uniones convivenciales[1]. Lo hace en el Título III del Libro Segundo, que regula las relaciones familiares, a continuación de los correspondientes al matrimonio y al régimen patrimonial matrimonial.

El diseño jurídico encuentra justificación racional en el abordaje constitucional de un derecho familiar orientado al reconocimiento y la eficacia de los derechos fundamentales que hacen a la dignidad de la persona, su autonomía y la igualdad real de oportunidades. Y se conjuga con un valor de trascendencia relacional: la solidaridad familiar.

El esquema así construido tiene base en un doble sustento: (a) la consolidación del proceso de constitucionalización del derecho familiar[2] que impone preservar los valores fundantes de un sistema inclusivo que, respetando las diferencias, rechaza cualquier solución normativa que se reduzca a un único modelo o estereotipo de organización familiar[3], y (b) el principio de realidad, que reconoce que las uniones convivenciales son una práctica social relevante en todos los estratos de la comunidad argentina[4], que, por tanto, ya no puede ser ignorada.

1 Para abundar, Pellegrini, M. V.: *Las Uniones Convivenciales,* Erreius, Buenos Aires, 2017.

2 Fundamentos del Anteproyecto elaborados por la Comisión redactora del Proyecto de Código Civil y Comercial, integrada por los Dres. Lorenzetti, Higthon y Kemelmajer de Carlucci.

3 Entre otros, Ciuro Caldani, M.: "Bases para la armonización del derecho de familia en el Mercosur", en AA.VV.: *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y Países asociados* (dir. C. Grosman y M. Herrera), Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 17.

4 Para ampliar sobre la expansión del fenómeno en todos los estratos sociales, *vid.* Azpiri, J.: *Uniones de Hecho*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 40; Bossert, G. A.: *Régimen jurídico del concubinato,* Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 1; Méndez Costa, M., Ferrer, F., D'Antonio, D.: *Derecho de Familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, t. II B, p. 476.

• Mariel F. Molina de Juan
Catedrática de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad Nacional de Cuyo. Correo electrónico: marielmolina@estudiojuan.com.ar

Con esta incorporación, la reforma civil argentina, pretende dar respuesta a una multiplicidad de situaciones familiares hasta entonces silenciadas por el ordenamiento[5], cuyos conflictos jurídicos quedaban librados a la discrecionalidad judicial y generaban una incertidumbre e inseguridad tal, que resultaba contradictoria con la protección constitucional-convencional de la vida familiar[6].

II. UNA SOLUCIÓN TRANSACCIONAL.

Durante los años previos a la sanción del nuevo cuerpo normativo, la doctrina discutió si estas formas de vida en pareja debían o no ser recogidas por el derecho que se ocupa de las relaciones familiares. Este debate condujo a un consenso mayoritario que se inclinó por definir un marco normativo que permitiera fijar condiciones de previsibilidad, especialmente, en relación con los efectos personales y patrimoniales de la convivencia[7].

A partir de la decisión de incluirlas en el CCyC, la próxima definición se centró en determinar cuánto y cómo regular; si ofrecer un estatuto integral o una regulación parcial, si crear una figura autónoma o asimilarla al matrimonio. Para comprender las implicancias de esta cuestión conviene tener presente que, en la Argentina, la opción de dos personas de compartir un proyecto de vida sin casarse responde a las más diversas razones[8] que transitan desde la convicción o el deseo de mantener la relación afectiva al margen de toda solemnidad, hasta la vulnerabilidad social de aquellos que viven tan al margen de toda institucionalidad, para quienes la unión matrimonial no es siquiera una opción posible[9], pasando por los que proponen ensayar una "etapa previa y experimental" para asegurar la estabilidad del futuro matrimonio.

5 Ampliar en Lloveras, N. y Salomón, M: *El derecho de familia desde la Constitución Nacional,* Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 391; Molina De Juan, M.: "Las uniones convivenciales en el Proyecto de Reforma del Código Civil. No será lo mismo casarse que no casarse", *elDial.com* - DC1B15 Pub. 1 16/08/2013, y *Revista Lumen Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Femenina del Sagrado Corazón, núm. 9, enero/diciembre 2013, pp. 9-110.

6 La Constitución Nacional Argentina protege a la familia en sentido amplio, sin limitarla a la matrimonial (14 bis). De igual modo, la doctrina de la Corte IDH. En Atala Riffo vs. Chile, (24/02/2012) ha aseverado que "La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ´tradicional´ de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio" (párrafo 142). Recuerda la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial, los casos Caso Keegan Vs. Irlanda, (No. 16969/90) del 26/05/1994, párr. 44; y Kroon y otros Vs. Países Bajos, (No. 18535/91) del 27/10/1994, párr. 30 y fue reiterada luego en Fornerón contra Argentina (27/04/2012.)

7 Puede consultarse las conclusiones de la Comisión 4° del X Congreso mundial de Derecho de Familia, Mendoza 1998, Kemelmajer De Carlucci, A.: *Derecho de Familia y los nuevos paradigmas,* Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, t. III, p. 304. *Vid.* también Grosman, C: "Efectos Personales de las Convivencias de pareja", *RDF*, 43-2009, p. 279.

8 Para profundizar, Gil Domínguez, A., Famá, M., Herrera, M.: *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006, t. 1, p. 83.

9 Ampliar en Mangione Muro, M.: *Concubinato. Cuestiones patrimoniales personales y previsionales*, FAS, Rosario, 1999, p. 2; Méndez Costa, M., Ferrer, F., D'Antonio, D.: *Derecho de Familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, t. III-B, 2009, p. 480.

Así las cosas, el CCyC, trae una "solución transaccional"[10]; lejos de crear un matrimonio de segunda categoría con menores requisitos o efectos, se concentra en proporcionar un esquema jurídico de protección al miembro más débil de la pareja, sin que ello signifique avasallar la libertad de quienes reivindican la unión afectiva a expensas de toda formalidad.

III. AMBITO DE APLICACIÓN.

Con el propósito de superar la dispar denominación del fenómeno (concubinato, uniones de hecho, uniones no matrimoniales, uniones en aparente matrimonio, parejas estables, etc.), la ley recurre a la expresión compuesta "uniones convivenciales". Esta fórmula[11], que resalta la idea central de la convivencia[12], prescinde (a conciencia) del término "concubinato" que tiene un contenido peyorativo y discriminatorio en tanto denota una censura social que ya no existe en la Argentina actual.

Para delimitar qué supuestos comprende la figura protegida, el texto legal comienza diciendo que se trata de una "unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo" (art. 509 CCyC).

Lo primero que debe quedar en claro es que exige un "proyecto de vida común", elemento volitivo que refleja la comunidad de vida que se pone en marcha al momento de organizar la dinámica familiar, de distribuir los roles orientados a la atención y educación de los hijos, y de estipular las metas de desarrollo personal y profesional de cada uno de los adultos que la integran. Lógicamente, cooperar exige tolerar y respetar las necesidades y proyectos del otro.

Para que se apliquen las normas de este título, la unión debe reunir: (a) un componente fáctico; la convivencia de dos personas fundada en el afecto (quedan excluidas las relaciones meramente laborales, de amistad o de parentesco; (b) publicidad y notoriedad, sus miembros se comportan en sus relaciones sociales proyectando la imagen de pareja (heterosexual u homosexual); (c) una pretensión

10 Kemelmajer de Carlucci, A.: "Capítulo introductorio", en AA.VV.: *Tratado de derecho de familia* (dir. A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera y N. Lloveras), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. 1, p. 73.

11 Ampliar en Herrera, M.: "Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: más contexto que texto", *Revista de derecho privado y Comunitario*, 2014-3, pp. 11-58.

12 Convivencial, según la RAE, es un adjetivo perteneciente o relativo a la convivencia (2018) https://dle.rae.es/?id=AhSeAdw.

de estabilidad, duración o permanencia, que descarta las relaciones efímeras o pasajeras; (e) singularidad de la relación[13].

Dado que se trata de una situación eminentemente fáctica, el texto enumera una serie de requisitos de eficacia, es decir aquellos cuyo cumplimiento es indispensable constatar para que resulten aplicables los efectos jurídicos previstos por el Título III. Según el artículo 510 CCyC, ambos integrantes deben ser mayores de edad y no estar unidos por vínculo de parentesco en línea recta (cualquiera sea la fuente: por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida o por adopción). Tampoco surte efectos una pareja entre hermanos, sea unilaterales o bilaterales, ni se aceptan las uniones entre un excónyuge y cualquiera de los parientes en línea recta del otro (hijos afines, yerno, nuera, suegros) o las convivencias en las que uno está casado o integra otra unión convivencial inscripta. Finalmente es imprescindible que la convivencia se haya mantenido durante un período no inferior a dos años[14].

Otra cuestión, que a veces provoca una cierta confusión, es la atinente a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Salvo excepciones, la informalidad característica de estas uniones descarta que sea necesario registrarla para que produzca efectos entre los mismos convivientes, y por eso el art. 511 CCyC estipula que es solo a los fines probatorios. En otras palabras, se trata de una facultad y no de una obligación, para cuyo complimiento resulta indispensable la manifestación de ambos realizada ante el funcionario actuante. La situación varía frente a los terceros, pues respecto de ellos, los efectos se producen a partir de la inscripción que le confiere publicidad, no solo a la unión sino también a los pactos que pudieran existir.

Si la unión está registrada, debe inscribirse también su cese (conf. arg. art. 523). Aunque entre las partes el efecto del cese sea inmediato, respecto de terceros, se producen recién desde la anotación, pues el art. 517 aclara que "Los efectos extintivos del cese de la convivencia son oponibles a terceros desde que se inscribió en esos registros cualquier instrumento que constate la ruptura".

IV. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON EL MATRIMONIO.

Uniones convivenciales y matrimonio no son lo mismo, pero comparten un dato fáctico: ambos son formas de organización familiar que se estructuran sobre

13 Molina de Juan, M..: "Las uniones convivenciales", cit., y "Uniones convivenciales y compensaciones económicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial", *ErreNews*, Novedades, núm. 1854-5/3/2014.

14 Vero, M.: "Armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países Asociados", *RDF,* 43-2009, pp. 383-386.

la base de vínculos afectivos y proyectos de vida en común, que implican el reparto de roles y la distribución de cargas y responsabilidades personales y económicas[15].

El diseño legal argentino articula una regulación diferenciada del matrimonio que pretende armonizar los valores del sistema constitucional vigente y respetar la autonomía personal de los convivientes, sin abandonar la tutela de los derechos esenciales de quienes optaron por esta forma de organización familiar. La distinción entre la figura con la unión matrimonial se plasma en las importantes diferencias de efectos jurídicos.

Entre ellas se enumeran: (a) El matrimonio genera parentesco por afinidad; las uniones convivenciales no, por lo tanto, no se aplica el cúmulo de derechos y obligaciones que se derivan de este lazo jurídico (art. 536 CCyC), (b) Los cónyuges quedan sujetos a un régimen patrimonial matrimonial (de comunidad de ganancias o de separación); supletoriamente rige la comunidad de ganancias (art. 463 CCyC). Los convivientes pueden pactar los efectos económicos de su unión; si no lo hacen, se aplican los principios e instituciones emanados del derecho civil (art. 528 CCyC), aunque la jurisprudencia viene admitiendo considerar, cuanto menos, la existencia de una comunidad de intereses propia del derecho familiar. (c)El conviviente no tiene derechos sucesorios intestados, el cónyuge no solo es heredero de los bienes propios, sino también legitimario. No está ausente del debate actual el problema que esta decisión legislativa puede generar cuando se trata de convivencias de muchísimos años que no han tomado las debidas precauciones relativas a la transmisión mortis causa, pero es de esperar que la reducción de la porción legítima hereditaria que introdujo la reforma de las sucesiones aporte alguna solución a estos casos[16]. (d) El cónyuge divorciado puede solicitar alimentos, aunque sea con carácter extraordinario, facultad de la que no goza el conviviente separado. (e)El cónyuge puede adicionarse el apellido del otro; el conviviente no tiene esta facultad.

Sin perjuicio de ello, existe un importante número de normas que confieren el mismo tratamiento legal a uno y otra, pero hay que tener en cuenta que se trata de supuestos fundados en la relación afectiva y familiar con visión humanista, más que en la formalidad o informalidad que los envuelve.

Ambos están legitimados para: (a) solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida mientras la convivencia no haya cesado (art. 33 inc. b. CCyC), (b) prestar el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud, si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente

15 Talavera Fernández, P.: *La unión de hecho y del derecho a no casarse*, Comares, Granada, 2001, p. 70.

16 Molina de Juan, M.: "Las uniones convivenciales", cit.

(art. 59 CCyC), (c) decidir el modo y circunstancias de las exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar (art. 61 CCyC), (d) ejercer las acciones de protección del nombre de quien ha fallecido (art. 71 CCyC), (e)ser designados curadores del otro conviviente (art. 139), (f) adoptar hijos en forma conjunta (art. 599, 602 CCyC), (g)asumir el ejercicio de la responsabilidad parental del hijo de su conviviente (art. 675 CCyC) (h) reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales por la muerte o gran discapacidad de su conviviente (art. 1741 CCyC). En ambos casos se suspende el curso de la prescripción mientras dura el matrimonio o la unión (art. 2543 CCyC)

También se encuentran equiparados en normas de naturaleza prohibitiva, con fundamento en la situación de confianza que ambas relaciones familiares presuponen. A saber: (a)el juez no puede conferir la tutela dativa ni a su cónyuge ni a su conviviente (art. 108 inc. a CCyC), (b)no pueden ser tutores las personas que tienen pleitos con quien requiere la designación de un tutor, ni tampoco su cónyuge o conviviente (art. 110 inc. h CCyC), (c) Es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto de interés personal para él, su cónyuge, su conviviente (art. 291 CCyC), (d) no pueden ser testigos en instrumentos públicos ni el cónyuge ni el conviviente del oficial público (art. 295 CCyC), (e) tampoco pueden ser testigos en los testamentos ni el cónyuge ni el conviviente del testador (art. 2481 CCyC), etc.

V. EFECTOS DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES.

1. Antecedentes.

Estas formas de organización familiar se proyectan esencialmente en el terreno afectivo; sin embargo, no puede desconocerse que la existencia de un proyecto de vida en común tiene, necesariamente, algún reflejo en el ámbito económico. Compartir el hogar supone fijar una residencia y asumir sus gastos, a los que se suman, si hubiere hijos las erogaciones propias de su crianza y educación. Durante ese transitar cotidiano, los convivientes contratan con terceros o entre sí y aplican los bienes personales o los rendimientos del trabajo al sostenimiento recíproco. De este modo conforman un entramado de relaciones de naturaleza pecuniaria, que puede funcionar tanto sobre la base de la división de ingresos o patrimonios, como de su confusión, cual si fuera una verdadera unidad económica.

Se ha sostenido que mientras la convivencia se desarrolla en forma armónica, no suelen existir graves conflictos patrimoniales, o éstos se soslayan. Pero ni bien concluye esa armonía suele aflorar todo tipo de discusiones en relación a los recursos e ingresos, la atribución de uso de la vivienda, el reparto de bienes

adquiridos durante la convivencia con el esfuerzo compartido, las eventuales compensaciones[17], etc.

Antes del CCyC, las soluciones provenían desde fuera del derecho familiar, pues los convivientes eran considerados "terceros" en sus relaciones jurídicas. De este modo, toda vez que debían liquidarse las consecuencias económicas de la unión, se evaluaban las circunstancias fácticas[18] (dinámica de las relaciones económicas, duración de la unión, existencia de aportes comunes, actuación conjunta o individual, etc.), y se decidía con fundamento en la existencia de una sociedad, un condominio, el enriquecimiento sin causa, el mandato oculto, la interposición de personas, etc. En casi todos los casos se prescindía de la situación familiar que había dado base a ese capital, y lo único claro parecía ser el rechazo de cualquier analogía con la ganancialidad del matrimonio[19].

2. Los pactos como eje del sistema.

El CCyC hace gravitar la definición de las consecuencias de las uniones en los pactos de convivencia, los que percibe como la mejor forma de autorregularse para anticiparse al conflicto. Sigue el precedente de varios sistemas jurídicos[20], que en diferentes latitudes han venido propiciando acuerdos entre convivientes, válidos y vinculantes mientras no se vulneren el orden público o los derechos de terceros[21]. En el marco regional, esto sucede en el Código Civil de Brasil que dispone la aplicación del régimen de comunidad parcial de bienes, salvo pacto en contrario[22]. En Uruguay, la ley 18.246 establece que inscripta la "unión concubinaria" en el registro correspondiente, nace una sociedad de bienes que se sujeta a las disposiciones de la sociedad conyugal en cuanto le sean aplicables, salvo que optaren, de común acuerdo, por otras formas de administración de los derechos y obligaciones que se generen durante la vigencia de la unión (Art. 7)[23]. También ha tenido a la vista la experiencia de las Comunidades Autónomas

17 Pous de la Flor, M.: "Crisis de parejas: consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 712, pp. 805 y ss.

18 Puede ampliarse en Novellino, N.: *La pareja no casada, derechos y obligaciones*, La Roca, Buenos Aires, 2006, p. 158.

19 Solución adoptada por algunas legislaciones latinas, por ejemplo, Bolivia (1972), Cuba (1975), Guatemala (1963), Panamá (1956). *Vid.* Bossert, G., *Régimen jurídico cit.*, p.74.

20 Se tuvo presente que el Comité de Ministros del Consejo de Europa (Recomendación número R 88 – 3 del 7 de marzo de 1988), recomienda tomar medidas para que los contratos patrimoniales entre los convivientes y las disposiciones testamentarias no puedan ser declaradas nulas por el simple hecho de haberse celebrado en tales situaciones (compulsar De Amunátegui Rodríguez, C.: *Uniones de Hecho, una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 160).

21 *Cfr.* Gallego Domínguez, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales,* Centro de estudios registrales, Madrid, 1995, p. 103.

22 Código Civil de Brasil (2002), Título III, *Da União Estável* (art.1723-1725).

23 Compulsar Pérez Manrique, R.: "Rasgos definidores y extinción de la convivencia", *RDF* 43-2009, p. 243 y ss.

de España[24], y del derecho francés en relación a los PaCS, (conf. art. 515 – 5 reformado por ley 2006-728)[25].

Según el diseño argentino, los pactos pueden estar orientados a organizar la vida familiar o a bien a resolver los efectos de la ruptura. A título ejemplificativo, el art. 514 CCyC menciona algunos objetos sobre los que pueden versar: a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común; b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura; c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia[26].

La enumeración es flexible y los límites están definidos por el orden público.

En principio, las cargas del hogar común deben ser soportadas en proporción a los recursos de cada uno (conf. art. 520); sin embargo, los convivientes pueden acordar qué rubros pagará cada uno (por ejemplo, uno de ellos asume el colegio de los hijos mientras que el otro hace lo propio con el alquiler de la vivienda).

La atribución de la vivienda para el caso de cese puede ser acordada previamente, siempre que sea de titularidad exclusiva de uno de ellos o de ambos, es decir, que no involucre derechos de propiedad de terceros. Se puede fijar el plazo y las condiciones de uso (por ejemplo, mientras vivan los hijos menores), o los efectos (pago de un canon locativo).

También puede pactarse el compromiso y la forma de prestarse asistencia económica luego del cese de la unión, o el sostenimiento de prestaciones de salud o seguridad social.

Con respecto a los bienes, el acuerdo puede referirse a la administración, disposición o las adjudicaciones. Se sabe que la conformación de una unión convivencial no implica impedimento alguno para contratar (compraventas,

24 Andalucía: Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho; Aragón: Ley 6/1999, de 26 de marzo, sobre Parejas Estables no casadas modificada por Ley 2/2004, de 3 de mayo; Asturias: Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables; Baleares: Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables; Canarias: Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Parejas de Hecho; Cantabria: Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho; Cataluña: Código sobre la persona y la familia, que integra la Ley 25/2010, de 29 de julio del Libro II del Código Civil; Extremadura: Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho; Madrid: Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho; Murcia: Ley 7/2018, de 3 de julio, de Parejas de hecho; Navarra: Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Igualdad Jurídica de las Parejas Estables; País Vasco: Ley 2/2003, de 7 de mayo, de Parejas de Hecho; Valencia: Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas". Sobre la constitucionalidad de dichas leyes, desde el punto de vista competencial y del respeto al principio de libre desarrollo de la personalidad, *vid.* De Verda y Beamonte, J. R.: "¿Qué es lo que queda del derecho civil valenciano en materia de familia?, *Derecho Privado y Constitución*, 2017, pp. 11 y ss. (en particular, pp. 135-142), y "Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española", en AA.VV.: *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, *Biblioteca de la Fondazione Italiana del Notariato*, 1, 2018, p. 379 y ss. (en particular, 380-391).

25 *Cfr.* Borrillo, D.: "Pacto Civil de solidaridad, ¿contractualización del matrimonio o matrimonialización de la convivencia more uxorio?", *RDF* 46-2010, p. 39 y ss.

26 Sobre el contenido posible de los pactos entre convivientes, puede verse López Jiménez, D.: *Prestaciones económicas*, cit., p. 49.

donaciones, cesiones, permutas, celebrar contrato de trabajo,) ni para constituir sociedades, integrar empresas de familia e incluir sus protocolos[27] que resultan de enorme valor para anticiparse a conflictos no resueltos legalmente, prever mecanismos de conservación de la empresa, transmisión sucesoria o protección de los más vulnerables.

Los de división de bienes, pueden realizarse antes o después de la ruptura. En la Argentina, existe una práctica cada vez más generalizada de inscribir los bienes registrables adquiridos con el aporte de ambos en condominio, con lo cual, precisada la cotitularidad, solo queda pedir la división ante la falta de acuerdo. Sin embargo, hay muchos casos en que la titularidad registral no coincide con la realidad de quien ha aportado el dinero para su adquisición. Puede ser que el bien se haya inscripto en condominio, aunque el dinero provino de uno solo, o que se registró a nombre de quien no aportó el dinero. En ambos casos, definir los derechos patrimoniales de uno y otro sobre el bien será de enorme utilidad para evitar la disputa futura. También podrán precisar el destino de bienes indeterminados, por ejemplo, referirse a todos los que se adquieran después de iniciada la unión, o las mejoras que se hagan durante la convivencia en el inmueble de titularidad de uno de ellos, los bienes no registrables. Inclusive, nada impide que en el contexto de la separación acuerden liquidarlos como si hubiera existido una comunidad de ganancias matrimonial[28].

Para celebrar pactos convivenciales se requiere tener capacidad para contratar, o sea, ser mayor de edad, lo que, por otra parte, es un requisito de eficacia de la unión (conf. art. 510 CCyC). No deben estar comprendidos en inhabilidades contractuales; si se trata de una persona con capacidad restringida por razones de salud mental, habrá que cotejar el contenido del pacto con el alcance de la sentencia que restringe la capacidad (conf. art. 33 CCyC).

Es muy importante tener en cuenta que para su concreción rige el principio de libertad de formas, siempre y cuando sean escritos (art. 513 CCyC). Aunque el instrumento que mejor conjuga forma y prueba del instrumento, confiere fecha cierta y facilita la registración para la oponibilidad a terceros es la escritura pública, el sistema normativo argentino tuvo muy en cuenta las diferentes realidades familiares, socioeconómicas y culturales, y los datos estadísticos que indicaban que la opción por esta forma de vida familiar se potencia entre los sectores de la población más carenciados. Con ello decidió evitar imposiciones que impidan a aquellos que tienen limitaciones económicas o culturales ejercer el derecho de regular las consecuencias de su unión.

27 Favier Dubois, E. (H): "La Agenda Jurídica de la Empresa Familiar". www.iadef.org http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos_doctrina/IAEF_Libro_Agenda_Juridica.pdf (compulsa, 20/06/2019)

28 *Cfr.* Medina, G.: *Uniones de hecho Homosexuales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 200.

Las condiciones pactadas rigen entre las partes desde su celebración, y ante los terceros, desde su inscripción en el registro de pactos correspondiente a las uniones. Además, deben anotarse en los respectivos registros públicos, conforme al carácter de los bienes (por ejemplo, registro de la Propiedad Inmueble, Registro del Automotor, registro de marcas, registro de propiedad intelectual según corresponda). La solución brinda seguridad jurídica a los adquirentes y eventuales acreedores de un conviviente, de quien conocen sus facultades de disposición y el alcance de sus obligaciones.

Dado que durante la vida en común pueden variar las necesidades y circunstancias valoradas al celebrar un pacto (nuevos emprendimientos, cambios de trabajo, mudanzas, hijos, pérdidas o quebrantos, etc.), es posible modificarlos o dejarlos sin efecto por acuerdo de ambos. Tal como expresa el artículo. 516 CCyC, la modificación solo produce efectos para los terceros desde que tiene acceso registral. En el caso de cese de la unión los pactos se extinguen de pleno derecho hacia el futuro; para los terceros, los efectos se producen desde la inscripción del instrumento que acredita la ruptura (art. 517 CCyC).

3. Límites a la libertad de pactar.

La regla de libertad de pactar encuentra límites infranqueables; algunos son genéricos y otros específicos, propios de la relación familiar involucrada. Las restricciones genéricas derivan de su naturaleza contractual: el orden público, los derechos fundamentales de los involucrados (art. 515 CCyC), la prohibición de su ejercicio abusivo (art. 9 CCyC), la buena fe (art. 10 CCyC), la protección de las personas menores de edad (art. 510 CCyC), la prohibición de fraude a terceros (art. 338 CCyC), la publicidad y la inoponibilidad a los terceros de los pactos no inscriptos (art. 517 CCyC), la prohibición de tener objeto o causa ilícita[29].

Las restricciones específicas encuentran importantes puntos de contacto con las que existen en el matrimonio[30]; es decir, se regula con semejante alcance e intensidad un régimen primario inderogable para ambos formatos familiares. Con ello queda claro que el respeto por la libertad en la forma de organización familiar no legitima conductas abusivas, ni autoriza actitudes egoístas que ignoren las responsabilidades nacidas de la convivencia y la necesaria cooperación y solidaridad que es el sustento de toda relación afectiva, sea convivencial, sea matrimonial.

Las reglas fijadas entre los artículos 519 y 522 CCyC integran el orden público familiar:

29 Para ampliar, Medina, G.: *Uniones de hecho,* cit., p. 196.

30 Para el matrimonio, Molina de Juan, M.: "Los límites a la libertad en el régimen de bienes", en AA.VV.: *Reforma del Código Civil*, V, *Familia y Sucesiones*, *Revista Derecho Privado*, Año 2, núm. 6, octubre de 2013, Id Infojus: RVDPR006, p. 167.

A) Deber de asistencia.

Los integrantes de la unión no pueden derogar el deber de asistirse recíprocamente. Si así lo hicieran, ese acuerdo sería de ningún valor. Es que la comunidad de vida que caracteriza a la unión convivencial lleva implícita una serie de atribuciones espirituales y materiales que los integrantes deben satisfacerse entre sí, con una cierta reciprocidad, o como mínimo, un intercambio de prestaciones y asistencia[31], recogidas por el CCyC expresamente a través del deber de colaboración económica (art. 520 CCyC) y del deber asistencial (art. 519 CCyC). El mandato exige el aporte material de ambos para la concreción del proyecto de vida común, deber que solo existe mientras la pareja convive.

B) Contribución a los gastos del hogar.

En la faz interna de las relaciones económicas de la pareja, se consagra con carácter imperativo la obligación de colaborar en el sostenimiento del hogar en proporción a sus recursos (art. 520 CCyC). Se refiere a los gastos que hacen al sostenimiento del día a día, que incluyen el mantenimiento propio y de los hijos menores de edad, o con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los convivientes, siempre que convivan con la pareja.

El trabajo doméstico tiene valor como aporte a los gastos, con lo que, el CCyC incorpora la perspectiva de género con pretensión de igualdad real, protegiendo a las personas más vulnerables del grupo familiar. Si bien es cierto que la distribución de los roles familiares en la sociedad contemporánea argentina no permite localizar el trabajo doméstico exclusivamente en la mujer, todavía es frecuente que recaiga sobre ella la responsabilidad respecto de la crianza los hijos y las tareas del hogar, y que las decisiones concernientes a la distribución del trabajo durante la vida en común la tornen particularmente vulnerable.

C) Responsabilidad frente a terceros.

Como contrapartida de la obligación de contribuir al sostén de la familia se ubica la responsabilidad solidaria de los convivientes frente a los terceros proveedores del hogar común. Al igual que en el matrimonio, se consagra una excepción a la regla de separación de deudas (art. 521, conf. remisión al art. 461CCyC) que funciona en caso de obligaciones asumidas para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes y de los hijos menores de edad, o con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de ellos que conviva en el hogar. En consecuencia, ante cualquiera de estos supuestos, los acreedores

31 López Jiménez, D.: *Prestaciones económicas como consecuencia de la ruptura de las parejas no casadas*, Navarra, Aranzadi, 2007, p. 131.

del contratante o del otro pueden exigir el cumplimiento del total de la deuda a uno u otro, sea simultánea o sucesivamente.

De modo que se encuentra prohibido cualquier pacto por el cual se pretenda dejar sin efecto esta solidaridad legal. Sin embargo, si ellos hubieran acordado que uno se hacía cargo de una deuda (conf. art. 520 CCyC), o si el reclamo excede la proporción de recursos que el demandado debe afrontar, luego de ser desinteresado el tercero, el perjudicado podrá ejercer la correspondiente acción de regreso, en los términos del art. 840 CCyC.

D) Protección de la vivienda familiar.

El CCyC organiza una serie de mecanismos de protección de la vivienda sede de la unión convivencial mediante diferentes instituciones que operan exclusivamente en beneficio de las convivencias inscriptas[32]. Entre ellas:

(a) Indisponibilidad relativa de la vivienda convivencial y de los muebles indispensables: El artículo 522 CCyC pone el foco en la vivienda sede del hogar convivencial inscripto y en los muebles indispensables –que integran el ajuar familiar- Dice el texto: "ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia". Si el interesado no presta el asentimiento, puede ser suplido por el juez siempre que el bien resulte prescindible y el interés familiar no se encuentre comprometido. La falta de cumplimiento de este requisito, habilita a solicitar la nulidad del acto, dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, cuestión que quedará sujeta a la prueba del conocimiento del acto realizado sobre el inmueble. Al tratarse de una disposición de orden público, no puede dejarse sin efecto por un pacto entre convivientes.

(b) Inejecutabilidad de la vivienda convivencial: El último párrafo del art. 522 CCyC consagra la inejecutabilidad de la vivienda por deudas contraídas por un conviviente luego del comienzo de la unión; de este modo, deja fuera de la esfera de agresión de los acreedores al hogar de la familia convivencial. Debe tenerse presente que la protección no opera si la deuda fue contraída por los dos, o por uno con la conformidad del otro; de este modo, lo que pretende no es afectar

32 Este tema ha sido tratado con mayor detenimiento en Kemelmajer de Carlucci, A, Molina de Juan, M.: "Protección de la vivienda de la familia no matrimonial en el Código Civil y Comercial Argentino", *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 3 *bis*, pp. 193-213.

el tráfico jurídico ni la fluidez del crédito, sino garantizar que ambos tengan conocimiento de los compromisos asumidos por el titular que pueden poner en jaque la habitación familiar.

(c) Afectación de la vivienda: A partir de la vigencia del CCyC se superan todas las discusiones[33] sobre la posibilidad de los convivientes de acogerse a los mecanismos de afectación de la vivienda, oponible a la generalidad de los acreedores posteriores a al acto voluntario de afectación (art. 245 CCyC y ss.). Se trata de disposiciones de orden público, de modo que tampoco puede pactarse en contrario (conf. art. 515 CCyC). Dado que se tutela la familia en sentido amplio, se requiere la conformidad del otro miembro de la unión para transmitir o gravar el inmueble afectado.

VI. APUNTES SOBRE EL CESE DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL.

El cese de la unión convivencial representa el fin o al agotamiento de la vida en común de los miembros de la pareja; señala el momento preciso en el que se extinguen sus dos requisitos estructurales: el proyecto compartido, y la cohabitación. El artículo 523 CCyC enumera las causales, algunas son hechos ajenos a la voluntad de los integrantes (uno o ambos), otras responden a las propias decisiones de sus integrantes en ejercicio de su libertad. Tal situación acarrea algunas consecuencias que el derecho articula en el Capítulo cuarto del Título III, bajo la denominación de "Efectos".

Es en esta oportunidad cuando cobra relevancia el mecanismo de autorregulación que los integrantes de la unión disuelta pudieran haber implementado, pues, si existe un pacto convivencial que se ocupe de las consecuencias del cese (atribución de la vivienda, reparto de bienes, prestaciones asistenciales o compensaciones económicas), se aplica lo acordado. Idéntica solución cabe, aunque no haya pacto convivencial, si lo acuerdan luego que acaezca el quiebre. Si ello no sucede, se inicia un período que activa la exigibilidad de algunos derechos patrimoniales.

1. Compensación económica.

Es una novedosa herramienta prevista en el CCyC que funciona cualquiera sea la causal de cese de la unión convivencial, aún en caso de muerte, siempre que se solicite dentro de los seis meses posteriores. Tiene por finalidad evitar las

33 Aunque no estaba contemplado en la ley, era admitido por alguna jurisprudencia siempre que hubiera hijos. CSJ Tucumán 12/04/2010, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año 2, núm. 10, noviembre de 2010, p. 129, con nota aprobatoria de Grisetti, R. y Grisettti A.: "Bien de familia, Constitución por concubinos a favor de los hijos menores. El interés superior del niño". Para ampliar Lloveras, N., Salomon, M.: *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad Buenos Aires, 2009, p. 498. *Vid.* también Kemelmajer de Carlucci, A.: "Bien de Familia y Registro de la Propiedad Inmueble", en AA.VV.: *Bien de familia*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2011-I, p. 15.

injusticias que la situación puede generar en uno de sus miembros, provocando un desequilibrio económico manifiesto con causa adecuada en esa unión y la ruptura (art. 524 CCyC)[34].

Se trata de una institución sensible a los cambios experimentados por las familias contemporáneas, que se inserta dentro del proceso de modernización del derecho que regula las relaciones de pareja entre adultos.

Como resulta lógico, la frustración del proyecto de vida en común va en desmedro de la economía familiar y personal; ambos cónyuges o convivientes deberán asumir las consecuencias de la separación y, probablemente, se empobrecerán. Esta es una realidad sobre la que poco o nada tiene para hacer el ordenamiento jurídico. Sin embargo, hay ocasiones en que la ruptura coloca a uno de ellos en desventaja para afrontar la organización de su vida futura a causa de una desventaja que guarda relación directa con ese proyecto familiar que concluye.

Aquí es donde aparece la compensación económica, que no es otra cosa que un derecho-deber derivado de las relaciones familiares que permite ejercer una acción personal con el objeto de exigir al otro el cumplimiento de una determinada prestación, destinada a corregir ese desequilibrio económico manifiesto que existe entre ellos, y a remediar sus injustas consecuencias. Todo ello en razón a una doble "causa" o "fuente" de la que nació dicha obligación: la vida en común y su ruptura. Si la unión está registrada, la prueba de su existencia será más fácil. Sin embargo, como la registración lo es solo a los fines probatorios (art. 511 CCyC), es factible que no esté inscripta. En ese caso, quién reclame deberá probar su existencia por cualquier medio.

Más allá de las discusiones sobre su naturaleza jurídica (no hay unanimidad de criterio)[35], lo cierto es que se trata de un efecto patrimonial de la ruptura que se traduce en una prestación de dar (una suma de dinero, un bien en usufructo o en propiedad, etc.). Es de carácter objetivo en tanto sus presupuestos de procedencia se relacionan exclusivamente al aspecto patrimonial o económico, debiendo descartarse la incidencia de cualquier otro fundamento psicológico o moral.

La figura exige la prueba del desequilibrio económico manifiesto ocasionado por la distribución de roles y funciones que los miembros de la pareja llevaron adelante durante la vida en común (por ejemplo, si ambos se encontraban insertos

34 Pellegrini, M.: "Dos preguntas inquietantes sobre la compensación económica", *RCCyC*, 3 de marzo de 2017, p. 29. Cita Online: AR/DOC/356/2017.

35 Para abundar en el estudio de esta institución, Molina de Juan, M.: *Compensación económica. Teoría y Práctica*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018. *Vid.* también Rolleri, G: "Compensación económica entre convivientes" *RCCyC*, 3 de marzo de 2017, 46 - LA LEY 21/02/2018, 21/02/2018, 1 Cita Online: AR/DOC/536/2017; Pellegrini, M. "Compensación económica, La regulación de los efectos de la ruptura", *RCCyC*, 3 de marzo de 2017, 28 Cita Online: AR/DOC/356/2017.

en el mercado laboral y acordaron que uno de ellos renuncie al empleo para dedicarse al cuidado de los hijos y las tareas del hogar o para colaborar en la actividad del otro, sea profesional, comercial, empresaria, etc.). De este modo, aunque los dos compartieron los esfuerzos y trabajaron a la par para llevar adelante la familia y alcanzar una calidad de vida acorde a sus expectativas, al momento de la ruptura, quien debió resignar su empleo o sus estudios sufre un perjuicio directo frente al otro que pudo obtener una mejor posición patrimonial, laboral o profesional.

Sea fijada por sentencia o acordada por las partes, consiste en una prestación onerosa realizada a cambio de un aporte personal o de un sacrificio o postergación, que uno ellos, ha efectuado con anterioridad, por lo que se descarta su carácter gratuito. Pactada por las partes o fijada en una sentencia, nace un crédito que compensa esos esfuerzos realizados por el que quedó en situación de desventaja, a los que se les reconoce un valor económico[36].

Una de las notas peculiares de la compensación regulada por el derecho argentino surge de la variedad de opciones para disponer su pago. Según la enunciación legal, puede tratarse de suma de dinero, una renta, o la entrega de un bien en usufructo. Pero estas son solo algunas de las formas de posible cumplimiento, pues no se descarta cualquier otra que las partes acuerden o decida el juez (conf. 524 CCyC). Ello es importante pues no siempre es factible la entrega de un capital o una renta en pocas cuotas, como sería deseable. Cuando el deudor carece de capacidad económica o patrimonial para asumir la deuda de este modo, son viables otras opciones. Es que, aun cuando ha de atenderse especialmente a la situación del acreedor, la forma de cumplimiento no puede desentenderse de las posibilidades reales de quien paga.

Así las cosas, el "reacomodamiento" de la situación del acreedor debería lograrse mediante un aporte dinerario, la transferencia del dominio de un bien, su entrega en uso o usufructo, o una renta temporaria; vencido ese plazo, se presume que se han restablecido las condiciones de equidad y superado los perjuicios que la vida familiar y la extinción de la pareja ocasionaron.

De este modo, funciona como herramienta de protección especial para aquel miembro de la pareja que queda en situación de desventaja o de inferioridad. Aunque el texto legal no se refiere expresamente a la mujer (y no se encuentra excluida la posibilidad de que el acreedor sea el varón, si es quien ha postergado mayoritariamente su desarrollo personal, o si se trata de parejas del mismo sexo), la realidad es que probablemente ella sea su principal destinataria, porque

36 De La Torre, N. y Pellegrini, M.: "Uniones convivenciales", en AA.VV.: *Tratado de derecho de Familia* (dir. A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera y N. LLoveras), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, t. V-A, pp. 500-501.

en general es quien queda en peor situación económica luego de la crisis de la pareja[37]. Por eso podría verse en esta figura una cierta perspectiva de género[38].

2. Atribución de uso de la vivienda convivencial.

El artículo 526 CCyC faculta a solicitar la atribución del hogar luego del cese de la convivencia. El otorgamiento del uso exclusivo a uno de ellos (sea la vivienda en condominio o de titularidad del otro, sea un inmueble alquilado) en principio es temporal (máximo 2 años) y exige que el beneficiario tenga a su cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad, o acredite la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. El juez puede establecer una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del otro conviviente, o bien que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos, o que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado.

Cuando el cese de la unión acaece por muerte del conviviente (art. 523 inc. a) el supérstite tiene un derecho real de habitación sobre la vivienda que constituyó el último hogar familiar siempre que, a la apertura de la sucesión, no se encuentre en condominio con otras personas. No opera de pleno derecho –debe peticionarse en el juicio sucesorio- es inoponible a los acreedores del causante, gratuito y temporario, limitado a un plazo máximo de dos años. El derecho se extingue si el beneficiario constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta (art. 527 CCyC). Se observa una diferencia con el régimen matrimonial, que reconoce un derecho real de habitación al cónyuge supérstite (art. 2383 CCyC) que opera ipso iure y en forma vitalicia.

3. División de los bienes adquiridos durante la convivencia.

La llegada de la crisis familiar, y con ella, el cese de la convivencia (art 523 CCyC) opera como el ámbito propicio para que surjan problemas de carácter económico.

Se anticipó que la solución será relativamente fácil y previsible si se celebraron acuerdos, sea al inicio de la convivencia, con posterioridad, o incluso al momento del cese; pero si no se tomaron las precauciones para organizar las consecuencias de la ruptura, habrá que aplicar la regla del art. 528 CCyC cuyo texto dice: "Distribución de los bienes. A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la

37 Esta realidad se observa también en distintas partes del mundo. Para Francia se ha presentado la siguiente estadística: la prestación compensatoria se fija en el 19% de los divorcios y en el 96% de los casos a favor de la mujer (ampliar en Sayn, I.: "La prestación compensatoire en France", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 bis, nov. 2016, p. 101 y ss.)

38 Revsin, M.: "La compensación económica familiar en el nuevo régimen civil", *RDF*, 69-2015, p. 107.

convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder".

En consecuencia, rige la regla de separación de patrimonios que produce efectos semejantes la separación de bienes en el matrimonio (conf. arts. 505 a 508 CCyC). Cada conviviente mantiene la propiedad de los que tenía en el momento del inicio de la vida en común, es propietario de los que adquiere con posterioridad, tanto a título gratuito como a título oneroso y se lleva lo que ha ganado con su trabajo personal. Sin embargo, la misma norma deja en claro que la regla no es absoluta. Toda vez que la titularidad registral no coincida con la real (por ejemplo, el bien fue comprado con dinero de ambos, pero se inscribió a nombre del otro, o en condominio), el perjudicado querrá recuperar lo aportado. Para esos casos se pueden invocar los principios relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder[39].

Se menciona en primer lugar el principio de enriquecimiento sin causa, que tiene regulación expresa en el artículo 1794 CCyC: "Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda". La jurisprudencia argentina precisó los requisitos que es preciso demostrar para su procedencia: (a) enriquecimiento patrimonial del demandado, en cuyo caso, el aumento del patrimonio del otro puede producirse en forma directa, porque el conviviente colabora en su actividad económica sin retribución, o en forma indirecta por la realización de las tareas en beneficio de ambos (en cuanto le presupone un ahorro y le evita gastos), (b) empobrecimiento correlativo de quien lo solicita, lo que supone una pérdida económicamente valorable, ya sea por la prestación de servicios no remunerados, la transmisión de bienes sin ánimo de donarlos, o la pérdida del incremento patrimonial que podría haber obtenido[40], (c) relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento, (d) la falta de causa en el enriquecimiento patrimonial (no debe existir animus donandi), y (e) la inexistencia de otras vías jurídicas adecuadas, requisito que responde al carácter subsidiario de la acción (art. 1795 CCyC). Ello quiere decir que no procede si el reclamante podía recurrir a otra acción para satisfacer su pretensión (por ej., de naturaleza societaria o derivada del contrato de trabajo).

39 Este tema lo hemos analizado con mayor profundidad en Lamm, E. y Molina de Juan, M.: "Efectos patrimoniales de las uniones convivenciales", en AA.VV.: *Uniones convivenciales*, *Revista de derecho privado y comunitario*, 2014-3, p. 218 y ss.

40 No bastará que uno de los dos miembros aparezca como más rico que el otro, pues quien no fue el artífice de la riqueza no puede reclamar parte de ella, si no demuestra que, correlativamente, ha sufrido un perjuicio. Entre otros, Cámara Nacional Civil Sala H., "Sinclair, Alicia María C/ Balbiani, Carlos I. S/ liquidación de sociedad", 05/04/2000 (*elDial.com* AA43E).

Cuando la titularidad formal del bien es exclusiva de uno, pero el dinero utilizado para la compra ha sido aportado por ambos, se puede intentar un reclamo orientado a obtener el reconocimiento del derecho de aquel que realizó los aportes[41]. Al respecto se ha dicho que: "En principio, no basta con demostrar el aporte hecho para la compra del bien porque, aun probándolo, la otra parte puede alegar que se trató de una donación que su compañero le hizo, y como la donación es un contrato permitido entre las partes de una pareja, de alegarse una donación válida ésta impediría la devolución de lo aportado. Por ello insistimos en que hay que demostrar, aunque sea indiciariamente, la causa o el motivo por el cual la inscripción del bien se realizó a nombre de uno solo de los aportantes del dinero'"[42].

Aunque el artículo 528 CCyC no lo menciona, también puede invocarse la existencia de una sociedad irregular, y plantearse su disolución[43]. Al respecto debe quedar en claro que la mera vida en común, por muy extensa que haya sido, no hace surgir por sí (ni tampoco autoriza a presumir) esta figura societaria[44]. Si bien puede existir una sociedad de hecho[45], se debe acreditar la concurrencia de todos sus requisitos[46]: los aportes, el propósito de lucro, la participación en los beneficios o en las pérdida, y la "affectio societatis" que implica la existencia de una actividad económica en común[47]. Probada la sociedad se aplican sus disposiciones para liquidar el patrimonio[48], que se divide en proporción a lo que cada socio haya aportado.

Si se debe dividir bienes no registrables (los muebles del hogar, el dinero, las joyas, los cuadros, etc.) y resulta imposible probar a quién pertenecen, se aplica el principio sentado en el artículo 1895 del CCyC que crea una presunción de propiedad a favor de los poseedores de buena fe; con lo cual, se entiende que pertenecen por partes iguales a los convivientes.

41 *Cfr.* Novellino, N.: *La pareja no casada,* cit., p. 58. *Vid.* también Gallego Domínguez, I.: *Las parejas no casadas,* cit., p. 212.

42 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 05/07/2002 "C., J. C. c. F., H." Publicado en: *La Ley Online*. Cita Online: AR/JUR/7781/2002.

43 *Vid.* también Chiazza, I.: "Uniones convivenciales y sociedades de hecho", AA.VV.: *Uniones convivenciales*, *Revista de derecho privado y comunitario*, 2014-3, pp. 317/348.

44 Cámara Nacional Civil Sala L, "K., E. M. c/ F., L. S. s/ reivindicación", 04/04/2014, pub. *elDial.com* - AA87DD).

45 Entre otros, Iñigo, D.: "La distribución de los bienes generados durante la relación de convivencia", en AA.VV.: *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia Grosman* (dir. Kemelmajer de Carlucci), t. 1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 235; Bossert, G.: *El régimen jurídico*, cit., p.63.

46 Cámara de Apelaciones de General Pico (La Pampa) 03/02/2014 T C/ B S/ Dis. Soc. hecho, *El dial express*, 22-04-2014, *elDial.com* - AA8681.

47 Lloveras, N.: "Convivencias de parejas heterosexuales y los efectos patrimoniales", *RDF*, 46-2010, p. 159 y ss.

48 Bossert, G.: *Régimen jurídico,* cit., p. 74.

VII. BREVES CONCLUSIONES.

El CCyC argentino adoptó una decisión estratégica al mantener las diferencias con el matrimonio, reconocer en plenitud el origen espontáneo y liberal de la unión convivencial, y autorizar a los convivientes a definir la mayoría de sus efectos.

Es cierto que en el país no existe la práctica de resolver anticipadamente las consecuencias económicas de la extinción de los vínculos familiares. Así como es bastante infrecuente que se organice la transmisión hereditaria mediante un testamento, tampoco es costumbre pactar los efectos económicos de la ruptura de la pareja. Un largo camino debió recorrerse en materia de divorcio hasta llegar al sistema actual que autoriza y estimula los acuerdos de partición de bienes.

Sin embargo, el sistema apuesta a la autorregulación de los efectos jurídicos con la idea que los convivientes puedan anticiparse a una multiplicidad de conflictos, sin imponerles un régimen coactivo. Con este propósito, proporciona un marco normativo dentro del cual pueden moverse quienes deciden convivir sin casarse, aunque no resuelve todos los problemas que deberán afrontar, si no fueron previsores. Para estos casos, solo menciona mínimos indisponibles y algunos lineamientos con el fin de orientar las pretensiones judiciales tendientes a hacer realidad la tutela judicial efectiva de los convivientes.

BIBLIOGRAFIA

Azpiri, J.: *Uniones de Hecho*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

Borrillo, D.: "Pacto Civil de solidaridad, ¿contractualización del matrimonio o matrimonialización de la convivencia more uxorio?", *RDF* 46-2010.

Bossert, G. A.: *Régimen jurídico del concubinato,* Astrea, Buenos Aires, 1997.

Chiazza, I.: "Uniones convivenciales y sociedades de hecho", AA.VV.: *Uniones convivenciales*, *Revista de derecho privado y comunitario*, 2014-3.

Ciuro Caldani, M.: "Bases para la armonización del derecho de familia en el Mercosur", en AA.VV.: *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y Países asociados* (dir. C. Grosman y M. Herrera), Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

De Amunátegui Rodríguez, C.: *Uniones de Hecho, una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

De La Torre, N. y Pellegrini, M.: "Uniones convivenciales", en AA.VV.: *Tratado de derecho de Familia* (dir. A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera y N. LLoveras), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, t. V-A.

De Verda y Beamonte, J. R. "Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española", en AA.VV.: *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, *Biblioteca de la Fondazione Italiana del Notariato*, 1, 2018.

De Verda y Beamonte, J. R.: "¿Qué es lo que queda del derecho civil valenciano en materia de familia?, *Derecho Privado y Constitución*, 2017.

Gallego Domínguez, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales,* Centro de estudios registrales, Madrid, 1995.

Gil Domínguez, A., Famá, M., Herrera, M.: *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006, t. 1.

Grosman, C: "Efectos Personales de las Convivencias de pareja", *RDF*, 43-2009, p. 279.

Herrera, M.: "Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: más contexto que texto", *Revista de derecho privado y Comunitario,* 2014-3.

Iñigo, D.: "La distribución de los bienes generados durante la relación de convivencia", en AA.VV.: *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora*

Dra. Cecilia Grosman (dir. Kemelmajer de Carlucci), t. I, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2009.

Kemelmajer de Carlucci, A, Molina de Juan, M.: "Protección de la vivienda de la familia no matrimonial en el Código Civil y Comercial Argentino", *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 3 *bis*.

Kemelmajer de Carlucci, A.: "Bien de Familia y Registro de la Propiedad Inmueble", en AA.VV.: *Bien de familia*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2011-I.

Kemelmajer de Carlucci, A.: "Capítulo introductorio", en AA.VV.: *Tratado de derecho de familia* (dir. A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera y N. Lloveras), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I.

Kemelmajer De Carlucci, A.: *Derecho de Familia y los nuevos paradigmas,* Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, t. III.

Lamm, E. y Molina de Juan, M.: "Efectos patrimoniales de las uniones convivenciales", en AA.VV.: *Uniones convivenciales*, *Revista de derecho privado y comunitario*, 2014-3.

Lloveras, N. y Salomón, M: *El derecho de familia desde la Constitución Nacional,* Universidad, Buenos Aires, 2009.

Lloveras, N., Salomon, M.: *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad Buenos Aires, 2009.

Lloveras, N.: "Convivencias de parejas heterosexuales y los efectos patrimoniales", *RDF*, 46-2010.

López Jiménez, D.: *Prestaciones económicas como consecuencia de la ruptura de las parejas no casadas*, Navarra, Aranzadi, 2007.

Mangione Muro, M.: *Concubinato. Cuestiones patrimoniales personales y previsionales*, FAS, Rosario, 1999.

Medina, G.: *Uniones de hecho Homosexuales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001.

Méndez Costa, M., Ferrer, F., D'Antonio, D.: *Derecho de Familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, t. II B.

Molina de Juan, M..: "Uniones convivenciales y compensaciones económicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial", *ErreNews*, Novedades, núm. 1854-5/3/2014.

Molina De Juan, M.: "Las uniones convivenciales en el Proyecto de Reforma del Código Civil. No será lo mismo casarse que no casarse", *elDial.com* - DC1B15 Pub. I 16/08/2013.

Molina de Juan, M.: "Los límites a la libertad en el régimen de bienes", en AA.VV.: *Reforma del Código Civil*, V, *Familia y Sucesiones*, *Revista Derecho Privado*, Año 2, núm. 6, octubre de 2013, Id Infojus: RVDPR006.

Molina de Juan, M.: *Compensación económica. Teoría y Práctica*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018.

Molina De Juan, M.: *Revista Lumen Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Femenina del Sagrado Corazón, núm. 9, enero/diciembre 2013, pp. 9-110.

Novellino, N.: *La pareja no casada, derechos y obligaciones*, La Roca, Buenos Aires, 2006.

Pellegrini, M. V.: *Las Uniones Convivenciales,* Erreius, Buenos Aires, 2017.

Pellegrini, M.: "Dos preguntas inquietantes sobre la compensación económica", *RCCyC*, 3 de marzo de 2017. Cita Online: AR/DOC/356/2017.

Pérez Manrique, R.: "Rasgos definidores y extinción de la convivencia", *RDF* 43-2009.

Pous de la Flor, M.: "Crisis de parejas: consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 712.

Revsin, M.: "La compensación económica familiar en el nuevo régimen civil", *RDF*, 69-2015.

Rolleri, G: "Compensación económica entre convivientes" *RCCyC*, 3 de marzo de 2017, 46. LA LEY 21/02/2018, 21/02/2018, 1 Cita Online: AR/DOC/536/2017

Sayn, I.: "La prestación compensatoire en France", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 bis, nov. 2016.

Talavera Fernández, P.: *La unión de hecho y del derecho a no casar*se, Comares, Granada, 2001.

Vero, M.: "Armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países Asociados", *RDF,* 43-2009.

A UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

COHABITION IN BRAZILIAN PRIVATE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 11, agosto 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 224-265

Nelson
ROSENVALD

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de mayo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: A partir do § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988 é possível visualizar a união estável, também chamada de companheirismo, como uma situação de fato existente entre duas pessoas, de sexos diferentes e desimpedidas para casar, que vivem juntas, como se casadas fossem caracterizando uma entidade familiar. O legislador absteve-se de conceituar rigidamente a união estável, deixando para o juiz – diante de cada caso concreto – a tarefa de analisá-la e reconhecê-la ou não. Logo, trata-se de uma situação fática, estabelecendo um vínculo afetivo entre pessoas, com intenção de viver como se casadas fossem. Companheiro é a expressão consagrada no Código Civil para designar o sujeito da união estável, expurgando o preconceito que a palavra concubinato trazia consigo. a união estável está submetida a alguns elementos essenciais: (i) diversidade de sexos; (ii) estabilidade; (iii) publicidade; (iv) continuidade; (v) ausência de impedimentos matrimoniais. Esses cinco elementos precisam estar conectados a um elemento principal, que é o ânimo de constituir família (convivência more uxorio). A união estável irradia suas consequências em diferentes campos, projetando-se nas relações patrimoniais, de índole econômica, e também nas relações pessoais, domiciliadas no âmbito interno da relação mantida pelo casal e em muito se assemelham aos efeitos do casamento. Apesar das distinções com o matrimônio, não apenas é possível a conversão da união estável em casamento, como, considerada a possibilidade de caracterização de uniões estáveis homoafetivas, a possibilidade efetiva de conversão de união estável homoafetiva em casamento.

PALABRAS CLAVE: União estável; casamento; direito civil brasileiro; uniões homoafetivas; direitos fundamentais; dignidade; pluralismo

ABSTRACT: *From the 3rd paragraph of art. 226 of the Federal Constitution of 1988, it is possible to visualize the "União Estável" (cohabitation), also called common-law marriage, as a fact existing between two people, of different sexes and free to marry, living together, as if married were characterizing a family entity. The lawmaker refrained from conceptualizing rigidly the cohabitation, leaving to the judge - in each concrete case - the task of analyzing it and recognizing it or not. Therefore, it is a factual situation, establishing an affective bond between a couple, intending to live as if they were married. Cohabitants is the expression consecrated in the Civil Code to designate the subject of the cohabitation, eliminating the prejudice that the word "concubinato" brought with it. the stable union is subject to some essential elements: (i) gender diversity; (ii) stability; (iii) publicity; (iv) continuity; (v) absence of marital impediments. These five elements need to be connected to a main element, which is the spirit of constituting family (coexistence more uxorio). Cohabitation expands its consequences in different fields, projecting itself in the patrimonial relations, of economic nature, and also in the personal relations, domiciled in the internal scope of the relation maintained by the couple and very much resemble the effects of the marriage. In spite of the distinctions with marriage, not only is it possible to convert a cohabitation into a marriage, but also to consider the possibility of characterizing homosexual unions as cohabitations for legal effects.*

KEY WORDS: *Cohabitation; marriage; Brazilian private law; fundamental rights; dignity; pluralism.*

SUMARIO.- I. INTRODUÇÃO.- II. ESCORÇO HISTÓRICO: A UNIÃO ESTÁVEL NA LENTE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.- III. A UNIÃO ESTÁVEL, O CONCUBINATO E A SOCIEDADE DE FATO: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS.- 1. A união livre e a sociedade de fato.- 2. O concubinato, o seu tratamento jurídico e as vedações do sistema legal: inadmissibilidade de simultaneidade de núcleos familiares pelo sistema jurídico.- 3. A união estável.- 4. O poliamorismo e a possibilidade de caracterização de uma união estável putativa.- IV. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA UNIÃO ESTÁVEL.- 1. Noções gerais.- 2. O intuito familiae (ânimo de constituir uma família).- 3. A questão da dualidade de sexos e as uniões de pessoas do mesmo sexo (as uniões homoafetivas).- 4. A estabilidade.- 5. A continuidade.- 6. A publicidade.- 7. A ausência de impedimentos matrimoniais e não incidência das causas suspensivas.- 8. A união estável putativa e a possibilidade excepcional de simultaneidade de núcleos familiares.- V. EFEITOS PESSOAIS DA UNIÃO ESTÁVEL.- 1. As relações pessoais entre os companheiros.- 2. Os deveres recíprocos entre os companheiros e a dispensa da coabitação.- 3. Direito ao uso do sobrenome do companheiro.- 4. Estabelecimento de vínculo de parentesco por afinidade.- 5. Adoção por companheiros.- 6. Exercício da curatela pelo companheiro na ação de interdição e na ação declaratória de ausência.- 7. Sub-rogação e retomada na locação de imóvel urbano.- 8. A questão da indenização por descumprimento dos deveres pessoais entre os companheiros (a responsabilidade civil na união estável).- 9. Impedimento para testemunhar. - VI. EFEITOS PATRIMONIAIS.- 1. As consequências econômicas da união estável.- 2. O regime de bens e o direito à meação.- 3. O contrato de convivência na união estável e seus efeitos- A) Contornos gerais do contrato de convivência.- B) Celebração do contrato de convivência e modificabilidade.- C) Eficácia do pacto convivencial.- D) Conteúdo.- E) O contrato de namoro e seus efeitos sobre a união estável.- F) O contrato de convivência e os companheiros sócios.- 4. Alimentos na união estável.- 5. Direito aos benefícios previdenciários.- 6. Efeitos tributários.- 7. Impenhorabilidade do bem de família.- VII. CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO.- VIII. ASPECTOS PROCESSUAIS DA UNIÃO ESTÁVEL - IX. AÇÕES TÍPICAS DA UNIÃO ESTÁVEL.- X. CONCLUSÃO.

I. INTRODUÇÃO.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 atribui especial proteção do Estado à família (inclusive àquela não fundada no matrimônio), deixando antever o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade da pessoa humana. É que partindo de uma concepção instrumentalista da família, é possível afirmar que a tutela jurídica dedicada à família não se justifica em si mesma. Isto é, não se protege a família por si mesma, mas para que, através dela, sejam tuteladas as pessoas que a compõem. Por isso, a união estável assume especial papel na sociedade contemporânea, pois possibilita compreender o caráter instrumental da família, permitindo que se efetive o ideal constitucional de que a família (seja ela qual for, casamentária ou não) tenha especial proteção do Estado.

• Nelson Rosenvald
Fiscal, Presidente del Instituto Brasileño de Estudios de Responsabilidad Civil. Correo electrónico: nelson.rosenvald@me.com

O que se deve proclamar é a especial proteção da vida em comum, através de uniões sem formalidades, com o propósito de proteger qualquer modo de constituição de família, independentemente de sua origem. Ora, seja o casamento, seja a união estável, seja qualquer outro modelo de família, é certo que toda e qualquer entidade familiar está, sempre, fundada na mesma base sólida: o *afeto*. E não se justifica, por certo, discriminar realidades idênticas – todas lastreadas no amor e na solidariedade recíproca, com vistas à realização plena dos seus componentes.

Não é crível, nem admissível, que as pessoas sejam obrigadas a casar somente para adquirir mais direitos. A opção pelo casamento, pela união estável, ou, seja lá pelo que for, não pode implicar na aquisição de mais ou menos garantias jurídicas[1]. E não se argumente, sequer, como tentam alguns, que se justificaria o tratamento inferior à união estável com base no § 3º do Texto Maior, ao estabelecer que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento. Efetivamente, o espírito da norma constitucional não é, a toda evidência, estabelecer graus de importância nos núcleos familiares. O constituinte almejou, tão somente, tornar menos solene e complexo o matrimônio daquelas pessoas que, anteriormente, já conviviam maritalmente, como se casados fossem. Só isso.

II. ESCORÇO HISTÓRICO: A UNIÃO ESTÁVEL NA LENTE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.

O revogado Código Civil de 1916 somente reconhecia o casamento como entidade familiar, nem sequer admitindo a existência de uniões extramatrimonializadas. Naquela ambientação, o casamento era a única forma de constituição da chamada "família legítima", sendo, portanto, "ilegítima" toda e qualquer outra forma familiar, ainda que marcada pelo afeto.

Todavia, considerando que o casamento tinha caráter indissolúvel, não raro, diversas pessoas – inclusive aquelas cujo casamento terminava de fato, mas não de direito – viviam maritalmente com alguém, mas optando por não casar ou, de outro modo, não podendo casar. Essas pessoas passaram a viver em entidades que foram intituladas como *concubinato*.

Concubinato significava, em rápidas linhas, união entre homem e mulher sem casamento, seja porque eles não poderiam casar, seja porque não pretendiam

1 Inclusive, em relação ao beneficiário do seguro de vida, o STJ vem decidindo que "Revela-se incoerente com o sistema jurídico nacional o favorecimento do cônjuge separado de fato em detrimento do companheiro do segurado para fins de recebimento da indenização securitária na falta de indicação de beneficiário na apólice de seguro de vida, sobretudo considerando que a união estável é reconhecida constitucionalmente como entidade familiar" (STJ, REsp 1.401.538, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, 3 T, DJ 12/08/2015).

casar. De qualquer modo, é preciso deixar claro que o concubinato não produzia efeitos no âmbito do Direito das Famílias, mas, apenas, no campo do Direito Obrigacional, por ser estranho ao conceito de família. Era a chamada "sociedade de fato".

Provocadas as Cortes, o Supremo Tribunal Federal (que, naquela época, antes da Constituição Federal de 1988, detinha competência para tanto), então, cumprindo um papel visivelmente construtivo, editou duas súmulas reconhecendo algum tipo de proteção às pessoas que viviam concubinariamente, fora do matrimônio. A Súmula 380 dispõe: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum". A outro giro, a Súmula 382, por seu turno, reza: "A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato".

Não só. Considerando que os concubinos não faziam jus aos alimentos, uma vez que a relação não tinha natureza familiar, a jurisprudência brasileira, inspirada no entendimento acolhido pelos tribunais franceses, passou a reconhecer-lhes o direito a uma indenização por serviços domésticos (caseiros, tais como lavar, passar, cozinhar etc.) e sexuais prestados. Vale a pena transcrever a ementa de interessante aresto da Corte Maior, para ilustrar a matéria:

"A sociedade de fato e não a convivência more uxório é o que legitima a partilha de bens entre os concubinos, julgado que nega a existência de sociedade entre os concubinos, face a prova dos autos, não discrepa da Súmula 380. RE não conhecido. Súmula 279. A jurisprudência tem admitido, em casos especiais, serem indenizáveis os serviços prestados pela concubina ao amásio durante o período de vida em comum, desde que demonstrados, pois quem pede o mais, pede o menos. Provido o segundo recurso, em parte, para assegurar a indenização dos serviços domésticos e de natureza social com reflexos comerciais, prestados pela concubina em favor do amasio, conforme se apurar em execução" (STF, Ac. 2ª T., RE 84969/RJ, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 29.10.1976, DJU 13.12.1976).

A firme posição dos Tribunais chegou mesmo a influenciar o legislador, fazendo com que fossem editadas normas legais reconhecendo o concubinato. Nesse sentido, é possível lembrar a Lei nº 6.367/75, bem como o Decreto-lei nº 7.036/44, que reconheciam ao concubino o direito ao recebimento de indenização por acidente de trabalho com o seu convivente. Aliás, a matéria restou de tal modo pacificada que o Supremo Tribunal Federal cimentou entendimento na Súmula 35, confirmando a legitimidade da concubina para o recebimento da referida indenização. Por igual, não é demais lembrar que o art. 57, §§ 2º a 6º, da Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos, na mesma trilha, reconheceu o direito ao uso do sobrenome (nome patronímico) pela concubina.

Naquele desenho, a doutrina se encarregou de diferençar o concubinato em duas categorias: (*i*) o *concubinato puro* (composto por pessoas que poderiam casar, mas preferiam não fazê-lo); (*ii*) o *concubinato impuro* (formado por pessoas que não poderiam casar, como, por exemplo, as pessoas casadas, caracterizando o típico e conhecido exemplo das "amantes". Era o concubinato adulterino ou incestuoso).

Finalmente, com o advento da Constituição da República, propiciamente apelidada de "Constituição-cidadã", o velho concubinato foi elevado à altitude de *entidade familiar*, passando a se submeter à normatividade do Direito das Famílias e, principalmente, ganhando especial proteção do Estado – a mesma dispensada ao casamento. O nome do instituto foi mudado visando retirar o estigma da dupla conotação trazida pela palavra *concubinato*. *União estável* foi a nova terminologia empregada para indicar as relações afetivas decorrentes da convivência entre homem e mulher, com o intuito de constituir família, mas despida das formalidades exigidas para o casamento.

Na sequência do Texto Constitucional, foi editada a Lei nº 8.971/94, que veio a disciplinar o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão, impondo como requisitos para a configuração da união estável que os companheiros fossem solteiros, divorciados ou viúvos e que houvesse uma convivência mínima de cinco anos ou a existência de prole.

Já em 1996, a Lei nº 9.278/96, também visando regular a união estável, mas não ab-rogando a lei anterior, extirpou os requisitos acima mencionados, passando a considerar a união estável como a entidade familiar de convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família, afastando, de uma vez por todas, a exigência temporal.

Tutelou-se, desse modo, em sede constitucional, o antigo concubinato puro, protegido, agora, como uma entidade familiar e submetido a uma nova terminologia, abandonando a nomenclatura estigmatizada e preconceituosa. Com isso, o velho concubinato impuro (agora designado, simplesmente, de *concubinato*) se manteve enquadrado no âmbito do Direito das Obrigações, não produzindo, segundo entendimento prevalecente na doutrina e na jurisprudência, efeitos jurídicos familiares (direito aos alimentos, à herança, à habitação, ao estabelecimento do parentesco por afinidade, etc.), como, inclusive, estabelece o art. 1.727 do Estatuto do Cidadão.

Palmilhando as sendas abertas pelo legislador, a jurisprudência dos Tribunais Superiores passou a recrudescer o tratamento jurídico do concubinato. O único efeito jurídico reconhecido em favor da concubina, atualmente, é o *direito à partilha do patrimônio adquirido, desde que provado o esforço comum*. Veja-se a mais recente orientação daquela Corte Superior:

"Inviável a concessão de indenização à concubina, que mantivera relacionamento com homem casado, uma vez que tal providência eleva o concubinato a nível de proteção mais sofisticado que o existente no casamento e na união estável, tendo em vista que nessas uniões não se há falar em indenização por serviços domésticos prestados, porque, verdadeiramente, de serviços domésticos não se cogita, senão de uma contribuição mútua para o bom funcionamento do lar, cujos benefícios ambos experimentam ainda na constância da união. [...] 3. Na verdade, conceder a indigitada indenização consubstanciaria um atalho para se atingir os bens da família legítima, providência rechaçada por doutrina e jurisprudência. 4. Com efeito, por qualquer ângulo que se analise a questão, a concessão de indenizações nessas hipóteses testilha com a própria lógica jurídica adotada pelo Código Civil de 2002, protetiva do patrimônio familiar, dado que a família é a base da sociedade e recebe especial proteção do Estado (art. 226 da CF/88), não podendo o Direito conter o germe da destruição da própria família" (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp 988.090/MS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 2.2.2010, DJe 22.2.2010).

III. A UNIÃO ESTÁVEL, O CONCUBINATO E A SOCIEDADE DE FATO: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS.

1. A união livre e a sociedade de fato.

Utiliza-se a expressão *união livre* para designar as relações mantidas entre pessoas que, não sendo casadas entre si e não convivendo maritalmente, sem formalidades, mas com intenção de constituir família, mantêm uma comunhão afetiva. É o exemplo tão evidente do namoro ou mesmo do noivado. É importante observar que essas uniões livres são desprovidas de efeitos de ordem familiar (TJ/RS, Ac. 7ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70001533512, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 22.11.2000).

Não se pode olvidar, entretanto, que de uma união livre, seja ela afetiva ou não, é possível decorrer a formação de uma sociedade de fato, quando as partes envolvidas adquirem, por esforço comum, patrimônio, impondo, assim, o dever de partilha dos bens adquiridos, a título oneroso. Seria o exemplo de namorados que, em conjunto, resolvem prestar serviços no mercado informal. Na hipótese, haverá uma sociedade de fato, com potencialidade de projeção de efeitos patrimoniais.

E, bem por isso, sempre que, em qualquer tipo de união livre, houver aquisição de patrimônio por colaboração recíproca, caberá a ação de dissolução de sociedade de fato, a ser ajuizada em vara cível, afastada, efetivamente, a competência da vara especializada de família.

2. O concubinato, o seu tratamento jurídico e as vedações do sistema legal: inadmissibilidade de simultaneidade de núcleos familiares pelo sistema jurídico.

Com o advento do libertário e solidário Texto Constitucional, o termo *concubinato* passou a designar, tão somente, a figura *impura*, pois o antigo concubinato *puro* passou a ser chamado de *união estável*. Como já dito, o Código Civil, na redação do seu art. 1.727, consagrou, efetivamente, a distinção conceitual entre concubinato e união estável, afastando os dois institutos e reconhecendo, como entidade familiar, tão somente, este último. Assim, o concubinato é a relação, não familiar, entre pessoas que não podem casar, em razão de algum impedimento matrimonial (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 684.407-0/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 3.5.2005, *DJU* 27.6.2005, p. 411).

O tratamento jurídico do concubinato como mera sociedade de fato tem como fundamento, ainda, o caráter monogâmico da relação familiar. Por isso, entende-se, em sede normativa e jurisprudencial, que conferir proteção ao concubinato em sede familiarista implicaria, por vias transversas, em quebrar a monogamia em sua própria essência. E, assim, a norma legal e o entendimento jurisprudencial superior repugna o reconhecimento de uniões familiares simultâneas ou paralelas.

"Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. (...). Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente. Recurso especial provido" (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 1.157.273/RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.5.2010, DJe 7.6.2010).

Todavia, é importante ter em mente a possibilidade de produção de efeitos jurídicos entre os concubinos. Tais consequências, insista-se à exaustão, se projetam no campo obrigacional, afastadas do Direito das Famílias. Por óbvio, a decorrência de efeitos patrimoniais do concubinato depende da prova efetiva pelo interessado da existência de colaboração recíproca e da aquisição patrimonial e será possível mesmo quando um dos concubinos é casado e convive com o seu cônjuge (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 257.115/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29.6.2004, *DJU* 4.10.2004).

A outro giro, vale encalamistrar que o direito brasileiro estabelece a vedação da prática dos seguintes atos em favor da concubina ou do concubino: (*i*) proibição de realizar doação em favor do concubino, sob pena de anulabilidade, no prazo de dois anos contados do término da relação conjugal (CC, art. 550); (*ii*) proibição de estipular seguro de vida em favor de concubino, sob pena de nulidade (CC, art. 793); (*iii*) proibição de ser contemplado como beneficiário de testamento, seja a título de herança ou de legado, sob pena de nulidade (CC, art. 1.801, III); (*iv*) impossibilidade de receber alimentos (CC, art. 1.694).

É importante observar que todas essas vedações restringem-se, apenas, ao concubinato (impuro), não se aplicando, logicamente, à união estável. De qualquer sorte, *é preciso uma visão mais atualizada das referidas normas, que, sem dúvida, estão apegadas a conceitos morais já superados e, de certo modo, contestáveis*. Não se perca de vista, inclusive, que tais vedações podem estar, inclusive, em rota de colisão com a consagrada autonomia da vontade, marca registrada do Direito Civil, pois impede que o titular do patrimônio disponha de sua cota disponível.

"União dúplice. União estável. Prova. Meação. Triação. Sucessão. Prova do período de união estável e união dúplice. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante ao casamento do falecido. Reconhecimento de união dúplice paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. Meação (triação) Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o de cujus. Meação que se transmuda em 'triação', pela duplicidade de vínculos familiares" (TJ/RS, Ac. 8ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70027512763 – Comarca de Erechim, Rel. Des. Rui Portanova, j. 14.5.2009, DJRS 2.6.2009).

3. A união estável.

A partir do § 3º do art. 226 da Carta Cidadã de 1988 é possível visualizar a união estável, também chamada de *companheirismo*, como uma situação de fato existente entre duas pessoas, de sexos diferentes e desimpedidas para casar, que vivem juntas, como se casadas fossem (convivência *more uxorio*), caracterizando uma entidade familiar.

Consoante a feliz percepção da professora catarinense Patrícia Fontanella, percebe-se, facilmente, que "o legislador optou por evitar rigorismos conceituais, pois ao abster-se de conceituar rigidamente a união estável, deixou para o juiz – diante de cada caso concreto – a tarefa de analisá-la e reconhecê-la ou não"[2]. Logo, trata-se de uma situação fática, estabelecendo um vínculo afetivo

2 Fontanella, P.: *União estável: a eficácia temporal das leis regulamentadoras*, 2º ed., OAB/SC, Florianópolis, 2006, p. 23.

entre pessoas, com intenção de viver como se casadas fossem. *Companheiro* é a expressão consagrada no Código Civil para designar o sujeito da união estável, expurgando o preconceito que a palavra *concubinato* trazia consigo. Lembre-se, demais disso, que, em sede doutrinária, também se utiliza a expressão *convivente* para designar o companheiro.

Repita-se, à saciedade, que, conquanto esteja impedida de casar, a pessoa casada, mas separada de fato, já poderá constituir união estável, como reza o § 1º do art. 1.723 do Código Civil, tendo em mira, acertadamente, que a falta de convivência na relação casamentária faz cessar a sua caracterização fundamental, que é a afetividade. Nasce a união estável, destarte, de um simples fato jurídico (a convivência duradoura com *intuitu familiae*), produzindo efeitos jurídicos típicos de uma relação familiar, distinguindo-se do casamento, apenas e tão somente, pela inexistência de formalidades legais e obtendo a mesma proteção que for dispensada a qualquer outro núcleo familiar.

4. O poliamorismo e a possibilidade de caracterização de uma união estável putativa.

Conceitualmente, poliamor significa, em acepção gramatical, "muitos amores". O seu significado concreto, todavia, é mais expansivo. Cuida-se, em verdade, de "um modo de vida", pelo qual é reconhecida "a possibilidade de estar envolvido em relações íntimas e profundas com várias pessoas ao mesmo tempo, no mesmo nível de importância", conforme a explicação da psicanalista Regina Navarro Lins[3].

Salta aos olhos, portanto, que a relação poliamorista está, juridicamente, baseada na boa-fé (objetiva), caracterizada pelo comportamento ético, respeitoso, entre as partes envolvidas. Por isso, entendemos que, presentes os requisitos caracterizadores exigidos pelo art. 1.723 do Código Civil, a relação de poliamor pode ser reputada uma união estável putativa, com a produção de todos os efeitos entre os envolvidos. Considerada, inclusive, a boa-fé de todos os envolvidos, não haveria um critério para deferir direitos a uma das pessoas negar à outra.

Muitas das pessoas que vivem em poliamorismo se valem de escrituras públicas, lavradas em cartório, para manifestar a convivência e a intenção de viver em uma relação familiar. Efetivamente, as aludidas declarações servem como indiscutível meio de prova para a caracterização da união estável, a partir da demonstração dos seus elementos. Ora, as partes envolvidas estabelecem uma relação de afetividade, com absoluta integração fisio-psicológica permanente. Dessa maneira, há de se reconhecer uma possibilidade de caracterização de uma entidade familiar nesse caso, com a incidência do regramento da união estável.

3 Lins, R. N.: *Novas formas de amar,* Planeta, São Paulo, 2017, p. 166.

IV. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA UNIÃO ESTÁVEL.

1. Noções gerais.

Considerada a ausência de formalidades na constituição de uma família convivencial, percebe-se a premente necessidade de vislumbrar os seus elementos fundantes, até mesmo para que possa surtir os seus regulares efeitos, a partir das latitudes do art. 226 da Constituição, especificamente de seu § 3º, e do art. 1.723 do Código Civil.

Afirma a norma constitucional (art. 226, § 3º): "Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Por seu turno, o Estatuto Civil, igualmente, reconhece "como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". Já em seu § 1º, dispõe que "a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente", enquanto no § 2º informa que "as causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável".

Confrontando tais dispositivos, infere-se, com tranquilidade, que a união estável está submetida a alguns elementos essenciais: (*i*) diversidade de sexos; (*ii*) estabilidade; (*iii*) publicidade; (*iv*) continuidade; (*v*) ausência de impedimentos matrimoniais. É bem verdade que esses elementos, necessariamente, precisam estar conectados a um elemento principal, que é o ânimo de constituir família, isto é, a intenção de estar vivendo como se casados fossem (a chamada convivência *more uxorio*). É possível perceber, inclusive, que a intenção de estar convivendo como se casados fossem apresenta-se como elemento principal, fundamental para a caracterização da entidade familiar. Os demais, assim, podem ser compreendidos de forma acessória, pois a presença deles, sem o *animus familia*e, não implicará no reconhecimento de uma união estável.

Nessa linha de ideias, percebe-se, com clareza solar, não serem elementos exigidos para a união estável a exigência de um lapso temporal mínimo de relacionamento e a convivência sob o mesmo teto. Assim, é possível a sua caracterização independentemente de um prazo de convivência e mesmo que os conviventes estejam morando em casas separadas. Nesse sentido, a Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal consagra que "a vida em comum sob o mesmo teto *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato". Veja-se ilustrativamente:

"Não exige a lei específica a coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável. Na realidade, a convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos a demonstrar a relação comum, mas a sua ausência não afasta, de imediato, a existência da união estável" (STJ, Ac. Unân., 4ª T. REsp. 474.962/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 23.9.2003, DJU 1.3.2004, p. 186, RBDFam 23: 93).

2. O intuito familiae (ânimo de constituir uma família).

Sem dúvida, é fundamental para a caracterização da união estável a existência de uma *comunhão de vidas* no sentido material e imaterial, em correspondência e similitude ao casamento. É uma troca de afetos e uma soma de objetivos comuns, de diferentes ordens, solidificando o caráter familiar da relação. Trata-se, efetivamente, da firme intenção de viver como se casados fossem.

Nesse passo, é o *intuito familiae*, também chamado de *affectio maritalis*, que distingue a união estável de outras figuras afins, como, por exemplo, um namoro prolongado, afinal os namorados não convivem como se estivessem enlaçados pelo matrimônio. Também aparta a união estável de um noivado, pois neste as partes querem, um dia, estar casadas, enquanto naquela os companheiros já vivem como casados. Nesse passo, mesmo que presentes, eventualmente, em um namoro ou em um noivado, algum, ou alguns requisitos caracterizadores da união estável, sendo ausente o ânimo de estar vivendo uma relação nupcial, como se casados fossem, não se caracterizará a entidade familiar e, via de consequência, não decorrerão efeitos pessoais ou patrimoniais. Há precedente nesse diapasão: *O namoro prolongado, mesmo com congresso íntimo, desenrolando enquanto as partes resolviam anteriores casamentos, não induz união estável* (TJ/RS, Ac. 7ª Câm. Cív., Ap. Cív. 599.152.105, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 12.5.1999).

3. A questão da dualidade de sexos e as uniões de pessoas do mesmo sexo (as uniões homoafetivas).

A exigência da diversidade de sexos (CF, art. 226, § 3º) apresentava-se conectada a padrões morais de outros tempos, argumentando parte da doutrina que decorreria da impossibilidade de os homossexuais assumirem, concomitantemente, o papel de pai e mãe em uma relação familiar[4].

4 Defendendo a impossibilidade de caracterização das uniões estáveis entre homossexuais, veja-se Carlos Roberto Gonçalves, sustentando que a diversidade de sexos é requisito natural, chegando mesmo a reputar "inexistentes as uniões homossexuais" e defendendo, equivocadamente ao nosso ver, uma regulamentação apenas de caráter obrigacional. Cf. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 544. Também assim, Rainer Czajkowski, para quem a relação homoafetiva "agride a ideia de família num dos elementos que lhe é mais próprio" (Czajkowski, R.: *União livre,* 2º ed., Juruá, Curitiba, 2001, p. 72).

Efetivamente não era razoável. Até porque a aludida interpretação se mostrava incompatível com o Texto Constitucional como um todo: garantista, humanista, igualitário e promotor das liberdades individuais. Bem por isso, não se poderia admitir uma interpretação restritiva dos elementos caracterizadores da união estável. Até porque, seja heteroafetiva, ou seja homoafetiva, a união estável tem a mesma base fundante, se apresentando como uma relação de afeto e de solidariedade.

Outrossim, não se pode olvidar que mesmo os casais homossexuais poderão, eventualmente, experimentar a paternidade/maternidade, através das técnicas de reprodução assistida e da adoção. A outro giro, também não se pode submeter a caracterização de família à decorrência de prole, uma vez que o planejamento familiar é opção do casal, garantida constitucionalmente, não se descaracterizando uma família somente pela inexistência de filhos.

Exatamente lastreado nesses argumentos, o Supremo Tribunal Federal, em histórico julgamento por unanimidade, determinou, em controle de constitucionalidade concentrado (portanto, com efeitos vinculantes), que se promova uma interpretação conforme a Constituição do caput do art. 1.723 da Codificação de 2002, para se admitir a caracterização de uma união estável entre pessoas de sexos distintos ou do mesmo sexo (hetero ou homoafetiva), reconhecendo-lhes todos os efeitos (pessoais e patrimoniais) decorrentes de uma entidade familiar:

"(...) O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por 'intimidade e vida privada' (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do

Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

(...) A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia entidade familiar, não pretendeu diferenciá-la da família. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado entidade familiar como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem 'do regime e dos princípios por ela adotados', verbis: 'os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'[...] Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva" (STF, Ac. Unân., Tribunal Pleno, ADIn 4277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 5.5.2011, DJe 14.10.2011).

Com essa compreensão, infere-se que a união estável homoafetiva produz todos os efeitos de uma união estável heteroafetiva, seja no âmbito existencial, seja na esfera patrimonial. Aliás, admite-se, inclusive, a possibilidade de sua conversão em casamento, conforme reconhecido pela Corte Superior de Justiça (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 1.183.378/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão).

4. A estabilidade.

Decorre da própria nomenclatura abraçada constitucionalmente que a família convivencial exige um caráter *estável*, uma duração prolongada no tempo. Impõe-se, assim, à relação entre os companheiros uma feição não acidental, não momentânea.

Por óbvio, convém rechaçar, de logo, que a durabilidade esteja conectada à exigência de algum lapso temporal mínimo. Não se exige, como visto alhures, prazo mínimo de convivência, dependendo a caracterização da união estável das circunstâncias concretas de cada caso.

5. A continuidade.

A própria noção de estabilidade traz consigo a necessidade de continuidade da relação amorosa. Evidentemente, não se fala em continuidade no sentido de perpetuidade, mas sim como elemento de verificação da solidez do vínculo.

É certo, nessa ordem de ideias, que eventuais desentendimentos e conflitos pessoais são naturais na vida em comum (e fora dela, também). E mais, essa desavença pode ser seguida de uma breve ruptura, desembocando, não raro, em uma (festejada) reconciliação do casal. Pois bem, situações tais não implicam na perda do caráter contínuo exigido legalmente para a caracterização da união convivencial. O que deteriora o vínculo afetivo é a ruptura séria, quebrando a base objetiva (que é a convivência) e subjetiva (a intenção de continuar compromissado a outra pessoa) do relacionamento.

6. A publicidade.

Para que exista a união estável é necessário que a relação afetiva seja pública – no sentido de notoriedade, de não clandestinidade. Ou seja, é preciso que os conviventes mantenham um comportamento notório, apresentando-se aos olhos de todos como se casados fossem. Nas uniões familiares, é natural que o par não se esconda do meio social, mantendo o respeito recíproco e a convivência em qualquer situação e sendo reconhecido como uma família. Daí a sempre lúcida ponderação de Caio Mário da Silva Pereira, no sentido de que os companheiros são reconhecidos "como tais perante os amigos e a sociedade"[5].

Com isso, eventuais relações furtivas, misteriosas e secretas não podem estar aptas a constituir um vínculo familiar, até mesmo porque comprometem a própria intenção das partes de viver como se casados fossem. Em suma: ocultar a relação convivencial estável poderá implicar em comprometimento do próprio ânimo de viver em estado familiar.

7. A ausência de impedimentos matrimoniais e não incidência das causas suspensivas.

Os impedimentos matrimoniais, como visto alhures, são proibições para a celebração do casamento e, naturalmente, incidem, por igual, na união estável. Até

5 Pereira, C. M. S.: *Instituições de direito civil,* 14° ed., Forense, Rio de Janeiro, 2004, v. V, p. 45.

porque, de regra, somente poderá ser caracterizada como união estável a relação que puder ser convertida em casamento – o que, por óbvio, conduz à incidência dos impedimentos matrimoniais nas relações convivenciais.

Importante, no entanto, atentar para uma mitigação da aplicabilidade dos impedimentos. É mister observar que a existência de casamento anterior (art. 1.521, VI) não constituirá óbice para a caracterização da união estável se um dos companheiros, embora ainda casado, já estiver separado de fato – independentemente de prazo. Contudo, se um dos companheiros encontra-se submetido a um dos outros impedimentos matrimoniais, não configurará união estável, restando caracterizado o concubinato, nos termos do art. 1.727 do Código Civil.

Outrossim, vale sublinhar que, apesar de os impedimentos matrimoniais serem aplicáveis à união estável, as causas suspensivas não embaraçam a sua caracterização (CC, art. 1.723, §2º). Maria Berenice Dias, com acerto, leciona que as restrições decorrentes das causas suspensivas não são invocáveis na união estável. Não se pode falar sequer em analogia, pois descabe limitar direitos quando a lei expressamente não o faz[6].

8. A união estável putativa e a possibilidade excepcional de simultaneidade de núcleos familiares.

É certo que a histórica posição encontrada no direito brasileiro é no sentido de negar todo e qualquer efeito às uniões paralelas, buscando-se conferir prestígio ao princípio da monogamia. Nesse sentido, leciona Carlos Roberto Gonçalves: "Como também ocorre nas uniões conjugais, o vínculo entre os companheiros deve ser único, em face do caráter monogâmico da relação. Não se admite que pessoa casada, não separada de fato, venha a constituir união estável, nem que aquela que convive com um companheiro venha a constituir outra união estável"[7]. Também assim, o entendimento jurisprudencial continua fundamentado nessas premissas:

"[...] 4. Este Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Assim, se uma relação afetiva de convivência for caracterizada como união estável, as outras concomitantes, quando muito, poderão ser enquadradas como concubinato (ou sociedade de fato). 5. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, Ac. Unân., 3ª T., Agr. Reg. Agr. Instr. 1130816/MG, Rel. Des. Convocado Vasco della Giustina, j. 19.8.2010, DJe 27.8.2010).

6 Dias, M. B.: *Manual de direito das famílias*, 6º ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 153.

7 Gonçalves, C. R.: *Direito civil brasileiro: direito de família*, Saraiva, São Paulo, 2005. v. VI, p. 548.

Todavia, não nos parece a melhor solução. É que, apesar de ser inegável que a monogamia possui uma relevante função ordenadora do sistema jurídico, não se pode ignorar a existência de outros valores que, igualmente, norteiam as relações familiares, como a dignidade da pessoa humana e a boa-fé. Com isso, em visível utilização da técnica de ponderação de interesses, admite-se a relativização da monogamia em determinados casos, para prestigiar outros valores, que, casuisticamente, se mostram merecedores de proteção.

Outrossim, considerando que o casamento pode ser putativo (veja-se, a respeito, o art. 1.561 do Código Civil), quando, apesar de nulo ou anulável, um (ou mesmo ambos) cônjuge estiver de boa-fé (incorrendo em erro desculpável), não se vê motivo para impedir a caracterização de uma união estável como tal. É importante pensar no caso concreto. Se uma pessoa já casada resolve casar de novo (na constância do seu matrimônio) e não esclarece para a segunda noiva sobre o seu estado civil, induzindo a mesma a erro, provada a boa-fé, ela poderá requerer ao juiz o reconhecimento da putatividade e, assim, obter efeitos concretos do casamento, como, por exemplo, o uso do sobrenome, o direito de receber alimentos etc. Ora, qual seria o motivo para tratar diferentemente a união estável?

Assim, entendemos que, presente a boa-fé, é possível emprestar efeitos típicos do Direito das Famílias às uniões extramatrimoniais em que um dos companheiros sofre um dos impedimentos matrimoniais, porém, o outro interessado está laborando em erro desculpável. Aliás, esse entendimento encontra apoio na melhor doutrina. Veja-se, a respeito, a manifestação de Euclides de Oliveira: "Cumpre lembrar a possibilidade de união estável putativa, à semelhança do casamento putativo, mesmo em casos de nulidade e anulação da segunda união, quando haja boa-fé por parte de um ou de ambos os cônjuges, com reconhecimento de direitos. A segunda, a terceira ou múltipla união de boa-fé pode ocorrer em hipótese de desconhecimento, pelo companheiro inocente, da existência de casamento ou de anterior paralela união estável por parte do outro"[8].

Mais incisiva e direta, Maria Berenice Dias, corroborando a ideia aqui defendida, assegura que negar a união estável putativa não atende aos ditames elementares de justiça e de ética (aliás, uma das diretrizes do Código Civil de 2002). E dispara: "O casamento, embora nulo, mas realizado de boa-fé, produz todos os efeitos jurídicos até que seja desconstituído. No mínimo, em se tratando de união estável constituída em afronta aos impedimentos legais, há que se invocar o mesmo

8 Oliveira, E. de.: *União estável: do concubinato ao casamento*, 6º ed., Método, São Paulo, 2003, p. 139-140.

princípio e reconhecer a existência de uma *união estável putativa*. Estando um ou ambos os conviventes de boa-fé, é mister atribuir efeitos à união"[9].

Demais de tudo isso, vale o acréscimo de que a boa-fé que viabiliza a união estável putativa pode ser a boa-fé *objetiva*, que não decorre da *falta de conhecimento da parte*, mas, sim, do *comportamento que desperta uma confiança*. Volvendo a visão para a hipótese aqui tratada, será possível a união estável putativa, com base na boa-fé objetiva, quando a parte, apesar de saber que o outro sofre um impedimento para o casamento, é levada a acreditar, por motivos diversos, que aquele óbice não existe. Seria a hipótese do companheiro que, embora casado e convivendo com a esposa, faz a companheira acreditar que não mais existe convivência marital, afetiva, que o casal dorme em quartos separados e que tudo ainda não se resolveu por conta dos filhos, por exemplo. Merece apoio a posição da Corte de Justiça gaúcha, incorporando esta compreensão:

"União estável. Situação putativa. Affectio maritalis. Notoriedade e publicidade do relacionamento. Boa-fé da companheira. Prova documental e testemunhal. [...] 2. Tendo o relacionamento perdurado até o falecimento do varão e se assemelhado a um casamento de fato, com coabitação, clara comunhão de vida e de interesses, resta induvidosa a affectio maritalis. 3. Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre a autora e o de cujus, é cabível o reconhecimento de união estável putativa, quando fica demonstrado que a autora não sabia do relacionamento paralelo do varão com a mãe da ré. Recurso provido" (TJ/RS, Ac. 7ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70025094707 – Comarca de Gravataí, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 22.10.2008, DJRS 30.10.2008).

Também há precedente na jurisprudência catarinense:

"[…] 2. Embora seja predominante, no âmbito do Direito de Família, o entendimento da inadmissibilidade de se reconhecer a dualidade de uniões estáveis concomitantes, é de se dar proteção jurídica a ambas as companheiras em comprovado o estado de recíproca putatividade quanto ao duplo convívio com o mesmo varão, mostrando-se justa a solução que alvitra a divisão da pensão derivada do falecimento dele e da terceira mulher com quem fora casado" (TJ/SC, Ac. 4ª Câmara de Direito Civil, Ap. Cív. 2009.041434-7, Rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 10.11.2011).

Estabelecida uma união estável putativa, o respeito necessário à boa-fé impõe o reconhecimento *concomitante* de direitos às pessoas envolvidas, inclusive com

9 Dias, M. B.: *Manual de direito das famílias,* cit., p. 164. Com o mesmo pensamento, Coelho, F. U.: *Curso de direito civil*, Saraiva, São Paulo, 2006. v. 5, p. 140.

a divisão do patrimônio comum em três partes (é o que a jurisprudência vem chamando de *triação*), uma delas do cônjuge adúltero e as outras duas partes da esposa e da companheira putativa (TJ/RS, Ac. 8ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70011962503 – Comarca de Caxias do Sul, Rel. Des. Rui Portanova, j. 17.11.2005, *DJRS* 20.12.2005).

Como bem destaca Rodrigo da Cunha Perreia, nem sempre essas três partes serão equivalentes. Pode ocorrer a divisão "em duas metades, uma para o cônjuge ou companheiro(a) que estabeleceu a conjugalidade primeiro e a outra metade para o outro, que estabeleceu a relação conjugal posteriormente a que ele já tinha. Desta metade é que se partilhará com o(a) companheiro(a) da união paralela. Ou seja, fica 50% para o cônjuge/companheiro e 25% para cada um dos outros dois que mantiveram a união simultânea"[10]. Além disso, permite-se à companheira putativa a cobrança de pensão alimentícia e o direito à herança, dentre outros efeitos jurídicos típicos da relação familiar.

V. EFEITOS PESSOAIS DA UNIÃO ESTÁVEL.

1. As relações pessoais entre os companheiros.

Tal como acontece no casamento, a união estável irradia suas consequências em diferentes campos, projetando-se nas relações patrimoniais, de índole econômica, e também nas relações pessoais, domiciliadas no âmbito interno da relação mantida pelo casal e em muito se assemelham aos efeitos do casamento.

Os efeitos pessoais entre os companheiros dizem respeito à vida em comum do casal, sem qualquer conotação econômica, implicando em direitos e deveres recíprocos. São aqueles mesmos existentes no espaço interno de qualquer outra relação familiar, dizendo respeito aos companheiros, nas relações entre si e para com a sociedade como um todo.

Observe-se, no entanto, que o *Código Civil restringiu a decorrência de efeitos pessoais* nas uniões estáveis. Em sendo assim, não admitiu que produzisse a *emancipação do companheiro menor* (CC, art. 5º), a *presunção de paternidade dos filhos* nascidos na constância da relação convivencial (CC, art. 1.597) e a *mudança do estado civil* das partes envolvidas. Isso porque a união estável, em face da ausência de formalidade e ato público, não poderia, no entender do legislador, produzir efeitos em relação aos terceiros e à coletividade, somente surtindo consequências intrapartes.

10 Pereira, R. C.: *Tratado de Direito das Famílias*, IBDFAM, Belo Horizonte, 2015, p. 221.

Não parece ser a melhor solução. Com efeito, não parece razoável privar o companheiro menor de idade da *emancipação*. Isso porque se a união estável é entidade familiar, merecedora de especial proteção do Estado, não há sentido em restringir a proteção do companheiro menor de idade. Sobre o tema, inclusive, já há precedentes jurisprudenciais reconhecendo a emancipação decorrente de união convivencial (TJ/GO, Ac. 1ª Câm. Cív., Ap. Cív. 57266-0/188 – Comarca de Quirinópolis, Rel. Des. Ney Teles de Paula, j. 9.10.2001, *DJGO* 12.11.2001).

Também não parece razoável negar a incidência da presunção de paternidade (presunção *pater is est*) dos filhos havidos de uma união estável. É que deixar de aplicar a presunção *pater is est* na união estável afronta, a mais não poder, a norma expressa na Constituição Federal (art. 227) de *proibição de todo* e *qualquer tratamento discriminatório entre os filhos*. Nesse sentido, inclusive, já há um relevante precedente no Superior Tribunal de Justiça, palmilhando exatamente o caminho aqui pavimentado:

"[…] IV – Assim, se nosso ordenamento jurídico, notadamente o próprio texto constitucional (art. 226, § 3º), admite a união estável e reconhece nela a existência de entidade familiar, nada mais razoável de se conferir interpretação sistemática ao art. 1.597, II, do Código Civil, para que passe a contemplar, também, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável. […]" (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 1.194.059/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 6.11.2012, DJe 14.11.2012).

Lembre-se, outrossim, que na constância de uma união estável, assim como de um casamento, *não corre prescrição entre os companheiros* e, por conseguinte, não flui o prazo para o usucapião (prescrição aquisitiva) entre eles (CC, art. 197). Entretanto, excepcionando essa regra, autoriza o art. 1.240-A do Código Civil o *usucapião conjugal*, também apelidado de *usucapião por abandono de lar*.

2. Os deveres recíprocos entre os companheiros e a dispensa da coabitação.

O Estatuto Civil, no art. 1.724, impõe aos companheiros direitos e deveres recíprocos, marcando, fundamentalmente, os efeitos pessoais da união estável. Assim, exige-se dos companheiros, reciprocamente, os deveres de "lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos". Aliás, percebe-se uma grande semelhança entre os direitos e deveres recíprocos do casamento (CC, art. 1.566) e aqueles da união estável (CC, art. 1.724). A pequena diferença diz respeito à *dispensa da coabitação* como requisito para a caracterização da união estável e *não exigência de fidelidade recíproca*.

No que concerne à coabitação, de fato, o entendimento predominante, de há muito, e que bem se justifica é no sentido de não se exigir na união estável a morada sob o mesmo teto. Nesse sentido, inclusive, o Supremo Tribunal Federal já

sedimentou entendimento na Súmula 382: "A vida em comum sob o mesmo teto *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato". Zeno Veloso, com fina percepção, esclarece que "se o casal, mesmo morando em locais diferentes, assumiu uma relação afetiva, se o homem e a mulher estão imbuídos do ânimo firme de constituir família, se estão na posse do estado de casados, e se o círculo social daquele par, pelo comportamento e atitudes que os dois adotam, reconhece ali uma situação com aparência de casamento, tem-se de admitir a existência da união estável"[11].

Quanto ao dever jurídico de fidelidade recíproca, apesar de não ter sido acolhido expressamente pelo texto codificado, encontra-se, perfeitamente, inserido no conceito de *lealdade e respeito recíprocos*. Aliás, Álvaro Villaça Azevedo advoga que "a lealdade é gênero de que a fidelidade é espécie" lealdade e respeito constituem gênero do qual a fidelidade é uma de suas espécies[12].

De qualquer modo, convém suscitar um importante questionamento acerca da natureza da fidelidade. Seria ela um dever jurídico ou moral? Haveria interesse público na exigibilidade da fidelidade alheia? A nós, parece não haver interesse público, enfeixando-se nas latitudes e longitudes do interesse privado, transbordando a exigibilidade jurídica. Trata-se, em verdade, de uma questão de foro íntimo, presa, fundamentalmente, aos contornos afetivos e éticos de cada relacionamento humano.

3. Direito ao uso do sobrenome do companheiro.

O art. 57, §§ 2º e 3º, da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), com a redação emprestada pela Lei nº 6.216/75, estampa a possibilidade de acréscimo do sobrenome pela pessoa que está convivendo em união estável, semelhantemente às pessoas casadas. Aliás, averbe-se que, apesar de a norma legal fazer referência ao acréscimo de nome de família pela mulher, tal possibilidade abrange, sem a menor sombra de dúvidas, também o homem, em face da isonomia constitucional (CF/88, art. 5º, *caput* e inciso I).

Questão tormentosa diz respeito à perda, ou não, do sobrenome acrescido pelo término da relação convivencial. Ausente previsão expressa em lei, resta concluir, *por analogia* (LINDB, art. 4º), que, tal qual no casamento, a utilização do nome patronímico do companheiro é direito da personalidade de quem o acresceu, a partir do permissivo do art. 1.565, § 1º, do Código Civil e do art. 57, § 2º, da Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos.

11 Veloso, Z.: *Código Civil Comentado,* Atlas, São Paulo, 2003, v. XVII, p. 114.

12 Azevedo, Á. V.: *Estatuto da família de fato*, 2º ed., Atlas, São Paulo, 2002, p. 444

4. Estabelecimento de vínculo de parentesco por afinidade.

Também pela união estável é estabelecido o vínculo de parentesco por afinidade entre um companheiro e os parentes do outro convivente. Trata-se de novidade do Código Civil de 2002, decorrendo da redação do seu art. 1.595, que estabelece, expressamente: "Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade".

Não é demais lembrar que com a dissolução da união estável não será extinto o vínculo de parentesco por afinidade em linha reta (ascendente ou descendente), mantendo-se a relação até a morte de uma das partes. Por isso, não será possível o casamento do convivente com a mãe de sua ex-companheira, pois o impedimento matrimonial se mantém mesmo após o término da relação amorosa. É o que decorre, inclusive, do art. 1.521 do *Codex*.

5. Adoção por companheiros.

Alargando as latitudes do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil contemplou a possibilidade de adoção por companheiros, na constância da união estável, equiparando aos efeitos pessoais do casamento. Constava do art. 1.618, parágrafo único, que "a adoção por ambos os cônjuges ou companheiros poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado dezoito anos de idade, comprovada a estabilidade da família". De idêntica maneira, o art. 1.622 estabelecia que "ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável".

Na mesma levada, a Lei nº 12.010/09, modificando o § 2º do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, reconhece a possibilidade de *adoção conjunta* pelo casal que esteja em união estável, *comprovada a estabilidade do núcleo familiar*. Aliás, o § 4º do citado dispositivo legal reconhece, inclusive, que os "ex-companheiros podem adotar *conjuntamente*, contanto que a acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade". Nessa hipótese, é possível, até mesmo, o estabelecimento de *guarda compartilhada* entre os ex-companheiros/adotantes (ECA, art. 42, § 5º).

Por evidente, a possibilidade de adoção pelo par em união estável não afasta a possibilidade de adoção unilateral por pessoa que viva em companheirismo, inclusive sendo possível a adoção por um dos companheiros do filho do outro.

Mesmo que se trate de união estável homoafetiva, a adoção pelo casal é possível, conforme entendimento jurisprudencial superior (STJ, Ac. unân., 4ª T., REsp 889.852/RS, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 27.4.2010, *DJe* 10.8.2010).

6. Exercício da curatela pelo companheiro na ação de interdição e na ação declaratória de ausência.

Estão sujeitas à curatela as pessoas que se enquadrem nas hipóteses de incapacidade civil relativa previstas no art. 4º do Código Civil, com a redação emprestada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Aliás, também ficam sujeitos à curatela os ausentes, declarados assim por uma decisão judicial. Em tais hipóteses, o ordenamento jurídico estabelece a nomeação de um curador para cuidar dos interesses pessoais e patrimoniais do incapaz relativamente e do ausente, como mecanismo protetivo. Pois bem, de acordo com a sistemática legal, essa curatela, tanto na curatela, quanto na ausência, será exercida, preferencialmente, pelo cônjuge ou pelo companheiro.

Como corolário dessa possibilidade de o companheiro ser nomeado curador é de reconhecer, por igual, a sua plena legitimidade para propor a ação de curatela, como bem estabelece o art. 747, I, do Código de Processo Civil de 2015. Igualmente, tem legitimidade para o ajuizamento do pedido de declaração de ausência, apesar da imperfeita redação do art. 25 do Código Civil, que reclama uma interpretação conforme a Constituição Federal, para reconhecer a sua legitimatio ad causam.

7. Sub-rogação e retomada na locação de imóvel urbano.

Reza a Lei nº 8.245/91 – Lei de Locação de Imóveis Urbanos, notadamente em seu art. 11, que na hipótese de óbito do locatário na constância da relação locatícia, o seu cônjuge ou companheiro sobrevivente, assim como os herdeiros necessários, ficarão sub-rogados automaticamente nos direitos e obrigações concernentes ao contrato, desde que residentes no imóvel. Trata-se de típica hipótese de *sub-rogação legal*, independentemente da anuência das partes.

Também no caso de dissolução da união estável, por igual, o companheiro que permanecer no imóvel sub-roga-se, automaticamente, nos direitos contratuais, mesmo que não conste, expressamente, na relação contratual locatícia originária. Aliás, com o advento da Lei nº 12.112/09, que dispõe sobre a locação de imóveis urbanos, a situação se tornou mais clara, em razão da redação emprestada ao art. 12 do Diploma Legal regulamentador das locações: "Em casos de separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, a locação residencial prosseguirá automaticamente com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel".

A outro giro, o art. 47, III, do referido diploma legal assegura, pela mesma lógica, nos contratos de locação por tempo indeterminado, o direito de retomada do imóvel para uso próprio, do seu cônjuge *ou do seu companheiro*, ascendente ou descendente, que não disponha de imóvel residencial próprio.

8. A questão da indenização por descumprimento dos deveres pessoais entre os companheiros (a responsabilidade civil na união estável).

Com efeito, apesar de grande divergência doutrinária, temos posição sólida e segura no sentido de que o descumprimento de obrigações convivenciais (tais como o dever de respeito e lealdade ou mesmo o dever de mútua assistência moral e material), por si só, não gera qualquer dano indenizável, fugindo à incidência da responsabilidade civil. O Tribunal de Justiça gaúcho já se manifestou a respeito do tema, em questão específica concernente ao companheirismo, negando a indenização. Veja-se:

"A quebra de um dos deveres conjugais inerentes à união estável – a fidelidade – não gera o dever de indenizar, nem a quem o quebra – um dos conviventes – e, menos ainda, a um terceiro que não integra o contrato existente e que é em relação a este parte alheia" (TJ/RS, Ap. Cív. 597.155.167, Rel. Des. Eliseu Torres, j. 11.2.1998).

Não se pense, porém, que não poderia decorrer responsabilidade civil de uma relação convivencial. Apenas é preciso enxergar que a ruptura de dever convivencial, isoladamente, não tem o condão de impor a obrigação indenizatória. Para a caracterização do dever de indenizar na união estável é preciso que se consubstancie um *ato ilícito*, na forma e com os requisitos do art. 186 do Código Civil, demonstrada a culpa do companheiro. Exemplificando, podemos imaginar a ocorrência de lesões corporais de um convivente para com o outro ou mesmo uma injúria grave. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inclina-se exatamente nesse sentido. Vale conferir a ementa:

"A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil (de 1916, art. 186 do Código Civil de 2002) o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29.11.2005, DJU 27.3.2006, RBDFam 35: 91).

5.9 Enquadramento como herdeiro necessário Malgrado a redação do art. 1.845 do Estatuto Civil sinalize em sentido distinto, o companheiro há de ser tratado como herdeiro necessário, ao lado do cônjuge, dos descendentes e dos ascendentes.

Em sendo assim, reconhecida a sua qualidade de herdeiro necessário, a pessoa em união estável não pode ser excluída da vocação hereditária pela vontade do autor da herança, fazendo jus a uma parte indisponível, correspondente à metade do patrimônio líquido disponível, quando da abertura da sucessão (= morte), denominada de legítima. Justifica-se tal interpretação pela óbvia incidência

da norma constitucional que garante ao companheiro especial proteção do Estado (CF, art. 226, §3º). Se o cônjuge é tratado como herdeiro necessário, o companheiro também deve sê-lo, na medida em que não se justificaria atribuir status diferenciado a cada um deles, na medida em que não há uma ordem de preferência na proteção das entidades familiares, todas elas merecendo especial proteção do Estado.

Conquanto o texto literal do art. 1.845 do Codex se apresente preconceituoso e estigmatizante, a sua leitura à luz do Texto Constitucional, promovendo uma interpretação conforme a Carta Magna, conduz à conclusão de que o companheiro deve ser tratado como herdeiro necessário, garantindo-se-lhe a metade do patrimônio líquido disponível no momento do falecimento (a legítima – CC, art. 1.846). Essa conclusão, inclusive, foi prestigiada pela Corte Suprema no julgamento do Recurso Extraordinário 878.694/MG.

9. Impedimento para testemunhar.

Por óbvio, o companheiro encontra-se impedido de testemunhar em processo do interesse, direto ou indireto, de seu convivente, em razão de seu efetivo envolvimento emocional, comprometendo a lisura do seu eventual depoimento em juízo. Por isso, o inciso I do §2º do art. 447 do Código de Processo Civil de 2015 é direto e preciso ao afirmar que são impedidos de testemunhar "o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito".

Não se pode perder de vista que o fundamento da vedação constante no dispositivo mencionado é, sem dúvida, a *relação afetiva* existente entre as pessoas ali contempladas, interessando o respeito ao vínculo sentimental, dando a exata percepção de que o rol de pessoas não admitidas a prestar testemunho tem de ser compreendido pelo viés afetivo, encartados nele quem vive em união estável.

VI. EFEITOS PATRIMONIAIS.

1. As consequências econômicas da união estável.

Não que se almeje, como finalidade precípua, as consequências econômicas no companheirismo, porém não se pode olvidar que em toda união estável efeitos patrimoniais decorrerão naturalmente, independentemente da vontade das partes. O tráfego das relações jurídicas econômicas (reais e obrigacionais) é

absolutamente natural nas entidades familiares, pois os companheiros assumem os solidários encargos de cuidar do sustento do lar, respondendo por despesas comuns para a manutenção da família.

Dentre os efeitos patrimoniais da união estável sobreleva explicar que alguns decorrerão de sua dissolução em vida, enquanto outros defluem da dissolução por morte. Note-se que na dissolução por ato entre vivos, decorrem o direito à meação e aos alimentos. Quando extinta a relação pela morte de um dos conviventes, o sobrevivente poderá reclamar, além da sua meação, o direito à herança (inclusive podendo pleitear a inventariança), à habitação e aos eventuais benefícios previdenciários, tudo isso sem prejuízo da sub-rogação no contrato de locação de imóvel urbano. Tanto em uma hipótese, quanto na outra, a dissolução não afeta a proteção do bem de família.

2. O regime de bens e o direito à meação.

Com o advento das Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96, o nosso ordenamento jurídico estabeleceu, nas uniões estáveis, a comunhão dos bens adquiridos a título oneroso na constância da relação, reconhecendo, assim, o direito à meação entre os companheiros. Em verdade, o sistema jurídico criou, assim, uma verdadeira *presunção de colaboração* na aquisição de patrimônio entre os companheiros, subentendendo o esforço recíproco entre eles. O Código Civil, em seu art. 1.725, amplia essa regra, conferindo contornos mais claros, ao dispor: "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens".

Caracterizada a união estável, os bens adquiridos onerosamente, na constância da relação, pertencem a ambos os companheiros, não havendo, sequer, necessidade de comprovação do esforço comum (colaboração recíproca), que é presumido, de forma absoluta, pela lei. A referida compreensão restou vitoriosa, também, nas Jornadas de Direito Civil, cimentada no Enunciado 115 da Jornada de Direito Civil: "Há presunção de comunhão de aquestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens". Assim também caminha a jurisprudência superior:

"[...] é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, independentemente da prova do esforço comum, que nesses casos, é presumida, conforme remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (STJ, Ac. unân. 3ª T., EDclREsp 633.713/RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11.2.14, DJe 28.2.14).

Não é demais observar, inclusive, que essa colaboração não precisa ser material, decorrendo da simples convivência, no âmbito interno do lar, o que implicará em comunhão de vida, criando um clima propício para a aquisição do patrimônio.

Essa presunção absoluta de colaboração recíproca somente cessará em algumas situações, nas quais se demonstre a inexistência de ajuda mútua entre o casal, sob pena de enriquecimento sem causa: (*i*) quando as partes estipularam contrato de convivência em sentido contrário; (*ii*) se a aquisição ocorreu durante a convivência, mas em sub-rogação de bens adquiridos anteriormente; (*iii*) na hipótese de aquisição após a separação de fato. Esse caminho já foi pavimentado, inclusive, por orientação jurisprudencial (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 758.548/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 3.10.2006, *DJU* 13.11.2006, p. 257).

Ademais, há um sério conflito normativo no Código Civil. É que o art. 1.723 autoriza a possibilidade de caracterização da união estável pela simples separação de fato de uma pessoa que ainda seja casada. E, mais adiante, no art. 1.725, o legislador determina a aplicação das regras da comunhão parcial nessa entidade familiar. No entanto, inexplicavelmente, o art. 1.642, V, do mesmo Diploma Legal, afirma que, uma vez separado de fato o casal, a comunhão de bens somente cessará depois de cinco anos. A única resposta consentânea com a proteção constitucional dedicada à família e à pessoa humana é no sentido de que *a simples separação de fato faz cessar a comunhão de bens*, buscando conferir sentido e harmonia ao malfadado art. 1.642, V, do Código Civil. Aliás, esse é o entendimento patrocinado pelo Superior Tribunal de Justiça, afirmando que

"[…] tratando-se de aquisição após a separação de fato, à conta de um só dos cônjuges, que tinha vida em comum com outra mulher, o bem adquirido não se comunica ao outro cônjuge, ainda quando se trate de casamento sob o regime da comunhão universal" (STJ, Ac., 3ª T., REsp. 67.678/RS, Rel. Min. Nílson Naves, DJU 14.8.2000).

"Não integram o patrimônio, para efeito de partilha, uma vez decretado o divórcio direto, os bens havidos após a prolongada separação de fato" (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 40.785/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 5.6.2000).

Sublinhe-se, por oportuno, que esse direito à meação, reconhecido aos companheiros, pode ser exigido na dissolução da união, seja por ato em vida (através de ação de dissolução de união estável, pelo procedimento comum ordinário), seja por ato *post mortem* (por meio de inventário dos bens deixados pelo falecido). Outrossim, aplicável às relações patrimoniais decorrentes da união estável, *no que couber*, as regras da comunhão parcial, conclui-se, com facilidade, que a *administração do patrimônio comum* pertencerá, por óbvio, a qualquer dos

companheiros, diferentemente dos bens particulares, que serão administrados somente pelo próprio titular (CC, art. 1.663).

Há, ainda, uma instigante discussão sobre a incidência, ou não, das regras limitadoras da escolha do regime de bens no casamento, previstas no art. 1.641 da norma codificada. Em linha de princípio, há de se concluir pela não incidência na união estável do regime de separação obrigatória de bens. A uma, porque não incidem as causas suspensivas na relação convivencial (CC, art. 1.523). A duas, porque não há necessidade de autorização judicial para constitui-la. A três, porque, em se tratando de norma limitadora de direitos, a interpretação da lei há de ser, necessariamente, restritiva.

A jurisprudência superior, entretanto, restou consolidada em sentido distinto, aplicando o regime de separação obrigatória na união estável quando a relação se inicia quando um deles conta com mais de setenta anos de idade:

"1. Devem ser estendidas, aos companheiros, as mesmas limitações previstas para o casamento, no caso de um dos conviventes já contar com mais de sessenta anos à época do início do relacionamento, tendo em vista a impossibilidade de se prestigiar a união estável em detrimento do casamento. 2. De acordo com o art. 1.641, inciso II, do Código Civil, com a redação anterior à dada pela Lei 12.344/2010 (que elevou essa idade para setenta anos, se homem), ao nubente ou companheiro sexagenário, é imposto o regime de separação obrigatória de bens" (STJ, Ac. 3a T., REsp 1.369.860/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 19.8.14, DJe 4.9.14).

Outra situação digna de nota diz respeito à *necessidade, ou não, de consentimento do companheiro para a alienação ou oneração de bens imóveis, bem assim como para a fiança e o aval*, exigível das pessoas casadas (CC, art. 1.647). Por um lado, há quem defenda a extensão das exigências desse artigo à união estável, sob o argumento de que, embora a referência expressa seja aos cônjuges, seria exigível a outorga a todos os casos de incidência da comunhão de bens, o que alcançaria a união estável (CC, art. 1.725), salvo existindo um contrato escrito, estabelecendo a separação absoluta[13].

Em posição diametralmente oposta, há quem negue a necessidade de outorga para a prática de qualquer ato na união estável. É que, como não se exige registro público de uma união estável, não há como o terceiro estar protegido de eventuais prejuízos. O problema aumenta de tamanho quando se percebem as dificuldades de se estabelecer, com precisão, os limites temporais da união estável, tornando praticamente impossível exigir de terceiros as cautelas necessárias quando contratar

13 Lôbo, P. L. N.: *Código Civil Comentado,* Atlas, São Paulo, 2003, v. XVI, p. 258.

com quem esteja vivendo em união estável. A segurança jurídica ficaria, sobremodo, comprometida.

A segunda posição merece apoio. Essa desnecessidade de outorga na união estável se justifica por diferentes razões. *Primus*, porque se tratando de regra restritiva à disposição de direitos, submete-se a uma interpretação restritiva, dependendo de expressa previsão legal. *Secundus*, pois a união estável é uma união fática, não produzindo efeitos em relação a terceiros. *Tertius*, e principalmente, em face da premente necessidade de proteção do terceiro adquirente de boa-fé, que veio a adquirir um imóvel sem ter ciência (e não há como se exigir dele) que o alienante havia adquirido o imóvel na constância de uma união estável.

A questão não está pacificada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"[..] 4. A exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por este aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é justificável. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança. 5. Desse modo, não é nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro" (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 1.299.866/DF, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 25.2.14, DJe 21.3.14).

1. A necessidade de autorização de ambos os companheiros para a validade da alienação de bens imóveis adquiridos no curso da união estável é consectário do regime da comunhão parcial de bens, estendido à união estável pelo art. 1.725 do Código Civil, além do reconhecimento da existência de condomínio natural entre os conviventes sobre os bens adquiridos na constância da união […] 4. A invalidação da alienação de imóvel comum, realizada sem o consentimento do companheiro, dependerá da publicidade conferida a união estável mediante a averbação de contrato de convivência ou da decisão declaratória da existência união estável no Ofício do Registro de Imóveis em que cadastrados os bens comuns, ou pela demonstração de má-fé do adquirente"(STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp 1.424.275/MT, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 4.12.14, DJe 16.12.14).

O ideal, sem dúvida, é que as pessoas que vivem em união estável tomem o cuidado de registrar o patrimônio adquirido, na constância da convivência, em nome de ambos, evitando, assim, dissabores e problemas futuros e garantindo a divisão do bem, quando da dissolução da entidade familiar. No campo processual, porém, o Código de Processo Civil de 2015, inovando o tema, determinou que se aplica à união estável (CPC, art. 73, § 3°), a regra do art. 73, estabelecendo que "o *cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse*

sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens". Assim, nas ações reais imobiliárias será necessária a presença do companheiro, exceto se estiverem sob o regime de separação total de bens. A dificuldade ocorrerá quando o autor, na petição inicial, não souber que o réu convive estavelmente, uma vez que a relação convivencial não exige formalidades ou registros.

3. O contrato de convivência na união estável e seus efeitos.

A) Contornos gerais do contrato de convivência.

Compreendendo as latitudes do direito à meação reconhecido pelo Código Civil, importa assinalar que se deixou aberta aos conviventes a possibilidade de estipular regras patrimoniais específicas para nortear os efeitos patrimoniais da relação, por meio de um contrato escrito, afastando, assim, o regime de comunhão parcial determinado por lei (CC, art. 1.725). É o que se convencionou chamar de *contrato de convivência* ou *contrato particular de convívio conjugal.*

De fato, tendo na tela da imaginação o basilar princípio da *autonomia privada* – norteador das relações civis –, é possível que os companheiros escolham, respeitados determinados limites, diferentes regimes econômicos para disciplinar suas relações convivenciais. Bem por isso, Francisco José Cahali, em obra dedicada ao tema, identifica o contrato de convivência como "o instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação, que serão tratadas adiante quando analisado o conteúdo das disposições contratuais entre os conviventes"[14].

B) Celebração do contrato de convivência e modificabilidade.

Considerando que a união estável é uma realidade fática, desprovida de formalidades legais, o contrato de convivência, por conseguinte, é um negócio jurídico informal, não reclamando solenidades previstas em lei. Apenas e tão somente exige-se a sua celebração por escrito, afastando-se a forma verbal. Assim, pode ser celebrado por escritura pública ou particular, não submetido ao registro público.

Aliás, é possível que se realize um contrato de convivência por instrumento particular, mesmo para a escolha do regime de comunhão universal de bens, pela ausência de exigência legal[15].

14 Cahali, F. J.: *Contrato de convivência na união estável,* Saraiva, São Paulo, 2002, p. 55.

15 STJ, Ac. unân. 3ª T, REsp 1.459.597/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1.12.16, DJe 15.12.16

Dispensa-se, até mesmo, a presença de testemunhas, impondo-se uma interpretação construtiva do art. 221 do Código Civil para reconhecer que a presença das testemunhas diz respeito à prova do ato e não à sua validade. Justifica-se tal informalidade, também, pela impossibilidade de regulamentação excessiva em lei das uniões estáveis, respeitando-se a sua própria natureza.

Também vale assinalar que o pacto convivencial pode ser celebrado a qualquer tempo, mesmo durante a união estável, diferenciando-se, pois, do pacto antenupcial. Ademais, considerada a sua natureza informal e percebendo que se trata de um mero "protocolo de intenções" das partes para o futuro, tem-se a possibilidade de *modificação* do conteúdo do contrato de convivência, a qualquer tempo, desde que por ato de vontade de ambas as partes, vedada a alteração unilateral.

C) Eficácia do pacto convivencial.

De logo, convém observar que a celebração do contrato de convivência, por si só, não tem o condão de impor a caracterização da união estável. É essencial, pois, para a eficácia do pacto que se consubstancie a relação de convivência, apresentando-se esta como verdadeira *condição suspensiva* para a eficácia do negócio. Até mesmo porque o contrato é negócio acessório, submetido ao principal (que é a união estável).

No máximo, o que se pode admitir é a sua utilização como *meio de prova* da existência da união estável e, ainda assim, de forma relativa (não absoluta). É importante observar, ainda, que tal negócio jurídico não produzirá efeitos retroativos (*ex nunc*), pois as relações jurídicas patrimoniais dos companheiros até a data da celebração do pacto estarão submetidas à regra geral do regime de comunhão parcial de bens. Isto é, todos os bens adquiridos até a data do contrato submetem-se à comunhão parcial, e os bens adquiridos do negócio em diante estarão regidos pelo regime escolhido pelas partes.

Põe-se, nesse ponto, uma instigante questão: seria possível aos companheiros estabelecerem, no pacto, efeitos pretéritos? Parece-nos que a resposta é no sentido afirmativo. Não se vê qualquer óbice para que as partes, expressamente, venham a conferir eficácia retro-operante ao contrato de convivência, fazendo com que suas previsões atinjam situações passadas, respeitados, por óbvio, os interesses de terceiros.

D) Conteúdo.

O conteúdo do pacto de convivência diz respeito, basicamente, ao estabelecimento de disposições de natureza patrimonial, regulamentando os

efeitos econômicos daquela união estável. Assim, é lícito aos companheiros dispor, livremente, do patrimônio, comum e recíproco, inclusive podendo estabelecer percentuais diferentes de participação nos bens adquiridos ou mesmo criando novos modelos de regimes de bens. Por lógica, também serão admissíveis cláusulas contratuais alterando a regra de administração do patrimônio do casal.

Não se pode tolerar, contudo, cláusulas contratuais afastando ou suprimindo direitos e garantias estabelecidos em lei em favor dos companheiros, por ferir a ordem pública. Por isso, será nula, e não produzirá efeito jurídico, a cláusula que excluir, *exempli gracia*, o direito de herança ou o direito real de habitação, o direito de pensão previdenciária ou o direito à percepção de alimentos, por atentarem contra garantias expressas em lei.

Também não se admite a inserção de cláusula de arbitragem, em face da natureza indisponível do direito em pauta, como, aliás, dispõe o art. 852 do *Codex*, nem se tolera cláusula dispondo sobre a herança de pessoa viva, em face da proibição do *pacta corvina*, contida no art. 426 do Código Civil.

Outra interessante indagação a ser levantada concerne ao cabimento, ou não, de cláusula contratual estipulando, previamente, valor devido a título indenizatório pela extinção da relação convivencial. Parece-nos, em linha de princípio, inviável a inclusão de tais cláusulas por atentarem contra a natureza afetiva da relação de união estável. Em se tratando de relação de afeto e solidariedade, não se mostra compatível a previsão de indenização para a hipótese de cessação afetiva. No entanto, seria possível a previsão de cláusula negocial contemplando indenização para o caso de afronta a determinados direitos de ordem patrimonial, causando prejuízo econômico a um deles. Por lógica, tal disposição não possuirá natureza alimentar, mas mera fixação de renda ou capital em favor de um dos companheiros.

Por derradeiro, sobreleva pontuar a possibilidade de inserção de cláusulas de natureza existencial tratando de tarefas e afazeres domésticos entre os companheiros, com supedâneo na *autonomia privada*. Evidentemente, toda e qualquer cláusula de natureza existencial (não patrimonial) inserida em contrato de convivência não pode afrontar as normas de ordem pública e os direitos e garantias estabelecidos em lei. Com isso, não seria possível dispensar um dos companheiros da obrigação de guarda, sustento e educação dos filhos ou da assistência recíproca entre eles.

E) O contrato de namoro e seus efeitos sobre a união estável.

Exatamente com o propósito de utilizar algum mecanismo para obstar a caracterização da união estável que se passou a difundir a celebração de um *contrato de namoro* para que as partes, através de manifestação expressa de

vontade, esclarecessem o propósito de não estar vivendo em união estável. A intenção das partes seria "assegurar a ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade do patrimônio presente e futuro", em consonância com as palavras de Maria Berenice Dias[16].

Pois bem, conquanto seja absolutamente possível a celebração de um contrato de namoro (porque a lei não exige forma prescrita em lei e porque o objeto não é ilícito), não conseguirão as partes impedir a eventual caracterização de uma união estável, cuja configuração decorre de elementos fáticos, não podendo ser bloqueada por um negócio jurídico. Por isso, esclarece corretamente Carlos Roberto Gonçalves que o contrato de namoro não impede que se materialize uma união estável, pois esta se trata de "um fato jurídico, um fato da vida, uma situação fática, com reflexos jurídicos, mas que decorrem da convivência humana"[17].

F) O contrato de convivência e os companheiros sócios.

Não se pode deixar de lembrar a incidência na união estável do comando estampado no art. 977 do Estatuto Civil, autorizando a formação de sociedade entre cônjuges, desde que não estejam casados em regime de comunhão universal ou da separação obrigatória (art. 1.641, Código Civil). Fácil depreender, pois, que também na união estável é possível aos companheiros celebrar contrato de sociedade (por qualquer dos modelos societários previstos nas leis empresariais), desde que não tenham pactuado um contrato de convivência estabelecendo a comunhão universal de bens.

A vedação atinge tanto a participação societária originária (quando os cônjuges ou companheiros, submetidos ao regime da comunhão universal, já formaram a sociedade com a participação conjunta), quanto a derivada (quando apenas um deles era sócio, originariamente, e o outro adentra, posteriormente, nas cotas sociais da empresa). Porém, é importante atentar para o fato de que a restrição somente pode atingir pessoas que estão em união estável entre si e que sejam sócias *na mesma pessoa jurídica*, uma vez que não seria crível que a norma legal proibisse que as pessoas conviventes sob o regime de comunhão universal pudessem se associar com terceiros, em diferentes empresas.

O Enunciado 205 da Jornada de Direito Civil confirma ambos os raciocínios: "1) a vedação à participação de cônjuges casados nas condições previstas no artigo refere-se unicamente a uma mesma sociedade; 2) o artigo abrange tanto a participação originária (na constituição da sociedade) quanto a derivada, isto é, fica vedado o ingresso de sócio casado em sociedade de que já participa o outro cônjuge".

16 Dias, M. B.: *Manual de direito das famílias*, cit., p. 178.

17 Gonçalves, C. R.: *Direito civil brasileiro*, cit., p. 564.

4. Alimentos na união estável.

Na conformidade com o art. 1.694 do *Codex*, que cimentou entendimento que vigorava de há muito, o companheiro tem reconhecido o seu direito de pleitear os alimentos de que necessite para subsistir, bem como para viver dignamente, de maneira compatível com a sua condição social. Tal como no casamento, na união estável os alimentos derivam do dever de mútua assistência (CC, art. 1.724) e da solidariedade familiar que pautam a vida afetiva.

Outrossim, impende fazer o registro de que na relação convivencial, assim como nas demais hipóteses, os alimentos exigem a comprovação do binômio *necessidade de quem recebe* e *capacidade de quem presta*. Os alimentos devem ser, apenas, os indispensáveis para a sua subsistência (chamados de alimentos naturais ou necessários), consoante previsão do § 2º do art. 1.698 do Código Civil, que mantém a chamada *teoria da culpa*, hodiernamente tão duramente atacada pela doutrina e pela jurisprudência em nosso ordenamento jurídico. Não significa que o companheiro perca o direito a receber os alimentos, por conta da culpa. Apenas altera-se o *quantum* da obrigação alimentar, fixando a pensão em percentual necessário, apenas, à sobrevivência do companheiro culpado.

Desse modo, percebe-se que, na contramão das novas trilhas palmilhadas pelo Direito das Famílias, sinalizadas pelas garantias constitucionais, o legislador civil permitiu que seja discutida a culpa na união estável para efeitos de fixação do *quantum* da obrigação alimentícia. Registre-se, por oportuno, que a culpa pela ruptura da união estável somente poderá ser suscitada para efeitos de fixação do valor do pensionamento, não possuindo qualquer outra função. Assim sendo, não se pode suscitá-la para outras finalidades, tais como perda do sobrenome, perda da guarda de filhos etc.

Aplaudimos a sólida e firme posição do Superior Tribunal de Justiça entendendo que as cláusulas de renúncia inseridas em ações dissolutórias de união estável são plenamente válidas e eficazes, inseridas no campo da autonomia da vontade. Assim, não é possível pleitear alimentos posteriormente se o companheiro a eles renunciou na dissolução da convivência, emprestando interpretação mais razoável ao art. 1.707 do Estatuto Civil (STJ, Ac. 3ª T., RO-HC 11.690/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJU* 19.11.2001).

5. Direito aos benefícios previdenciários.

De há muito, o Decreto-lei nº 7.036/44 e a Lei nº 6.367/75 asseguravam o direito ao recebimento de benefícios previdenciários também nos antigos concubinatos. Já após o advento da Carta Magna, foi editada a Lei nº 8.213/91, dispondo sobre os planos de benefícios da Previdência Social e regulada pelo Decreto nº 357/91. O

referido diploma legal, notadamente em seu art. 16, I, contemplou o companheiro ou a companheira como dependente do segurado, em idêntica situação ao cônjuge, estendendo-lhe também os benefícios previdenciários.

Veja-se, inclusive, que a sistemática legal não proíbe, sequer, a inscrição do companheiro pela pessoa casada. Todavia, mesmo que o companheiro não tenha sido inscrito previamente na Previdência Social, os direitos previdenciários podem ser, regularmente, reclamados, como vem orientando a melhor jurisprudência (STJ, Ac. 5ª T., REsp. 803.657/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 25.10.2007, *DJ* 17.12.2007, p. 294).

Não se deixe de registrar que, em sede jurisprudencial, já se reconhecia que "em caso de acidente do trabalho ou de transporte a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio" (Súmula 35, STF). Também se reconheceu que "a companheira tem direito a concorrer com outros dependentes à pensão militar, sem observância da ordem de preferência" (Súmula 253, TFR).Registre-se, ademais, que há uma presunção absoluta de dependência em favor da pessoa que vivia em união estável, para fins de recebimento de benefícios previdenciários, da mesma forma que ocorre no casamento.

6. Efeitos tributários.

A Lei nº 4.242/63, especificamente em seu art. 44, já permitia ao contribuinte – cujo casamento já estivesse dissolvido e sem obrigações com a sua ex-mulher – abater em sua declaração de Imposto de Renda os encargos com a sua companheira, desde que a relação já tenha ultrapassado os cinco anos. Atualmente, a matéria vem disciplinada pelo Decreto nº 3.000/99, que, em seu art. 77, autoriza que o companheiro ou companheira venha a ser considerado dependente para efeito de redução do rendimento tributável, homenageando a proteção constitucional dedicada à união estável.

7. Impenhorabilidade do bem de família.

Outro importante efeito jurídico patrimonial decorrente de uma união estável é a impenhorabilidade do bem (imóvel e móveis que guarnecem o lar) que serve de residência para o casal. Realmente, como evidencia Gustavo Tepedino, a preocupação central de nosso tempo é com "a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e

intensas do indivíduo no social"[18]. Por isso, pouco interessa se o ser humano vive em casamento ou em união estável, o que releva é protegê-lo integralmente, o que passa, seguramente, por garantir o reconhecimento do bem de família.

Na esteira desse raciocínio, de sólida base constitucional, foi proclamada a ideia da proteção ao bem da pessoa humana (seja ela casada, convivente, viúva, divorciada, solteira etc.), incorporada pela jurisprudência. A tese aqui esposada ganhou eco em nossos Pretórios, acolhida especialmente pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em passagens fantásticas como esta:

"Imóvel. Impenhorabilidade. A Lei 8.009/90, art. 1º, precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantindo-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva" (STJ, Ac. 6ª T., REsp. 182.223/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

VII. CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO.

Com o nítido propósito de simplificar a celebração de casamento das pessoas que já vivem em união estável, o constituinte dispôs, no § 3º do art. 226, que a lei facilitará a sua conversão em casamento. Adveio, então, a Lei nº 9.278/96 que, em seu art. 8º, dispôs que estava facilitada a conversão da união estável em casamento, sem, contudo, explicitar o procedimento a ser seguido. Por isso, mereceu de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka a lúcida observação de "esta é a mais inútil de todas as inutilidades"[19].

Revogando a referida norma legal, foi editado o art. 1.726 do Texto Codificado, estabelecendo que a conversão da união estável em casamento será feita através de *pedido dirigido ao juiz e assento no Registro Civil*. Entretanto, não indicou, mais uma vez, o procedimento a ser seguido, obrigando a se seguir o procedimento comum de habilitação para o casamento, para que se apure a eventual existência de impedimentos matrimoniais.

Em primeiro plano, convém suscitar a inconstitucionalidade do citado dispositivo legal, uma vez que atenta frontalmente contra a determinação constitucional, uma

18 Tepedino, G.: *Temas de Direito Civil*, 2º ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 326.

19 Hironaka, G. M. F. N.: *Direito civil: estudos*, Del Rey, Belo Horizonte, 2000, p. 27. Com o mesmo entendimento, Euclides de Oliveira propugna: "Esse dispositivo, no entanto, afigura-se de pouca serventia. Falta explicitação de seu conteúdo – requisitos para o pedido de conversão, sujeição aos impedimentos matrimoniais, formalidades etc." (Oliveira, E. de.: *União estável*, cit., p. 151).

vez que a *Lex Fundamentallis* manda facilitar a conversão da união estável em casamento, porém, o Código Civil torna o procedimento mais complexo e difícil ao exigir requerimento dirigido ao juiz, o que demanda a presença de advogado e o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios. Dessa maneira, apresenta-se o texto da Lei Civil em rota de colisão com a norma constitucional.

De qualquer modo, importa registrar que a conversão da união estável em casamento dependerá, sempre, da comprovação da inexistência de impedimentos matrimoniais previstos no art. 1.521 do Estatuto Civil. Também cabe mencionar que o juiz poderá dispensar a realização de uma cerimônia de celebração do casamento uma vez que as partes já estavam convivendo.

Acrescenta Júlio César Bacovis, ainda, que, em face do caráter personalíssimo, o pedido de conversão tem de ser formulado por ambos os companheiros, na medida em que "a autonomia privada é a ideia fundamental do Direito Civil"[20]. Uma vez manifestada a vontade de requerer a conversão, através, por exemplo, da outorga de procuração ao advogado para propor a ação, ainda que um dos companheiros venha a falecer, antes da efetiva conversão, não haverá impedimento ao deferimento do pleito de transformação. A regra geral é que os efeitos patrimoniais da conversão da união estável em casamento são *ex nunc*, não retroativos, mantendo-se, pois, a eficácia patroimonial da união estável até a data da celebração do casamento. Registre-se, porém, que, na hipótese de adoção do regime de comunhão universal quando da conversão de união estável em casamento, haverá uma necessária eficácia retroativa, em razão de própria essência desse regime de bens, que estabelece uma comunhão de todo o patrimônio do casal, inclusive dos bens adquiridos anteriormente.

Demais de tudo isso, considerada a possibilidade de caracterização de uniões estáveis homoafetivas, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade com eficácia vinculante (STF, Ac. Tribunal Pleno, ADIn 4277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto), tem de se perceber a possibilidade efetiva de conversão de união estável homoafetiva em casamento, consoante as mesmas regras da conversão da união estável heteroafetiva do dispositivo legal em comento. O próprio Superior Tribunal de Justiça já tem precedente no sentido de admitir o casamento homoafetivo (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 1.183.378/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão). Observe-se, por oportuno, que após o advento do Código Civil de 2002, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul editou os Provimentos nºs 27/03 e 39/03, tratando da conversão da união estável em casamento e modificando dispositivos da Consolidação Normativa Judicial daquele estado da Federação.

20 Bacovis, J. C.: *União estável: conversão em casamento & alimentos entre conviventes*, Juruá, Curitiba, 2003, p. 139.

VIII. ASPECTOS PROCESSUAIS DA UNIÃO ESTÁVEL.

Antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, o art. 9º da Lei nº 9.278/96, pondo fim a uma histórica controvérsia jurisprudencial, esclareceu que a *competência para processar* e *julgar as ações envolvendo união estável* era da vara de família, e não da vara cível. É que se a união estável caracteriza, consoante previsão constitucional, uma entidade familiar, a competência para conhecer os seus conflitos de interesses somente pode recair sobre o juízo da vara especializada de família, sob pena de negação da norma maior. A única exceção diz respeito aos direitos sucessórios, que devem ser reclamados na vara das sucessões, nas comarcas em que ela estiver destacada do juízo familiarista, como ocorre nos estados do Rio de Janeiro e de Alagoas, dentre outros.

Como corolário do reconhecimento da união estável como entidade familiar, decorre uma importante consequência processual, que é a tramitação das ações relativas à união estável em *segredo de justiça* – inteligência do art. 189, II, do Código de Processo Civil de 2015.

Outrossim, é de se afirmar que nas ações atinentes à união estável, havendo contumácia, desídia, do réu, deixando de apresentar resposta no prazo de lei, deverá o juiz decretar, como em qualquer outra demanda, a *revelia*. No entanto, nesses casos, quando estiver envolvido direito indisponível, a revelia estará desacompanhada dos seus regulares efeitos, aplicando-se a regra ínsita no art. 345, II, do Código Instrumental.

Ainda no campo do processo civil, importante registrar que o Código de Processo Civil de 2015, afastou do sistema jurídico brasileiro o injustificável *foro privilegiado da mulher* para as ações de divórcio e de anulação de casamento, por conta de sua absoluta incompatibilidade com a isonomia constitucionalmente assegurada entre as pessoas humanas. Com isso, se tornou certo e incontroverso que, não mais subsistindo foro privilegiado para a esposa, no casamento, também não mais se justifica qualquer benefício processual para a companheira, na dissolução da união estável. A regra agora emana do art. 53 do novo Código Adjetivo.

IX. AÇÕES TÍPICAS DA UNIÃO ESTÁVEL.

A mais corriqueira ação utilizada pelos companheiros é, sem a menor sombra de dúvidas, a ação (declaratória e, portanto, imprescritível) de *reconhecimento* e *dissolução de companheirismo*. Essa declaração pode decorrer do mútuo consenso ou por provocação de apenas um dos interessados. A referida ação pode ser proposta de forma pura e simples – pretendendo, tão somente, o reconhecimento

da existência de união estável entre as partes – ou cumulada com a partilha do patrimônio adquirido a título oneroso na constância da relação convivencial, determinada pelo art. 1.725 do Código Civil. A jurisprudência reconhece a possibilidade de propositura dessa demanda:

"A união estável é vínculo jurídico tutelado pelo Estado e gerador de direitos e deveres recíprocos que trazem profundas repercussões na esfera jurídica dos companheiros, existindo, portanto, interesse de agir em pedido de homologação judicial de acordo de dissolução de união estável, consoante jurisprudência deste Tribunal e do Colendo STJ" (TJ/DFT, Ac. 6ª T., Ap. Cív. 2005.01.1.028416-8, Rel. Desa. Ana Maria Duarte Amarante, DJU 8.11.2005, p. 153).

Reconhecido o direito hereditário do companheiro, por força da norma do art. 1.790 do Código Civil, é consequência lógica a legitimidade do companheiro para a propositura da *ação de petição de herança*, de modo a reconhecer a qualidade hereditária, bem como a posse e a propriedade dos bens transmitidos pelo falecido. Em verdade, a possibilidade de aforamento da petição de herança pelo companheiro submete-se aos mesmos requisitos de qualquer outra ação dessa índole, inclusive ao prazo prescricional de dez anos, como reza o art. 205 da Lei Civil.

Admitindo-se que, durante a convivência afetiva, *somente* os bens adquiridos a título oneroso serão admitidos como decorrentes do esforço comum dos companheiros e, por consequência, serão partilhados, infere-se, de regra, que cada um dos conviventes será proprietário e possuidor de seus bens particulares (aqueles adquiridos antes da convivência ou durante ela, a título gratuito) e dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável (vide, a respeito, o art. 1.725, CC), salvo a existência de contrato de convivência.

Por isso, é possível o ajuizamento de *ações possessórias* (reintegração, manutenção de posse ou interditos proibitórios) pelo companheiro para a recuperação do bem (móvel ou imóvel) que esteja sendo possuído por apenas um deles, mas que não lhe pertença, por estar excluído da sua meação, por lei (CC, art. 1.725) ou por contrato de convivência. Processualmente, deve ser trilhado o procedimento estabelecido no art. 554 e seguintes do Código de Ritos de 2015, destinado às ações possessórias de força nova (aquelas cujo esbulho ou turbação ocorreu há menos de um ano e dia). Somente não será possível o manejo das possessórias quando o bem objeto da demanda tiver sido adquirido na constância do relacionamento, pois, em tal hipótese (salvo a existência de contrato expresso escrito, conforme salientado alhures), haverá absoluta presunção de colaboração e consequente partilha do bem.

Expresso o direito aos alimentos em favor daquele que vive em união estável pelo art. 1.694 do Código Civil, não se pode negar aos conviventes a possibilidade de propor não apenas a *ação de alimentos*, mas, igualmente, as *ações de revisão de alimentos* (inclusive com o mesmo procedimento da ação de alimentos, *ex vi* do art. 13 da Lei de Alimentos), de oferta de alimentos (art. 24 da mesma lei) e de exoneração de alimentos (pelo procedimento comum ordinário).

Conforme o registro de Carlos Roberto Gonçalves, "admite-se também, eventualmente, a oposição de *embargos de terceiro* pelo companheiro quando, como sucede comumente, é efetivada penhora em imóvel do devedor sem a sua citação, tendo ele meios de comprovar que sua aquisição ocorreu durante o tempo de convivência em união estável"[21]. Realmente, o fato de ser reconhecido aos companheiros o direito à meação dos bens adquiridos, a título oneroso, na constância da relação, importa, inexoravelmente, em reconhecer ao companheiro (em cujo nome o bem, imóvel ou móvel, não foi registrado) o direito de embargar uma eventual penhora sobre o referido patrimônio, com o escopo de defender os seus direitos (no caso, a sua meação) sobre o bem.

X. CONCLUSÃO.

No Brasil Contemporâneo não é possível aprisionar o Direito das Famílias nas relações derivadas do casamento, em face do caráter plural das entidades familiares afirmado pela Lex Fundamentallis. Assume o papel de setor do Direito Privado que disciplina as relações que se formam na esfera da vida familiar, enquanto conceito amplo, não limitado pelo balizamento nupcial. Tais relações que se concretizam na vida familiar podem ter origem no casamento, na união estável, na família monoparental (comunidade de ascendentes e descendentes) e em outros núcleos fundados no afeto e na solidariedade. Assim, hoje o Direito de Família, afirma-se como um conjunto de normas-princípios e normas-regras jurídicas que regulam as relações decorrentes do vínculo afetivo, mesmo sem casamento, tendentes à promoção da personalidade humana, através de efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais. A partir de um conteúdo visivelmente facilitado, o Direito das Famílias brasileiro organiza-se em sua estrutura interna (divisão tópica) em: (i) direito matrimonial das famílias (dizendo respeito ao matrimônio e seu regramento efetivo); (ii) direito convivencial das famílias (abrangendo a disciplina jurídica da união estável e das demais entidades não casamentárias); (iii) direito parental das famílias (regulamentando as relações decorrentes do parentesco e da filiação, oriunda das mais diversas origens); (iv) direito assistencial das famílias (cuidando das relações de assistência entre os componentes de uma mesma família, como no caso da obrigação alimentar).

21 Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*, Saraiva, São Paulo, 2005, v. VI, p. 570.

BIBLIOGRAFÍA.

AZEVEDO, Á. V.: *Estatuto da família de fato*, 2º ed., Atlas, São Paulo, 2002.

BACOVIS, J. C.: *União estável: conversão em casamento & alimentos entre conviventes*, Juruá, Curitiba, 2003.

CAHALI, F. J.: *Contrato de convivência na união estável,* Saraiva, São Paulo, 2002.

COELHO, F. U.: *Curso de direito civil*, Saraiva, São Paulo, 2006, v. 5.

CZAJKOWSKI, R.: *União livre,* 2º ed., Juruá, Curitiba, 2001.

DIAS, M. B.: *Manual de direito das famílias,* 6º ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

FONTANELLA, P.: *União estável: a eficácia temporal das leis regulamentadoras*, 2º ed., OAB/SC, Florianópolis, 2006.

GONÇALVES, C. R.: *Direito civil brasileiro: direito de família*, Saraiva, São Paulo, 2005, v. VI.

HIRONAKA, G. M. F. N.: *Direito civil: estudos*, Del Rey, Belo Horizonte, 2000.

LINS, R. N.: *Novas formas de amar,* Planeta, São Paulo, 2017.

LÔBO, P. L. N.: *Código Civil Comentado,* Atlas, São Paulo, 2003, v. XVI.

OLIVEIRA, E. de.: *União estável: do concubinato ao casamento*, 6º ed., Método, São Paulo, 2003.

PEREIRA, C. M. S.: *Instituições de direito civil,* 14º ed., Forense, Rio de Janeiro, 2004, v. V.

PEREIRA, R. C.: *Tratado de Direito das Famílias*, IBDFAM, Belo Horizonte, 2015.

TEPEDINO, G.: *Temas de Direito Civil*, 2º ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

VELOSO, Z.: *Código Civil Comentado,* Atlas, São Paulo, 2003, v. XVII.

EFECTOS JURÍDICOS DE LAS RELACIONES DE HECHO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

LEGAL EFFECTS OF NON-MARITAL UNIONS IN CHILEAN LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 11, agosto 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 266-293

Cristián LEPIN MOLINA

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de mayo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 01 de julio de 2019

RESUMEN: En este artículo analizamos los efectos jurídicos que la legislación chilena reconoce a las relaciones de hecho o de convivencia, a partir de la evolución jurisprudencial que establece efectos patrimoniales a la convivencia de hecho, utilizando distintas figuras del Derecho Privado, como el cuasicontrato de comunidad, la sociedad de hecho, e incluso la compensación económica. A continuación, se analiza críticamente la nueva Ley N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, sosteniendo que, no obstante, se incorpora como un nuevo modelo familiar, sus efectos se restringen a los aspectos económicos o patrimoniales, excluyéndose los efectos personales propios del matrimonio.

PALABRAS CLAVE: Acuerdo de unión civil; uniones no matrimoniales: uniones civiles.

ABSTRACT: *In this article we analyze the legal effects that Chilean legislation recognizes to Non-marital unions, based on the jurisprudential evolution that establishes patrimonial effects to this kind of couples, using different figures of Private Law, such as quasi-contract of community, de facto partnership, and even economic compensation. Then, we critically analyze the new act No. 20,830 that creates the Civil Union Partnership, arguing that although it is incorporated as a new family model, its effects are restricted to economic or patrimonial aspects, excluding the personal effects of marriage.*

KEY WORDS: *Civil union partnership; non-marital unions; civil unions.*

SUMARIO.- I. CUESTIÓN PREVIA.- II. CONVIVENCIA O RELACIÓN DE HECHO.- 1. Aspectos generales.- 2. Reconocimiento de jurídico de las uniones de hecho.- A) Efectos patrimoniales.- B) Sanción de la violencia intrafamiliar.- C) Legitimación activa para demandar perjuicios.- III. ACUERDO DE UNIÓN CIVIL. LA NUEVA FORMA DE FAMILIA.- 1. Aspectos generales.- 2. Efectos del acuerdo de unión civil.- A) Efectos patrimoniales.- B) Regímenes patrimoniales.- C) Bien familiar.- D) Compensación económica.- E) Derechos sucesorios.- IV. CONCLUSIONES.

I. CUESTIÓN PREVIA.

La situación jurídica de las relaciones de pareja en Chile tradicionalmente se ha limitado a la regulación del matrimonio, absteniéndose el Estado de Chile de reconocer legalmente otros tipos de uniones. No obstante, la falta de un estatuto legal fue suplida por la jurisprudencia la cual, desde 1900 en adelante, reconoció efectos patrimoniales a la ruptura de la convivencia de hecho, en un proceso en que se han utilizado distintas figuras extraídas del Derecho Privado, donde se puede considerar el pago por servicios prestados, pasando por estimar que existe una sociedad de hecho entre los cónyuges y, finalmente, establecer que existe un cuasicontrato de comunidad entre los cónyuges.

Resulta fácil comprender que la solución jurisprudencial no fue satisfactoria, por lo que en el año 2015 se aprobó la Ley que crea el Acuerdo de Unión Civil, siguiendo un modelo contractual similar al matrimonio en su configuración y efectos patrimoniales, incorporándose esta nueva figura jurídica, cuya relevancia e impacto todavía no se puede evaluar, ya que sólo existen datos del Registro Civil correspondientes a un par de años desde la entrada en vigencia de la ley, lo cual permite obtener sólo conclusiones preliminares.

El contenido principal, como se analizará, se centra en otorgar efectos patrimoniales a la unión, como la pensión de alimentos, vivienda familiar, compensación económica, derechos sucesorios, entre otros. No obstante lo señalado, es menester agregar que el acuerdo de unión civil es la única alternativa que reconoce la legislación chilena para las parejas del mismo sexo, ya que el matrimonio ha quedado reservado para las parejas heterosexuales.

• **Cristián Lepin Molina**
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: clepin@clmabogados.cl

II. CONVIVENCIA O RELACIÓN DE HECHO.

1. Aspectos generales.

Nuestro ordenamiento jurídico no establece una regulación para las parejas que tengan una relación de convivencia o de hecho[1]. Ha sido la jurisprudencia, como ya se señaló, la que ha intentado solucionar los problemas patrimoniales o económicos que se generan en torno a la convivencia derivada de estas parejas.

Para la denominación de este tipo de relaciones se han utilizado diversas expresiones en la doctrina chilena, tales como concubinato, convivencia, relaciones de hecho, relaciones de facto, familia de hecho, entre otros[2].

La expresión más utilizada por el Código Civil chileno[3] es concubinato, no obstante, a través de distintas leyes posteriores, ha prevalecido la expresión conviviente. Así, por ejemplo, en la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, y recientemente, con la ley que incorpora el acuerdo de unión civil se crea el estado civil de conviviente civil.

La legislación chilena no define que se entiende por concubinato o relación de hecho[4], no obstante, para autores como Somarriva, "un hombre y una mujer pueden unirse de hecho, sin que entre ellos medie vínculo matrimonial. Semejante unión recibe el nombre de *concubinato*, palabra que en su origen etimológico viene de las voces latinas '*cum cubare*', comunidad de lecho, lo que evoca una idea más o menos exacta de lo que es la institución"[5].

1 Situación similar ocurre en España, véase De Verda y Beamonte, J.: *Persona y Familia. Escritos selectos*, Hammurabi, Santiago de Chile, 2018, pp. 397 y siguientes.

2 En este sentido, Barrientos señala: "las ya indicadas leyes de 1949, 1952, y 1962 recurrían a la expresión 'concubinato', mientras que la de 1963 la eludía mediante el recurso a la expresión 'la madre de los hijos naturales'. La ley núm. 19.325, de 1994 incorporó la expresión cotidiana de 'conviviente' en su definición de 'acto de violencia intrafamiliar', y la ley núm. 19.585 de 1998, por su parte, si bien incluyó la voz 'concubinato' al introducir el nuevo artículo 210 del *Código Civil,* consagró legalmente un régimen de filiación igualitario bajo las especies de 'filiación matrimonial' y 'filiación no matrimonial', situación que, en cierto modo, es coincidente con la declaración del artículo 1 de la nueva 'ley de Matrimonio Civil', que reconoce al matrimonio como 'base principal de la familia', pero no exclusiva, de lo cual se deduce que hay 'familia matrimonial' y 'familia no matrimonial'". Barrientos Grandón, J.: *De las uniones de hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2008, p. 17.

3 En adelante CC. Disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986.

4 En similar sentido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha resuelto "que la ley no ha definido lo que debe entenderse por concubinato, pero doctrinariamente se han señalado los caracteres que debe reunir la unión fuera del matrimonio para adquirir la calidad de tal, son, además de la presencia de relaciones sexuales, comunidad de vida y ausencia de las formalidades del matrimonio, ciertos elementos que, en suma, tienden a dar a esta convivencia las apariencias de un verdadero matrimonio, tales como la comunidad de la vida común que, en consecuencia, no ha de ser oculta o clandestina, comportándose como marido y mujer y por tales sean tenidos por el público en general (Manual de Derecho de Familia, Ramón Meza Barros, Tomo I, pág. 398)". *Gaceta Jurídica*, núm. 85, sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 23 de junio de 1987, considerando 2°.

5 Somarriva Undurraga, M.: *Derecho de Familia*, Nascimento, Santiago de Chile, 1963, p. 169.

Evidentemente, que la definición transcrita corresponde a una época distinta, dado que en la actualidad, el legislador reconoce efectos jurídicos a las relaciones entre personas del mismo sexo a través del acuerdo de unión civil. En este sentido, se puede definir como una relación afectivo-sexual entre dos personas, que conforman una comunidad de vida, de carácter estable y permanente, no formalizada legalmente.

De la definición señalada, se pueden deducir las principales características:

a) Es una relación, es decir, se trata simplemente de un hecho jurídico[6].

b) Se trata de una unión entre dos personas, ya sea de diferente o del mismo sexo. Se excluyen, en consecuencia, relaciones entre más personas (las denominadas trirejas o poliamor).

c) Es una unión afectivo-sexual, es decir, se trata de una relación de pareja en que se comparten afectos y la unión sexual, con lo que se descarta otro tipo de relaciones afectivas como las de amistad.

d) La estabilidad es un elemento necesario, ya que, el Derecho no puede hacerse cargo de relaciones pasajeras.

e) La permanencia, es decir, su continuidad en el tiempo.

f) No formalizada legalmente, no debe estar amparada ni por el matrimonio ni por el acuerdo de unión civil.

2. Reconocimiento de jurídico de las uniones de hecho.

El reconocimiento de efectos jurídicos a las relaciones de convivencia o hecho, se ha materializado a través de dos ámbitos: el legislativo que, de manera parcial pero sucesiva, ha incorporado a los convivientes en algunas materias específicas[7]

6 En este sentido Ramos Pazos, R.: *Derecho de Familia*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2013, p. 655.

7 El art. 210 del CC, según el cual "el concubinato de la madre con el supuesto padre, durante la época en que ha podido producirse legalmente la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad"; se refiere al concubinato para efectos de establecer las bases para una presunción judicial de paternidad.
El art. 37 LTF, que señala: "principio de no autoincriminación. Todo testigo tendrá el derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal por un delito. Asimismo, el testigo podrá ejercer el mismo derecho cuando, por su declaración, pudiere incriminar a su cónyuge, a su conviviente, a sus ascendientes o descendientes, a sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, a su pupilo o a su guardador, a su adoptante o su adoptado"; incorpora, dentro del principio de no autoincriminación, al conviviente del testigo, en los procedimientos de familia.
El art. 5 LVIF, que señala: "será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente"; incorpora como sujeto pasivo de la violencia intrafamiliar al que tenga una relación de convivencia con el ofensor.

y, por otro lado, a través de la jurisprudencia, la que se ha dado principalmente en el ámbito patrimonial.

Nuestros tribunales de justicia han reconocido efectos a las relaciones de hecho en tres ámbitos: a) el patrimonial, a través de la atribución de efectos patrimoniales a la ruptura de la convivencia; b) para sancionar la violencia intrafamiliar, incluso entre parejas del mismo sexo; y, c) legitimación activa para demandar perjuicios.

En este sentido, las soluciones son variadas, aunque todas buscan solucionar el problema de los bienes al momento de la ruptura, en el entendido que uno de los convivientes aparece como exclusivo dueño de los bienes que se adquirieron durante la convivencia.

A) Efectos patrimoniales.

Según Donoso y Rioseco, se pueden distinguir varias soluciones jurisprudenciales, a saber: la remuneración por servicios prestados; la sociedad de hecho; la comunidad; el enriquecimiento sin causa[8]; y, deberíamos agregar, la compensación económica, según se analizará a continuación.

a) Remuneración por servicios prestados por la concubina.

La primera solución para resolver los efectos patrimoniales que se presentan al terminar la relación de convivencia, fue considerar que la concubina había prestado servicios personales a su pareja, por los cuales no había sido remunerada, y le correspondía en consecuencia que los tribunales civiles fijaran su remuneración.

Nuestros tribunales se han pronunciado en este sentido, en la sentencia de la Corte Suprema "Díaz con Carvajal", de 16 de diciembre de 1904, en su considerando 6º, señala "que, aún aceptando que la demandante hubiese sido concubina de Díaz Vargas, esto no excluye los servicios positivos de otro género que ella pudo prestarle. Y lo único que se habría probado en este caso es que doña Petronila Carvajal, además de haber servido a Díaz Vargas durante 38 años en cocinar y atender su casa, labrar sus terrenos, ordeñar sus vacas y fabricar quesos y mantequilla, lo habría favorecido también entregándole su cuerpo durante el tiempo indicado, servicio no estimable en dinero y que no hay para qué tomar en cuenta en este pleito".[9] En similar sentido, la sentencia de 21 de agosto de 1920, en "Alarcón con Galdames", en su considerando 7º señala "que en el caso

El art. 108 letra c) del CPP, que establece que "en los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima… c) al conviviente"; incorpora como víctima en el proceso penal al conviviente.

8 Donoso Vergara, F. y Rioseco López, A.: *El concubinato ante la jurisprudencia chilena*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2007, p. 29.

9 Revista De Derecho y Jurisprudencia, 1905, t. II, segunda parte, sección primera, pp. 277 y ss.

que se examina ha existido en realidad un cuasi-contrato innominado en derecho, cuya existencia se deriva del hecho voluntario contemplado en la sentencia, o sea, el de haberse aceptado o consentido por el demandado la sucesión no interrumpida durante muchos años de los servicios personales de la demandante, y ese hecho es por su naturaleza lícito, ya que en modo alguno contraviene a la ley y no se encuentra comprendido en ninguna de las causas de ilicitud determinadas expresamente en el correspondiente título II del Libro IV del Código Civil, que trata 'De los actos y declaraciones de voluntad'"[10].

De la lectura de ambas sentencias, se puede concluir que se trata de una remuneración por las labores del hogar y de la familia en común, en una situación muy similar a la compensación económica.

b) Existencia entre los cónyuges de una comunidad.

Una de las soluciones dada por la jurisprudencia ha sido entender que entre los convivientes existe una comunidad[11] de bienes, de aquellos que se adquieran durante la convivencia. Así, Barrientos señala que, "a finales del siglo XIX, frente a la inerme situación ante la ley civil en la que quedaba la persona supérstite de una unión basada en un simple matrimonio religioso, los letrados fundaron la reclamación judicial de sus eventuales derechos, no en el hecho del concubinato, sino en la pretensión de haberse formado una comunidad de bienes no convencional entre los concubinarios, sujeta, por ende, a las prescripciones contenidas en los artículos 2304 a 2313 del *Código Civil*"[12].

Para que se configure la comunidad, se requiere que: a) exista una relación de convivencia; b) que los convivientes adquieran bienes durante la convivencia; c) que los adquieran con el aporte de dinero de ambos o el esfuerzo común; y, d) que no exista sociedad u otro título.

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta doctrina, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, "Mordini con Massari", de 19 de abril de 1917, que en el considerando 5º señala "que los hechos, cumplidamente acreditados en autos, de la vida común, de los negocios emprendidos por ambos, de la intervención activa y personal de la señora Mordini y el señor Massari en

10 Revista De Derecho y Jurisprudencia, 1922, v. XIX, segunda parte, sección primera, pp. 256 y ss.

11 Según el art. 2304 CC, *"la comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato"*. En consecuencia, la comunidad de bienes que se forma entre los convivientes es una comunidad a título universal.

12 Barrientos Grandón, J.: *De las uniones*, cit., p. 64.

todos ellos, revelan la voluntad de los dos de formar una comunidad relativa a los bienes que tenían y que pudieran adquirir más tarde"[13].

c) Existencia de una sociedad de hecho.

También se ha considerado por la jurisprudencia a las uniones de hecho como una sociedad de hecho, siempre que exista entre los convivientes aportes en común, ya sea de dinero o trabajo, y participación en las ganancias y las pérdidas. Como señala Somarriva, "en otros casos podrá existir entre los concubinos lo que denominamos una 'sociedad regular de hecho'. Trátase de una sociedad consensual, como la colectiva civil, siempre que concurran los elementos de ésta, es decir, aporte, participación en las pérdidas y ganancias y *affectio societatis*. Respecto de este último requisito, cabe advertir que él no puede darse por existente por el sólo hecho del concubinato, sino que su presencia debe obtenerse de otras circunstancias, como serían, por ejemplo, la cuenta bancaria a nombre de los dos concubinos; la correspondencia dirigida a ambos; el que los dos concubinos estén en un mismo pie de igualdad en la dirección del negocio, etc."[14].[15]

Los requisitos que deben reunirse, son: 1º) Debe existir aportes, en dinero o trabajo; 2º) *Affectio societatis*, es decir, la intención de formar una sociedad; 3º) Participación en las ganancias y pérdidas; y, por último, 4º) No debe existir un contrato de sociedad (o no sería irregular).

Según Barrientos, "una importante limitación a la regla anterior es la que deriva de los prescrito en el artículo 2056 del *Código Civil*, que 'prohíbe toda sociedad a título universal, sea de bienes presentes y venideros, o de unos o otros', al igual que 'toda sociedad de ganancias, a título universal, excepto entre cónyuges'. De este modo la persona supérstite o la que reclama la existencia de una tal sociedad de hecho ha de hacerlo respecto de bienes determinados y en caso alguno pretender que hubo una sociedad a título universal, porque en tal

13 Revista De Derecho y Jurisprudencia, 1918, v. XV, segunda parte, sección primera, pp. 1 y ss. En similar sentido, sentencia Corte Suprema, de 31 de julio de 1943, "Pérez con Martínez y otros", 1944, v. XLI, segunda parte, sección primera, pp. 89 y ss.; sentencia Corte Suprema, de 16 de noviembre de 1953, "Asvisio con Sirandoni (sucesión)", 1953, v. L, segunda parte, sección primera, pp. 470 y ss.; sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, de 03 de mayo de 1955, "Vásquez con Pavéz", 1955, t. LIII, segunda parte, sección primera, pp. 3 y ss.; sentencia Corte Suprema, de 19 de noviembre de 1963, "Picó con Robles", 1963, v. LX, segunda parte, sección primera, pp. 345 y ss.; *Fallos Del Mes* núm. 462, sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, de 23 de diciembre de 1996, "Arias con Ferré"; *Gaceta Jurídica*, sentencia Corte Suprema, de 06 de abril de 1994, "Pavéz con Céspedes", pp. 56 y ss.; *Poder Judicial*, sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, 12 de diciembre de 2008, en causa rol 407-2008; sentencia Corte Suprema, de 10 de noviembre de 2009, en causa rol 6.365-2008; sentencia Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 12 de agosto de 2010, en causa rol 63-2010; sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, de 21 de septiembre de 2010, en causa rol 210-2010; sentencia Corte Suprema, de 27 de diciembre de 2011, en causa rol 8.357-2010; sentencia Corte Suprema, de 30 de junio de 2015, en causa rol 1.746-2015; sentencia Corte Suprema, de 26 de abril de 2016, en causa rol 6.972-2015.

14 Somarriva Undurraga, M: *Derecho de Familia*, cit., p. 170.

15 Similar discusión en la doctrina española más autorizada, Cfr. De Verda y Beamonte, J.: *Persona y Familia*, cit., pp. 411 y siguientes.

caso se admitía la procedencia de una suerte de 'sociedad conyugal de hecho, que la ley no reconoce'"[16].[17].

d) Compensación económica a las relaciones de hecho.

Una doctrina jurisprudencial más reciente, aunque aislada, se refiere a la posibilidad de otorgar el derecho de compensación económica en las relaciones de convivencia, en que si bien no se pretende la aplicación analógica de las normas de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, más bien, a falta de normativa, se fundamenta en la equidad. En este sentido, una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que fue confirmada por la Corte Suprema recoge esta doctrina[18].[19].

Quizá al constatar la evidente falta de legislación, lo procedente sería fundar el derecho a compensación económica en el enriquecimiento sin causa, pues desde nuestro punto de vista, se puede sostener que los herederos del conviviente fallecido se beneficiaron (enriquecimiento) al recibir la herencia con los bienes del

16 Barrientos Grandón, J.: *De las unione*s, cit., p. 68.

17 Revista De Derecho y Jurisprudencia, sentencia Corte Suprema, de 26 de septiembre de 1907, "Breza con Gerbino", año V, sección primera, pp. 1 y ss.; sentencia Corte Suprema, de 01 de septiembre de 1934, "Gutiérrez con Parraguez", t. XXXII, sección primera, pp. 1 y ss.; sentencia Corte Suprema, de 25 de octubre de 1937, "Hernández con Guzmán", t. XXXV, segunda parte, sección primera, pp. 137 y ss.; sentencia Corte Suprema, de 03 de mayo de 1957, "Villela con Crespo", t. LIV, segunda parte, sección primera, pp. 3 y ss.; sentencia Corte Suprema, de 24 de junio de 1970, "O'Ryan con Ruíz Tagle", segunda parte, sección primera, pp. 219 y ss.; *Gaceta Jurídica*, núm. 305, sentencia de Corte Suprema, de 09 de septiembre de 2003, "Machasqui con Orellana", pp. 83 y ss.

18 La sentencia de 7 de marzo de 2012, señala "que en la línea argumentativa anotada, el sentenciador no puede constreñir su análisis mediante la extensión al concubino de soluciones que sólo amparan en la legislación positiva civil, particularmente, en los derechos y obligaciones que se consagran para los cónyuges, puesto que justamente ello comporta la aplicación de normas que suponen un presupuesto fáctico con efectos jurídicos diversos. Empero, ello no obsta al reconocimiento de la legitimación de la concubina para efectuar el reclamo en su carácter de damnificada por un hecho que genera una obligación reparatoria. El fundamento para reconocer una indemnización, radica en la existencia cierta del perjuicio personal y en su nexo causal con el obrar imputado al demandado, lo que lleva a sostener incluso, que en el caso de la indemnización para la concubina, la legitimación para efectuar el reclamo no se funda en su carácter de tal, sino en su condición simple de perjudicada por el hecho que origina la reparación. Por lo tanto, el damnificado puede serlo 'de facto' y no exclusivamente 'de iure'". Luego agrega, "de esta manera, la equidad es, entre otros, un instrumento para determinar daños resarcibles, que permite asilar aquellos que no derivan de los derechos subjetivos expresamente reconocidos por la ley". Sentencia Corte Suprema, de 07 de marzo de 2012, en causa rol 337-2011, considerando 28°. Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/517/2012.

19 En este orden de ideas, compartimos lo expresado por Corral, que señala que, "para aplicar la equidad en su función integradora es menester primero constatar que existe un vacío o laguna legal. Pero esta constatación no puede basarse sólo en la ausencia de una regla explícita que dé solución al caso planteado, como parecen sostener sin mayor explicación las sentencias de segunda instancia y casación. El concepto de laguna incluye una valoración interpretativa de que la ausencia de regla expresa es producto de una desarmonía o deficiencia del sistema normativo: es decir que falta una regla donde *debería* haberla. No hay una laguna cuando la falta de regla expresa no produce una desarmonía o deficiencia sino simplemente la aplicación de reglas de clausura, como por ejemplo que no hay delito sin ley o que, a falta de regla especial, se aplica el Derecho común. Esto último es lo que sucede con las convivencias no matrimoniales. No es que exista una laguna o vacío legal, sino simplemente que el legislador ha querido que, en lo no regulado expresamente, se rijan por las reglas del Derecho común que rigen las relaciones entre todos los ciudadanos por el hecho de ser tales". Corral Talciani, H.: "¿Compensación económica para la conviviente?", en *Derecho y Academia. El blog de Hernán Corral*. Publicación de fecha 08 de abril de 2012. Disponible en: https://corraltalciani.wordpress.com/2012/04/08/compensacion-economica-para-la-conviviente/.

causante, que fueron adquiridos con el esfuerzo o con el aporte de la conviviente sobreviviente.

B) Sanción de la violencia intrafamiliar.

La incorporación de la violencia intrafamiliar no parece una novedad ya que, como se ha señalado, existe un reconocimiento legal en el art. 5º LVIF que señala como sujeto pasivo de los actos de violencia intrafamiliar al que ha tenido "una relación de convivencia".

El legislador no distingue si la convivencia deber ser entre parejas heterosexuales o del mismo sexo, por lo que se debe aplicar en todos los casos, permitiendo sancionar los actos de violencia intrafamiliar entre parejas homosexuales.[20]

C) Legitimación activa para demandar perjuicios.

Se trata de un problema que ya ha sido plateado por Somarriva, quien sostiene que, "para resolver acertadamente la cuestión, es necesario recordar antes que, para que el daño producido por un acto ilícito sea indemnizable, debe ser un daño cierto y evidente. Este primer requisito bien puede aceptarse que concurre en algunos casos de muerte violenta del concubino, si tenemos presente que hay opinión uniforme en el sentido que para la concurrencia del daño no se requiere que se viole un derecho, sino que basta con que se lesione un interés. Se argumentará que el daño sería eventual, dado lo precario y lo inestable del concubinato data de muchos años y que todo hace presumir que ella debía continuar. Además, la certidumbre del daño es algo relativo. Fallece un hombre de cuarenta años víctima de un delito o cuasidelito y se da lugar a la indemnización a favor de sus herederos, ¿y quién asegura que ese hombre no habría muerto de muerte natural, dentro de un año, por ejemplo?"[21].

Como señala Ramos, "en esta materia ha habido un cambio radical. Desde luego, es claro hoy día – y así ha sido resuelto por varios fallos – que el concubinato

20 Sin embargo, resulta interesante la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte de Apelaciones de La Serena, que señala "que el artículo 5° de la ley mencionada, en sus dos incisos, expresa, en el primero, que se entiende por violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él, o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente. Y en el segundo agrega que también habrá violencia intrafamiliar, cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar. Luego agrega, "que la Corte concuerda con el razonamiento expuesto en el considerando quinto del fallo en alzada, por lo que concluye que la sentencia se encuentra ajustada a derecho, en cuanto en el concepto conviviente incluye en forma extensiva, a aquel unido a otro en una relación de convivencia homosexual, a quien se considera además como integrante del grupo familiar, y en consecuencia se rechazará el recurso de nulidad deducido en contra de lo resuelto en el fallo recurrido". Sentencia Corte de Apelaciones de La Serena, de 08 de enero de 2007, en causa rol 373-2006, considerandos 5° y 6°. Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/297/2007.

21 Somarriva Undurraga, M.: *Derecho de Familia*, cit., p. 175.

no es ilícito. Como consecuencia de ello, hay varias sentencias que han acogido demandas de indemnización de perjuicios por daño moral: *Gaceta de los Tribunales*, año 1945, 1er semestre, p. 232; *Fallos del Mes* 496; *Gaceta Jurídica* 232, p. 195 (Corte de Santiago, sentencia de 28 de octubre de 1999); Corte de Concepción, 4 de diciembre de 2002 (causa rol 1537-2001); Corte de Copiapó, 12 de julio de 2001 (causa rol 7581); Corte de Concepción, 19 agosto de 2003 (rol 791-2002)"[22].

Por último, en palabras de Barros, "en los delitos cuya consecuencia fuere la *muerte del ofendido y en que éste no pudiere ejercer los derechos que la ley le otorga*, se establece un orden de prelación en la titularidad de la acción, de modo que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes: i) el cónyuge y los hijos; ii) los ascendientes; iii) el conviviente; iv) los hermanos; y, v) el adoptado y el adoptante (artículo 108 II, Código Penal). En el orden referido las víctimas reflejas de la muerte pueden ejercer la acción civil de responsabilidad en el juicio penal"[23].

En algunos casos existe norma expresa que otorga legitimación activa, como en los casos de indemnización de perjuicio por accidente del trabajo, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 69 letra b) de la Ley N° 16.744 que "Establece Normas Sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales",[24] incluso el daño moral[25].

III. ACUERDO DE UNIÓN CIVIL. LA NUEVA FORMA DE FAMILIA.

El 21 de abril de 2015 fue aprobada la Ley N° 20.830[26] que crea el Acuerdo de Unión Civil[27], con la finalidad de resolver los problemas generados por las relaciones de convivencia, en especial, se pretende superar la situación de hecho en que se encuentran casi 2 millones de personas, se busca dar solución a los problemas patrimoniales en los casos de fallecimiento de uno de los convivientes, y por último, reconocer los distintos modelos de familia[28].

22 Ramos Pazos, R.: *Derecho de Familia*, cit., pp. 671 y 672.

23 Barros Bourie, E.: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2006, p. 956.

24 Disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28650.

25 En este sentido, sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, de 28 de octubre de 1999, en causa rol 1.367-1999, considerando 7°. Disponible en Gaceta Jurídica, núm. 231, pp. 195 y ss.

26 Disponible en https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1075210. En adelante LAUC.

27 Sobre Acuerdo de Unión Civil, Cfr. González Castillo, J.: *Acuerdo de Unión Civil*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2017; AAVV.: *Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil*, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2016; Lepin Molina, C.: *Derecho Familiar chileno*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2017, pp. 313- 344.

28 Historia Ley núm. 20.830. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/3990/.

Después de 3 años de vigencia es posible analizar si la nueva normativa ha cumplido con los objetivos propuestos. En este sentido a tres años de la entrada en vigencia de la ley de Acuerdo de Unión Civil, los datos al 30 de septiembre de 2018 consignan que se han celebrado 21.189 acuerdos en todo el país, correspondiendo el 78% a uniones de parejas de distinto sexo. Esta cifra se desglosa en 2.197 AUC en el 2015; 7.338 Acuerdos al año siguiente; 6.277 uniones civiles el 2017; y 5.377 AUC hasta el 30 de septiembre del año 2018[29]. En este sentido, se observa un bajo número de acuerdos con relación a los 2 millones de personas que según lo señalado se encontraban en esa situación, y en relación con los 64.431 matrimonios celebrados sólo en el año 2016.

En cuanto a la solución de los problemas patrimoniales, es menester analizar los efectos concretos que genera esta nueva institución familiar, en general se reconocen una serie de derechos de contenido económico, como un régimen patrimonial de comunidad, una especie de deber de socorro o de contribución a solventar los gastos de la vida común, compensación económica, bien familiar, derechos sucesorios y régimen patrimonial. Este último será el objeto principal de nuestro análisis, dado que es la principal diferencia con el matrimonio.

En cuanto al reconocimiento a otras formas de familia, sin lugar a duda es una nueva institución familiar, una manifestación de la diversidad de formas que reconoce el moderno Derecho de Familia y de la aplicación de uno de sus principios fundamentales como es la autonomía de la voluntad[30], que se traduce en la libertad para desarrollar el proyecto de vida que estimen conveniente las personas. Sin embargo, la obsesión de los impulsores de la iniciativa por lograr que este acuerdo consagrara los mismos derechos que el contrato de matrimonio establece para los cónyuges[31], terminó generando una institución muy similar al matrimonio[32], un cuasi matrimonio.

1. Aspectos generales.

El legislador chileno configura un modelo de uniones civiles de tipo contractual, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho comparado en que operan sistemas de reconocimiento por medio de Registro de la unión o un reconocimiento *ex post,* generando consecuencias jurídicas después de un plazo de convivencia[33]. La

29 Información del Registro Civil e Identificación de Chile, disponible en: https://www.registrocivil.cl/principal/ampliacion-de-contenido/chile-fue-elegido-pais-sede-para-clarciev-2019-copia

30 Cfr. Lepin Molina, C.: "Los nuevos principios del Derecho de Familia", en *Revista Chilena de Derecho Privado* [online], N°23, 2014, pp.9-55. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000200001&lng=es&nrm=iso.

31 Historia Ley núm. 20.830. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/3990/.

32 Así, por ejemplo, su forma de celebración y sus efectos patrimoniales.

33 En Argentina, Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Libro II, Título III "Uniones convivenciales", artículos 509 y ss; sobre uniones convivenciales véase Rivera, J., y Medina, G.: *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. II, Editorial Thomson Reuters La Ley, 2014, y Kemelmajer De Carlucci,

decisión de optar por un sistema contractual en Chile determina la existencia de 3 estatutos que regulan los efectos de las uniones de pareja: el matrimonio, el acuerdo de unión civil y las relaciones de hecho. Estás últimas, subsistirán en todas aquellas parejas que no quieran o no puedan celebrar el acuerdo de unión civil.

Así lo señala el art. 1º LAUC "el acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente".

Se trata de un contrato *sui generis*, tanto por su objeto como por su alcance y contenido. El objeto de este tipo de contrato, así consagrado, parece extraño a las relaciones de Derecho privado, ya que se pretende regular los efectos jurídicos de la vida "afectiva" en común. De acuerdo con la norma transcrita, ello constituye los afectos el objeto del contrato. Sin embargo, es difícil concebir como el Derecho podría asir los sentimientos, afectos o emociones de las personas. ¿Como podría gobernar en un plano tan íntimo y variable? No cabe duda de que el afecto (así como la solidaridad) son valores fundamentales en un grupo familiar, evidentemente deseable, pero que quedan fuera del alcance la norma jurídica. En este sentido, la referencia debe entenderse a las consecuencias jurídicas derivadas de la convivencia.

En consecuencia, nos parece que desde el punto de vista civil o familiar, el Derecho además de establecer deberes específicos de carácter extrapatrimonial (como ocurre en el matrimonio con los denominados efectos personales de socorro, fidelidad o de respeto y protección recíprocos[34]), regula las consecuencias o efectos patrimoniales de las relaciones familiares.

Se trata de un contrato solemne, ya que se celebra ante cualquier Oficial del Registro Civil, en su oficina o en otro lugar que los contrayentes señalen, siempre que se encuentre dentro del territorio jurisdiccional[35].

Sólo puede celebrarse entre 2 personas, por lo que los contratantes pueden ser personas del mismo o de distinto sexo. En este sentido, se trata de un contrato singular, desde un doble punto de vista, ya que se encuentra limitado a dos personas

A.: *Tratado de Derecho de Familia*, t. II, Rubinzal-Culzioni, Argentina, 2014. En Uruguay, Cfr. Ley núm. 18.246 Unión concubinaria; sobre unión concubinaria véase Rivero De Arhancet, M. y Ramos Cabanellas, B.: *Unión concubinaria*, cuarta edición, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2016.

34 Cfr. Lepin Molina, C.: *Derecho Familiar*, cit., pp. 140 y ss.

35 En cuanto a la celebración deben observarse los artículos 5 al 11 de la Ley núm. 20.830, y su Reglamento aprobado por Decreto núm. 510 del Ministerio de Justicia, de 15 de julio de 2015. Véase, Lepin Molina, C.: *Código de Derecho Familiar*, Hammurabi, Santiago de Chile, 2019.

que tienen una vida en común de carácter estable y permanente (art. 1 LAUC) y, por otro lado, se puede celebrar por parejas heterosexuales o del mismo sexo[36].

No puede sujetarse a modalidad alguna, expresamente el artículo 3 LAUC señala que no se puede pactar plazo, modo, condición o gravamen alguno. Es decir, es un contrato puro y simple, que va a generar efectos desde su celebración hasta su término por alguna de las causales señaladas en la ley.

Genera el estado[37] de conviviente civil, que conservará mientras esté vigente el acuerdo, recuperando el estado civil anterior a la celebración de la unión. Situación diferente a la que ocurre en el matrimonio, ya que, durante su vigencia los cónyuges tienen el estado civil de casados, y al término se establece un nuevo estado civil, que depende del hecho que le dé origen. Así en caso de muerte, el estado civil será de viuda o viudo; en cambio, si el término se genera por sentencia de divorcio, el estado civil correspondiente es de divorciado; por último, si se decreta judicialmente la nulidad del matrimonio, recuperará el estado civil de soltero, dado el efecto retroactivo de la nulidad[38].

En caso del acuerdo de unión civil, independiente de la causa de término del contrato, se recuperará el estado civil anterior a su celebración, lo que significa que no necesariamente será el estado civil de soltero, dependerá de cada caso. Esta situación puede tener importancia en aquellas circunstancias en que el estado civil resulte relevante para adquirir, conservar o extinguir derechos y obligaciones. Así, por ejemplo, se puede considerar en los casos de pensiones que reciben las hijas solteras de los funcionarios de las fuerzas armadas.

Por último, aunque el legislador señala expresamente que se trata de un contrato su naturaleza jurídica será discutida, en términos similares a lo que ocurre con el matrimonio[39].

36 Según el Registro Civil entre octubre de 2015 y febrero de 2016 se celebraron 2.808 acuerdos, un 72% equivalente a 2.016 por parejas heterosexuales y el 28 % equivalente a 792 parejas del mismo sexo. Disponible en: http://www.registrocivil.cl/PortalOI/PDF/Boletin_Semestral_SRCel_2016_Datos.pdf.

37 Código Civil chileno, artículo 304: *"El estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles"*.

38 Sobre la prueba de los distintos estados civiles, ver Código Civil chileno, artículo 305: "El estado civil de casado, separado judicialmente, divorciado, o viudo, y de padre, madre o hijo, se acreditará frente a terceros y se probará por las respectivas partidas de matrimonio, de muerte, y de nacimiento o bautismo. El estado civil de padre, madre o hijo se acreditará o probará también por la correspondiente inscripción o subinscripción del acto de reconocimiento o del fallo judicial que determina la filiación.
La edad y la muerte podrán acreditarse o probarse por las respectivas partidas de nacimiento o bautismo, y de muerte".

39 Cfr. Lepin Molina, C.: "Derecho Familiar", cit., p. 322.

2. Efectos del acuerdo de unión civil.

El acuerdo de unión civil tiene por objeto regular los efectos jurídicos derivados de la vida afectiva en común. ¿Qué debemos entender por esta expresión? Tal como señalamos, nos parece que los principales efectos del contrato de acuerdo de unión civil son patrimoniales y que los escasos efectos personales o extrapatrimoniales son limitados.

Los efectos personales que genera el acuerdo de unión civil se encuentra el estado de conviviente civil, el parentesco por afinidad, la presunción de paternidad y la habilitación para solicitar el cuidado personal de los hijos del conviviente civil.

El estado de convivientes civiles que se genera entre los contratantes es de carácter transitorio, depende de la vigencia del acuerdo. Según hemos señalado por el término del acuerdo se recupera el estado civil anterior[40].

El parentesco por afinidad[41], que se establece respecto de los parientes de los convivientes, es otro de los efectos de los denominados personales, y se puede definir como "el vínculo jurídico entre una persona y los parientes consanguíneos de su conviviente civil". Para determinar la línea y grado de parentesco, la LAUC establece que tendrán la misma que tiene el conviviente civil con el pariente respectivo.

Se trata de una situación transitoria y limitada en cuanto a sus efectos. En primer lugar, es transitoria dado lo dispuesto en el artículo 4° que señala "mientras éste se encuentre vigente". En este sentido, se diferencia del parentesco por afinidad que genera el matrimonio, ya que, este último es permanente, en cuanto subsiste incluso después del término del matrimonio[42]. Es de carácter limitado o restringido, ya que sus efectos se limitan al impedimento para contraer matrimonio u otro acuerdo de unión civil.

También establece la aplicación de la presunción de paternidad para las parejas de distinto sexo[43], lo que no puede ser de otra manera, ya que se presume algo que se entiende cierto, de manera que de una unión entre un hombre y una

40 Ley núm. 20.830, artículo 1° inciso 2°: "Su celebración conferirá el estado civil de conviviente civil. El término de este acuerdo restituirá a los contrayentes el estado civil que tenían antes de celebrar este contrato, salvo en la situación prevista en la letra c) del artículo 26".

41 Ley núm. 20.830, artículo 4°: "Entre un conviviente civil y los consanguíneos de la persona con la que está unida por un acuerdo de unión civil existirá, mientras éste se encuentre vigente, parentesco por afinidad. La línea y grado de afinidad de una persona con un consanguíneo de su conviviente civil se califica por la línea o grado de consanguinidad de dicho conviviente civil".

42 Código Civil chileno, artículo 31: "Parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer".

43 Ley núm. 20.830, artículo 21: "Para efectos de la presunción de paternidad, en caso de convivientes civiles de distinto sexo se estará a las normas que la regulan en el artículo 184 del Código Civil".

mujer que tienen relaciones sexuales y deber de fidelidad, se puede presumir que el hombre es el padre de los hijos que nacen durante la unión, lo que tiene una clara base biológica. No se trata en ningún caso de una discriminación[44] para las parejas del mismo sexo, ya que, biológicamente no es posible que tengan hijos, y sólo se podrían encontrar en dicha situación por aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, en que no existe nada que presumir, ya que, se tiene absoluta claridad del rol o participación de cada uno de los intervinientes, y será el legislador quien al regular dicha materia determinará a través de una "ficción" la filiación.

Resulta evidente que, en este último caso, existe más similitud con la adopción que con la filiación biológica. Una de las diferencias se determina por que se presume (con base en la cohabitación y la fidelidad) cierto un hecho, a diferencia de la ficción que parte de un hecho que no es cierto y al que el legislador le podría dar ese carácter. En la práctica, una de las consecuencias es que la presunción se puede impugnar cuando resulta no ser concordante con la realidad, en cambio, la ficción es irrevocable, ya que, *ab initio* se sabe que el hecho no es cierto.

Por último, en el artículo 45 LAUC, establece la posibilidad de que el juez de familia, en caso de otorgar el cuidado personal de un niño a terceros por inhabilidad de los padres, pueda en dicha situación considerar luego de los consanguíneos o al cónyuge, al conviviente civil según corresponda[45]. Desde el punto de vista práctico no representa una preferencia para el conviviente civil, y, además, a la misma solución podría llegar el juez sin necesidad de fundar su razonamiento en la norma en comento.

A) Efectos patrimoniales.

Nos parece que los principales efectos o consecuencias jurídicas que se derivan de la celebración del acuerdo de unión civil son de carácter patrimonial, recurriendo a varios derechos consagrados en la normativa matrimonial. Así, se establece una especie de deber de socorro, regímenes patrimoniales, bien familiar, compensación económica y derechos sucesorios.

Se ha señalado que una de las principales deficiencias de la nueva ley, es no regular el derecho de alimentos, efectivamente, no existe norma expresa que se refiera a las pensiones alimentarias. Esta situación se debe a la precariedad del contrato, en cuanto a la facilidad de poner término, que en caso de cese de

44 No existe discriminación ya que el acto no es arbitrario, tiene justificación razonable en el hecho fundante que es la filiación biológica.

45 Ley núm. 20.830, artículo 45: "Reemplázase el inciso segundo del artículo 226 del Código Civil, por el siguiente:
En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda".

la convivencia y que uno de los convivientes civiles demande al otro de pensión de alimentos, este último puede poner término al acuerdo de unión civil para liberarse de la obligación.

En este sentido, el profesor Eduardo Court señaló que "en relación al derecho de alimentos, expreso que este tiene lugar en el matrimonio cuando los cónyuges están separados. Cuando están juntos existe el deber de socorro. Cuando el matrimonio termina por divorcio cesa el derecho de alimentos respecto del cónyuge. Si existiera este derecho en el Acuerdo de Vida en Pareja y uno de los contrayentes es demandado, lo primero que hará será poner término unilateral a dicho acuerdo. Por ello, no tiene sentido incorporarlo en esta iniciativa'[46].

No obstante, el artículo 14 LAUC consagra un deber de ayuda mutua y la obligación de contribuir a solventar los gastos generados por la familia en común, en proporción a sus facultades y el régimen patrimonial de los convivientes civiles. El problema es si este deber de ayuda mutua implica una obligación patrimonial o económica. La doctrina en referencia al matrimonio ha estimado que se refiere a las ayudas personales.

Por su parte, la obligación de contribuir a los gastos derivados de la vida en común, se refiere a una obligación de socorro, que considere la contribución en los gastos durante la vida en común (deber de socorro) y la contribución en los gastos del otro, en los casos de término del acuerdo (obligación alimentaria). Este último caso, se refiere al derecho de alimentos, que resulta evidente que no se encuentra consagrado en el articulado de la LAUC, ni en la Ley N° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, como tampoco en el Código Civil, por lo que no resulta aplicable.

B) Regímenes patrimoniales.

La LAUC consagra dos regímenes patrimoniales aplicables a los acuerdos de unión civil. En primer lugar, un sistema de separación total de bienes entre los convivientes civiles, de carácter general y supletorio, que se aplica siempre que los contrayentes no se refieran al régimen de bienes[47]. Así, el artículo 15 consagra expresamente que los convivientes conservarán la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos antes y durante la vigencia del contrato de unión civil.

46 Historia Ley núm. 20.830, p. 855.

47 En este caso, parece más apropiado el término "régimen de Bienes", toda vez que la referencia a la comunidad recae sobre bienes específicos, y no constituye un régimen patrimonial, en cuanto a que se configure un patrimonio distinto al de los contrayentes (constituido por derechos y obligaciones).

Nos resulta difícil denominar régimen de bienes o patrimonial a la separación total de bienes, cuando precisamente su objeto es excluir todo vínculo patrimonial entre los convivientes, o poner término al régimen de tipo participativo existente, en este caso el régimen de comunidad[48].

De todas maneras, el efecto es el mismo que genera en el matrimonio, dado que cada conviviente civil mantiene el dominio y administración de todos los bienes, conservando la misma situación jurídica si no existiese el contrato, es decir, no hay injerencia con la celebración del contrato en los bienes de las partes del acuerdo.

Desde este punto de vista, el establecimiento como régimen supletorio, no es concordante con la necesidad de dar una solución patrimonial a las parejas unidas por la convivencia, objetivo que se pregonaba en la fundamentación del proyecto que da origen al texto de la LAUC.

La separación total de bienes puede tener origen *ab initio* o a *posteriori.* Según se señaló si las partes nada dicen al celebrar el contrato se entiende que quedan sujetos a las reglas de la separación total de bienes. En cambio, estando vigente el acuerdo, se puede sustituir al régimen de comunidad mediante un pacto expreso, que se debe otorgar por escritura pública subinscrita al margen de la inscripción del acuerdo dentro de los treinta días siguientes al otorgamiento de la escritura.

Pero la LAUC establece la posibilidad de pactar comunidad de bienes al momento de celebrar el acuerdo de unión civil; se trata de un pacto que sólo puede celebrase al momento de contraer el vínculo civil (se debe dejar constancia en el acta y en el registro de acuerdos que lleva el Registro Civil). Se diferencia del matrimonio en cuanto sólo es posible durante la vigencia del mismo, pactar el régimen de sociedad conyugal[49].

48 Similares críticas realizamos al denominado régimen de separación total de bienes en el matrimonio. Cfr. Lepin Molina, C.: "Derecho Familiar", cit., p. 251.

49 Código Civil chileno, artículo 1723: "Durante el matrimonio los cónyuges mayores de edad podrán substituir el régimen de sociedad de bienes por el de participación en los gananciales o por el de separación total. También podrán substituir la separación total por el régimen de participación en los gananciales.
El pacto que los cónyuges celebren en conformidad a este artículo deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efectos entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que esa escritura se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Esta subinscripción sólo podrá practicarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura en que se pacte la separación. El pacto que en ella conste no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer y, una vez celebrado, no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges.
En la escritura pública de separación total de bienes, o en la que se pacte participación en los gananciales, según sea el caso, podrán los cónyuges liquidar la sociedad conyugal o proceder a determinar el crédito de participación o celebrar otros pactos lícitos, o una y otra cosa; pero todo ello no producirá efecto alguno entre las partes ni respecto de terceros, sino desde la subinscripción a que se refiere el inciso anterior.
Tratándose de matrimonios celebrados en país extranjero y que no se hallen inscritos en Chile, será menester proceder previamente a su inscripción en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago, para lo cual se exhibirá al oficial civil que corresponda el certificado de matrimonio debidamente legalizado.

La comunidad recae sobre los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del contrato y la fecha de adquisición es la que corresponde al título. Lo anterior significa que sólo las adquisiciones que representen una contraprestación económica serán bienes comunes. En consecuencia, se excluyen los bienes adquiridos por herencia o donación.

La LAUC no distingue entre los distintos tipos de bienes, por lo que son bienes comunes todos los bienes muebles e inmuebles que se adquieran a título oneroso durante la vigencia del régimen de comunidad, los que se considerarán indivisos por mitades entre los convivientes civiles. La única excepción son los bienes muebles de uso personal necesario adquiridos por el conviviente respectivo.

¿Qué debemos entender por bienes muebles de uso personal necesario? La referencia debe entenderse a todos aquellos bienes muebles indispensables para la subsistencia de la persona o para el ejercicio de su profesión u oficio. Se pueden considerar aquellos bienes que el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil considera inembargables. En este sentido, vamos a entender por subsistencia a los elementos indispensables para la vida de una persona, es decir, comida, artículos básicos de aseo, muebles y utensilios de dormitorio y cocina, y artículos necesarios para el desempeño de una profesión u oficio, como libros o herramientas.

Observamos algunos problemas que esta norma genera, en primer lugar, respecto de los bienes inmuebles o raíces, que están sujetos a régimen registral, en los que el bien adquirido por uno de los convivientes, normalmente, el que sea sujeto pasivo de un crédito por el sistema financiero, será quien aparezca como único propietario. En consecuencia, se pierde la debida continuidad registral. En la práctica, el conviviente que aparece como único propietario puede celebrar actos y contratos respecto de ese bien con terceros, quienes no tendrán noticia de la existencia de una comunidad.

Quizá será de rigor, para realizar el estudio de títulos sobre inmuebles, el requerir el certificado de unión civil y el título de la adquisición. Con el certificado se acredita la existencia del acuerdo y de la comunidad (debe consignarse en la subinscripción) y con el título la fecha de la adquisición. Nótese que no existirá una inscripción en que aparezca el otro conviviente civil.

Otro problema puede presentarse con los bienes muebles, especialmente aquellos no sujeto a registro, ya que resultará muy difícil probar la fecha de la adquisición y el título, sin lugar a dudas se trata de un problema probatorio que se va a generar a la época de la partición o del término del acuerdo.

Los pactos a que se refiere este artículo y el y el inciso 2° del artículo 1715, no son susceptibles de condición, plazo o modo alguno".

En ambos casos, cobra importancia la prescripción adquisitiva de estos bienes (inmuebles y muebles no sujetos a registro) por terceros. También se podría plantear si el tercero está de buena o mala fe, lo que va incidir en los plazos de prescripción.

Nos parece que el tema se puede generar solo con los bienes inmuebles, ya que, en la escritura pública constará el estado civil del conviviente, por lo que el tercero contratante debería conocer la existencia de la comunidad, en el entendido que la ley es conocida por todos (art. 8 CC). Lo mismo se puede aplicar a los muebles sujetos a registro como vehículos, naves y aeronaves.

Otra interrogante que cabe formularse es: ¿La comunidad recae sobre bienes determinados o sobre una universalidad jurídica? El artículo 15 LAUC se refiere a bienes determinados, lo que excluye la posibilidad de que se refiera a un conjunto de bienes o una universalidad jurídica, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad conyugal, en este régimen no existe un patrimonio con un activo y un pasivo común. Reiteramos que existe comunidad sobre bienes específicos.

No señala la LAUC otras reglas especiales, por lo que hace aplicable las reglas del cuasicontrato de comunidad, establecidas en el Párrafo 3º del Título XXXIV del libro IV del Código Civil, en los artículos 2304 a 2313. Adicionalmente, se aplican para la división de las cosas comunes las reglas de partición de la herencia, artículos 1317 y siguientes del Código Civil.

La administración de los bienes corresponderá a los convivientes civiles, ya que la LAUC no ha señalado reglas especiales. En consecuencia, se aplican las del cuasicontrato de comunidad, que contiene sólo reglas básicas, dado que Andrés Bello consideró a la comunidad como una instancia transitoria, que permitía resolver el problema de la distribución de los bienes al término del contrato de sociedad civil o del régimen de sociedad conyugal.

En este sentido, los convivientes civiles tienen sobre los bienes comunes iguales derechos que los socios en el haber social, referencia un tanto extraña, ya que la situación del comunero es distinta a la del socio, pero que se refiere a la facultad que tiene cada conviviente civil del uso, goce y administración de los bienes comunes[50].

50 Código Civil chileno: Artículo 2081."No habiéndose conferido la administración a uno o más de los socios, se entenderá que cada uno de ellos ha recibido de los otros el poder de administrar con las facultades expresadas en los artículos precedentes y sin perjuicio de las reglas que siguen:
1ª. Cualquier socio tendrá el derecho de oponerse a los actos administrativos de otro, mientras esté pendiente su ejecución o no hayan producido efectos legales.
2ª. Cada socio podrá servirse para su uso personal de las cosas pertenecientes al haber social, con tal que la emplee según su destino ordinario, y sin perjuicio de la sociedad y del justo uso de los otros.
3ª. Cada socio tendrá el derecho de obligar a los otros a que hagan con él las expensas necesarias para la conservación de las cosas sociales.

No existe una norma que se refiera a la administración, por lo que cada uno de los convivientes civiles puede administrar los bienes, sujeto, empero, a las limitaciones siguientes:

a) El derecho del conviviente civil de oponerse a los actos de administración del otro (*ius prohibendi*). En este caso, la comunidad está conformada por dos personas, por lo que si uno no está de acuerdo, no se puede realizar o ejecutar el acto de administración. Así, por ejemplo, si se trata de un inmueble, y uno quiere arrendarlo y el otro conviviente se niega, no se puede arrendar.

b) Cada conviviente civil puede utilizar para uso personal los bienes comunes, sin perjuicio del derecho del otro conviviente civil para su justo uso. De todas maneras, uno de los convivientes civiles puede pedir el cese del goce gratuito de uno de los bienes comunes por parte del otro conviviente civil[51].

c) Ambos convivientes civiles tienen la obligación de contribuir a las expensas necesarias para la conservación de los bienes.

d) Se requiere del consentimiento del otro conviviente para realizar innovaciones en los inmuebles comunes.

Si no existe acuerdo entre los convivientes, será la justicia civil la que designará al administrador proindiviso y la forma de administración[52]. En este caso, las partes o el tribunal, pueden establecer las siguientes medidas[53]:

4ª. Ninguno de los socios podrá hacer innovaciones en los inmuebles que dependan de la sociedad sin el consentimiento de los otros".

51 Código de Procedimiento Civil, artículo 655: "Para poner término al goce gratuito de alguno o algunos de los comuneros sobre la cosa común, bastará la reclamación de cualquiera de los interesados; salvo que este goce se funde en algún título especial".

52 Código de Procedimiento Civil, artículo 653: "Mientras no se haya constituido el juicio divisorio o cuando falte el árbitro que debe entender en él, corresponderá a la justicia ordinaria decretar la forma en que han de administrarse pro indiviso los bienes comunes y nombrar a los administradores, si no se ponen de acuerdo en ello los interesados.
Organizado el compromiso y mientras subsista la jurisdicción del partidor, a él corresponderá entender en estas cuestiones, y continuar conociendo en las que se hayan ya promovido o se promuevan con ocasión de las medidas dictadas por la justicia ordinaria para la administración de los bienes comunes".

53 Código de Procedimiento Civil, artículo 654: "Para acordar o resolver lo conveniente sobre la administración pro indiviso, se citará a todos los interesados a comparendo, el cual se celebrará con sólo los que concurran. No estando todos presentes, sólo podrán acordarse, por mayoría absoluta de los concurrentes, que represente a lo menos la mitad de los derechos de la comunidad, o por resolución del tribunal a falta de mayoría, todas o algunas de las medidas siguientes:
1a. Nombramiento de uno o más administradores, sea de entre los mismos interesados o extraños;
2a. Fijación de los salarios de los administradores y de sus atribuciones y deberes;
3a. Determinación del giro que deba darse a los bienes comunes durante la administración pro indiviso y del máximum de gastos que puedan en ella hacerse; y
4a. Fijación de las épocas en que deba darse cuenta a los interesados, sin perjuicio de que ellos puedan exigirlas extraordinariamente, si hay motivo justificado, y vigilar la administración sin embarazar los procedimientos de los administradores".

a) Nombramiento de uno o más administradores, que puede ser un conviviente civil o un tercero.

b) Establecer las facultades del administrador y fijar su remuneración.

c) Determinar el giro que deba darse a los bienes y establecer el máximo de gastos que pueda darse en ellas.

d) Establecer la época en que debe darse cuenta a los convivientes civiles.

En cuanto, a la distribución de los frutos y cargas, en el caso de los primeros, corresponden a los convivientes civiles, en partes iguales (arts. 2310 CC y regla 1ª del art. 15 LAUC). Es menester distinguir entre deudas y cargas, las primeras se refieren a las obligaciones contraídas en beneficio de los bienes comunes, corresponde únicamente al conviviente que la contrajo, salvo el derecho de reembolso contra el otro conviviente civil. Es decir, respecto de terceros el que contrajo la deuda es el obligado, pero una vez pagada la deuda, puede solicitar el reembolso al otro por su participación en la comunidad, vale decir, en un 50%.

Nada impide que los convivientes se obliguen de otra forma, como por ejemplo solidariamente. Si la obligación es simplemente conjunta, es decir, sin solidaridad y sin expresión de cuota, se aplica la regla del párrafo anterior, por la cual cada conviviente es obligado por la mitad de la deuda (art. 2307 CC y Regla 1ª del art. 15 LAUC).

En cambio, respecto de las cargas, cada conviviente debe contribuir a la mitad de las obras y reparaciones de los bienes comunes (art. 2309 CC y Regla 1ª del art. 15 LAUC).

Por último, los convivientes civiles responden hasta de culpa leve por los daños ocasionados a la comunidad, o más exactamente, a los daños generados en los bienes comunes (art. 2308 CC).

Con respecto, a las causales de término del régimen de comunidad, el artículo 2312 del Código Civil, dispone que "la comunidad termina: 1°. Por la reunión de las cuotas de todos los comuneros en una sola persona; 2°. Por la destrucción de la cosa común; 3°. Por la división del haber común".

C) Bien familiar.

En ambos regímenes procede la declaración de bien familiar, de acuerdo a los arts. 141 a 149 CC, se trata de las mismas normas que se aplican al matrimonio. Es decir, se puede declarar como bien familiar la residencia principal de la familia, en

los mismos términos que el matrimonio. Resulta un tanto dudosa su extensión en caso de término del acuerdo, el que puede ocurrir incluso de manera unilateral.

El criterio utilizado por los tribunales, en caso de término del matrimonio, ha sido mantener el bien como familiar sólo si existen hijos menores de edad de la pareja, de lo que se puede concluir que, en los casos en que no tengan hijos o estos sean mayores de edad, bastará con poner término al acuerdo y solicitar la desafectación del bien familiar.

D) Compensación económica.

La LAUC establece la posibilidad de los convivientes civiles de regular o demandar una compensación económica, en los casos de término de la unión civil por mutuo acuerdo o en forma unilateral, y también en los casos de nulidad del mismo. Se remite a los arts. 62 a 66 NLMC, es decir, el mismo estatuto que se aplica al matrimonio.

E) Derechos sucesorios.

En materia de derechos sucesorios la LAUC iguala la situación de los convivientes civiles a la de los cónyuges. Es quizás en esta materia donde no existen diferencias entre el matrimonio y el acuerdo de unión civil. Ambos estatutos jurídicos consagran una situación privilegiada para la pareja, en este caso, legalmente constituida, excluyendo a las relaciones de convivencia (o de hecho).

Este lugar privilegiado que comparten cónyuges y convivientes civiles se ostenta mientras se mantenga dicha calidad a la muerte del causante, no a la época de la delación, como señala el art. 18 LAUC, que, como sabemos ocurre un momento después de la muerte. En estricto rigor, la interpretación literal del artículo en comento, nos conduciría a concluir que los convivientes civiles no tienen derechos hereditarios, ya que su acuerdo de unión civil siempre habrá expirado a la época de la delación. Como lo prescribe el art. 26 letra a) LAUC, el acuerdo termina por la muerte natural de uno de los convivientes civiles, lo que ocurre antes que la delación. Evidentemente que esta interpretación conduce al absurdo, por lo que debe ser descartada, debiendo entenderse que el conviviente civil sobreviviente tiene derechos sucesorios en iguales condiciones que los cónyuges.

La situación privilegiada consiste en ser heredero intestado (art. 16 LAUC), legitimario (art. 16 LAUC), y por el denominado derecho de adjudicación preferente (art. 19 LAUC).

Es decir, concurre en la herencia intestada en el primer o segundo orden de sucesión. En el primer caso, concurre a la sucesión con los hijos, con el doble de

los hijos, y en ningún caso será inferior a la mitad de la herencia o de la mitad legitimaria (art. 988 CC). En el segundo caso, si el causante no dejó posteridad, concurre el conviviente civil con los ascendientes de grado más próximo (art. 989 CC).

En la sucesión testada, tiene la calidad de legitimario. Se trata de asignatarios forzosos, es decir, aquellas asignaciones que el testador está obligado a hacer y que se suplen cuando no las ha hecho (art. 1167 CC).

De acuerdo al art. 1183 CC, los legitimarios concurren, son excluidos y representados de acuerdo a las reglas de la sucesión intestada, es decir, en este caso, en el primer o segundo orden de sucesión según corresponda. No obstante, el conviviente civil puede ser desheredado por alguna de las siguientes causales: a) por injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes; b) por no haberle socorrido en el estado de demencia o destitución, pudiendo; y, c) por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar (art. 17 LAUC y 1208 causales 1ª a 3ª CC).

Los convivientes civiles también pueden ser asignatarios de la cuarta de mejoras (art. 16 inc. 2° LAUC) y, evidentemente, de la cuarta de libre disposición, en que el causante puede disponer a su arbitrio.

En este contexto privilegiado, el conviviente civil sobreviviente tiene derecho, también, a la adjudicación preferente de la vivienda familiar en caso de partición (art. 19 LAUC y 1337 regla 10ª CC). En este caso, cuando sus derechos no sean suficiente para la adjudicación en propiedad de la vivienda principal de la familia y el mobiliario que la guarnece, puede solicitar la constitución de derechos de habitación y de uso, de carácter gratuito y vitalicio (art. 19 LAUC y 1337 regla 10ª CC).

IV. CONCLUSIONES.

La jurisprudencia ha buscado distintas soluciones para solucionar los problemas patrimoniales de las relaciones de hecho o convivencia. Sin embargo, la entrada en vigencia de la Ley N° 20.830 no soluciona el problema, dado que el carácter convencional del acuerdo de unión civil. No obstante, la aplicación de instituciones del Derecho civil patrimonial, resultan un tanto ajena a las relaciones de familia, como ocurre con el cuasi contrato de comunidad o de la sociedad de hecho.

En cuanto al Acuerdo de Unión Civil, se trata de un nuevo estatuto legal para las parejas, intermedio entre el matrimonio y las uniones de hechos, con efectos restringidos, de carácter patrimonial, y con un régimen económico

extremadamente precario, en que el legislador recurrió a una de las instituciones del Derecho Privado como es el cuasicontrato de comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

Aa.Vv.: *Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil*, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2016.

Barrientos Grandón, J.: *De las uniones de hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2008, pp. 17, 64 y 68.

Barros Bourie, E.: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2006, p. 956.

Corral Talciani, H.: "¿Compensación económica para la conviviente?", en *Derecho y Academia. El blog de Hernán Corral*. Publicación de fecha 08 de abril de 2012. Disponible en: https://corraltalciani.wordpress.com/2012/04/08/compensacion-economica-para-la-conviviente/.

De Verda y Beamonte, J.: *Persona y Familia. Escritos selectos*, Hammurabi, Santiago de Chile, 2018, pp. 397 y ss., y 411 y ss.

Donoso Vegara, F. y Rioseco López, A.: *El concubinato ante la jurisprudencia chilena*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2007, p. 29.

González Castillo, J.: *Acuerdo de Unión Civil*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2017.

Kemelmajer de Carlucci A.: *Tratado de Derecho de Familia*, t. II, Rubinzal-Culzioni, Argentina, 2014.

Lepin Molina, C.: *Código de Derecho Familiar*, Hammurabi, Santiago de Chile, 2019.

Lepin Molina, C.: *Derecho Familiar chileno*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2017, pp. 140 y ss., 313-344, 322 y 251.

Lepin Molina, C.: "Los nuevos principios del Derecho de Familia", en *Revista Chilena de Derecho Privado [online]*, N°23, 2014, pp. 9-55. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071880722014000200001&lng=es&nrm=iso

Ramos Pazos, R.: *Derecho de Familia*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2013, pp. 655 y 671-672

Rivera, J. y Medina, G.: *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. II, Thomson Reuters La Ley, 2014.

Rivero de Arhancet, M. y Ramos Cabanellas, B.: *Unión concubinaria*, cuarta edición, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2016.

Somarriva Undurraga, M.: *Derecho de Familia*, Nascimento, Santiago de Chile, 1963, pp. 169, 170 y 175

JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA

Sentencia de 16 de diciembre de 1904, "Díaz con Carvajal", considerando 6º.

Sentencia de 26 de septiembre de 1907, "Breza con Gerbino".

Sentencia de 21 de agosto de 1920, "Alarcón con Galdames", considerando 7º.

Sentencia de 01 de septiembre de 1934, "Gutiérrez con Parraguez".

Sentencia de 25 de octubre de 1937, "Hernández con Guzmán".

Sentencia de 31 de julio de 1943, "Pérez con Martínez y otros".

Sentencia de 16 de noviembre de 1953, "Asvisio con Sirandoni (sucesión)".

Sentencia de 03 de mayo de 1957, "Villela con Crespo".

Sentencia de 19 de noviembre de 1963, "Picó con Robles".

Sentencia de 24 de junio de 1970, "O'Ryan con Ruíz Tagle".

Sentencia de 06 de abril de 1994, "Pavéz con Céspedes".

Sentencia de 09 de septiembre de 2003, "Machasqui con Orellana".

Sentencia de 10 de noviembre de 2009, en causa rol 6.365-2008.

Sentencia de 27 de diciembre de 2011, en causa rol 8.357-2010.

Sentencia de 30 de junio de 2015, en causa rol 1.746-2015.

Sentencia de 26 de abril de 2016, en causa rol 6.972-2015.

JURISPRUDENCIA CORTE DE APELACIONES

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 19 de abril de 1917, "Mordini con Massari", considerando 5º.

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, de 03 de mayo de 1955, "Vásquez con Pavéz".

Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 23 de junio de 1987, considerando 2º.

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, de 23 de diciembre de 1996, "Arias con Ferré";

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, de 28 de octubre de 1999, en causa rol 1.367-1999, considerando 7º.

Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, 12 de diciembre de 2008, en causa rol 407-2008.

Sentencia Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 12 de agosto de 2010, en causa rol 63-2010.

Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, de 21 de septiembre de 2010, en causa rol 210-2010.

LOS DERECHOS REALES Y LA PUBLICIDAD REGISTRAL COMO ALTERNATIVAS DE TUTELA ANTE LA DEFICIENTE PROTECCIÓN A LAS UNIONES DE HECHO EN EL CONTEXTO JURÍDICO CUBANO

REAL RIGHTS AND REGISTRY ADVERTISING AS ALTERNATIVES TO GUARDIANSHIP DUE TO THE DEFICIENT PROTECTION OF DE FACTO UNIONS IN THE CUBAN LEGAL CONTEXT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 11, agosto 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 294-319

Jorge
ENRÍQUEZ
SORDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: En el presente artículo se analiza la posibilidad de utilizar los derechos reales y la publicidad registral inmobiliaria como una alternativa que permita lograr un equilibrio entre el derecho de los convivientes, el derecho del propietario y el derecho del tercero adquirente de un inmueble a título oneroso, que tribute a la seguridad jurídica dinámica de los derechos reales. Además, de hacerse un estudio de la protección que reciben las uniones de hecho en el contexto jurídico cubano y la viabilidad de que sean tutelados sus miembros como un tipo particular de convivientes.

PALABRAS CLAVE: Uniones de hecho, derecho de habitación, derechos reales, compraventa, publicidad registral inmobiliaria, unión matrimonial, familia, convivientes.

ABSTRACT: *This article discusses the possibility of using real rights and real estate registration advertising as an alternative that allows to achieve a balance between the right of cohabiting, the right of the owner and the right of the third party acquiring the property through a sale that contributes to the dynamic legal security of real rights. In addition, a study of the protection that facto unions receive in the Cuban legal context and the viability of their members is being protected as a particular type of cohabitation.*

KEY WORDS: *Facto unions, right to live, real rights, sale, real estate registry advertising, marriage union, family, cohabiting.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PERCEPCIÓN SOCIO-JURÍDICA SOBRE LAS UNIONES DE HECHO EN EL CONTEXTO CUBANO.- 1. Tratamiento jurídico de las uniones de hecho en Cuba.- III. DERECHO DE CONVIVENCIA VS. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD VS. SEGURIDAD JURÍDICA EN LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO SOBRE LA VIVIENDA EN CUBA VÍA COMPRAVENTA. ¿ES POSIBLE ENCONTRAR UN EQUILIBRIO ENTRE LA PROTECCIÓN AL CONVIVIENTE Y LA EXISTENCIA DE UN DERECHO DE PROPIEDAD FUERTE?- 1. Pensando el dilema en clave de derechos reales.- 2. ¿Dónde quedan las uniones de hecho en este conflicto?

I. INTRODUCCCIÓN.

En las presentes líneas busco reflexionar sobre una problemática que acontece en la dinámica familiar y en el tráfico inmobiliario en Cuba, y con ello presentar una propuesta que contribuya a paliar la asimetría informativa que tiene lugar entre comprador y vendedor a la hora de adquirir un inmueble a título de compraventa, y al mismo tiempo ofrecer tutela a las uniones de hecho distintas de las uniones matrimoniales no formalizadas. Sin embargo, no dejo de reconocer que, con la promulgación de la nueva Constitución de la República, se crea un escenario más favorable en aras de dar solución a parte del problema que esbozaré, con una visión más flexible, rica y omnicomprensiva de la compleja realidad familiar que existe y de los retos que encierra su adecuada regulación.

La nueva Constitución ha sido un paso importante, que sienta las bases y recoge aquellos principios y valores que a tono con los cambios operados a nivel internacional sirven de punto de partida y son portadores de una visión de futuro, pero que a su vez está limitada en tanto y en cuanto no se promulguen las leyes de desarrollo necesarias para ejecutar su mandato[1], pues como se verá más adelante, sin ellas los tribunales continúan obligados por lo establecido en las normas civiles, familiares y administrativas a la hora de fallar los asuntos sometidos a su conocimiento. Aunque, si es necesario reconocer que el nuevo articulado puede coadyuvar a ofrecer nuevas soluciones interpretativas a la hora de utilizar

1 Es importante tener en cuenta también que el proceso legislativo marca sus tiempos y mientras tanto el ciudadano es el que padece los efectos de la demora, en su persona, bienes y derechos.

• Jorge Enríquez Sordo
Notario excedente. Correo electrónico: jenriquezsordo@gmail.com

los cuerpos normativos de menor jerarquía, sobre la base de la justicia, del respeto a la dignidad humana y del desarrollo de la libre personalidad.

El escenario a analizar sería el siguiente, por un lado, la inexistencia de una adecuada protección a las uniones de hecho, tanto de un mismo sexo como las clásicas heterosexuales, imperando una regulación bastante cerrada en la legislación civil, familiar y administrativa, (ya no en el texto constitucional actual). Con una mirada de la unión de hecho como unión matrimonial no formalizada, que cierra las puertas a la protección de una unión afectiva de otro tipo o a los efectos de cualquier pacto que tenga su origen en ella. En segundo lugar, tenemos una categoría jurídica, que nuestra legislación denomina "convivientes", pero que no se equipara en su definición a la clásica de ser la pareja de hecho que convive con alguien, sino que hace referencia a cualquier persona que con el consentimiento del propietario habite en un inmueble y a la que se le confieren determinados derechos, que pueden llegar a tener eficacia real, ya sea porque les permita adquirir un derecho real o porque tenga intensidad suficiente para destruir un negocio apto para transmitir un derecho real, como lo es la compraventa de bienes inmuebles (al estar sancionado este negocio con pena de nulidad[2] cuando queda perjudicada la "convivencia" de uno de los sujetos protegidos por la Ley). Y, en tercer lugar, la dificultad que tiene el sujeto que pretende adquirir la titularidad de un inmueble para conocer quiénes son estos convivientes con derecho, al no existir un registro que brinde información suficiente y vinculante sobre este particular, generándose con ello inseguridad jurídica.

Aquí colisionan dos situaciones jurídicas que a la par son dignas de amparo acorde con la legislación cubana, (cuestiones en las que profundizaré más adelante). En primer orden la tutela del derecho de habitación de un sujeto en determinado inmueble, como puede ser el del unido (que es al que mayor atención le dedico en este trabajo), que resulta justo a los ojos de la sociedad y del legislador cubano. Y en segundo orden la protección del tercero adquirente de buena fe a título oneroso o simplemente del adquirente a título oneroso, que no cuenta con mecanismos eficaces de publicidad en los que pueda confiar para conocer que sujetos tienen un derecho que puede ser preferente respecto al suyo y que pueden dar al traste con su adquisición en sede judicial.

En una primera parte de este artículo quiero exponer sucintamente cuál ha sido la visión que hasta ahora ha imperado en Cuba respecto a las uniones de hecho y cuál ha sido su regulación positiva. Y en un segundo momento ahondar sobre la colisión que tiene lugar entre el derecho de los convivientes y el derecho de propiedad de aquellos sujetos que adquieren la titularidad de una vivienda vía compraventa y cómo conciliar ambas situaciones mientras no acontezca una

2 Así lo dispone el artículo 70 apartado 5 de la Ley General de la Vivienda.

modificación de las normas vigentes que rigen la materia. Además de valorar que protección reciben las uniones de hecho como tipo particular de convivientes y el papel que puede jugar en ello el adecuado empleo de los derechos reales.

II. PERCEPCIÓN SOCIO-JURÍDICA SOBRE LAS UNIONES DE HECHO EN EL CONTEXTO CUBANO.

He de confesar, que hasta el momento de sentarme a consultar la bibliografía que había recopilado para preparar estas líneas, y desde mis experiencias profesionales, la primera como juez de lo civil y de familia y la segunda como notario, adolecía de una percepción preconcebida y limitada sobre las uniones de hecho[3], como algo que se aprende de cierta manera y ya está, dado ello a mi juicio, por la existencia de un sistema jurídico como el cubano, que da poco margen a la autonomía de la voluntad, una sociedad en la que la vida transcurre de forma bastante lineal en algunos órdenes y donde la creación en el ámbito del derecho se ve circunscrita al terreno doctrinal, más limitada en el jurisprudencial y la producción legislativa o modificación de los principales cuerpos legales, como el Código Civil o el Código de Familia es prácticamente nula, eso sí, no por carecer de estudios de rigor al respecto[4], sino por causas ajenas a los quehaceres investigativos.

En el ordenamiento jurídico cubano no se reconocía la unión de hecho en sí, como algo distinto a la unión matrimonial no formalizada, hasta la promulgación de la nueva Constitución en abril de 2019. Por el contrario, la antigua Ley de leyes y las normas civiles y familiares que continúan vigentes, regulan la unión de hecho como unión matrimonial no formalizada, que cumple los requisitos de aptitud legal, estabilidad y singularidad, añadiendo la posibilidad de ser formalizada con efectos retroactivos o no, o de ser reconocida judicialmente (cuando uno de los miembros se opone a la formalización o ha fallecido). A a lo que se añade la existencia de un régimen económico matrimonial preceptivo, de comunidad matrimonial de bienes o gananciales, que en caso de ser formalizado o reconocido el matrimonio es el

3 Con ello me refiero a que apreciaba la unión de hecho solamente como aquella vía apta para convertirse en matrimonio ya sea mediante su formalización o al ser reconocida judicialmente con carácter retroactivo, ya fuera de diverso sexo o del mismo (aunque estas últimas no las recoge el ordenamiento cubano, pero se abogaba por su inclusión y se discutía sobre como el negocio jurídico testamentario podía ser utilizado como mecanismo de tutela para el supérstite en tanto no existiera posibilidad de reconocimiento de las mismas), pero como un camino que siempre llevaba al matrimonio. No concebía a la unión de hecho como algo distinto al matrimonio, entendida como una pareja cuyos miembros querían hacer uso de su derecho a contraer matrimonio en sentido negativo y mantenerse como solteros e incluso establecer sus propios pactos a la hora de regular su unión.

4 Dígase por sólo citar algunos ejemplos las disímiles tesis de maestría y doctorado que se defienden en las distintas Facultades de Derecho a lo largo de todo el país y en disímiles universidades extranjeras, pero que lamentablemente quedan como material de consulta en las bibliotecas o en las publicaciones seriadas, y que no logran cristalizar en cuerpo legal alguno.

que se aplica y conlleva a desconocer cualquier pacto distinto que pueda haber tenido lugar entre los unidos[5].

Esta forma de ser en el mundo jurídico quizás haya llevado a que en la práctica las personas no establecieran pactos distintos o que en caso de establecerlos, los mismos, al no tener respaldo legal, quedaban desconocidos para el derecho y ni siquiera se intentaran reconocer[6]. Es interesante tener en cuenta aquí que esta manera de ser y pensar el derecho llevaba a que todo aquel que te asesorara, ya sea el abogado o el notario (que son los que tienen la función del *cavere* en nuestro sistema), te orientaran casi automáticamente en el sentido de que el régimen económico matrimonial en Cuba era el de comunidad y que no existía la separación de bienes. También es dable tener en cuenta que en Cuba la concepción del matrimonio es la de acto jurídico y no la de negocio, por lo que prima más la formalidad que la autonomía de la voluntad, el cubano se formaba en el entendido de que era blanco o negro, no existe la separación de bienes, solo la comunidad de gananciales y el matrimonio como máxima aspiración.

A lo anterior le puedo añadir que en mi experiencia como juez de familia, al tener conocimiento sobre los procesos de reconocimiento de unión matrimonial no formalizada y de los incidentes sobre liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, nunca se presentaron controversias respecto a pactos distintos que se pretendieran reconocer, sino que más bien, la contienda iba encaminada siempre a demostrar que bienes tenían el carácter de propio y cuáles el de común y que resultaba más justo a la hora de hacer la adjudicación, amén de la discusión sobre el requisito de singularidad o no de la unión. De todas formas, de haber existido pactos entre los unidos estos no tendrían trascendencia para el derecho, aunque sí moralmente entre ellos[7].

A pesar de lo anterior, no puede desconocerse que toda sociedad es una fuerza viva (a lo que la cubana no es ajena), y por tanto encierra una particular riqueza que escapa a la norma escrita, que se inscribe en el mundo de los sentimientos, de los afectos y de la complejidad de las relaciones humanas. Y doy por seguro que existen parejas de hecho heterosexuales que no quieren hacer uso del *ius connubi* y parejas de hecho homosexuales que quieren y no pueden o que sencillamente no les interesa tampoco, y que pueden tener establecidos pactos a lo interno en

5 Es importante destacar que esta unión que reconoce nuestra legislación es solo entre parejas de distinto sexo.

6 Es nula la jurisprudencia al respecto.

7 El reconocimiento judicial de la unión se solicita en caso de fallecimiento o ante la negativa de uno de los miembros de la pareja, que puede haber estado en otra relación formalizada o no, y el perjudicado que haya actuado de buena fe, tiene derecho a los beneficios económicos que puedan derivarse de esa unión. No dudo que puedan existir pactos de distinta naturaleza entre los unidos en la realidad cubana, pero ellos quedarían en el ámbito moral y nunca llegarían a trascender al mundo del derecho y serían solo acatados en la medida en que los litigantes quisieran respetarlos extrajudicialmente.

cuanto a cómo regular su unión, pero cuya protección, en el caso de las segundas se ve limitado en Cuba a establecer disposiciones testamentarias que protejan a su pareja, ordenando su sucesión de tal forma que esto acontezca y sin perjudicar a los legitimarios; y en el caso de los primeros limitados al reconocimiento o formalización de la unión con tintes de matrimonio o circunscritos también al empleo del precitado negocio jurídico mortis causa.

La realidad de las uniones de hecho trasciende esa percepción limitada que ha imperado en Cuba y en los operadores del derecho por varias décadas, para situarse en un terreno mucho más rico, en el que dos personas cualquiera que sea su sexo se unen, en virtud del ejercio del principio de libre desarrollo de la personalidad y haciendo uso del ius connubii en su faceta negativa[8] deciden no unirse en matrimonio, ni que su unión tenga tintes de una unión matrimonial[9], ni tener el estado civil de casados.

1. Tratamiento jurídico de las uniones de hecho en Cuba.

La realidad que impera en Cuba, aunque limitada, tiene su fundamento histórico y responde a un motivo legítimo[10], que hoy se distancia de otras realidades con las que

8 En este sentido es muy esclarecedor el análisis ofrecido por De Verda y Beamonte, J. R.: "Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (a propósito del auto del Tribunal Constitucional 222/1994)", *Revista de Derecho Privado*, 1998, núm. 10, pp. 695-697, al expresar que "Puede sin duda afirmarse que la *libertas matrimonialis*, dentro de la cual se sitúa el *ius nubendi*, constituye una de las máximas expresiones del libre desarrollo de la personalidad en la medida en que tutela un interés fundamental de la persona a constituir una familia fundada en el matrimonio y a desenvolver en ella la propia personalidad. Y en una interpretación acorde con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad es posible distinguir dos manifestaciones del principio de libertad nupcial consagrado en el artículo 32 de nuestra Carta Magna". Aquí el autor explica sobre la libertad nupcial positiva o derecho a contraer matrimonio y por otro lado habla del derecho a permanecer soltero sin sufrir por ello discriminación carente de justificación objetiva y razonable con respecto de los que asuman el estado civil de casados. Y más adelante añade: "Entiendo, sin embargo, que la libertad nupcial negativa no sólo comprende el derecho a no contraer matrimonio, sino que también cabría incluir en ella el derecho de toda persona a no ser considerada como casada, ante la sociedad y ante el Estado, en tanto no haya contraído matrimonio mediante la celebración de un acto jurídico en el que concurran todos los presupuestos de validez exigidos por la ley: el derecho, en definitiva, a solicitar la declaración de nulidad del negocio matrimonial inválido, en particular, del celebrado sin el consentimiento, real e íntegro, de los contrayentes".

9 Al respecto Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba: Una propuesta de futuro para España", *Revista de Derecho Privado*, 2011, núm. 6, p. 8, nos ilustra muy acertadamente de cómo acontece ello en la realidad española donde: "Dentro de las parejas no casadas que en España forman el grueso, cabe hacer una subdistinción según la causa que las motiva: por un lado, según el INE más de la mitad del total de parejas no casadas viven juntas sin casarse como antesala nupcial, como prueba para el posterior matrimonio (el comúnmente llamado matrimonio a prueba); están formadas en su mayoría por jóvenes solteros que estrenan de aquel modo su convivencia, y que cuando deciden tener hijos o adquirir una vivienda tienden a casarse. En principio, para ellas existe el régimen de esponsales de los arts. 42 y 43 CC. Por otro lado, están los que pudiendo casarse no se casan porque, por una u otra razón, rechazan el matrimonio; dentro de estas parejas: unas no desean casarse por desprecio a lo oficial y a las formas, porque no quieren ligarse jurídicamente (el llamado vulgarmente *matrimonio sin papeles*) o porque no quieren perder algún beneficio (vgr., la pensión de viudedad): y otras no se casan por ser, en su caso, más fácil y barata la ruptura. En coherencia con esas razones, con esa libertad -o derecho- a no casarse (ex art.32.1 CE), tampoco debería haber problemas, pues el Derecho debe quedar al margen, debe respetar esa libertad (a salvo que los convivientes alcancen algún pacto -de sociedad o de copropiedad-, o, en cualquier caso, se produzca un enriquecimiento sin causa, *ex* art. 1911 CC, en caso de ruptura de la pareja".

10 Con meridiana claridad lo expresa Mesa Castillo, la que es citada por Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Matrimonio (no)", cit., p.17, y que es una de las principales exponentes del Derecho de Familia en Cuba y en su sentir "...el matrimonio civil (o formalizado), es en Cuba el único y verdadero paradigma de unión conyugal, que da lugar a una sola clase de familia, la matrimonial, la legítima". Y termina: Esta singular regulación -sic- de

comparte escenario y que no son lo mismo que una unión matrimonial no formalizada o que el matrimonio[11].

El texto constitucional promulgado en 1976 y que estuviera vigente hasta abril del 2019 en su artículo 35 reconocía que el Estado protegía a la familia, la maternidad y el matrimonio y consideraba que la familia era la célula fundamental de la sociedad, centrando toda su atención en la familia(en menoscabo del individuo y sus aspiraciones, desconociendo a mi juicio lo importante de buscar un equilibrio entre individuo y familia, pues no todos decidimos formar una ni de igual forma[12]). También se debe destacar

la unión de hecho, deviene en un aporte original de Cuba al Derecho de familia latinoamericano y se inscribe en el propósito del legislador familiar de desarrollar un objetivo fundamental del Código de familia cubano, el de fortalecer la legalización de las uniones conyugales para que accedan a una sola forma de matrimonio civil que origine una sola clase de familia legítima. No hace con ello el Código de familia cubano sino congratularse con su propia concepción constitucional del matrimonio como núcleo de la familia y, por ende, como célula fundamental del Estado y de la sociedad, tal y como proclama, recuérdese, en su arts. 35 y 36.1".

11 Al respecto resulta interesante la enumeración que hace Medina, G. y Winograd, C.: *Uniones de hecho homosexuales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 32, de las múltiples definiciones que existen sobre las uniones de hecho y que denota la riqueza del fenómeno que comento: "La unión de dos personas fuera del matrimonio se denomina de diferentes maneras: unión de hecho, convivencia fuera del matrimonio, convivencia extramatrimonial, unión libre, unión de hecho, concubinato, familia de hecho, familia no matrimonial, matrimonio de hecho, uniones maritales de hecho, parejas no casadas, compañeros no matrimoniales y convivencia more uxorio". También me parece oportuna traer a colación a Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Matrimonio (no)", cit., p.8-9, que al mismo tiempo que explica sobre las diferencias entre unión de hecho y matrimonio aprovecha para reflexionar sobre la doctrina y la jurisprudencia española en cuanto a que "Salvo alguna excepción, la práctica unanimidad de la doctrina y de la jurisprudencia, tanto del TS, como del TC, niega que exista analogía entre el matrimonio y las uniones de hecho, v niega también, por ello, que se deban equiparar en sus efectos. Ciertamente, no se puede cifrar ya la diferencia en la licitud del matrimonio frente a la ilicitud de las parejas no casadas por su inmoralidad, como antes de nuestra Constitución de 1978 se decía. El matrimonio no es ya la única vía legal, ni lícita para la cohabitación y la procreación. Equiparada hoy toda filiación (matrimonial, extramatrimonial y adoptiva), y permitidas la adopción y lá reproducción asistida a matrimonios y a uniones de hecho, dice el TC que la posibilidad de fundar una unión extramatrimonial, en cuanto posible comunidad de vida diversa del matrimonio, constituye una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y, también, una manifestación de la libertad en general (art. 16 CE), y, en particular, del derecho -o la libertad- a no casarse que, como integrante del *ius connubi* en sentido pleno, consagra el art. 32.1 CE. Hoy no sólo el matrimonio sirve para fundar una familia; no sólo existe ya la familia matrimonial, amén de la parental y la afín". Y seguidamente apunta: "Es la consideración de familia, como comunidad de vida, lo único que identifica el matrimonio con las parejas no casadas; todo lo demás son diferencias". Por otra parte me parece muy valiosa la STS 12 septiembre 2005 (ROJ 2005, 5270) que hace una síntesis de la jurisprudencia de la sala en cuanto a la diferencia entre uniones de hecho y matrimonio y al respecto expresa que: "Es ahora el momento de traer a colación la jurisprudencia de esta Sala sobre el tema que aparece sintéticamente recogida en la sentencia de 17 de junio de 2003 , cuando dice que 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. La conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, entre ellos el de la extinción". También la actual Constitución cubana ex artículo 82, con igual acierto, reconoce al matrimonio como una de las formas de organización de la familia, distanciándose de la exclusividad que le confería su predecesora y que aún le otorga el Código de Familia vigente; a lo que le añade en el propio precepto que: "Se reconoce, además, la unión estable y singular con aptitud legal, que forme de hecho un proyecto de vida en común, que bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, genera los derechos y obligaciones que esta disponga". Y se puede hablar ya en Cuba de unión de hecho distinta a la unión matrimonial no formalizada.

12 Siempre me ha gustado esta reflexión de Cifuentes, S.: *Derechos Personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p.44, y creo que es perfectamente compatible con mi sentir: "La sociedad es un todo, unidad diferenciada de la suma de los componentes, pero cuando mayor es la determinación y respeto de las personalidades sin que se llegue a la destrucción del todo, más caracterizada y fuerte será la sociedad; con sello indeleble por la fortaleza de los miembros que le dan ser y unidad. La masa es débil como los miembros que la componen; es masa porque aquéllos no cuentan, son objetos inestimados al servicio del prepotente."

que dicho cuerpo legal no brindaba una definición de familia[13] y ello llevaba a pensar que solo estaba protegida la familia matrimonial o fruto de una unión matrimonial no formalizada, quedando fuera las familias conformadas por uniones entre personas del mismo sexo o por uniones de diferente sexo, pero diferentes a la unión matrimonial no formalizada[14].

Es un artículo que puede dar lugar a diferentes interpretaciones, pero partiendo de lo analizado supra, puedo afirmar que el punto de vista que primaba era el de la familia matrimonial[15]. Aunque, considero que defender una visión reducida de la familia daba al traste con lo que en su propio artículo 9 establecía en cuanto que garantizaba la libertad y dignidad plena del hombre, el disfrute de sus derechos, el ejercicio y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de su personalidad. Si bien un sector importante de la doctrina pudiera afirmar que no se reconocía otro tipo de familia, no pudiéramos hablar de una desprotección total pues no existe discriminación en cuanto a la filiación ex artículo 65 del Código de Familia y 37 de la derogada Constitución[16], y se podía utilizar la libertad de testar para proteger a sus miembros en caso de fallecimiento, eso sí, quedarían desprotegidos en caso de separación o para

13 Me resulta enriquecedora la definición que trae a colación Arbones, citado por Medina, G. y Winograd, C.: *Uniones de hecho,* cit., p. 21, al proponer un concepto moderno de familia: "La familia es principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos. La familia es la comunidad de vida material y afectiva de sus integrantes, promoviendo una determinada distribución o división del trabajo interno, en lo que hace a las actividades materiales que permiten la subsistencia, desarrollo y confort de los miembros del grupo familia, así como el intercambio solidario fruto de esas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral y afectivo procurando la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad para cada uno".

14 Me parece muy pertinente en este punto el análisis que realiza el profesor De Verda y Beamonte, J. R.: "Principio", cit., pp.728-729, en relación con la Constitución española, "El artículo 39 de la Constitución Española, en su párrafo primero, establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Es, pues, de destacar que el artículo 39 de nuestra Carta Magna habla de -familia-, y no de -familia legítima- (o –matrimonial-), lo que parece constituir un argumento de peso en favor de la tesis de que la protección que el precepto otorga a la familia no debe identificarse necesariamente, con la que tiene origen en el matrimonio, el cual se regula en un precepto específico (art. 32 de la C. E.), y en capítulo diverso". Y posteriormente agrega que "Aun reconociendo que se trata de una cuestión apta para opiniones divergentes, creo que, admitido que el artículo 39 de la Constitución Española protege a la familia no matrimonial (esto, sin ningún género de dudas), entendida como aquella realidad social, --que constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja--, resulta difícil de defender que dicha pareja deba ser necesariamente heterosexual. Porque en una sociedad plural debe reconocerse a cada individuo autonomía para elegir libremente entre las diversas opciones sexuales, de acuerdo con sus propias inclinaciones y preferencias, sin verse expuesto a sufrir, por ello, discriminaciones carentes de justificación objetiva y razonable (es la consecuencia de una lectura del artículo 39 de la Constitución Española en clave de libre desarrollo de la personalidad)".

15 Muestra de ello es que con la modificación constitucional fue necesario incluir un precepto que reconociera la pluralidad de familias y diera por finiquitada cualquier incertidumbre que la anterior regulación hubiere generado. En el nuevo artículo 81 se estable que "Toda persona tiene derecho a fundar una familia. El Estado reconoce y protege a las familias, cualquiera sea su forma de organización, como célula fundamental de la sociedad y crea las condiciones para garantizar que se favorezca integralmente la consecución de sus fines. Se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho, de naturaleza afectiva, y se basan en la igualdad de derechos, deberes y oportunidades de sus integrantes. La protección jurídica de los diversos tipos de familias es regulada por la ley".

16 Ambos preceptos, con similar redacción reconocían la igualdad de derechos de los hijos, fueran habidos dentro o fuera del matrimonio, quedaba abolida toda calificación sobre la naturaleza de la filiación y prohibía consignar declaración alguna diferenciando los nacimientos o sobre el estado civil de los padres en las actas de inscripción de los hijos ni en ningún otro documento que hiciera referencia a la filiación.

pretender hacer valer cualquier otro derecho, como impedir el cese del derecho de habitación.

En el artículo 36 se definía el matrimonio como "la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común". Y lo que añade que "la Ley regula la formalización, reconocimiento[17] y disolución del matrimonio y los derechos y obligaciones que de dichos actos se derivan".

El Código de Familia vigente, la Ley 1289/1975, define en su artículo 2 el matrimonio circunscribiéndolo a la unión entre hombre y mujer con redacción muy similar a la del precepto constitucional. Y agrega que "El matrimonio sólo producirá efectos legales cuando se formalice o se reconozca de acuerdo con las reglas establecidas en la Ley del Registro del Estado Civil".

Éste a diferencia de la constitución si reconoce expresamente en su artículo 18 la existencia de uniones de hecho, pero sólo aquellas de carácter matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que a la vez sean singulares y estables. Las que tendrán todos los efectos del matrimonio formalizado cuando fueren reconocidas por tribunal competente. También este artículo extiende su protección al unido que hubiera actuado de buena fe y a los hijos habidos cuando no se cumpla el requisito de la singularidad por estar el otro miembro de la pareja vinculado por matrimonio anterior.

Por su parte el artículo 19 da la posibilidad de reconocer efectos retroactivos a la unión matrimonial que se formalice o que sea reconocida en la sentencia judicial.

En cuanto al régimen económico del matrimonio establece ex. artículo 29 que será el de la comunidad de bienes y que tendrá lugar desde el momento en que se formnalice la unión o desde iniciada esta y mantendrá su vigencia hasta que el vínculo matrimonial se extinga por cualquier causa.

Por su parte la Ley de Registro del Estado Civil, Ley 51/1985 especifica que en el caso de que los contrayentes quieran retrotraer los efectos de la unión, el funcionario autorizante consignará en el asiento y en el acta dicha fecha de acuerdo con lo manifestado por los cónyuges y testigos, teniendo siempre presente que en aquella fecha hubiesen tenido aptitud legal para contraer matrimonio. Y en el 72 precisa que la certificación de su inscripción en el Registro del Estado Civil es la que probará la unión matrimonial no formalizada o la reconocida judicialmente.

17 Importante destacar que al hablar de reconocimiento estarían solo incluidas las uniones de hecho entre personas de distinto sexo y que revistieran los requisitos de matrimonio. La constitución estaba alineada con el Código de Familia que fue promulgado un año antes.

Hasta aquí, se puede arribar a una primera conclusión, y es que las normas civiles y familiares desconocen la unión de hecho como realidad distinta al matrimonio y a la unión matrimonial no formalizada, quedando desprotegidos aquellos unidos que no quieran entrar dentro de estas categorías y deseen ser considerados como solteros, ya sea de igual o distinto sexo. Por su parte la nueva Constitución si recoge los diferentes tipos de familias y de uniones, superando así la mirada que prevalecía hasta el momento, pero ve lastrada en parte su eficacia tanto y en cuanto no sean modificados los cuerpos legales vigentes que regulan la materia y que son los encargados de desarrollar el articulado constitucional.

III. DERECHO DE CONVIVENCIA VS. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD VS. SEGURIDAD JURÍDICA EN LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO SOBRE LA VIVIENDA EN CUBA VÍA COMPRAVENTA. ¿ES POSIBLE ENCONTRAR UN EQUILIBRIO ENTRE LA PROTECCIÓN AL CONVIVIENTE Y LA EXISTENCIA DE UN DERECHO DE PROPIEDAD FUERTE?

El contexto jurídico cubano, a diferencia de muchos de los ordenamientos foráneos, se aparta de la noción clásica de convivencia, donde dos personas se unen para hacer una vida en común ya sea de hecho o mediando un vínculo matrimonial. El Derecho cubano recoge la convivencia como un supuesto que identifica a diferentes personas que deciden vivir juntas, o que por determinadas circunstancias se ven obligadas a ello, dígase los hijos, que, al nacer, como regla general, cohabitan en el inmueble donde residen sus progenitores. Aquí la definición de dicha convivencia parte de su relación con el propietario de un inmueble y de compartir el uso sobre los espacios de un inmueble destinado a vivienda.

La legislación cubana parte de reconocer al propietario un haz de facultades que *prima facie* denotan la existencia de un verdadero derecho de propiedad, como es el caso del artículo 64 de La Ley General de la Vivienda, que confiere la posibilidad de que el titular determine que personas convivirán con él y cuándo podrá dar por terminada la misma.

Cuestión la anterior, que de su lectura inicial crea la ilusión, de que el hecho de que determinado titular decida domiciliar a una persona en su casa (lo que en España recibiría el nombre de empadronamiento), resulta un trámite simple sin mayores efectos, como ocurre en el derecho español. Sin embargo, nos encontramos con dos dificultades, la primera y que da al traste con la propuesta categórica del citado artículo 64, y es que si el domiciliado no procede a darse de baja voluntariamente a las oficinas de Identificación y Registros del Ministerio del Interior de Cuba (entidad que desempeña estas funciones), con la consiguiente alta en otro domicilio, el propietario no podrá proceder a darle de baja por sí

solo y menos dar por terminada la convivencia en caso de existir, sin acudir a un procedimiento administrativo o judicial. En otras palabras, necesitará contratar representación letrada y presentar el correspondiente escrito.

En segundo lugar y ya no tan sencillo como el primer planteamiento, tenemos el artículo 65 de la citada Ley que establece un halo protector sobre determinados convivientes y dificulta y en otros casos impide que prospere ese cese de convivencia, limitando la autonomía de la voluntad y el derecho de propiedad[18].

En Cuba, después del triunfo de la Revolución, la propiedad sobre la vivienda tiene un marcado contenido social, que responde a la máxima de que es para vivir en ella y no para vivir de ella. Principio el anterior, que en cierta medida queda encerrado en el artículo que comento y que visto desde la óptica de la justicia social pudiera parecer deseable, pues sus incisos comprenden a un conjunto de personas y supuestos que son merecedores de tutela jurídica.

La cuestión está dada por el hecho de que cuando las disposiciones jurídicas comienzan a aplicarse en la sociedad, de alguna manera es como si cobraran vida y hasta mutaran al entrar en contacto con la riqueza de la vida en sociedad y da la impresión de que aquello para lo que fueron concebidas se ha desdibujado. Y ante esa situación prevista que parecía deseable, altruista, justificada en el orden humano, se le enfrenta otra, que es tan justa y deseable como la anterior y que ve languidecer su esencia (el derecho del propietario) ante la fuerza inusitada de la primera.

¿Qué sucede cuando las facultades del propietario se ven minimizadas llegando a supuestos donde pudiera decirse que el derecho de convivencia es más fuerte que el derecho real de dominio? ¿De qué me sirve entonces ser propietario? ¿Es más rentable acaso ser un conviviente?

Por qué planteo estas interrogantes, primeramente, por la dificultad que encierra cesar la convivencia de una persona cuando ésta voluntariamente no quiere hacerlo (en aquellos casos en que la Ley admite que puede proceder). Esta situación llega al extremo de que una vez que el propietario obtiene una resolución judicial favorable, la misma se hace en extremo difícil de ejecutar y queda a manos del titular desahuciar al vencido, no recibiendo auxilio por parte de los agentes de la autoridad ni del órgano jurisdiccional, con las correspondientes

18 Este precepto dispone que la facultad de cesar la convivencia no podrá ejercitarse contra: "1. Ascendientes y descendientes del propietario. 2. Madre con uno o más hijos habidos en el matrimonio, formalizado o no, con el propietario siempre que ella tenga la guarda y cuidado de los hijos y no tuviere otro lugar de residencia. 3. Madre con uno o más hijos menores que llevan tres o más años ocupando la vivienda y no tuvieren otro lugar de residencia. 4. Ancianos que llevan tres o más años ocupando la vivienda y no tuvieren otro lugar de residencia. 5. Cualquier otro caso que a juicio de la autoridad competente constituya una manifiesta injusticia o un acto inhumano".

consecuencias indeseables que encierra y que en muchas ocasiones da lugar al uso de la violencia privada o a que sencillamente el conviviente permanezca habitando de facto el inmueble a pesar de existir una resolución en su contra.

En segundo lugar, y más trascendente por los efectos que en el orden social, económico y de seguridad jurídica tienen lugar (y que es en lo que me interesa profundizar en estas líneas), tenemos la situación de que con la entrada en vigor del Decreto Ley 288 del 2011, se potenció excesivamente la protección a los convivientes en detrimento de la facultad dispositiva del propietario, impregnando las transacciones inmobiliarias que con dicha ley se autorizaron de una aureola de inseguridad jurídica de significativa importancia.

La promulgación del Decreto Ley 288/2011 trajo consigo nuevas problemáticas, las cuales -en mi criterio- el legislador no previó (como es costumbre en Cuba, al dictarse normas sin realizar un previo análisis inter-multi y transdisciplinario de los problemas, con una visión desde la complejidad que encierran los fenómenos jurídico, sociales y económicos), limitándose a centrar su mirada en trasladar la protección de los convivientes a manos de los particulares, al hacer responsable al propietario de reubicar a aquellas personas con especial protección que conviven con él, so pena de la nulidad del negocio jurídico traslativo del dominio.

Este Decreto-Ley iba encaminado a restablecer la autonomía de la voluntad, la figura del propietario y la libertad en el tráfico inmobiliario, al permitir comprar y vender bienes inmuebles entre particulares. Por lo que hubo de haber previsto el legislador la necesidad de un reforzamiento del Registro de la Propiedad como mecanismo publicitario idóneo para brindar seguridad jurídica respecto al tercero adquirente de buena fe a título oneroso o sencillamente ante la persona que adquiere el dominio sobre un bien inmueble vía compraventa y que puede estar sometido a determinados gravámenes.

Empero, la normativa jurídica en vigor trajo consigo la posibilidad de que el que obtiene la propiedad sobre un inmueble en Cuba, sea o no un tercero adquirente a título oneroso de buena fe, sea privado de su derecho en cualquier momento[19], al concederle la posibilidad a los convivientes previstos en la norma comentada de interponer el correspondiente proceso de nulidad sobre el negocio jurídico celebrado.

El que adquiere hoy en Cuba el dominio sobre un inmueble destinado a vivienda cuenta solamente como protección con la declaración bajo juramento del

19 El artículo 70 del Decreto Ley 288/2011, modificativo de la Ley 65 de 23 de diciembre de 1988, Ley General de la Vivienda, establece en su apartado 5 que "Los notarios, en la escritura pública, dejarán constancia sobre la responsabilidad que asume el donante o vendedor, con el alcance de sus actos respecto a los convivientes. Se considera causal de nulidad de estos actos, además de las establecidas en el Código Civil, dejar desprotegido a alguno de los convivientes a que se refiere el artículo 65 de esta Ley".

vendedor de que, con el acto que está realizando no perjudica a sus convivientes y la advertencia legal contenida en el documento notarial, por parte del Notario que autoriza la escritura pública, de que si de dicho negocio resultara perjudicado un conviviente de los que protege el artículo 65 de la Ley General de la Vivienda, será contemplado como causal de nulidad. A ello se le puede añadir a partir del carácter supletorio de las normas contenidas en el Código Civil, la posibilidad de solicitar la restitución de lo pagado y la correspondiente indemnización por daños y perjuicios[20].

A este escenario llega el comprador, con una información que resulta incompleta y desventajosa, existiendo una asimetría informativa entre el vendedor y éste, pues el futuro adquirente deberá confiar en la palabra del primero, en tanto no cuenta con información al respecto en el Registro de la Propiedad (institución profesional idónea para ofrecer información vinculante en el orden jurídico real) y solo cuenta con la que obtiene del Registro de Direcciones[21] o de las Oficinas de Identificación y Registro del Ministerio del Interior, los cuales no son mecanismos tendentes a posibilitar la publicidad de estas situaciones jurídico reales y sí instrumentos de control con respecto al domicilio de las personas, no de su residencia bajo el rubro de conviviente. Además de no estar reflejado en ellos hasta donde alcanza la protección a esos que están registrados y si son de aquellas personas legitimadas para ejercitar o no la acción de nulidad.

También debemos tener en cuenta que la convivencia y su protección no la determina el hecho de estar anotado en esos controles, sino el hecho de la presencia

20 Aquí se complejiza mucho más la cuestión planteada, toda vez que el mercado inmobiliario cubano es incipiente, y se desenvuelve en situación de crisis, donde prima la informalidad y en el que las instituciones financieras o bancarias no tienen un papel protagónico, aunque sí en el orden formal. Ello está dado por el hecho de que las transacciones inmobiliarias se pagan al contado, supuestamente al momento de firmar la escritura, aportando un cheque de gerencia por el valor de la venta a nombre del vendedor, suma que ha sido depositada previamente a autorizar la escritura en una entidad bancaria. Hasta aquí todo parecería acertado, salvo que lo anterior va de la mano con la costumbre generalizada de no declarar la totalidad del precio de la venta debido principalmente a motivos impositivos, a la existencia de una dualidad monetaria (diferencias entre lo que se denomina tasación oficial y precio real de venta), procediéndose posteriormente a efectuar su pago en negro y sin constancia documental de la verdadera cantidad entregada. Por ello a la hora de solicitar una indemnización por daños y perjuicios solo procedería en vía judicial por el valor consagrado en la escritura, el cual resulta simbólico en comparación con el precio real. En segundo lugar, debemos tener en cuenta que muchas personas venden para comprar otra vivienda más pequeña y quedarse con algo de dinero o adquirir una de mayores dimensiones, por lo que no contarían con el efectivo para hacerle frente a la indemnización y deberían deshacerse de los bienes adquiridos, dando lugar a una extensa cadena de destrucción de negocios jurídicos. También en tercer lugar tenemos la problemática de la migración, por lo que muchas personas venden sus inmuebles para con ese dinero partir a otro país y establecer su residencia y comenzar un nuevo proyecto de vida, no quedando en Cuba a quien reclamarle y en la mayoría de los casos sin tener conocimiento del lugar al que han emigrado con vistas al emplazamiento. Ello trae como consecuencia que los convivientes recuperen su domicilio y quede el comprador en la calle y sin dinero. Situación en extremo delicada e injusta pero lamentablemente legal.

21 En cada manzana existe un Comité de Defensa de la Revolución (conocidos por las siglas CDR) formado por algunos de los vecinos, y de entre ellos, uno se encarga de las tareas de vigilancia a los demás y lleva lo que se conoce como Libro Registro de Direcciones en el que deben quedar registradas todas las personas que residen en un inmueble ya sea de manera legal o ilegal. Pero dichas personas no son profesionales, ni constituye el libro que llevan un verdadero Registro Público con los efectos que de los mismos se derivan. Dicho registro es controlado por los funcionarios de la Dirección de Identificación y Registros del Ministerio del Interior mediante visitas periódicas.

física y la necesidad al no tener otro lugar de residencia (por lo que pueden existir convivientes de los que protege la norma que no estén registrados)[22].

Ello genera una pesada carga en el adquirente, que, en muchos casos, cuando desea tener mayor seguridad, actúa como detective privado (y de hecho en la práctica es el consejo que brindan muchos de los notarios autorizantes en cuanto a que realice una investigación extrajurídica), pero que a pesar de indagar en el vecindario o en las oficinas de identificación y registros, no llegará a gozar nunca de total seguridad y ante la duda sólo le quedaría abstenerse de la compra.

Antes de la promulgación del citado Decreto Ley, el negocio más común que realizaban los cubanos en aras de transmitir la propiedad de sus inmuebles era el de permuta, el cual no tenía igual incidencia en sede de convivientes que el que es objeto de estudio en estas líneas, pues siempre o casi siempre resultaba un nuevo lugar donde pasar a residir los moradores, aunque fuera más pequeño (aunque existían otros dilemas). Sin embargo, la nueva disposición abrió las puertas a la compraventa y ello trajo consigo que si el propietario vende su inmueble sin adquirir posteriormente otro y no tener sus cohabitantes otro lugar donde pasar a residir y verse fuera del domicilio, se dirigirían irremediablemente contra el nuevo titular[23].

Si vamos a operar dentro de las reglas del sistema, considero que el legislador pudo haber sido mucho más técnico a la hora de regular estas cuestiones y debió para ello buscar un término medio entre la tutela a ambas situaciones (el derecho de convivencia y la libertad de transmitir vía compraventa la propiedad sobre un inmueble destinado a vivienda).

22 Este es el sentido del alto foro cubano en su sentencia número 368 de 25 de abril de 2008, al decir "…y que el demandado si bien consta inscripto en el Registro de direcciones desde el veinte de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, no la ocupa de forma física y permanente desde hace aproximadamente cinco años, conviviendo de manera estable en otro inmueble junto a su pareja, por lo cual es evidente que no puede ser protegido por las disposiciones contenidas en el artículo sesenta y cinco, primera y última pleca, así como la Disposición Transitoria Tercera de la Ley General de la Vivienda, indebidamente aplicadas por la Resolución impugnada, habida cuenta que conforme determina el artículo sesenta y cuatro, segundo párrafo de la propia Ley, se considerarán convivientes a las personas que residen con el propietario y forman parte del grupo familiar que ocupa la vivienda, por lo que obviamente no puede aplicarse la institución del cese de convivencia a una persona que no reside físicamente con el titular al momento de solicitarse (…)". Esta sentencia puede consultarse en Espinosa Jiménez, M. y Hernández Martínez, R.: *Ley General de la Vivienda. Concordada y anotada con las disposiciones complementarias del Instituto Nacional de la Vivienda, las provenientes del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y las sentencias de la Sala de la Especialidad del propio máximo órgano de justicia, así como comentada con criterios de la doctrina científica*, ONBC, La Habana, 2009, p. 82.

23 También es importante tener en cuenta que es una situación que se ha prestado en más de una ocasión para que sujetos que actuando de mala fe y previo acuerdo con sus convivientes preparen una estafa contra el futuro adquirente. Aparentemente el vendedor perjudica con la venta a las personas que habitan en el inmueble para que así estos puedan reclamar posteriormente y así recuperar el inmueble y de esta manera el comprador pierda su dinero antes las dificultades ya comentadas supra para poder obtener la restitución o la consiguiente indemnización por daños y perjuicios. Cuestión a mi juicio que debe ser intolerable en el orden moral y jurídico

Una norma de naturaleza tuitiva, de alto contenido social y humano en sus orígenes, puede llegar a convertirse (como en el presente caso) en un límite perjudicial para la seguridad dinámica de los derechos reales, si la misma no es coherente en su regulación y da la espalda a instituciones útiles y necesarias como son el Registro de la Propiedad Inmobiliaria y la publicidad registral, o a figuras como el derecho real de uso y el de habitación.

En aras de buscar el citado equilibrio es necesario pensar el tema en clave de derechos reales y valorar cómo la convivencia vista desde esta óptica, puede tender a atenuar o eliminar el conflicto que se suscita entre autonomía de la voluntad, protección a los convivientes y seguridad jurídica a la hora de adquirir la propiedad de una vivienda en Cuba vía contrato de compraventa.

Ahora bien, quisiera hacer las siguientes reflexiones: ¿resulta justo dejar desamparados a aquellos convivientes que protege la Ley General de la Vivienda y tutelar en su adquisición al adquirente de buena fe a título oneroso? y ¿es justo declarar la nulidad del contrato de compraventa y desposeer del bien inmueble a ese tercero que ha actuado de buena fe, que ha confiado en la publicidad registral y que padece de una desventaja informativa en cuanto a la existencia de convivientes y que no tiene a la mano medios idóneos para equiparar ese desbalance de información? En principio, la respuesta no podría ser radical en ambos casos y de su confrontación surge un dilema ético requerido de solución jurídica.

La norma positiva soluciona ese conflicto de valores de forma drástica y, en virtud de su carácter imperativo, reputa de nula dicha transmisión y protege a los primeros en detrimento del segundo y desconoce la realidad del que adquiere y la inseguridad que con ello se genera. Particular que, a mi criterio, pudo haber sido encauzado de forma más justa, si el legislador hubiera pensado en sede de derechos reales. Partiendo de los fundamentos que inspiran al sistema sociopolítico cubano, la protección a determinados convivientes debe mantenerse, pero ello debe estar en correlación con una adecuada seguridad dinámica de los derechos reales, con una excelente técnica jurídica y con la pervivencia de otros derechos dignos de tutela.

1. Pensando el dilema en clave de derechos reales.

Cuando repensamos este asunto nos encontramos con que el legislador potencia la autonomía de la voluntad cuando en su artículo 64 reconoce como una de las facultades del titular del dominio la posibilidad de determinar sus convivientes y de cesarlos cuando lo considere necesario, salvo que se trate de alguna de las excepciones que establece en el 65. Y ello nos lleva a indagar si

cuando hablamos de convivencia o de derecho de convivencia en Cuba, se trata de un derecho real o de otra figura jurídica[24].

Si bien es cierto que la citada norma en ningún momento habla de derecho real, ni se refiere a las facultades que corresponden a estos sujetos, no me ofrece dudas que desde el punto de vista teórico y práctico son situaciones jurídico reales. Dígase, el derecho real de uso o el derecho real de habitación[25], los cuales constituyen situaciones jurídicas de poder de carácter real en cosa ajena, de naturaleza limitada, dada la menor intensidad de las facultades que recaen sobre el bien en comparación con el dominio.

24 Según Pérez Gallardo, L. B., Fernández Martínez, M. y Rodríguez Reina, Z.: *Ley General de la Vivienda*, Ciencias Sociales, La Habana, 2004, p. 218, el conviviente: "es aquella persona a quien el propietario le ha otorgado su consentimiento a los efectos de que conviva junto a él". Y el artículo 64 de la Ley General de la Vivienda, al regular el derecho a determinar convivientes, define que "se consideran convivientes a las personas que sin encontrarse en ninguno de los casos de ocupación ilegal a que se refiere la presente Ley, residen con el propietario y forman parte del grupo familiar que ocupa la vivienda, aunque no tengan relación de parentesco alguno con el propietario".

25 Resulta muy útil la definición brindada por Diez Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, p. 97, para quien "El derecho de uso faculta a su titular para utilizar una cosa ajena y percibir de ella frutos que produzca en una medida limitada: solo en la medida necesaria para cubrir las necesidades del usuario y de su familia". Y al referirse a la habitación expone: "el derecho de habitación otorga a su titular la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí mismo y para las demás personas de la familia del titular". También me parece demostrativo el artículo 2953 del derogado Código Civil argentino y que Medina, G.: y Winograd, C.: *Uniones de hecho,* cit., p. 2, cita como ejemplo de una definición intermedia de familia como tipo de concepto tradicional: "Familia en sentido intermedio" (como un orden jurídico autónomo): es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Este sentido es el usado por el artículo 2953 del Código Civil que dispone que: "...La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tantos los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos". Y en dicho precepto si recoge claramente las categorías de uso y de habitación y hace énfasis en que los mismos se constituyen, como es a mi juicio lo que acontece en Cuba cuando un propietario decide que alguien pase a residir en su vivienda, limitando de esta forma su dominio de manera voluntaria. Considero que al hablar de convivientes estamos hablando de un verdadero derecho de habitación, que viene dado por el hecho de permitirle el uso a un tercero sobre un bien inmueble destinado a vivienda, y este derecho debe ser reconocido como un derecho real de habitación, pues posibilita la utilización de partes de una vivienda, lo que constituye una de las facultades que componen el dominio y que dado el carácter elástico del derecho de propiedad permite constituir derechos reales limitados de menor intensidad a partir de sus componentes o compartir algunos de ellos, pues en el caso en cuestión los convivientes cohabitan con el propietario, aunque no es imprescindible que haya cohabitación. En sentido contrario se muestran Espinosa Jiménez, M. y Hernández Martínez, R.: *Ley General*, cit., p. 83, que al comentar el artículo 65 son del sentir de que: "Este precepto establece un derecho de ocupación a determinado grupo de personas de un inmueble propiedad de otra y esa "ocupación" -opinamos- no puede generar ningún tipo de derecho presente ni futuro al llamado conviviente, no constituyendo en este caso la ocupación un derecho real, ni un derecho de posesión como modo de adquirir el dominio ni la propiedad futura del inmueble. Lo consideramos únicamente una limitación real a la propiedad en nuestro entorno jurídico, al ser en contra de la voluntad del propietario". Desde mi punto de vista, este análisis se refiere a una visión limitada del Derecho en Cuba, de la que adolecen muchos operadores jurídicos y el propio legislador, que dejaron de utilizar conceptos jurídicos tradicionales, restándole importancia por determinadas motivaciones de corte ideológico, por considerar que pertenecían a la sociedad burguesa que se quería superar, pero que en la realidad lo que se trataba era de un cambio de palabras y de la destrucción de una exquisita técnica jurídica y del desuso de la riqueza de las instituciones previas, con las problemáticas que llevan anejas esos cambios artificiales que no naturales. Además, el propio razonamiento de los autores encierra una contradicción, por una parte, al decir que dicha ocupación no genera ningún derecho presente ni futuro y por otra parte expresar que estamos ante una limitación real a la propiedad. Y hasta lo que tengo entendido los derechos reales en cosa ajena constituyen limitaciones a la propiedad, como lo son el uso y la habitación. Creo que en el intento estéril por superar las definiciones clásicas y llamar verde a lo que es azul, se ha propiciado el escenario perfecto para materializar una iatrogenia legislativa de orden físico y espiritual en la realidad social y jurídica cubana con desastrosas consecuencias para el ordenamiento jurídico y para las personas.

La Ley no distingue al respecto, sin embargo, en su artículo 64 hace referencia a uso no autorizado de la vivienda para el caso de que el conviviente no quiera abandonar el inmueble a pesar de haberlo dispuesto la autoridad competente; cuestión que -a mi parecer- se asemeja al derecho real de uso o de habitación, pues realmente no delimita el contenido de lo que puede hacer la persona.

En la realidad cubana, al igual que acontece en espacios foráneos, quien vive en una vivienda hace uso de las piezas de la misma para las actividades de la vida cotidiana y en el caso de que el titular lo permita, toma los frutos naturales que en esta se produzcan, como frutas, verduras y otros alimentos. Si bien es cierto que no podemos decir hasta dónde alcanzan estos poderes en nuestra ley, sí podemos afirmar que estamos ante figuras jurídico-reales, pues su actividad se centra en la realización de un poder directo sobre la cosa.

De seguirse una posición de *numerus apertus* en cuanto al sistema de creación de los derechos reales recogido por el Código Civil cubano a raíz del principio de la autonomía de la voluntad y de la no prohibición de la existencia de otros derechos reales (perfectamente válidos), ambas figuras serían admisibles, tendrían cabida en sede notarial y podrían acceder al registro de la propiedad y gozar de los beneficios que brinda la fe pública registral. No obstante, existiría un freno a la hora de extinguir estos derechos, gozando de un carácter vitalicio por disposición legal en aquellos casos de convivientes contra los cuales no se puede ejercitar el cese, pero en cambio sí debería ser aceptada la posibilidad de extinguir o renunciar voluntariamente a dicho derecho.

La Ley General de la Vivienda, aunque con otro nombre, y más con un lenguaje político-social que jurídico, no hace otra cosa que reconocer un derecho real en cosa ajena, cuya deficiente regulación, al no estar pensado en sede de derechos reales y la entrada en vigor del Decreto Ley 288 y, en específico, su artículo 70 hace que resulte injusto proteger al conviviente cuando es vulnerado su derecho y destruir la adquisición del adquirente a título oneroso, que confió en una publicidad registral en apariencia legitimadora, pero en realidad defectuosa, al no brindar información sobre dichas situaciones jurídico-reales.

El legislador, al establecer la compraventa de viviendas en Cuba y la causal de nulidad que prevé el artículo 70, debió cavilar sobre la regulación técnica de los convivientes, la forma de concebirla como un derecho de uso o de habitación, cuál es su contenido, su temporalidad o no, la forma de constitución, y su acceso obligatorio al Registro de la Propiedad Inmobiliaria, a partir de la función que el mismo desempeña en sede de publicidad de los derechos reales[26].

26 En este último sentido expresa Diez Picazo, L.: *Fundamentos*, cit., p. 299, "La publicidad que a nosotros nos interesa en este estudio es pues un conjunto de medios o sistemas que permiten conocer quiénes son los titulares y cuál es el estado jurídico de los bienes para dar seguridad y eficacia a su tráfico". Con este prisma

Empero, aun cuando es posible crear estas figuras y acceder a la publicidad que brinda el Registro y brindar mayor seguridad jurídica al adquirente, ello no soluciona totalmente la problemática planteada, pues no es obligatorio -al amparo de lo establecido- inscribir dichas situaciones jurídicas, lo que llevaría a preguntarse cuántas personas accederían al registro con esta finalidad, para llegar de nuevo al punto de partida.

Ergo, de *lege ferenda,* deberían modificarse los artículos de la Ley General de la Vivienda que disciplinan la cuestión, en el entendido de definir ambas figuras, su contenido, su alcance temporal, formalidades en torno a su constitución, acceso al registro de la propiedad, renunciabilidad y obligatoriedad de inscripción previo a cualquier transmisión de la titularidad de la vivienda y su correspondiente cancelación en caso de que se extingan con anterioridad a tener lugar el cambio de titular, reconociéndose la validez de los contratos que realicen las partes tendentes a modificar los términos de esos derechos reales, compensarlos o extinguirlos. Ello de la mano de la modificación del artículo 70, al suprimirlo como causal de nulidad y tutelar el fundamento político-social sobre el que se sustenta como causa de indemnización por daños y perjuicios.

Ello permitiría que en caso de que no se cancele el asiento registral directamente, en los supuestos de convivientes no protegidos, o se renuncie con la correspondiente cancelación, en el caso de los convivientes protegidos (al tratarse de un derecho real en cosa ajena), el adquirente recibiría la propiedad del inmueble con el gravamen que ella conlleva y por tanto tendría que convivir con esas personas por el tiempo que dure dicho derecho. Y en el supuesto de que el propietario no lo haya inscrito o el conviviente no haya instado su inscripción, el tercero se mantendría en su adquisición y el transmitente tendría que realizar la correspondiente indemnización al conviviente que protege la norma.

Visto así, sería posible sopesar desde una adecuada técnica jurídica el dilema axiológico planteado, reforzando la autonomía de la voluntad en sede de transmisión de bienes inmuebles, protegiendo el derecho real de uso o de habitación que nace a partir de la primera y que se apoya en la convivencia y, a la vez, ofrecerle seguridad dinámica plena al adquirente del dominio a título oneroso que ha confiado en lo que publicita el Registro de la Propiedad, reforzando de esta manera la institución registral en Cuba.

es como acojo a la publicidad y al Registro de la Propiedad, como la institución idónea para dar respuesta al dilema planteado en estas líneas, protección que no brinda el Libro Registro de Direcciones ni las oficinas de Identificación y Registro del Ministerio del Interior como ya he explicado, pues su función no es brindar publicidad ni tributar a la seguridad dinámica de los derechos reales.

2. ¿Dónde quedan las uniones de hecho en este conflicto?

En sede inmobiliaria no se reconoce la unión de hecho no matrimonial[27], ya sea de igual sexo o distinto. El artículo 64 ya comentado, confiere a los propietarios el derecho de determinar libremente que personas convivirán con ellos, entiéndase en el sentido de habitar, como ya he explicado, al igual que le confiere la posibilidad de dar por terminada esa convivencia. Sin embargo, en su artículo 65 establece excepciones a la posibilidad de dar por finiquitada la misma. En su pleca segunda menciona a "madre con uno o más hijos en el matrimonio, formalizado o no, con el propietario siempre que ella tenga la guarda y cuidado de los hijos y no tuviere otro lugar de residencia. Y en la pleca quinta se refiere a "cualquier otro caso que a juicio de la autoridad competente constituya una manifiesta injusticia o un acto inhumano".

El primer supuesto que regula incluye la unión de hecho matrimonial en consonancia con la lógica que sigue el Código de Familia, pero con la particularidad que solo hace referencia a la madre con uno o más hijos y que tenga la guarda y cuidado. No contempla el supuesto en que sea al revés, donde el padre sea el que tenga la guarda y cuidado y pueda ser el perjudicado. Y cabría preguntarnos si no merece igual tutela.

Quizás por mucho tiempo la mujer ha sido el eslabón vulnerable en esta ecuación y también responde ello a una cultura y a una forma de ser del cubano que ha imperado por muchos años, consagrada en Ley en la que como norma general se prefiera a la mujer para conferir la guarda y cuidado de los hijos y no sea lo común que el padre lo solicite, cuestión ella que ha quedado a la saga con los cambios operados en la sociedad cubana y a nivel internacional en lo que se refiere a la familia y a los roles en la pareja.

Por otra parte, la pleca quinta del precitado precepto abre las puertas a la posibilidad de incluir otros supuestos que a juicio de la autoridad constituyan una manifiesta injusticia o un acto inhumano. Aquí es atinado valorar si estarían incluidos los supuestos del hombre con hijos, que tuviera la guarda y cuidado y no tenga otro lugar

27 Así lo corrobora la sentencia No 1012, de fecha 14 de diciembre de 2006, dictada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, cuyo ponente razonó que "...la recurrente, si bien mantuvo relaciones maritales con su contrario, se encontraba legalmente casada con un tercero durante el período en que fue edificada la ampliación de la litis, circunstancia que invalida y hace intrascendente la no distinción legal en torno a la formalización o no de la unión, cuya observancia reclama la inconforme, pues con independencia de que la legislación inmobiliaria urbana vigente no distinga entre matrimonios formalizados y uniones de hecho, se requiere que al menos dicha unión reúna los requisitos de singularidad, estabilidad y aptitud legal de sus integrantes a que se refiere el artículo dieciocho del Código de Familia, excluyendo a las relaciones concubinarias que no reúnan tales requisitos y por tanto no fueren judicialmente reconocibles; y en el caso obviamente no podrá la unión controvertida ser reconocida judicialmente por tribunal competente aunque ello se pretendiere, dada la inaptitud legal de la reclamante en virtud de su matrimonio formalizado coexistente con un tercero, lo que inequívocamente ocasiona la inexistencia de copropiedad en común con su actual contrario y de derechos ocupacionales a favor de la recurrente, tal como certeramente declara la sentencia interpelada; ni se aprecia la concurrencia de alguna de las circunstancias de excepción al derecho de la propietaria de la vivienda para determinar quiénes convivirán con ella a que se refiere el artículo sesenta y cinco de la Ley General de la Vivienda (...)". Puede consultarse en Espinosa Jiménez, M. y Hernández Martínez, R.: *Ley General*, cit., pp. 87-88.

de residencia, o el caso de las uniones de hecho que no revistan carácter matrimonial, ya sea de distinto sexo o igual[28].

Si se parte a la hora de realizar este análisis de lo preceptuado en el Código de Familia, se tendría que concluir que el tipo de familia que se regula es la matrimonial y el matrimonio como principal o única forma de constituir una familia legítima y que la unión que reconoce es la que reúne los caracteres de unión matrimonial no formalizada, por lo que estarían cerradas las puertas a la unión homosexual, y por tanto tampoco estarían protegidas las uniones de hecho en sentido general.

Pero ello daría al traste con la máxima prescrita en el artículo 40 de la Constitución en cuanto a que "la dignidad humana es el valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los tratados y las leyes". Y con el deber consagrado en el artículo 13 del mismo texto, que establece entre los fines del Estado garantizar la dignidad plena de las personas y su desarrollo integral. Por lo que considero que desde un punto de vista más humano y flexible se puede proteger al padre con hijos que tenga la guarda y cuidado y a los unidos ya sea de igual o diferente sexo, siempre que el órgano juzgador lo valore como una manifiesta injusticia o acto inhumano.

Es cierto que al analizar la ratio de protección de la norma, lo que está en el centro no es que las personas estén unidas o no, sino supuestos en que una persona que pasó a residir en un inmueble por determinados motivos, y que no tiene a donde regresar, pueda mantener dicha ocupación, ya porque sea pariente, porque sea mujer con hijos a cargo (esté unida o no con el propietario en matrimonio) o porque sea injusto[29]. Pero en sentido general la esencia de dicho artículo puede resumirse en que el actuar del propietario pudiera tornarse en una injusticia o un acto despiadado y los demás elementos son accesorios que tributan a valorar la calidad del acto de éste como tal por parte del órgano juzgador, y que perfectamente pudieran extenderse a las uniones de hecho.

28 Recuérdese que en Cuba la legislación tiene un marcado carácter paternalista, no es lo común que las personas vivan alquiladas y existen serios problemas habitacionales dando lugar a que existan varias generaciones de familiares residiendo bajo el mismo techo.

29 En este sentido puede verse el razonamiento vertido en la sentencia No. 144, de fecha 28 de diciembre de 2006, dictada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, donde se defiende que lo injusto debe verse con un criterio amplio pues dice "...que no resulta atinado estimar, que la pleca quinta del artículo sesenta y cinco de la Ley General de la Vivienda es de aplicación exclusiva para personas ancianas o enfermas, pues la condición de injusta o inhumana de una determinación relacionada con el cese de convivencia puede darse en personas que no se encuentren dentro de los señalados supuestos y viceversa, y en el caso se determinó con acierto ofrecerle tal amparo al no recurrente, no por razón de edad, ni de salud, se trata de que la vivienda propiedad de la recurrente y hermana del mismo es su lugar originario, al pertenecer a la madre de ambos, lugar del que éste no se ha desligado nunca, sin que se hubiere acreditado que el mismo hubiere adquirido derechos ocupacionales en otro lugar; razón por la que de disponerse en su contra el cese de convivencia interesado, se pondría en riesgo la seguridad habitacional del mismo, pues este siempre ha sido su lugar de residencia, y ello constituye de hecho y en derecho un acto de notoria injusticia (...)". Puede ser consultada en Espinosa Jiménez, M. y Hernández Martínez, R.: *Ley General*, cit., p. 88.

Con la promulgación del nuevo texto constitucional pienso que se allana el camino con vistas a proteger a los unidos en virtud de la pleca quinta del artículo 65 de la Ley General de la Vivienda que vengo comentando (en tanto no se modifique el Código de Familia). Pues en su capítulo tercero que está dedicado a "Las Familias" en su artículo 81, establece que "Toda persona tiene derecho a fundar una familia. El Estado reconoce y protege a las familias, cualquiera sea su forma de organización, como célula fundamental de la sociedad y crea las condiciones para garantizar que se favorezca integralmente la consecución de sus fines. Se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho, de naturaleza afectiva, y se basan en la igualdad de derechos, deberes y oportunidades de sus integrantes. La protección jurídica de los diversos tipos de familias es regulada por la ley"[30].

Y a pesar de que el Código de Familia no reconoce la unión de hecho, al tener la Constitución rango superior, se pudiera esgrimir como fundamento de derecho y los tribunales deberían valorarlo en sus fallos al momento de analizar el carácter de injusto de los hechos controvertidos.

Resultaría injusto y discriminatorio no permitir la protección de las uniones de hecho en sus distintas variantes y permitirles que accedieran a la tutela que brinda el artículo 65, ante un acto que pudiera ser considerado injusto e inhumano por parte del propietario, antigua pareja del perjudicado o perjudicada. Igualmente sería inaceptable que el unido no pudiera disfrutar de la protección que brinda el artículo 70 de la ley General de la vivienda y solicitar la nulidad en caso de una transmisión del dominio que lo perjudicara en su derecho a habitar. Son realidades que perfectamente pudieran ser valoradas por el órgano juzgador.

Aunque, al existir más sujetos legitimados para accionar, acarrearía consigo mayor inseguridad jurídica e incrementaría las asimetrías informativas que existen entre comprador y vendedor en sede inmobiliaria como ya expliqué anteriormente. Por lo que insisto en recomendar, como mecanismo conciliador, ya sea para la protección de los convivientes que prevé la norma como para la posibilidad de incluir las uniones de hecho, el empleo de los derechos reales y de la publicidad registral. Pues el constituir un derecho real de habitación con su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad permitiría ofrecer la publicidad necesaria y seguridad para todos los sujetos implicados. De esta manera, el propietario en el uso de su derecho puede limitar su dominio gravándolo, publicitarlo y así el habitante tendrá certeza de que ostenta

30 Con cierta similitud, el profesor De Verda y Beamonte, J. R.: "Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española", *Biblioteca Della Fondazione Italiana del Notariato*, 2018, núm. 1, p. 381, comenta sobre los distintos grados de protección constitucional a la familia en el entorno español: "Me parece, así, pertinente distinguir diversos grados de protección constitucional en el ámbito familiar: a) la Constitución garantiza la protección integral de los hijos y de las madres, sin que quepa discriminar a aquéllos o a éstas, por razón de su filiación o su estado civil, respectivamente; b) la Constitución no garantiza, en cambio, una protección uniforme para todo tipo de uniones entre personas situadas en posición de paridad (es decir, cónyuges o convivientes de hecho)".

un derecho por el tiempo pactado sobre ese inmueble, y el comprador podrá saber qué derechos reales en cosa ajena existen sobre el mismo y decidir si procede o no a comprar. Aunque, lo idóneo sería proceder a modificar dichas normas en el sentido que propongo y establecer con carácter obligatorio la inscripción de estas situaciones jurídico reales.

BIBLIOGRAFÍA

Borda, G.: *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones,* t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba: Una propuesta de futuro para España", *Revista de Derecho Privado*, 2011, núm. 6.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Matrimonio y Constitución: Su interpretación evolutiva, desde la igualdad y la libertad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* febrero 2019, núm. 10.

Chaparro Matamoros, Pedro.: "Comentario a la STS núm. 34/2017, de 19 de enero (RJ 2017, 274), relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2017, núm. 6.

Cifuentes, S.: *Derechos Personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995.

De Castro y Bravo, F.: "Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, 1982, tomo XXXV, fascículo IV.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius connubii (a propósito del auto del Tribunal Constitucional 222/1994)", *Revista de Derecho Privado*, 1998, núm. 10.

De Verda y Beamonte, J.R.: "Qué es lo que queda de las legislaciones autonómicas sobre las uniones de hecho?, Cuestiones de Interés Jurídico", *IDIBE*, agosto 2016.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española", *Biblioteca Della Fondazione Italiana del Notariato*, 2018, núm. 1.

Diez Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995.

Egúsquiza Balmaseda, M.A.: "Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/ 2003, de 23 de abril de 2013", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2013, núm. 5.

Espín Cánovas, D.: "Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, 1963, tomo XVI, fascículo III.

Espinosa Jiménez, M. y Hernández Martínez, R.: *Ley General de la Vivienda. Concordada y anotada con las disposiciones complementarias del Instituto Nacional de la Vivienda, las provenientes del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y las sentencias de la Sala de la Especialidad del propio máximo órgano de justicia, así como comentada con criterios de la doctrina científica*, ONBC, La Habana, 2009.

Kemelmajer de Carlucci, A. y Pérez Gallardo, L. B.: *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia. Libro Homenaje a la Dra. Olga Mesa Castillo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.

Lalaguna Domínguez, E.: "La libertad contractual", *Revista de Derecho Privado*, octubre 1972, vol. II.

Leciñena Ibarra, A.: "Tratamiento legislativo de la convivencia more uxorio tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional: La Ley 7/2018, de 3 de julio, de parejas de hecho de la Región de Murcia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, junio 2019, núm. 10 bis.

Legerén-Molina, A. y Cantero Núñez, F.: *Las parejas de hecho y de derecho (Régimen jurídico de la convivencia 'more uxorio' en España)*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.

Medina, G. y Winograd, C.: *Uniones de hecho homosexuales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.

Pérez Gallardo, L. B.: *Código Civil de la República de Cuba, Anotado y Concordado*, Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

Pérez Gallardo, L. B., Fernández Martínez, M. y Rodríguez Reina, Z.: *Ley General de la Vivienda*, Ciencias Sociales, La Habana, 2004.

Ruiz-Rico Ruiz, J. M. y Casado Casado, B.: "Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspectos registrales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre 2004, núm. 685.

UNIONES DE HECHO EN MÉXICO

FACTUAL UNIONS IN MEXICO

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 11, agosto 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 320-351

Gisela María
PÉREZ
FUENTES

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de mayo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: El derecho de familia en México es de orden público e interés social, por lo que las formas de familias que se reconocen están basadas en este principio y en una valoración sociológica de la realidad de las personas que viven en pareja. En este sentido, tanto la normativa mexicana como la jurisprudencia le han impregnado valor jurídico a otras formas de uniones de hecho que impactan en las familias mexicanas, por lo que se estudiarán en este artículo los derechos que quedan protegidos en estas dos formas de familia: Concubinato y Sociedad de Convivencia.

PALABRAS CLAVE: Sociedades de convivencia; unión de hecho; concubinato; adopción; derecho de alimentos.

ABSTRACT: *The family law in Mexico is of public order and social interest, so the family forms that are recognized are based on this principle and a sociological assessment of the reality of people living as a couple. In this sense, both Mexican law and jurisprudence have impregnated legal value to other forms of de facto unions that impact on Mexican families, so this article will study the rights that are protected in these two forms of family: concubinage and coexistence society.*

KEY WORDS: *Societies of cohabitation; the facto union; concubinage; adoption; right of food.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. FORMAS DE FAMILIAS EN MÉXICO.- III. CONCUBINATO.- IV. SOCIEDAD DE CONVIVENCIA.- 1. Antecedentes.- 2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la Sociedad de Convivencia?.- 3. ¿Cuál es la finalidad de la Sociedad de Convivencia?.- 4. ¿Es jurídicamente posible convenir sobre la obligación alimentaria en la Sociedad de Convivencia?.- 5. ¿La Sociedad de Convivencia, el Concubinato y el Matrimonio son instituciones que regulan situaciones análogas o notablemente similares?.- 6. ¿Puede la duración de la pensión alimenticia provisional descontarse del plazo previsto para la subsistencia de la obligación alimentaria en la Sociedad de Convivencia?.- 7. ¿Los convivientes pueden adoptar?.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho de familia en México recorrió un camino distinto al derecho español desde principios del siglo XX. En 1917 se aprobó una Ley de Relaciones Familiares separada del Código Civil que admitió el divorcio como la disolución del vínculo conyugal. En 1928 con la promulgación del Código Civil mexicano, se introdujeron realidades sociales del país en la que se encontraba el concubinato como una unión de hecho, estable y no viciada por relaciones de matrimonio del hombre o la mujer, que permitió darle beneficios en casos hereditarios al mismo nivel de un hijo pues en México no existe legítima, es decir herederos forzosos.

Todo lo anterior ha sufrido cambios a partir de la protección de los derechos humanos en el ámbito familiar. Es importante señalar que el derecho familiar en México no se rige por la autonomía de la voluntad, sino que cumple un interés social y público en su normativa. A nivel internacional la familia monoparental ha sido complementada por otros tipos de familias que necesitan protección considerando a la familia como un grupo social caracterizado por una residencia común, cooperación económica y lazos de solidaridad, donde se puede incluir personas de diferentes sexos o del mismo.

En este contexto se reconoce legalmente las sociedades de convivencia como una de estas nuevas formas de familia, siendo el objeto de este trabajo estudiar las características que requieren las sociedades de convivencia para tener los mismos derechos fundamentales en cuanto a la protección del derecho de alimentos, adopción de hijos y derechos sucesorios.

• Gisela María Pérez Fuentes
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Correo electrónico: giselapef@hotmail.com

La hipótesis de este trabajo se basa en afirmar que la sociedad de convivencia posee en México todos los derechos y obligaciones propios de la familia constituida por un matrimonio o el concubinato, aunque tengan razones de nacimiento diferentes.

El método de investigación es documental, basado en el estudio de las legislaciones y los criterios del Poder Judicial de la Federación en cuanto a darle más autonomía y protección a la sociedad de convivencia.

II. FORMAS DE FAMILIAS EN MEXICO.

El primer párrafo del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos[1] que prevé la igualdad del hombre y la mujer frente a la ley y ordena al legislador que proteja la organización y el desarrollo de la familia, se introdujo mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974 como parte de un largo proceso para lograr la equiparación jurídica del género femenino con el masculino. Así, en la relativa iniciativa de reformas se propuso elevar a rango constitucional la igualdad jurídica entre ambos y se indicó que ésta serviría de pauta para modificar leyes secundarias que incluyeran modos sutiles de discriminación. De manera que la referida igualdad implica una prohibición para el legislador de discriminar por razón de género, ya que frente a la ley, el hombre y la mujer deben ser tratados por igual; de ahí que el artículo 4º constitucional, más que prever un concepto de identidad, ordena al legislador que se abstenga de introducir distinciones injustificadas o discriminatorias[2].

El sistema jurídico civil mexicano formado principalmente por la Constitución y treinta y tres Códigos Civiles, uno a nivel Federal y uno por cada Estado del país, ha avanzado en la regulación de las parejas de hecho como el concubinato, mediante el cual se considera a aquellas parejas que mantienen una relación estable y continua pero que han preferido no sujetarse a un régimen matrimonial.

III. CONCUBINATO.

En el país existen siete Códigos de Familia que regulan el concubinato como unión de hecho. En ambos casos la legislación civil y familiar se ha decantado por reconocer efectos jurídicos concretos a una relación en la que no existe una

1 Art. 4: "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 15 de mayo de 2019.

2 Tesis: 1a. CLII/2007, Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVI, Julio de 2007, p. 262, bajo el rubro: IGUALDAD JURÍDICA DEL HOMBRE Y LA MUJER PREVISTA EN EL ARTÍCULO 4O., PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ALCANCES.

declaración expresa y formal de voluntad para formar una vida en común –como la que existe en el matrimonio-, pero que en la realidad constituye una unión fáctica de dos personas que, en última instancia, conforma una familia en el sentido más amplio de la palabra. La validez del concubinato varía en los distintos estados en relación al tiempo de la convivencia en común.

Por ejemplo, en el Código Civil de la Ciudad de México, el artículo 291 bis establece dos años de convivencia estable y singular. Este tipo de unión según el Estado en específico concede a la pareja concubinaria los siguientes derechos: derechos de alimentos en reciprocidad, derechos sucesorios recíprocos, presunción de paternidad del concubino respecto de los hijos de la concubina, posibilidad de adoptar, derechos y obligaciones reconocidos con respecto al régimen federal del trabajo y seguridad social en cuanto a pensiones alimenticias en caso de fallecimiento de alguno de los miembros de la pareja concubina; y la pensión alimenticia, aunque no se encuentre de manera generalizada en todas las legislaciones en caso de concubinato, resulta inconstitucional negar el reconocimiento del derecho a los alimentos.

Ha sido criterio del Poder Judicial de la Federación que la familia más que un concepto jurídico es un concepto sociológico, por lo que el concubinato constituye una relación familiar. En tal sentido, debe concluirse que los ex concubinos tienen derecho a una pensión alimenticia una vez que se constituyó, de hecho, una relación familiar. Ahora bien, en tanto los Códigos Civiles de los estados de Tamaulipas, Guerrero y el Distrito Federal (actualmente Ciudad de México) no prevén disposiciones expresas para el trámite de los alimentos en caso de terminación del concubinato, deberán aplicarse las reglas generales que regulan la institución alimenticia, así como los requisitos y límites que se establecen para el caso del divorcio. Así, para la procedencia de la pensión alimenticia entre ex concubinos, deberá atenderse a las posibilidades del deudor alimenticio, las necesidades del acreedor, la capacidad para trabajar de éste y su situación económica. Este derecho subsistirá por el tiempo que duró la relación de concubinato y en tanto el acreedor no contraiga nupcias o se una en concubinato con otra persona[3].

Las relaciones que entablan las parejas del mismo sexo pueden adecuarse a los fundamentos de la figura del concubinato y más ampliamente a los de la familia, ya que, para todos los efectos relevantes, las parejas homosexuales se encuentran en una situación equivalente a las heterosexuales; de ahí que sea injustificada su exclusión del concubinato. Negar a las parejas homosexuales los beneficios

3 Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 83/2012, Décima Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1, p. 653, bajo el rubro: "Alimentos. Los ex concubinos tienen derecho a alimentos después de terminada la relación de concubinato, en los mismos términos que lo tienen los ex cónyuges" (legislaciones de Tamaulipas, Guerrero y Distrito Federal, aplicadas en los casos contendientes).

tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del concubinato, implica tratarlas como si fueran "ciudadanos de segunda clase", porque no existe justificación racional alguna para no reconocerles los derechos fundamentales que les corresponden como individuos y, simultáneamente, un conjunto incompleto de derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja; además, la exclusión de las parejas del mismo sexo de la figura de concubinato perpetúa la noción de que son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, con lo que se ofende su dignidad como personas y su integridad[4].

En cuanto a las relaciones de contenido patrimonial que forman las personas unidas en concubinato, algunos estados de la República Mexicana han determinado que se aplique los requisitos de la sociedad conyugal, por ejemplo, el estado de Tabasco[5].

Algunas sentencias del Poder Judicial de la Federación critican esta postura considerando la propia esencia de la unión de hecho que significa el concubinato, el régimen de sociedad conyugal del matrimonio implica la unión voluntaria de los patrimonios de las partes que celebran dicho acto, es decir, se hacen copartícipes voluntaria y expresamente de sus derechos y obligaciones.

Un ejemplo de la crítica realizada en estas sentencias lo encontramos en el supuesto de que no se estipule el régimen conyugal al momento de la celebración del matrimonio, en donde se entiende que dicha omisión de los contrayentes hace presumir la decisión de vivir bajo un régimen compartido; mientras que en el concubinato esta presunción no tiene una fuente de la cual pueda derivarse. Para el establecimiento de un régimen patrimonial se requiere la declaración de voluntad de las partes. Considerar lo contrario atentaría contra la propia naturaleza del concubinato como una relación de hecho, pues se le estaría considerando como una figura creadora de consecuencias jurídicas complejas que las partes no manifestaron querer. Lo anterior no implica, de manera alguna, que los concubinos que se encuentren en situación de desventaja económica respecto de la otra parte no deban ser atendidos por el sistema jurídico. No obstante, ello no se trata de un régimen patrimonial, sino de una medida compensatoria y/o del derecho de alimentos[6].

4 *Cfr.* Tesis: 1a. CCCLXXVII/2014, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octubre de 2014, p. 596, bajo el rubro: "Concubinato. Los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a los concubinos heterosexuales deben reconocerse a las parejas homosexuales".

5 Art. 193 del Código Civil de Tabasco.

6 *Cfr.* Tesis: 1a. CCCXVII/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, p. 1645, bajo el rubro: "Concubinato. No puede presumirse que le sea aplicable el régimen de sociedad conyugal del matrimonio".

IV. SOCIEDAD DE CONVIVENCIA.

Otra forma de familia que aparece en la normativa mexicana es la Sociedad de Convivencia, sólo aparece regulada en cinco estados del país:

- Como ley especial la Sociedad de Convivencia aparece en tres estados: 1. Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia del Estado de Campeche[7]. 2. Ley de Sociedad de Convivencia para la Ciudad de México[8] y 3. Ley de Sociedades de Convivencia Solidaria para el Estado de Tlaxcala[9].

- En los Códigos Civiles sólo aparece en el Estado de Coahuila de Zaragoza[10].

- En los Códigos de Familia sólo aparece en el Estado de Michoacán de Ocampo[11].

Estas distintas normativas de los estados de México tienen puntos coincidentes en cuanto a su naturaleza jurídica, considerada como un acto jurídico en sentido estricto o acto jurídico normativo, sólo la ley de Campeche define la Sociedad de Convivencia como un contrato:

Artículo 2: La Sociedad Civil de Convivencia es un contrato que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un domicilio común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, para organizar su vida en común. Los convivientes que la constituyan tendrán el carácter de compañeros civiles…

En el desarrollo de este trabajo retomaré la naturaleza de la Sociedad de Convivencia en México, pero antes de continuar es importante determinar qué se entiende por este término, considerando las otras legislaciones que amparan una forma de familia en México.

En general, esta forma de familia es una Sociedad de Convivencia solidaria que se constituye por un acto jurídico – no prima la autonomía de la voluntad- mediante el cual dos personas físicas de diferentes o del mismo género, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen voluntariamente un hogar común para hacer vida en pareja, o con fines de acompañamiento con derechos y

7 Expedida por decreto número 113, publicada en el Periódico Oficial No. 5395, de fecha 27 de diciembre de 2013.

8 Ley publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, el 24 de octubre de 2017.

9 Decreto No. 309, publicado en el Periódico Oficial de Tlaxcala el 11 de enero de 2017.

10 Publicado en el Periódico Oficial de Coahuila el 25 de junio de 1999, última reforma publicada el 10 de mayo de 2019.

11 Código publicado en el Periódico Oficial del Estado el 30 de septiembre de 2015, última reforma publicada el 18 de agosto de 2017.

obligaciones recíprocos para ambos. El compromiso adquirido por los convivientes es de carácter obligatorio para ambas personas en cuanto a proveerse de ayuda mutua para la vida y el sostenimiento del hogar común establecido para ambos, el cual para que surta efectos legales ante terceros, deberá inscribirse.

Es importante señalar, que las leyes especiales del propio estado de Campeche, Ciudad de México y el estado de Tlaxcala, así como el Código Familiar para el estado de Michoacán de Ocampo, reconocen que las disposiciones normativas de estas leyes son de orden público y de interés social, alejándose entonces de la autonomía de la voluntad, las cláusulas que aparezcan en este acto, como forma de regir el interés de los convivientes.

En este sentido se destaca que la Sociedad de Convivencia como institución jurídica en México, necesita quedar registrada para su validez. Las distintas leyes establecen diferentes entidades o funcionarios, por ejemplo en el Código Civil de Coahuila, la Sociedad de Convivencia debe hacerse ante notario en escritura pública y ser inscrita ante el Registro Público[12], al igual que la Ley de Campeche que exige escritura ante notario[13]. En el caso del Código Familiar de Michoacán se celebra el acto ante el Oficial del Registro Civil[14]. En el Estado de Tlaxcala la Sociedad de Convivencia se inscribe también en el Registro Civil, ante el Juez[15]. En la Ley de Sociedades de Convivencia para la Ciudad de México para que surta valor debe hacerse constar por escrito, mismo que será ratificado y registrado ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno de la Demarcación Territorial del domicilio donde se establezca el hogar común, instancia que actuará como autoridad registradora.

Los requisitos que fijan las diferentes leyes para la constitución de las Sociedades de Convivencia son:

a) El nombre de su conviviente, edad, domicilio y estado civil, así como las generales de dos testigos mayores de edad.

b) El domicilio donde se establecerá el hogar común.

c) La manifestación expresa de las personas convivientes de vivir juntos en el hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua.

d) La forma en que las personas convivientes regularán la Sociedad de Convivencia y sus relaciones patrimoniales.

12 Art. 3587.3 del Código Civil de Coahuila.

13 Art. 6 de la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia de Campeche.

14 Art. 298 del Código Familiar de Michoacán.

15 Art. 2 de la Ley de Sociedad de Convivencia Solidaria para el estado de Tlaxcala.

e) Firma de los testigos y registro en el lugar que establecen cada una de las leyes comentadas.

Se ha preparado un cuestionario de preguntas que creo será más fácil entender esta forma de familia en México, para ello considero los elementos clave de la institución.

1. Antecedentes.

En el año 2001 el Congreso de la Unión reformó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para promover la prohibición a la discriminación, e incluyó el siguiente párrafo:

"Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas".

En la búsqueda por el reconocimiento y protección jurídica de las parejas del mismo sexo, se presentó en el 2001 a la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México la iniciativa de Ley de Sociedades de Convivencia, en la que se abordaban diversas formas de familia, diferentes al matrimonio y al concubinato; la iniciativa se aprobó en noviembre de 2006. La Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal (actualmente Ciudad de México)[16], como primera ley de este tipo en el país, surgió como una respuesta legislativa ante el imperativo constitucional de protección a la familia en otra modalidad a la tradicional conformada a través del matrimonio.

Los argumentos expuestos por los diputados, integrantes de la IV Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, para someter a la consideración del pleno la iniciativa de la Ley de Sociedades de Convivencia se pueden resumir en dos: 1º La base de esta iniciativa fue resaltar la importancia de reconocer el derecho a la diferencia de las personas para decidir sobre sus relaciones personales y 2º Construir un marco jurídico que contemple y proteja las diversas formas de convivencia.

En la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedad de Convivencia, se expresó lo siguiente:

16 Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal (actualmente Ciudad de México) el dieciséis de noviembre de dos mil seis.

"Hemos sido testigos en las últimas décadas del surgimiento y desarrollo de nuevas formas de convivencia, distintas a la familia nuclear tradicional [...] resulta imperativo construir un marco jurídico que contemple y proteja las diversas formas de convivencia, erradique y prevenga la discriminación y promueva una cultura de respeto a la diversidad social. Una condición indispensable de la modernización y democratización de los Estados, así como del ejercicio de una ciudadanía plena, ha sido la implantación y el arraigo de valores incluyentes, igualitarios y respetuosos de la diversidad. En nuestro orden jurídico, ésta expresa prohibición a la discriminación, se encuentra reforzada por diversas declaraciones, convenciones y pactos internacionales que, en virtud del artículo 133 constitucional, son ley suprema de la Unión y obligan a los poderes públicos a realizar las modificaciones correspondientes para armonizar la legislación nacional.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en sus artículos 2 y 7, así como en el artículo 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se encuentra la garantía de plenos derechos y libertades a toda persona sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

La igualdad ante la ley y el reconocimiento de la personalidad jurídica constituyen también compromisos del Estado Mexicano, por haber suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, desde 1975 México ratificó la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la cual obliga al Estado Mexicano a sancionar cualquier acto que atente contra el principio de igualdad y a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación contra persona alguna o grupo social... para que México se coloque a la vanguardia de las transformaciones sociales actuales y del reconocimiento a nivel internacional de los principios de igualdad y no discriminación... en los últimos años en nuestro país, se ha avanzado en la creación de legislación y políticas públicas que promueven una cultura de respeto a la diferencia. Sin embargo, y a pesar de los avances referidos en el derecho internacional y nacional, existen relaciones personales con fines de convivencia y ayuda mutua no tutelados. Las personas que eligen a parejas del mismo sexo, siguen siendo jurídicamente inexistentes, creándose situaciones de injusticia y desigualdad en el ejercicio de derechos fundamentales...

La Sociedad de Convivencia no hace frente, no desafía las familias convencionales ni pretende socavar los valores morales de las personas; la Sociedad de Convivencia genera certeza, reconoce realidades que han pasado por la invisibilidad legal. La Sociedad de Convivencia incluye una visión realista sobre otros vínculos de

convivencia en torno a los hogares y, al reconocer esta realidad, señala en forma precisa que la posibilidad de que dos personas las suscriban, ya sean del mismo o de diferente sexo, debe estar acompañada del cumplimiento de requisitos como el de tener capacidad jurídica plena, vivir en un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua".

2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la Sociedad de Convivencia?

El legislador expresó su intención de construir un marco jurídico que contemplara y protegiera las más diversas formas de convivencia, distintas a la familia nuclear tradicional derivada del matrimonio, buscando de esta forma, la protección de los hogares constituidos por parejas del mismo sexo, al reconocer explícitamente que las personas de orientación sexual diversa enfrentan situaciones de discriminación.

En caso de la normativa de la Ciudad de México y de la generalidad de las otras leyes, se definió la Sociedad de Convivencia como un acto jurídico bilateral que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua[17].

Las leyes de Sociedad de Convivencia existentes en México son de orden público e interés social, y tienen por objeto establecer las bases y regular las relaciones derivadas de esta forma de familia, lo que restringe de manera general la autonomía de la voluntad de las partes. Por lo anterior, la Sociedad de Convivencia si bien nace de un acto jurídico bilateral, no se limita a un convenio privado en el que se estipulan libremente derechos y obligaciones entre las partes. La razón fundamental es que su objeto es de la mayor importancia para el Estado, esto es, la protección del vínculo afectivo entre dos personas que pretenden hacer comunidad de vida con vocación de permanencia. Lo anterior permite justificar que la Sociedad de Convivencia no puede identificarse como un simple convenio, pues su objeto trasciende el acuerdo de voluntades para erigirse en un tipo específico de familia cuya regulación no queda a expensas de las partes.

La Sociedad de Convivencia es entonces un acto jurídico normativo o como señala el Poder Judicial Federal, la naturaleza de la Sociedad de Convivencia es la de un acto jurídico en sentido estricto, en tanto se trata de un acontecimiento voluntario encaminado a generar consecuencias de derecho y que las produce precisamente por la voluntad, sin que los particulares puedan alterar ciertos aspectos básicos del régimen normativo que la ley atribuye a su celebración[18].

17 Art. 2 de la Ley de Sociedad de Convivencia del Distrito Federal.

18 Juicio de amparo directo 19/2014.

De acuerdo a la Constitución Federal mexicana[19], el Estado no sólo tiene la facultad sino la obligación de proteger la organización y el desarrollo de este tipo de vínculos, sin importar su forma o manifestación, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio, concubinato o uniones de hecho.

La Sociedad de Convivencia, si bien nace de un acto jurídico bilateral, no se limita a un convenio privado en el que se estipulan libremente derechos y obligaciones entre las partes. La razón fundamental es que su objeto es de la mayor importancia para el Estado, esto es, la protección del vínculo afectivo entre dos personas que pretenden hacer comunidad de vida con vocación de permanencia. A diferencia de lo que ocurre con la compraventa de un bien inmueble o la constitución de una sociedad mercantil, en el que por regla general prima la voluntad de las partes, la mayor intervención estatal en las relaciones domésticas se justifica por la protección a la familia, interés superior de la niñez y a la dignidad de todas las personas[20].

Sobre las relaciones patrimoniales, las normas existentes de la Sociedad de Convivencia permiten una manifestación de voluntad en los siguientes términos: "durante la vigencia de la Sociedad de Convivencia y para que sea procedente todo cambio, deberán ser de común acuerdo, las modificaciones y adiciones que así consideren las personas convivientes respecto a cómo regular la Sociedad de Convivencia y las relaciones patrimoniales, se deben presentar por escrito y serán ratificadas y registradas sólo por las o los convivientes, ante la autoridad registradora de la alcaldía correspondiente al lugar donde se encuentre establecido el hogar común"[21].

3. ¿Cuál es la finalidad de la Sociedad de Convivencia?

Se persigue con la ley especial dar legalidad y certeza jurídica a personas que desean el establecimiento de un hogar común, la Sociedad de Convivencia se regirá en lo que fuere aplicable, en los términos del concubinato y las relaciones jurídicas que se derivan de este último[22]. En la legislación se equipara entonces la naturaleza de la Sociedad de Convivencia con la del concubinato, pero a la vez, la sociedad comparte los fines del matrimonio por ejemplo en la Ciudad de

19 El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene diversos aspectos, entre los que se encuentran la igualdad ante la ley del hombre y la mujer; la protección a la familia, correspondiendo a la ley establecer lo relativo a su organización y desarrollo; y el derecho de las personas a decidir el número y espaciamiento de sus hijos, en forma libre, responsable e informada; sin que tal protección constitucional aluda ni defina a la institución civil del matrimonio, por lo que deja esa atribución normativa al legislador ordinario.

20 Pérez Fuentes, G. M.: et al; *La maternidad subrogada*, Editorial Tirant lo Blanch 2017, pp. 133 - 138

21 Art. 9 de la Ley de Sociedad de Convivencia para la Ciudad de México de 2017.

22 Art. 5 de la Ley de Sociedad de Convivencia para la Ciudad de México de 2017.

México en términos de la comunidad de vida y procuración de respeto y ayuda mutua[23], y establece diversos derechos entre los convivientes, como son el deber de proporcionarse alimentos, la posibilidad de que uno de los convivientes sea llamado a desempeñar la tutela en caso de interdicción y derechos sucesorios.

Los acuerdos de la sociedad tienen en común el propósito de fortalecer el deber de solidaridad entre los convivientes y proteger al conviviente vulnerable, si bien existen otras en el cuerpo de la ley que dejan un notable margen de negociación entre las partes, como lo relativo a las relaciones patrimoniales.

4. ¿Es jurídicamente posible convenir sobre la obligación alimentaria en la Sociedad de Convivencia?

La Suprema Corte de Justicia mexicana ha definido el derecho de alimentos como la facultad jurídica que tiene una persona denominada acreedor alimentista para exigir a otra, deudor alimentario, lo necesario para vivir, fijando las bases para determinar el monto de la pensión alimenticia[24]. La facultad tiene su origen en el derecho a la vida y a la sustentabilidad de una persona que, por la relación jurídica familiar que tiene con otras, está legitimada legalmente para exigir de éstas, sus necesidades de alimentación, vestido, habitación, salud y, ocasionalmente, educación.

En relación a los alimentos deben existir los siguientes elementos:

a) Una relación jurídica que la ley considera como generadora de la obligación alimentaria y que, en la legislación de la Ciudad de México, puede darse por la celebración del matrimonio[25].

b) Cuando se dan los supuestos para reconocer el concubinato.

c) Por la inscripción de la Sociedad de Convivencia, caso en el cual los convivientes tienen la obligación de proporcionarse alimentos recíprocamente[26].

23 *Cfr.* Art. 146 del Código Civil para el Distrito Federal, actualmente Ciudad de México, que establece: "Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código".

24 *Cfr.* Tesis de jurisprudencia: 1ª /J.44/2001, Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* tomo XIV, Agosto 2001, p. 11, bajo el rubro: "Alimentos. Requisitos que deben observarse para fijar el monto de la pensión por ese concepto" (Legislación del Distrito Federal y del Estado de Chiapas).

25 Art. 302 del Código Civil para la Ciudad de México: "Los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos. La ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio, nulidad del matrimonio y otros que la ley señale".

26 Art. 12 de la Ley de Sociedad de Convivencia para la Ciudad de México: "En virtud de la Sociedad de Convivencia se generará la obligación recíproca de proporcionarse alimentos en relación a sus bienes e ingresos, a partir de la suscripción de ésta, aplicándose al efecto lo relativo a las reglas de alimentos".

Sin embargo, las anteriores causas, aunque determinantes necesitan que se pruebe la situación de necesidad del acreedor alimentista y la necesidad del deudor para suministrar los alimentos.

El Poder Judicial de la Federación ha reconocido que la procuración de alimentos trasciende de los integrantes del grupo familiar, al ser su cumplimiento de interés social y orden público, por lo que es deber del Estado vigilar que entre las personas que se deben esta asistencia, se procuren de los medios de vida suficientes cuando alguno de los integrantes del grupo familiar carezca de los mismos y se encuentre en la imposibilidad real de obtenerlos[27]. Una posición contraria, haría nugatorio el propósito de la institución misma, perfilado por el legislador en la exposición de motivos y en el propio cuerpo de la Ley de Sociedad de Convivencia, que remite a las reglas de alimentos, concubinato y matrimonio del Código Civil para la Ciudad de México como fuente supletoria.

En la exposición de motivos de la primera Ley de Sociedad de Convivencia emitida en 2006 en la Ciudad de México encontramos:

"La Sociedad de Convivencia no desafía las familias convencionales ni pretende socavar los valores morales de las personas; la Sociedad de Convivencia genera certeza, reconoce realidades que han pasado por la invisibilidad legal.

La Sociedad de Convivencia incluye una visión realista sobre otros vínculos de convivencia en torno a los hogares y, al reconocer esta realidad, señala en forma precisa que la posibilidad de que dos personas las suscriban, ya sean del mismo o de diferente sexo, debe estar acompañada del cumplimiento de requisitos como el de tener capacidad jurídica plena, vivir en un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua".

En este mismo sentido el Código Civil para la Ciudad de México precisa que el derecho de recibir alimentos no es renunciable ni puede ser objeto de transacción[28]. Por otra parte, en caso de terminación de la Sociedad de Convivencia, se prevé en los artículos 17 al 21 casi la generalidad de sus normas específicas, por ejemplo, se destaca el contenido del artículo 20:

"En caso de terminación de una Sociedad de Convivencia, cualquiera de sus convivientes tiene la obligación de dar aviso por escrito de este hecho a la autoridad registradora de la Alcaldía donde se encuentre el hogar en común, la que deberá hacer del conocimiento de dicha terminación al Archivo General de

27 Tesis 1a. CXXXVI/2014, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 5, abril de 2014, tomo I, p. 788, bajo el rubro: "Alimentos. La obligación de proporcionarlos es de orden público e interés social".

28 Art. 321 del Código Civil para la Ciudad de México.

Notarias. La misma autoridad deberá notificar de esto al otro conviviente en un plazo no mayor de 10 días hábiles, excepto cuando la terminación se dé por la muerte de alguna de las personas convivientes en cuyo caso deberá exhibirse el acta de defunción correspondiente, ante la autoridad registradora".

En el caso de la Ciudad de México se presentó un amparo directo[29] contra la negación de alimentos de un conviviente por la terminación de una Sociedad de Convivencia, algunos años después, el afectado demandó en la vía de controversia familiar a su antiguo compañero por el pago de pensión alimenticia, refiriendo en su demanda que durante la vigencia de la Sociedad de Convivencia se dedicó a las labores del hogar, mientras que el demandado aportó los medios económicos para sufragar los gastos. El demandado dio contestación y opuso excepciones y defensas, entre ellas, la prescripción de la acción. Seguidas las etapas procesales, el juez de primera instancia declaró fundada la excepción de prescripción opuesta por el demandado y lo absolvió de las prestaciones reclamadas.

La Sala familiar confirmó dicha sentencia. El actor inconforme promovió juicio de amparo directo[30], el que fue atraído y resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de conceder la protección de la justicia federal.

El quejoso hizo valer la inconstitucionalidad del artículo 21 de la entonces vigente Ley de Sociedad de Convivencia de la Ciudad de México[31], al considerar que dicha disposición lesiona el derecho a la igualdad y no discriminación, pues en el caso de terminación de la Sociedad de Convivencia, fija un período menor (la mitad del tiempo que duró la misma) para que el conviviente que no tenga medios de subsistencia reciba la pensión alimenticia que se establece en las instituciones jurídicas del matrimonio y el concubinato, el quejoso estimó que el tratamiento legislativo es discriminatorio y vulnera el mandato constitucional de protección a la familia.

La Primera Sala de la Corte realizó un análisis sobre el derecho a la igualdad y consideró que no pueden permitirse diferencias de trato entre personas que se

29 Juicio de amparo directo 19/2014, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante sentencia de 3 de septiembre de 2014.

30 Art. 170. El juicio de amparo directo procede: I. Contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, ya sea que la violación se cometa en ellos, o que cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo. *Cfr.* Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013, última reforma publicada el 15 de junio de 2018.

31 El artículo 21 de la Ley establecía: "En el caso de terminación de la Sociedad de Convivencia, el conviviente que carezca de ingresos y bienes suficientes para su sostenimiento, tendrá derecho a una pensión alimenticia sólo por la mitad del tiempo al que haya durado la Sociedad de Convivencia, siempre que no viva en concubinato, contraiga matrimonio o suscriba otra Sociedad de Convivencia. Este derecho podrá ejercitarse sólo durante el año siguiente a la terminación de dicha sociedad".

hallen en situaciones análogas o notablemente similares sin que haya un ejercicio de motivación y justificación[32]. En este sentido, independientemente de si una persona estuvo casada, mantuvo una relación de concubinato o suscribió una Sociedad de Convivencia, el legislador en la Ciudad de México ha previsto que debe subsistir la obligación alimentaria en razón de su derecho a la vida y la sustentabilidad.

El Código Civil para la Ciudad de México prevé la obligación alimentaria una vez terminado el vínculo matrimonial en los siguientes términos:

Artículo 288: "En caso de divorcio, el Juez resolverá sobre el pago de alimentos a favor del cónyuge que, teniendo la necesidad de recibirlos, durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar, al cuidado de los hijos, esté imposibilitado para trabajar o carezca de bienes; tomando en cuenta las siguientes circunstancias:

I. La edad y el estado de salud de los cónyuges;

II. Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;

III. Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;

IV. Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;

V. Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades; y

VI. Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato o haya transcurrido un término igual a la duración del matrimonio".

En el caso del concubinato se determinan los alimentos en la Ciudad de México, de acuerdo al artículo siguiente del Código Civil:

Artículo 291 *Quintus*: "Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio. El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse solo durante el año siguiente a la cesación del concubinato".

32 *Cfr.* Amparo directo 19/2014, p. 31.

En este sentido, existe una correlación legislativa no discriminatoria entre las figuras del matrimonio y del concubinato como una respuesta normativa a una preocupación común de protección.

Ante este caso, la normativa -señala la Corte- previó expresamente la subsistencia de la obligación alimentaria para el caso de terminación de la Sociedad de Convivencia cuando uno de los convivientes carezca de ingresos y bienes suficientes para su sostenimiento. Es decir, estableció una medida de protección para aquel conviviente que generó una relación de dependencia económica surgida a partir de la dinámica familiar durante la vigencia de la Sociedad de Convivencia, de la misma manera en la que previó mecanismos similares a favor de cónyuges y concubinos en caso de la terminación del matrimonio y el concubinato respectivamente en el Código Civil. Esta condición, por ende, es análoga en las tres instituciones[33].

El tratamiento que se le dio a la Ley de Sociedad de Convivencia en la Ciudad de México fue entonces discriminatorio en relación a la percepción de alimentos. Al respecto, la Primera Sala advirtió que, efectivamente, el legislador local estableció un tratamiento diferenciado en lo relativo al período durante el cual es exigible una pensión alimenticia.

Ante la pregunta sobre si esta diferenciación es consistente con el orden constitucional, la Primera Sala no encontró finalidad objetiva y constitucionalmente válida que permita al legislador establecer un trato desigual entre convivientes, cónyuge y concubino en lo relativo a su derecho a recibir alimentos una vez terminada la relación jurídica con su respectiva pareja.

El amparo directo 19/2014 resolvió el asunto en cuestión en cuanto al tratamiento para fijar alimentos en caso de Sociedad de Convivencia y la inconstitucionalidad del artículo 21 de la Ley de Sociedad de Convivencia para la Ciudad de México. Se estimó fundado el primer concepto de violación esgrimido por el quejoso, ya que efectivamente el precepto citado, donde se fijaba la mitad del tiempo que haya durado la unión para fijar la pensión alimenticia, vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación. Por tanto, se concedió el amparo para efectos de que la autoridad responsable dejara insubsistente el acto reclamado y emitiera otra resolución en la que no aplicara el plazo de la subsistencia de la obligación alimentaria establecido en el artículo 21 de la Ley de Sociedad de Convivencia, sino que acudiera de manera supletoria —como la misma legislación lo establece— a las reglas sobre la subsistencia de la obligación alimentaria en el concubinato establecidas en el Código Civil. Así, la Corte declaró inconstitucional

33 Ídem, p. 34.

el plazo previsto en el artículo 21 para reclamar la pensión de los convivientes cuando se separen.

5. ¿La Sociedad de Convivencia, el Concubinato y el Matrimonio son instituciones que regulan situaciones análogas o notablemente similares?

La exposición de motivos de la ley expedida en el año 2006, reconoce que su propósito fue crear un medio para dotar de juridicidad a las relaciones entre parejas del mismo sexo, pero el legislador también permitió que las parejas heterosexuales e incluso dos personas que no tengan relaciones sexuales entre sí constituyan Sociedad de Convivencia[34].

El propósito de la primera Ley de Sociedad de Convivencia en la Ciudad de México, fue proteger a los hogares constituidos por parejas del mismo sexo, al reconocer explícitamente que las personas de orientación sexual diversa enfrentan situaciones de discriminación. Se estableció una definición más general, de forma tal que se protegiera también por esta vía a aquellas relaciones en las que no necesariamente existiera trato sexual, pero ello no puede constituir una razón para negar que, finalmente, el objeto del acto jurídico bilateral es la protección de las relaciones de pareja, basadas en la solidaridad humana, la comprensión mutua y el apego afectivo.

La Sociedad de Convivencia, igual que el matrimonio y el concubinato, constituye una institución cuya finalidad es proteger a la familia. Si bien cada institución tiene su normativa específica, las tres figuras comparten fines: vida en común, procuración de respeto y ayuda mutua entre los miembros del grupo familiar; por ello las constantes remisiones de la Ley de Sociedad de Convivencia a las regulaciones del concubinato y el matrimonio en el Código Civil.

Por todo lo anterior, la Sociedad de Convivencia, el Concubinato y el Matrimonio constituyen instituciones notablemente similares, aunque no idénticas, cuya finalidad es proteger relaciones de pareja, basadas en la solidaridad humana, la procuración de respeto y la colaboración.

El hecho de que la Sociedad de Convivencia, el Matrimonio y el Concubinato constituyan instituciones similares, no equivale a sostener que existe un derecho humano que obligue a regular idénticamente tales instituciones, ya que estas tienen sus particularidades de formalidad también sobre las obligaciones de alimentos y las relaciones patrimoniales que se constituyen en cada una. No obstante, el

34 En la exposición de motivos de dicha ley se explica: "Una de las mayores aportaciones de esta ley reside en reconocer los efectos jurídicos de aquellas relaciones en las que no necesariamente exista trato sexual, sino sólo el deseo de compartir una vida en común, basada en auténticos lazos de solidaridad humana, de comprensión mutua y apego afectivo".

derecho a la igualdad implica que no pueden permitirse diferencias de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares en los tipos de familia sea ésta a través del Matrimonio, el Concubinato o la Sociedad de Convivencia, objeto de estudio, sin que exista un ejercicio legislativo de motivación y justificación[35].

6. ¿Puede la duración de la pensión alimenticia provisional descontarse del plazo previsto para la subsistencia de la obligación alimentaria en la Sociedad de Convivencia?

Al concederse el amparo por la primera Sala de la Corte a fin de que no se aplicara el plazo previsto en el artículo 21 de la Ley de Sociedad de Convivencia para la Ciudad de México, el expediente se remitió a la Sala inferior responsable para que analizara el caudal probatorio para determinar las necesidades del acreedor y las posibilidades económicas del deudor, tal cual lo establece el artículo 311 del Código Civil, a fin de establecer lo conducente respecto de la subsistencia de la obligación alimentaria. El artículo señalado, a la letra dice:

Artículo 311: "Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente".

La naturaleza de la pensión alimenticia provisional corresponde a una medida cautelar, las cuales son una prioridad de orden público, de naturaleza urgente inaplazable, ya que tienen como objetivo asegurar la subsistencia de los acreedores mientras se resuelve el juicio respectivo; a diferencia de la pensión alimenticia definitiva que se otorga al dictarse la sentencia alimenticia. La pensión definitiva no está rodeada por las condiciones específicas de premura que caracterizan a la primera, debiendo fijarse atendiendo al cúmulo de pruebas que se hayan aportado durante el juicio para demostrar fehacientemente la necesidad del que requiere los alimentos y la posibilidad de quien debe proporcionarlos, teniendo en cuenta el entorno social en el que se desenvuelven tanto el acreedor como el deudor, por lo que si bien, el propósito de ambas determinaciones consiste en

35 *Cfr.* Tesis: 1a. CCCLXXVI/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I, p. 620, bajo el rubro: "Sociedad de convivencia, matrimonio y concubinato. El hecho de que constituyan instituciones similares cuya finalidad es proteger a la familia, no implica que deban regularse idénticamente".

lograr la manutención y subsistencia del acreedor alimentario, las decisiones sobre la pensión alimenticia provisional y, en su caso, la pensión alimenticia definitiva, se dictan en momentos procesales diversos, rigen o gobiernan en distintos lapsos, se componen de elementos diferentes, y son autónomas e independientes entre sí[36].

El concepto de alimentos, -según he señalado y lo ha fijado la Corte en varias sentencias- no sólo abarcan el poder cubrir las necesidades vitales o precarias del acreedor, sino el solventarle una vida decorosa, sin lujos, pero suficiente para desenvolverse en el status aludido, por ello es determinante el período probatorio para lo cual deberá atender a las pruebas aportadas y desahogadas en el curso del procedimiento, que no tuvo oportunidad de apreciar al fijar la pensión alimenticia provisional, de ahí que el juzgador no esté obligado a reiterar lo que resolvió en torno a la pensión alimenticia provisional cuando decida la definitiva[37]. De todo lo anterior, resulta claro que un tipo de pensión alimenticia no puede compensarse con la otra, pues la lógica a la que cada una obedece difiere cualitativamente.

7. ¿Los convivientes pueden adoptar?

En las Sociedades de Convivencia, la ley del Estado de Campeche, prohibía expresamente la posibilidad de adoptar. En estas condiciones la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche promovió una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 19 de la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia de Campeche[38], mismo que dispone:

"Los convivientes no podrán realizar adopciones en forma conjunta o individual. No podrán compartir o encomendar la patria potestad o guarda y custodia de los hijos menores del otro. Es nulo de pleno derecho cualquier pacto que contravenga esta disposición".

Conforme a lo que prevé el artículo 105 fracción II de la Constitución Federal de México, una de las autoridades legitimadas para ejercitar una acción de inconstitucionalidad, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, son los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República Mexicana, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas. Así, la Comisión de Derechos Humanos de Campeche fundó su acción bajo los siguientes argumentos:

36 *Cfr.* Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 85/2013, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, p. 398, bajo el rubro: "Pensión alimenticia provisional. El dictado de la sentencia que fija la definitiva, no actualiza la causal de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción xvi, de la ley de amparo, vigente hasta el 2 de abril de 2013" (legislación del estado de Veracruz).

37 *Cfr.* Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 44/2001, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo XIV, Agosto de 2001, p. 11.

38 Acción de inconstitucionalidad 8/2014 promovida por la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 11 de agosto de 2015.

"El artículo en cuestión produce efectos discriminatorios en quienes, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua para organizar su vida en común, establecen una Sociedad de Convivencia. Dicha condición no es razón justificada para excluirse del universo de quienes constitucionalmente tienen derechos a una adopción en forma conjunta o individual, así como compartir la patria potestad, guarda y custodia de los hijos menores de edad del otro conviviente.

El artículo es contrario a los artículos 1[39] y 4 de la Constitución Federal, así como los numerales 1[40] y 17[41] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto prohíbe a los convivientes encomendar la patria potestad, guarda y custodia de los hijos menores de edad de la persona con quien se encuentra unida en Sociedad Civil de Convivencia.

La promoviente señala además que, tratándose del derecho a adoptar, si bien los derechos de los menores de edad sujetos a adopción se encuentran en posición prevalente frente al interés del adoptante o adoptantes, lo anterior no se involucra en cuanto a la orientación sexual de una persona o de una pareja que lo degrade a considerarlo por sólo ese hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor de edad. Se coincide con este argumento, pues ciertamente en México se ha reconocido a la Sociedad de Convivencia como una forma de familia, por ello, prohibir adoptar a un integrante de una Sociedad Civil de Convivencia no es causa razonable para que a una persona se le degrade.

Una vez admitida la acción de inconstitucionalidad, se requirió a las autoridades que emitieron la norma impugnada para que emitieran sus informes correspondientes. De esta manera, el Consejero Jurídico del Gobernador del Estado de Campeche argumentó lo siguiente:

La promulgación y orden de publicación realizada por el Gobernador del Estado, en relación con el Decreto número 113, mediante el cual se publicó el artículo 19 de la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia del Estado de Campeche impugnado por la demandante, se hizo con apego a derecho.

39 Art. 1°, primer párrafo de la Constitución: En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

40 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), firmada en 1969 y publicada por México en el Diario Oficial de 7 de mayo de 1981. Artículo 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

41 Art. 17 de la CADH: La familia es elemento natural de la sociedad y debe ser protegido por la sociedad y el Estado.

Por su parte, el Poder Legislativo de Campeche sostuvo en su informe que la finalidad de la ley impugnada era regular la Sociedad de Convivencia de las personas jóvenes, adultos mayores y personas con discapacidad, que por alguna causa mayor, ingratitud o desapego familiar, se encuentren solas y desamparadas y por otra parte afirmó que la norma impugnada no pretendía modificar la institución de la adopción, sino que formaba parte de una ley especial para regular Sociedades de Convivencia, donde su contexto no puede ser interpretado de forma análoga al matrimonio o concubinato y, si bien pudiera presentar similitudes, persiguen fines diferentes, por lo que han de interpretarse atendiendo a sus respectivas finalidades.

En el caso de la Ley de Sociedades de Convivencia de Campeche, no permite formalizar esta figura jurídica a quienes se encuentren unidos en matrimonio, que vivan en un concubinato o que tengan otra Sociedad de Convivencia[42]. Dichas sociedades generan, asimismo, derechos alimentarios, sucesorios, de ejercicio de tutela y prevén las relaciones patrimoniales entre los convivientes, que son los siguientes[43]:

a) La escritura pública en la que se constituya la Sociedad Civil de Convivencia deberá contener los siguientes requisitos: I. El nombre de cada conviviente, edad, domicilio y estado civil, los nombres y domicilios de dos testigos mayores de edad, II. El lugar donde se establecerá el domicilio común. III. La manifestación expresa de los convivientes. IV. La forma en que los convivientes regularán la Sociedad Civil de Convivencia y sus relaciones patrimoniales. V. Las firmas de los convivientes y de los testigos.

b) En virtud de la Sociedad Civil de Convivencia se generará el deber recíproco de proporcionarse alimentos, a partir de la suscripción de ésta, aplicándose al efecto lo relativo a las reglas de alimentos contempladas en el Código Civil del Estado.

c) Entre los convivientes se generarán derechos sucesorios, los cuales estarán vigentes a partir del registro de la Sociedad Civil de Convivencia, aplicándose al efecto lo relativo a la sucesión legítima entre concubinos contemplada en nuestra legislación civil.

d) Cuando uno de los convivientes sea declarado en estado de interdicción, en términos de lo previsto por el Código Civil del estado de Campeche, el otro conviviente será llamado a desempeñar la tutela, siempre que hayan vivido juntos

42 *Cfr.* Art. 4 de la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia de Campeche. Por su parte, el artículo 20 dispone: La Sociedad Civil de Convivencia termina: (…) IV. Porque alguno de los conviventes contraiga matrimonio o establezca una relación de concubinato. (…)

43 Véase arts. 7, 13, 14, 15, 17 y 21 de la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia de Campeche.

por un periodo inmediato anterior a dos años a partir de que la Sociedad Civil de Convivencia se haya constituido, aplicándose al efecto las reglas en materia de tutela legítima entre cónyuges o sin que mediare este tiempo, cuando no exista quien pueda desempeñar legalmente dicha tutela.

En el ámbito judicial, la Suprema Corte de Justicia de la Nación observa que la Sociedad de Convivencia resulta semejante en los rasgos definitorios del matrimonio y del concubinato, en relación con la ayuda mutua, la permanencia y el domicilio común y que las sociedades generan también en sus efectos, en semejanza con las figuras referidas, derechos alimentarios, sucesorios, de ejercicio de tutela y además prevén reglas para las cuestiones patrimoniales de la pareja.[44]

Al resolverse la acción de inconstitucionalidad 8/2014,[45] se concluyó que el artículo 19 de la Ley de Sociedades de Convivencia de Campeche, al excluir a los convivientes de la posibilidad de ser considerados como adoptantes y de compartir la patria potestad con base en la categoría sospechosa[46] de estado civil, viola el principio de igualdad y no discriminación, la carga discriminatoria de la norma es evidente, pues la Sociedad Civil de Convivencia es el único estado civil en el Estado de Campeche que tiene prohibido adoptar y compartir la patria potestad. Cabe recordar que no toda diferencia en el trato hacia una persona o grupo de personas es discriminatoria, que la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, sino su utilización de forma injustificada, y que el escrutinio estricto de las distinciones basadas en las categorías sospechosas garantiza que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta, cuestión que no sucede con la norma referida.

Como ya se hizo referencia, se destaca que en el Estado de Campeche, a diferencia de otras leyes de Sociedad de Convivencia del país, se considera a la Sociedad Civil de Convivencia como un contrato civil que se define por: a) la unión de dos personas de diferente o del mismo sexo; b) la voluntad de permanencia; c) la ayuda mutua; d) la vida en común, y e) el domicilio en común.

44 Acción de inconstitucionalidad 8/2014, p. 14.

45 Tesis: P./J. 14/2016, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 5, bajo el rubro: "Adopción. El artículo 19 de la ley regulatoria de sociedades civiles de convivencia del estado de Campeche viola el principio de igualdad y no discriminación".

46 La razón de tener un catálogo de categorías sospechosas es resaltar de manera no limitativa que existen ciertas características o atributos en las personas que han sido históricamente tomadas en cuenta para categorizar, excluir, marginalizar y/o discriminar a quienes las tienen o a quienes han sido asociados con estos atributos o características. Así, por ejemplo, las categorías de sexo, raza, color, origen nacional, posición económica, opiniones políticas, o cualquier otra condición o situación social, han sido consideradas como las principales categorías sospechosas incluidas en los tratados internacionales y en diversas Constituciones. Al respecto véase Tesis: 1a. CCCXV/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, p. 1645, bajo el rubro: "Categorías sospechosas. La inclusión de nuevas formas de éstas en las constituciones y en la jurisprudencia atiende al carácter evolutivo de la interpretación de los derechos humanos".

De forma contraria a lo sostenido por la Consejería Jurídica del Estado de Campeche, el Poder Judicial afirmó al resolver la acción de inconstitucionalidad, que la Sociedad de Convivencia genera un estado civil distinto para los convivientes, pues no sólo tiene una finalidad, obligaciones y derechos similares al matrimonio y al concubinato, sino que, además, para acceder a éste es necesario no encontrarse en ninguno de los otros supuestos, y por otro lado, genera derechos y obligaciones que no se tienen en el estado civil de soltería.

El estado civil se define, en el sentido más estricto del concepto, como la situación personal del individuo, de si se encuentra solo o en pareja, y dentro de ésta última situación, si lo está de *iure* o de facto. El estado civil se encuentra relacionado estrechamente con la libertad personal, la dignidad y la libertad de pensamiento, y atiende a la decisión autónoma de entrar o no en una relación personal permanente –como se dijo, jurídica o de hecho– con otra persona, respecto de la cual se crean consecuencias, dependiendo de dicho estado[47].

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha destacado que el artículo 4º constitucional impone la obligación de proteger la organización y el desarrollo de la familia y ha agregado que este precepto debe entenderse como protector de la familia como realidad social y como concepto dinámico. Así se señaló en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010:

"en modo alguno, del artículo 4° de la Constitución se desprende que la Constitución proteja sólo un único modelo de familia *ideal* que, exclusivamente, tenga su origen en el matrimonio entre un hombre y una mujer ya que lo que mandata es la protección a la familia como tal, al ser indudablemente la base primaria de la sociedad, sea cual sea la forma en que se constituya, y esa protección es la que debe garantizar el legislador ordinario. Se advierten transformaciones sociales relevantes en cuanto a las relaciones entre dos personas y la familia. Así, existen muchas personas que deciden vivir una vida en común e, incluso, tener hijos, sin que deseen contraer matrimonio (uniones libres o de hecho), evolución que dio origen, por ejemplo, a las figuras, ya mencionadas, del concubinato o las Sociedades de Convivencia. También existen matrimonios heterosexuales que no desean tener hijos; otros que, por razones biológicas, no pueden tenerlos y que, en algunos casos, recurren a los avances médicos para lograrlo, mediante la utilización, por ejemplo, de donaciones de esperma y/o de óvulos, aunque no en todos los casos la ciencia ofrezca soluciones adecuadas; unos más que, aun cuando no tienen impedimento para procrear, optan por la adopción; otros tantos que se

47 *Cfr.* Amparo directo en revisión 597/2014

celebran entre personas que ya no están en edad fértil o entre personas que ya tenían descendencia y no desean tener una en común, etcétera[48].

De esta forma, el Poder Judicial señala que la Constitución tutela a la familia entendida como realidad social, lo cual se traduce en que esa protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones existentes en la sociedad, subrayando además que la Constitución protege todas las formas de familia y que no existe un modelo ideal[49]. En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos[50] ha establecido que el derecho de protección a la familia "conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

En el caso de la adopción, lo que exige el interés superior del menor es que la legislación aplicable permita delimitar el universo de posibles adoptantes, sobre la base de que ofrezcan las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo del menor establecidas en la ley, para que la autoridad evalúe y decida respecto de la que presente su mejor opción de vida. La figura civil de la adopción es el medio idóneo para satisfacer el derecho de todo niño y niña que, por alguna razón, no estén con su madre o padre biológicos o con ambos, de tener una familia que le procure asistencia, cuidado y amor, con todo lo que ello implica, como educación, vivienda, vestido, alimentos, entre otros derechos fundamentales.

El Estado mexicano salvaguarda el interés superior del menor en caso adopción a través del establecimiento en la ley de un sistema de adopción que garantice que el adoptado se desarrollará en un ambiente que represente su mejor opción de vida y, además que asegure que el juzgador, en cada caso concreto, para autorizar la adopción, valorará cuidadosamente la actualización de los supuestos normativos, allegándose de todos los elementos necesarios para el debido cumplimiento de este principio[51].

La norma impugnada sobre la Ley de Sociedades de Convivencia de Campeche limita de manera absoluta la posibilidad para que los convivientes puedan adoptar –solos o en pareja- lo cual tiene un impacto no sólo en ellos, sino en los menores de edad con posibilidad de ser adoptados, impidiendo a estos últimos ser parte de una familia conformada por convivientes. El Poder Judicial de la Federación consideró que la prohibición absoluta para ser considerado como adoptante por encontrarse en un tipo de unión civil no encuentra ninguna justificación

48 Acción de inconstitucionalidad 2/2010, resuelta en sesión de dieciséis de agosto de dos mil diez, párrafos 237, 240 y 243.

49 *Cfr.* Amparo en revisión 581/2012, Amparo en revisión 152/2013, Amparo en revisión 704/2014 y Amparo en revisión 263/2014.

50 *Cfr.* Corte IDH, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 116.

51 Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, párrafos 318, 325 y 327.

constitucional válida, e impide que los menores de edad sean parte de una familia constitucionalmente protegida y conformada por personas que serían idóneas para brindar una familia en donde aquéllos se desarrollen plenamente[52].

Se comparte el criterio del juez en el sentido de que la idoneidad de las personas para ser consideradas para adoptar debe atender a la posibilidad de brindar cuidado y protección al menor de edad, para incluirlo a una familia, y no puede atender, de manera alguna, a la pertenencia a un tipo de familia designada por un tipo de unión civil ni por cierta orientación sexual. Los convivientes en las sociedades deben ser considerados en igualdad de condiciones que cualquier otra persona con intención de adoptar que se encuentren en diferente estado civil (soltero, casado, en concubinato), cubriendo los requisitos de idoneidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que al impedir que niños, niñas y adolescentes sean adoptados por persona o personas que formen una Sociedad de Convivencia por el simple hecho de pertenecer a aquélla, se vulnera el derecho de los menores de edad para formar o integrarse a una familia; además, siempre que el adoptante o adoptantes cumplan con los requisitos de idoneidad, aún cuando pertenezca a una Sociedad de Convivencia, en modo alguno pone en riesgo por sí mismo, el interés superior del menor, puesto que cualquier persona en lo individual y cualquier pareja del mismo o distinto sexo deben ser considerados en igualdad de circunstancias como posibles adoptantes.

En el caso de Campeche, la Sociedad de Convivencia puede extinguirse por las siguientes causas:

a) Por mutuo acuerdo de los convivientes.

b. Por acto unilateral, mediante aviso indubitable o fehaciente de terminación de la Sociedad Civil de Convivencia, dado judicialmente o ante notario público.

c) Por el abandono del domicilio común de uno de los convivientes por más de tres meses, sin que haya causa justificada.

d) Porque alguno de los convivientes contraiga matrimonio o establezca una relación de concubinato.

e) La conducta de violencia familiar cometida por uno de los convivientes contra el otro.

f) Porque alguno de los convivientes haya actuado dolosamente al suscribir la Sociedad Civil de Convivencia.

52 Acción de inconstitucionalidad 8/2014, p. 23.

g) Por la defunción de alguno de los convivientes.

h) Por declaración de nulidad[53].

Al terminar la Sociedad de Convivencia, cualquiera de los convivientes tiene la obligación de dar aviso por escrito de este hecho a la autoridad registradora donde se encuentre el hogar común.

Cuando fallezca un conviviente, y éste haya sido titular del contrato de arrendamiento del inmueble en el que se encuentra establecido el hogar común, el sobreviviente quedará subrogado en los derechos y obligaciones de dicho contrato.

El año 2014, la Ciudad de México proporcionó el dato que se habían constituido un total de 836 Sociedades de Convivencia, de las cuales 770 estuvieron constituidas por parejas conformadas por personas del mismo sexo, frente a 66 parejas formadas por hombre y mujer[54].

En las leyes que regulan las Sociedades de Convivencia en México, todas reconocen a la misma como una familia que se conforman por dos personas de diferente o mismo sexo.

La regulación más importante a nuestro parecer es por ser la primera y por la gran extensión que protege con la misma es la Ley de Sociedad de Convivencia de la Ciudad de México, definiendo como tal, a ésta: acto jurídico bilateral que se constituye cuando dos personas físicas, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua[55].

Sin embargo este tipo de familia no ha proliferado en forma de leyes especiales porque en muchos estados del país se ha admitido el matrimonio igualitario como ha ocurrido en la Ciudad de México[56]. Es cierto que las leyes de Matrimonio, Concubinato y Sociedad de Convivencia son específicas y cada una con distintos requisitos de constitución, como el Concubinato que es una situación de hecho que implica derechos si se cumplen los años de convivencia establecidos en cada Código de Familia o Civil de cada entidad federativa.

53 Art. 20 de la Ley de Sociedad Civil de Campeche, artículo 17 de la Ley de Sociedad Civil de Ciudad México.

54 La información que se presenta está actualizada hasta diciembre de 2013. Consiste en un recopilado de dos solicitudes de información presentadas ante el Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales de la Ciudad de México.

55 Art. 2 de la Ley de Sociedad de Convivencia para la Ciudad de México de 2017.

56 Art. 146.- Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código.

En un breve estudio de derecho comparado, es interesante la normativa sobre las denominadas uniones de hecho, que son aproximadamente parecidas a las Sociedades de Convivencia, sin embargo explica De Verda, que ello no significa que en el ámbito de la Comunidad Valenciana, las uniones no inscritas sean inexistentes, si se prueba la existencia de una convivencia en la que concurren las notas de unidad, estabilidad y afectividad, aunque la unión de hecho no esté inscrita, cualquiera de sus miembros puede por ejemplo, pedir que se declare la existencia de una comunidad o sociedad irregular tácita entre ellos (sobre la vivienda o respecto al ejercicio de una actividad económica o profesional conjunta) o solicitar una indemnización con apoyo en el principio de prohibición del enriquecimiento injusto, siempre que se den los requisitos exigibles para ello[57].

V. CONCLUSIONES.

El Derecho de Familia en México ha logrado una autonomía dentro del Derecho Civil por cuanto no prima la autonomía de la voluntad en el primero, sino el interés social y de orden público y la protección de los derechos humanos, cuidando la no existencia de desigualdades por razón de raza, género, capacidad, nacionalidad, tal y como lo determina el artículo 1° de la Constitución mexicana.

En el nuevo concepto de familia se reconocen varios tipos de familia que superan el matrimonio tradicional y que naturalmente permanece, pudiendo ser en muchos casos según cada Estado, entre personas del mismo sexo, pero existen otras formas de familia. En México desde 1928 ha sido protegido el concubinato como una unión de hecho donde las personas se unen de forma libre y viven en común de forma estable, teniendo valor y consecuencias legales cuando uno de los concubinos decide terminar la relación o muere.

Esta forma de familia tiene consecuencias jurídicas tanto para el derecho de alimentos como para el derecho hereditario de la pareja sobreviviente. Las leyes de los estados de la República Mexicana varían en relación a los años que reconocen la unión una vez después de disuelta, entre uno a cinco años.

En cuanto a otra forma de familia, el sistema jurídico mexicano ampara la Sociedad de Convivencia, considerando ésta como un acto jurídico que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un domicilio común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, para organizar su vida en común. Existen pocas legislaciones estatales que han considerado esta forma de familia, sólo cinco, sin embargo, la jurisprudencia mexicana le ha reconocido las mismas consecuencias

57 De Verda y Beamonte, J. R.: "La Ley 5/2012 de 15 de octubre, de Uniones de Hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana" *Revista boliviana de derecho*, núm. 19, enero 2015, pp. 781 y 782

en cuanto a derecho de familia, como alimentos, adopción y derechos sucesorios que pueden tener el matrimonio y el concubinato, sin embargo, también nace con otro objetivo, distinto al matrimonio.

La Sociedad de Convivencia surge por un acto jurídico en sentido estricto, es decir un acto jurídico normativo donde la obligación alimentaria no puede ser objeto de transacción pues no es la autonomía de la voluntad la causa de su surgimiento, sino que está determinado por la ley. Las Sociedades de Convivencia a diferencia del concubinato deben quedar inscritas en el Registro o instancia oficial que fija cada norma para su existencia jurídica. A partir de ese momento se generan derechos de alimentos y sucesorios.

Las Sociedades de Convivencia según los criterios del Poder Judicial de la Federación en México, tienen la posibilidad para que los convivientes puedan adoptar, sea solos o en pareja, lo cual tiene un impacto no sólo en ellos, sino en los menores de edad con posibilidad de ser adoptados, permitiéndoles la posibilidad de ser parte de una familia conformada por convivientes.

Es cierto que estos tipos de familia tienen orígenes diferentes en cuanto a obligaciones que crean para las partes, pero a entender de esta autora, aún y a pesar de su existencia la misma no ha proliferado más en otros estados del país, por el reconocimiento del matrimonio y el concubinato entre personas del mismo sexo, en cuanto a sus efectos jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

De Verda y Beamonte, J. R.: "La Ley 5/2012 de 15 de octubre, de Uniones de Hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana" *Revista boliviana de derecho*, no. 19, enero 2015.

Oliva Gómez, E.: "El tránsito del concepto del derecho de familia al concepto de derecho de familias o derechos de las familias. Su construcción jurídica y cultural en el siglo XXI" en Llamas Pombo, E. (Coord.) *Congreso internacional de Derecho Civil*, Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Pérez Fuentes, G. M.: et al; *La maternidad subrogada*, Editorial Tirant lo Blanch 2017.

LEGISLACIÓN

Código Civil de Coahuila de Zaragoza, publicado en el Periódico Oficial el 25 de junio de 1999, última reforma publicada el 10 de mayo de 2019.

Código Civil de Tabasco, publicado en el periódico oficial del Estado el 9 de abril de 1997, última reforma publicada el 18 de mayo de 2019.

Código de Familia del Estado de Michoacán de Ocampo, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 30 de septiembre de 2015, última reforma publicada el 18 de agosto de 2017.

Código Civil para la Ciudad de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, última reforma publica el 27 de marzo de 2017.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 15 de mayo de 2019.

Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013, última reforma publicada el 15 de junio de 2018.

Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal (actualmente Ciudad de México) publicada en la Gaceta Oficial el dieciséis de noviembre de dos mil seis.

Ley de Sociedad de Convivencia para la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, el 24 de octubre de 2017.

Ley de Sociedades de Convivencia Solidaria para el Estado de Tlaxcala, decreto No. 309, publicado en el Periódico Oficial el 11 de enero de 2017.

Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia del Estado de Campeche, expedida por decreto número 113, publicada en el Periódico Oficial No. 5395, de fecha 27 de diciembre de 2013.

JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

Acción de inconstitucionalidad 2/2010, resuelta en sesión de dieciséis de agosto de dos mil diez.

Acción de inconstitucionalidad 8/2014 promovida por la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 11 de agosto de 2015.

Amparo directo en revisión 597/2014

Amparo en revisión 152/2013.

Amparo en revisión 263/2014.

Amparo en revisión 581/2012.

Amparo en revisión 704/2014.

Corte IDH, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242.

Juicio de amparo directo 19/2014, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante sentencia de 3 de septiembre de 2014.

Tesis 1a. CXXXVI/2014, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 5, abril de 2014, tomo I, p. 788.

Tesis de jurisprudencia: 1ª /J.44/2001, Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* tomo XIV, Agosto 2001, p. 11.

Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 83/2012, Décima Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1, p. 653.

Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 85/2013, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, p. 398.

Tesis: 1a. CCCLXXVI/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I, p. 620.

Tesis: 1a. CCCLXXVII/2014, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octubre de 2014, p. 596.

Tesis: 1a. CCCXV/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, p. 1645.

Tesis: 1a. CCCXVII/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, p. 1645.

Tesis: 1a. CLII/2007, Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVI, Julio de 2007, p. 262.

Tesis: P./J. 14/2016, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 5.

LA UNIÓN DE HECHO ESTABLE O UNIÓN CONCUBINARIA EN VENEZUELA

COMMON-LAW MARRIAGE OR CONSENSUAL UNION IN VENEZUELA

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 11, agosto 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 352-401

María
Candelaria
DOMÍNGUEZ
GUILLÉN

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: El artículo reseña la situación de la unión de hecho estable o unión concubinaria en el ordenamiento jurídico venezolano. Para ello se ofrece una breve noción del concubinato, así como su referencia en el Código Civil y en el texto constitucional de 1999. De igual manera se incluyen las decisiones más relevantes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la materia, así como el tratamiento de la figura en la Ley Orgánica de Registro Civil. Se trata de un tópico ampliamente tratado por la doctrina venezolana, particularmente a raíz de la constitucionalización de dicho instituto del Derecho de Familia.

PALABRAS CLAVE: Unión de hecho estable, unión concubinaria, concubinato, convivientes, vocación hereditaria, comunidad concubinaria, acción merodeclarativa, acta de registro, Constitución.

ABSTRACT: *The article outlines the situation of common-law marriage or consensual union under the Venezuelan legal system. To this end, it provides a brief description of cohabitation, as well as its reference in the Civil Code and the Constitution of 1999. In addition, it includes the most relevant case law of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice on the matter, along with its treatment under the Organic Law on the Civil Registry. It has been a topic extensively addressed by the Venezuelan doctrine, particularly due to the constitutional status given to such institution of Family Law.*

KEY WORDS: *Stable non-marital relationship, common-law marriage, consensual union, cohabitation, cohabitants, heirship, equal co-ownership, community of property, declaratory judgement action, civil-status records, Constitution.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA UNIÓN CONCUBINARIA.- III. EL CONCUBINATO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1982.- IV. LA UNIÓN DE HECHO ESTABLE EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 (ART. 77).- V. LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL N° 1682 DE 15-7-05.- VI. LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL N° 190 DE 28-2-08.- VII. LA LEY ORGÁNICA DE REGISTRO CIVIL (2009).- VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

La unión concubinaria en Venezuela presentaba una escasa regulación en el vigente Código Civil (CC) de 1982 específicamente mediante la figura de la comunidad concubinaria regulada en el artículo 767. La doctrina refirió en su momento los requisitos y efectos de dicha unión. La Constitución de 1999 en su artículo 77 le concedió a la unión de hecho estable entre un hombre y una mujer, los mismos efectos que el matrimonio. La norma no pasó desapercibida en la doctrina venezolana generando polémica en cuanto a la equiparación de los efectos con el instituto matrimonial. Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia interpretó el alcance del citado artículo constitucional mediante la sentencia 1682/2005, la cual también generó reacciones por parte de los estudiosos del tema. La misma Sala en sentencia 190/2008 indicó que la citada norma constitucional solo aplica a uniones de hecho entre un hombre y una mujer (no a uniones homosexuales). Posteriormente, la Ley Orgánica de Registro Civil de 2009 en los artículos 117 al 122 reguló lo relativo al registro de dicha unión con eficacia probatoria, amén del respectivo Reglamento de 2013. La sentencia 767/2015 de la referida Sala Constitucional señaló el valor probatorio del acta de registro civil de unión estable de hecho resaltando en principio su carácter de auténtico. En 2016 una decisión aislada de dicha Sala a propósito de la fertilización artificial, reseñó la posibilidad de familias homoparentales. Pero a la fecha no apreciamos una ley especial que regule la materia, de allí la importancia de sistematizar las referencias citadas a los fines de mostrar la situación de la unión de hecho estable en el ordenamiento jurídico venezolano. Ello es lo que proponemos en las siguientes líneas.

II. LA UNIÓN CONCUBINARIA.

Un rasgo destacado en relación con la pluralidad familiar, fue la reclamación del reconocimiento público para ciertas formas familiares que antes se desarrollaban

• María Candelaria Domínguez Guillén
Profesora Titular de Derecho Civil I Personas y Derecho Civil III, Obligaciones. Universidad Central de Venezuela.
Correo electrónico: mariacandela1970@gmail.com

en la clandestinidad o se toleraban en sectores marginales. En dicho proceso de legitimación y pluralización de modelos familiares surgió la unión de hecho estable o unión extramatrimonial[1]. La revalorización de la unión de hecho y su protección jurídica constituye una realidad[2]. Actualmente resultan aislados los pronunciamientos en contra de una institución que se impuso por la fuerza de las circunstancias familiares[3], aunque otrora se llegó incluso a considerársela inmoral[4]. Pero hoy en día, la unión de hecho estable o unión concubinaria constituye una de las "instituciones" familiares más importantes del Derecho de Familia a la par del matrimonio y la filiación. Cada día son más las parejas que sin medir las consecuencias jurídicas en juego, comienzan espontáneamente a convivir en una unión similar al matrimonio[5].

El legislador no pretende dar una definición de concubinato; esta es una tarea que compete a la doctrina de jueces y de autores[6]. El concubinato[7] o unión concubinaria, también denominada a raíz de la Constitución de 1999

1 Lázaro González, I.: *Las uniones de hecho en el Derecho Internacional Privado Español*, Universidad Pontificia Comillas/Tecnos, Madrid, 1999, p. 39.

2 *Vid.* Vega Mere, Y.: "La protección constitucional de la unión de hecho en el Perú", *Derecho Familiar Constitucional* (coord. por L. Pérez Gallardo, C. Villabella y G. Molina), Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016, pp. 238-277.

3 *Vid.* Vieyra Mondragón, G.: "Efectos que produce el matrimonio (primera parte)", *Revista de la E.L de D. de Puebla*, núm. 3, 2000, p. 77: la unión del hombre y la mujer sin matrimonio es reprobada por el derecho y degradada a concubinato; Moreno Mocholi, M.: *El Concubinato,* Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1951, p. 23: el concubinato en todas sus formas y circunstancias sin distingos suponen la oposición y rechazo más concluyente a la sagrada institución del matrimonio, revestida de excelsa dignidad; González Fuenmayor, M. E.: "Comunidad concubinaria. Invenciones y mejoras: regulación en el campo del derecho civil y en el campo del derecho del trabajo", *Studia Iuris Civilis. Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster*, Colección Libros Homenaje, núm. 16 (ed. por F. Parra Aranguren), TSJ, Caracas, 2004, p. 301: "El concubinato intenta reivindicarse hasta en lo idiomático y adopta hoy, con mucha frecuencia, el rótulo de 'unión libre', e incluso se intenta equipararla con el matrimonio legítimo, o sea, la situación de hecho con la de derecho. La seguridad y estabilidad de una institución, cual es la del matrimonio, no pueden parangonarse jurídicamente con la versatilidad y fragilidad vincular que caracterizan a la unión libre. Fundada ésta más en los impulsos sexuales transitorios".

4 *Vid.* respecto a España: Cerdeira, G.: "Matrimonio y Constitución: su interpretación evolutiva", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10, IDIBE, Feb. 2019, p. 437: en la década de los años 90, cuando, por interpretación evolutiva de la Constitución, el propio TC entiende como legítimas a las uniones de hecho, no casadas. Antes de la actual Constitución española, la diferencia entre estas parejas y el matrimonio se cifraba en la inmoralidad de aquellas uniones frente a la licitud exclusiva de la unión matrimonial (según se decía, entre otras, en las SSTS 16 octubre 1906, 8 marzo 1918 y 2 abril 1941). En cambio, tras la Constitución, nuestro propio TC en multitud de sentencias considerará que el matrimonio no es ya la única vía legal, ni lícita para la cohabitación y la procreación. Equiparada por exigencias de igualdad.

5 Domínguez Guillén, M.C (prólogo) en: Espinoza Melet, M.A.: *La acción merodeclarativa y su importancia en materia de concubinato,* Ediciones Olejnik, Edición al cuidado de C.A. Agurto Gonzáles, S. L. Quequejana Mamani y B. Choque Cuenca, Argentina, 2018, p. 13; Domínguez Guillén, M. C.: *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*, Colección Estudios, núm. 2, CENLAE, Caracas, 2019, p. 257. *Vid.* resumen de algunas de las ideas aquí plasmadas en este último (ibid., pp. 257-267).

6 Bossert, G A.: *Régimen jurídico del concubinato,* Astrea, 4ª ed., 1ª ed., Buenos Aires, 1999, p. 31.

7 *Vid.* señalando que en Argentina se reemplaza la expresión "concubinato" por "uniones convivenciales", toda vez que sobre el primero "giraba una mirada peyorativa": Herrera, M.: "El Derecho Constitucional-Convencional de Familia. La experiencia argentina en el Código Civil y Comercial", *Derecho Familiar Constitucional* (coord. por L. Pérez Gallardo, C. Villabella y G. Molina), Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016, p. 318.

"unión de hecho estable", constituye según la doctrina venezolana[8], una unión estable semejante al matrimonio entre un hombre y una mujer que no presenten impedimento para casarse[9]. Esto último se infería del citado artículo 767 del Código Civil que descarta la comunidad concubinaria si "uno de ellos está casado".

Se presenta así el concubinato como una unión de hecho estable entre una mujer y un hombre que en forma similar a la unión matrimonial[10] -pero de manera

8 *Vid.* Espinoza Melet, M.A.: *La acción,* cit., pp. 73-131; Perera Planas, N.: *El Concubinato*, Ediciones EPA, Maracay, 1983; Pernía, H.A.: *El concubinato venezolano: liquidación de la sociedad de gananciales de la comunidad concubinaria,* Paredes Editores, Mérida, 1988; Bocaranda Espinoza, J. J.: *La comunidad concubinaria en el nuevo Código Civil 1982,* Tipografía Principios, Caracas, 1983, pp. 78 y ss.; Bocaranda Espinoza, J.J.: *La Comunidad Concubinaria, Aspectos Sustantivos y Procedimentales,* Trabajo de ascenso presentado para optar a la categoría de profesor *asistente*, UCV, Caracas, 1995; Ramos Sojo, C. J.: "La situación de las parejas no casadas en el ordenamiento jurídico venezolano", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 66, UCV, 1987, pp. 219-240: Ramos sojo, C. J.: "Situaciones de Hecho. Consideraciones sobre la recepción del hecho en el Derecho de Familia Venezolano", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 85, UCV, 1992, pp. 335-415; González Fernández, A. E.: *El Concubinato (Texto actualizado según Constitución de 1999),* Buchivacoa, Caracas, 1999; Bernad Mainar, R.: "Efectos Jurídicos Civiles de las uniones de hecho", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 56, UCAB, 2001, pp. 119-136; Roa, F.: "Efectos jurídicos del concubinato", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia*, núm. 71, 1994, pp. 85-97 (también en: *Revista Tachirense de Derecho*, núm. 5-6, Universidad Católica del Táchira, enero-diciembre 1994, pp. 90-99); Morales, G.: "Las uniones estables de hecho en la doctrina y en el Derecho Comparado"*, VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Homenaje a Margelys Guevara Velásquez y Carmen Isolina Ford Alemán*, UCAB, Caracas, 2006, pp. 131-180; Cornieles, C.: "Algunas ideas para la regulación de las uniones estables de hecho", *VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Homenaje a Margelys Guevara Velásquez y Carmen Isolina Ford Alemán*, UCAB, Caracas, 2006, pp. 213-224; D´Jesús, A.: "El concubinato y la unión no matrimonial en el prisma del Código Civil venezolano", *Anuario de Derecho de la Universidad de los Andes*, núm. 22, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Investigaciones Jurídicas, Mérida, 2000, pp. 11-22; Acosta Vásquez, L. A.: "El nuevo concubinato en Venezuela", *Cuestiones Jurídicas*, núm. 1, Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad Rafael Urdaneta, Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y Sociales, Escuela de Derecho, Maracaibo, enero-julio 2007, pp. 9-28; Sánchez Pérez, T. y T. Lageyre Ramos: "Las uniones matrimoniales de hecho: ¿una alternativa al matrimonio tradicional?", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 59, UCAB, Caracas, 2004, pp. 285-300; Vegas Rolando, N.: "Relaciones económicas derivadas de las relaciones de hecho", *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994*, Publicidad Gráfica León S.R.L., Caracas, 1996, T. II, pp. 797-809; González, O.G: "Convivencia matrimonial y marital*", I Congreso Venezolano de Derecho de Familia, Mérida del 4 al 7 de noviembre de 1997,* Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Asociación Venezolana de Derecho de Familia y Menores, 1999, pp. 111-122.

9 *Vid.* Perera Planas, N.: *El concubinato*, cit., p. 23: el concubinato es aquella unión entre un hombre y una mujer, sin impedimento para casarse, que viven interna y externamente en apariencia de matrimonio, en forma permanente; D´Jesús, A.: *Lecciones de Derecho de Familia*, Paredes, Caracas, 1991, p. 157: el concubinato es un hecho jurídico *sui generis*, libre, permanente en que la pareja se desenvuelve a modo de cónyuges pues habitan en común y tienen una comunidad de vida; Sojo Bianco, R.: *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*, Mobil Libros, Caracas, 1990, pp. 187-191; Espinoza Melet, M.A.: *La acción,* cit., p. 75: el concubinato es la unión de hecho estable, espontánea, libre y natural, pública y notoria, entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, realizan juntos una vida común o marital en igualdad de condiciones al matrimonio; D'Jesús, A.: "El concubinato", cit., p. 14: se requiere que tales uniones estén libres de impedimentos legales. *Vid.* igualmente reseñando la ausencia de impedimento matrimonial: Vega Mere, Y.: "La protección", cit., p. 256, cita artículo 9 de la Constitución peruana de 1979: "La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable". La Constitucion de 1993 en su artículo 4 protege la familia y promueve el matrimonio, aunque en materia de protección patrimonial de unión de hecho, sigue su antecesora (ibid., pp. 258 y 259).

10 *Vid.* Serrano Alonso, E. (dir. y coord.) y otros: *Manual de Derecho de Familia*, Edisofer SL, 2ª ed., Madrid, 2007, p. 135: supone una pareja que convive en forma idéntica a una pareja casada pero sin haber contraído matrimonio; Belluscio, A.C.: *Manual de Derecho de Famili,* Astrea, 7ª ed., Buenos Aires, 2002, p. 503: situación de hecho en que se encuentran dos personas de distinto sexo que hacen vida marital sin estar unidos en matrimonio; De Freitas De Gouveia, E.: "La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2013, p. 127: unión voluntaria y espontánea entre dos personas de diferente sexo para hacer una comunidad de vida.

espontánea- hacen una comunidad de vida. De lo anterior, la doctrina reseñó los requisitos o caracteres de la figura. Ha de tratarse de una unión fáctica o de hecho entre un "solo hombre" y "una sola mujer" (singularidad y heterosexualidad); se precisa "estabilidad" por lo que se excluyen uniones casuales o eventuales; los convivientes han de propiciarse el trato recíproco de marido y mujer; ninguno de los concubinos ha de estar casado (o presentar otro impedimento matrimonial); y finalmente, debe configurar una unión "espontánea" y "libre"[11].

Se trata así de una figura antiguamente criticada y modernamente elevada a la categoría de "institución" de Derecho de Familia[12].

III. EL CONCUBINATO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1982.

En general se ha admitido la reclamación patrimonial entre convivientes[13]. Según el Código Civil venezolano, cuya última reforma data de 1982, el efecto fundamental del concubinato es la existencia de una comunidad concubinaria[14], a saber, una comunidad de bienes, semejante a la del matrimonio. El artículo 767 del CC dispone: "Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer o el hombre en su caso, demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado, aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción sólo surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado". Dicha norma introdujo el principio de igualdad en materia patrimonial entre convivientes[15].

11 *Vid.* nuestro trabajo: "Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999", *Revista de Derecho*, núm. 17, TSJ, Caracas, 2005 (abril), pp. 215-247, especialmente pp. 218-221 (también en: *Manual de Derecho de Familia*, Paredes, 2ª ed., Caracas, 2014, pp. 415-447, especialmente pp. 415-420); Espinoza Melet, M.A.: *La acción,* cit., pp. 76-84. *Vid.* reseñando las características de permanente, estable y "libre": Hurtado Cárdenas, E. de J.: *Propuesta para la creación del régimen de bienes entre concubinos,* Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá D.E., 1988, p. 37; Bossert, G A.: *Régimen jurídico,* cit., p. 32: una unión contraída libremente y que puede ser también libremente disuelta; D' Jesús, A.: *Lecciones de*, cit., p. 157, "libre": Salas, A.: "La unión libre y sus regimen económico", *Obligaciones, Contratos y otros Ensayos*, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 469: la unión libre es el estado de un hombre y una mujer que viven juntos maritalmente sin que las formalidades del matrimonio haya legalizado su unión"(cita a Barral); Freitas De Gouveia, E.: "La autonomía", cit., p. 127: supone una voluntad o intención reflejada espontáneamente en hechos.

12 Cantero Núñez, F. J. y otros: *Instituciones de Derecho Privado. Tomo IV. Familia. Vol.* I. Civitas / Consejo General del Notariado, Madrid, 2001, p. 271.

13 Rivero de Arhancet, M.: "Protección de la familia en el Derecho Uruguayo desde un enfoque constitucional", Derecho Familiar Constitucional, (coord. por L. Pérez Gallardo, C. Villabella y G. Molina), Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016, p. 95.

14 *Vid.* López Herrera, F.: "Consideraciones sobre algunos aspectos del régimen de la comunidad concubinaria: doctrina y jurisprudencia", *Estudios de Derecho de Familia,* UCAB, Caracas, 2001, pp. 89-115; López Herrera, F.: "La comunidad concubinaria. Doctrina y jurisprudencia", *Libro Homenaje a las X Jornadas "Dr. José Santiago Núñez Aristimuño" Maturín-Edo.Monagas*, Vadell Hermanos Editores/Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Valencia-Venezuela-Caracas, 2000, pp. 67-78; González Fuenmayor, M. E.: "Comunidad concubinaria", cit., pp. 299-366.

15 D´Jesús, A.: "El concubinato", cit., p. 14.

Por su parte, el Código Civil de 1942 en su artículo 767 establecía una presunción de comunidad concubinaria pero obligaba a la concubina a probar su aporte a la comunidad[16]. La norma vigente, consagra acertadamente la presunción de comunidad concubinaria sin distinción de género, a la vez que no exige la prueba de la contribución a la formación del patrimonio común. Dicha comunidad, al igual que la conyugal[17], solo precisa de la prueba de la unión y su tiempo de vigencia por lo que en modo alguno se requiere acreditar que el trabajo ha contribuido al aumento del caudal común[18]. Así pues, son comunes de por mitad las ganancias o bienes habidos en la comunidad concubinaria. Y se admite que se apliquen en esta materia por analogía las normas correspondientes a la comunidad conyugal, por responder a la misma razón y sentido[19]. En línea semejante, se orienta la Constitución de Perú[20]. Distinta resulta la orientación en España, según De Verda y Beamonte[21], en que a falta de acuerdo se acude a la figura de la prohibición de enriquecimiento sin causa[22], que en Venezuela hemos sugerido excepcionalmente

16 El artículo 767 del Código Civil de 1942 disponía: "Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial cuando la mujer demuestra que ha vivido permanentemente en tal estado y ha contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre, aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan documentados a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción solamente surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre ellos y los herederos del otro, salvo el caso del adulterio." *Vid.* sobre el régimen concubinario en la normativa del Código Civil de 1942: Tovar Lange, S.: *El cuasicontrato de comunidad en el concubinato según la legislación venezolana,* Ediciones EDIME, Madrid-Caracas, 1951; LLinasvega, J.: *Teoría del Derecho conculcado en el régimen patrimonial de la comunidad concubinaria,* Instituciones Jurídicas Venezolanas, núm. 1, Gráfica Americana C.A., Caracas, 1967; Espinoza Melet, M.A.*: La acción,* cit., pp. 73-75.

17 *Vid.* sobre la comunidad conyugal CC, artículos 148 y siguientes.

18 *Vid.* AMCSCMT3, Sent. 30-11-99, Jurisprudencia Ramírez y Garay (J.R.G.), T. 159, pp. 25-27; TSJ/Cas., Sent. 15-11-00, J.R.G., T. 170, pp. 405 y 406, no se exige ahora probar que el trabajo de la mujer fue fructífero o beneficioso como lo exigía alguna jurisprudencia consolidada antes de la reforma parcial del Código Civil llevada a cabo en el año de 1982, no sólo porque tal interpretación destruiría la presunción con que se quiso defender a la mujer sino que además se colocaría en situación de inferioridad, de desigualdad frente al hombre, cuyo trabajo se supone siempre más lucrativo (ibid., p. 406).

19 *Vid.* en este sentido: TSJ/SConst., sent. 1682/2005, "Se trata de una comunidad de bienes que se rige, debido a la equiparación, que es posible en esta materia, por las normas del régimen patrimonial-matrimonial"; López Herrera, F.: "*Consideraciones sobre",* cit., p. 111; Bernad Mainar, R.: "Efectos jurídicos", cit., p. 128: se actúa con arreglo a las normas de la comunidad conyugal. *Vid.*, sin embargo: Ramos Sojo, C.: "La situación", cit., p. 228: pero no le es aplicable el último aparte del artículo 173 CC, que prohíbe cualquier disolución voluntaria mientras dure el matrimonio.

20 *Vid.* Vega Mere, Y.: "La protección", cit., p. 256, citada supra.

21 *Vid.* De Verda y Beamonte, J. R.: "Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica español", *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di S. Landini e M. Palazzo, *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, Rivista semestrale, 2018-1, p. 402: hay que resaltar que la jurisprudencia es constante al afirmar que, dado que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades equivalentes (no hay identidad de razón entre ellos), es improcedente aplicar analógicamente a estas últimas las normas de la sociedad de gananciales, en particular, el art. 1344 c.c., conforme al cual los cónyuges hacen comunes las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse la sociedad.

22 *Vid.* Ibid., pp. 404 y 419: el fin de reparar el perjuicio del conviviente empobrecido, me parece más pertinente, acudir, directamente, al principio general de prohibición de enriquecimiento injusto…Es, en efecto, habitual que la jurisprudencia recurra a dicho principio general, con el fin de proteger al perjudicado por la ruptura de la unión de hecho cuando los convivientes, expresa o tácitamente, no constituyeron una comunidad de bienes o una sociedad. *Vid.* también: Fariña Fariña, R.: "Algunas consideraciones sobre la aplicación del enriquecimiento sin causa para resolver controversias patrimoniales entre convivientes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, bis (extraordinario), IDIBE, julio 2018, pp. 275-288.

en caso de capitulaciones matrimoniales que constituyan una separación de bienes, no obstante las limitaciones de la acción "in rem verso"[23].

La citada norma del CC descarta la comunidad concubinaria cuando uno de los convivientes está casado, pues según indicamos, ello es inherente en principio, a la figura en estudio. Bocaranda Espinoza –con anterioridad a la Constitución vigente- consideró injusta tal exigencia en un medio social como el venezolano, por lo que admitió por razones de justicia la posibilidad de una comunidad concubinaria aunque uno de los concubinos esté casado[24]. Aspecto que la sentencia líder sobre la materia (1682/2005), según veremos, solo acepta en caso de concubinato "putativo", por lo que el asunto pareciera más bien poder resolverse por vía de la comunidad ordinaria o sobre bienes determinados[25].

El concubinato previsto en el citado artículo del CC es el que considera la Sala Constitucional del Máximo tribunal en la decisión 1682/2005 (infra V) a los efectos de llenar los requisitos correspondientes: "El concubinato es un concepto jurídico, contemplado en el artículo 767 del Código Civil, y tiene como característica –que emana del propio Código Civil- el que se trata de una unión no matrimonial (en el sentido de que no se han llenado las formalidades legales del matrimonio) entre un hombre y una mujer solteros, la cual está signada por la permanencia de la vida

23 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C.: "Las capitulaciones matrimoniales: expresión del principio de la autonomía de la voluntad", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 5, Edición Homenaje a Fernando Ignacio Parra Aranguren, Caracas, 2015, pp. 361-372; Varela Cáceres, E. L. y M. C. Domínguez Guillén: "La pensión compensatoria en el Derecho venezolano: Escasa aproximación legislativa*", Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 bis, IDIBE, 2015, p. 184. *Vid.* sobre las limitaciones de la acción in rem verso: Domínguez Guillén, M. C.: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, Revista Venezolana de Legislación y jurisprudencia, Caracas, 2017, pp. 631-633.

24 *Vid.* en este sentido: Bocaranda, J.: *La Comunidad Concubinaria, Aspectos,* cit., pp. 38-40: el autor sostenía la posibilidad de la existencia de la comunidad concubinaria no obstante el estado de casado de alguno de los convivientes; señalaba que en casos de interferencia extramatrimonial el Juez debe buscar una solución de equidad. (ibid., pp. 39 y 40).

25 Pensamos que en tales casos sería posible admitir la existencia de una *comunidad ordinaria* o una sociedad, porque ésta simplemente responde a la idea de un aporte común (que puede ser en dinero o en esfuerzo) a los fines de lograr un fin, también común. Sería absolutamente injusto pretender la inexistencia de dicha comunidad ordinaria en función del estado civil de uno de los socios o comuneros. Si dos personas al margen de su estado civil y del entorno de su situación unen sus esfuerzos personales y económicos con un fin común ello responde al sentido de la comunidad o sociedad, independientemente de la forma que se asuma. Comentaba Alirio Abreu Burelli en unas Jornadas (El Juicio de Partición de Bienes, Caracas 20 al 23 de abril 1992, Instituto de Práctica Jurídica), que eso era tanto como decir que cuando se pretendan dividir las ganancias de una sociedad conformada por ejemplo por un escritorio jurídico o bufete integrado por hombre y mujer, se pretendiera desconocer la existencia de dicha comunidad porque uno de ellos está casado. De allí que era perfectamente posible admitir la validez y existencia de una comunidad ordinaria o sociedad. *Vid.* también: López Herrera, F.: "Consideraciones sobre", cit., p. 105: la comunidad concubinaria descarta el concubinato adulterino pero "nadie discute que siempre y en todo caso, independientemente de que exista o no una situación de concubinato o de que éste, en caso de existir, sea adulterino, toda persona tiene el derecho de ejercer las acciones que legalmente le correspondan, civiles, mercantiles o laborales, a los fines de que el respectivo deudor –sea quien fuere- le reconozca y satisfaga el producto del trabajo que ella haya efectuado para él." Bernad Mainar, R.: "Efectos jurídicos", cit., p. 129: ello no impide que se pueda afirmar en supuestos específicos que ha existido una sociedad particular sobre determinados bienes que han sido gestionados en común o se han ostentado en común durante la convivencia. Incluso no sería descartable el concepto de sociedad mercantil, aunque fuera de naturaleza irregular, puesto que, por consecuencia del esfuerzo mutuo, en actividades comerciales coincidentes se ha generado un patrimonio común.

en común (la soltería viene a resultar un elemento decisivo en la calificación del concubinato, tal como se desprende del artículo 767 de Código Civil"….

IV. LA UNIÓN DE HECHO ESTABLE EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999.

El artículo 77 de la Constitución de 1999 dispone: "Se protege el matrimonio, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y obligaciones de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio". Quizás una de las innovaciones más importantes que contiene la Constitución de la República Bolivarana de Venezuela en materia de instituciones familiares es la protección de las uniones estables de hecho[26].

La Carta fundamental venezolana constitucionalizó la unión de hecho estable pues incorporó dicha institución civil en forma expresa al texto fundamental otorgándole los mismos efectos que el matrimonio de cumplir con los requisitos respectivos, concediéndole con ello una protección reforzada e impidiendo que la figura pudiera ser suprimida o limitada en sus efectos por vía legislativa. Se trata de un supuesto característico de "constitucionalización en sentido propio"[27], pues también se alude a una constitucionalización en sentido impropio que viene dada por la interpretación de las instituciones civiles a tono con la Carta Magna[28]. Ello sin perjuicio de la doctrina foránea aluda a la constitucionalización de la figura por vía de la jurisprudencia[29].

Con base a la citada norma constitucional, la doctrina y alguna decisión judicial precisó los requisitos[30] de la unión de hecho estable[31], que indicamos supra[32], así como sus efectos fundamentales tales como la comunidad concubinaria[33], la

26 Cornieles, C.: "Algunas ideas", cit., p. 213.

27 *Vid.* nuestros trabajos: *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*, EJV-Cidep, Caracas, 2018, pp. 125-128, 170-172; "Notas sobre la constitucionalización del Derecho Civil en Venezuela", *Jurisprudencia Argentina*, núm. 13, Buenos Aires, 2018, pp. 12-35; "Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil Venezolano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10, IDIBE, Feb. 2019, pp. 52-91. *Vid.* también sobre la constitucionalización de la figura en Perú: Vega Mere, Y.: "La protección", cit., pp. 251-277.

28 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: "Notas sobre", cit., pp. 12-35.

29 *Vid.* sobre Colombia: Hernández-Mendible, V. R.: "La constitucionalización de la unión marital de hecho a través de la jurisprudencia", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 10-III, edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, pp. 913-956.

30 *Vid.* Raffalli A., J. M.: "La protección de la familia en la Constitución de 1999", *Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Colección Libros Homenaje, núm. 14 (ed. por F. Parra Aranguren), TSJ, Caracas, 2004, Vol. II, p. 369: la equiparación con el matrimonio no es automática, sino que precisa ciertos requisitos.

31 *Vid.* entre otros: González Fernández, A. E.: *El Concubinato,* cit., in totum: Domínguez Guillén, M. C.: "Las uniones", cit., pp. 215-247 (también en: *Manual de Derecho de Familia*, cit., pp. 415-447).

32 *Vid.* supra, núm. II.

33 *Vid.* Bocaranda Espinoza, J.J.: *La Comunidad concubinaria ante la Constitución Venezolana de 1.999: El amparo constitucional declarativo,* Principios-Vigencia, Caracas, 2001.

vocación hereditaria[34], la obligación de alimentos[35], la posibilidad de acudir a la reproducción asistida y a la indemnización por daño moral en caso de muerte del conviviente[36]. Indicamos que luce posible predicar una suerte de noción semejante a la del "domicilio conyugal" que pudiéramos denominar "*domicilio concubinario*"[37] el cual determinaría el domicilio legal del menor de edad no emancipado si los progenitores que ejercen conjuntamente la patria potestad y la custodia, tuvieran un domicilio general voluntario distinto (siguiendo el sentido del artículo 33 del Código Civil)[38].

Algunos de los anteriores efectos fueron referidos por la sentencia 1682/2005 de la Sala Constitucional que veremos de seguidas. De tal suerte, que sin perjuicio de que la institutución en estudio sea desarrollada legislativamente, ello no es óbice, para su procedencia dado el carácter ejecutivo o no programático de las normas constitucionales[39]. La Constitución constituye un cuerpo normativo o una

34 *Vid.* Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. de 24-6-04, Exp. N° 26.759, Acción Merodeclarativa (revisada en original): Como quiera que la parte actora también solicitó que se le declarara como única y universal heredera de su concubino..., el Juzgado al respecto observa: El artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece: '...Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio...' A criterio de este Juzgado, la norma transcrita no ha limitado ni especificado los efectos del matrimonio que el concubinato produzca, y por ello no le es dado a este órgano jurisdiccional interpretar restrictivamente dicha norma jurídica, como tampoco es procedente ese tipo de interpretación cuando de derechos de los particulares se trata. Por esa razón, los efectos que producirá el concubinato habrán de ser efectos personales y patrimoniales similares a los del matrimonio, entre los cuales se encuentra la vocación hereditaria del cónyuge, y en este caso, de la concubina.No obsta, para quien suscribe el presente fallo, que entre los concubinos herede el sobreviviente, pues si bien para este Tribunal ninguna situación de hecho podrá generar mayor certeza y seguridad que el matrimonio, es innegable que los concubinos – aparte del vínculo legal que si une a los cónyuges- no tienen nexos de consaguinidad, sino de afinidad, establecen un hogar común, procrean hijos y comparten un patrimonio. *No aplica este Juzgado restricción legal alguna al respecto, pues la jerarquía de la norma constitucional, aunada a su condición de ley más reciente, derogan cualquier disposición que colida con ella*; Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, Sent. 21-9-04, Exp. 2343, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/1179-21-2343-.html "De conformidad con el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se declara que ese concubinato produce los mismos efectos del matrimonio, es decir, que la concubina es heredera del ciudadano…".

35 *Vid.* Hernández de Sojo-Bianco, M.: "El derecho de los concubinos a heredarse, según el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", *Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley,* Colección Libros Homenaje, núm. 14 (ed. por F. Parra Aranguren), TSJ, Caracas, 2004, Vol. I, p. 708, considera extensible la comunidad concubinaria y alimentos, mas no los sucesorios – a pesar del título del trabajo- porque sería asimilar las uniones de hecho al matrimonio.

36 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: "Las uniones", cit., pp. 229-245.

37 Con una idea semejante a la que inspira el artículo 754 del Código de Procedimiento Civil, siendo en consecuencia, el lugar donde los concubinos ejercen los deberes y derechos derivados de su estado.

38 Que prevé: "… si los padres tienen domicilios distintos, el domicilio conyugal determinará el del menor"; Domínguez Guillén, M.C.: "La sede jurídica", *Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Colección Libros Homenaje, núm. 14 (ed. por F. Parra Aranguren), TSJ, Caracas, 2004, T. I, p. 476.

39 *Vid.* García de Enterría, E.: *La constitución como norma y el tribunal constitucional,* Civitas, 3ª ed., Madrid, 2001, *in totum*; Arce y Flórez-Valdés, J.: "Incidencia de la Constitución española en el Derecho Civil", *Homenaje a la Constitución Española XXV Aniversario*, Universidad de Oviedo, Facultad de Derecho, Asturias, 2005, p. 75. En la actualidad las Constituciones han superado su antiguo carácter programático; Varela Cáceres, E. L: "El principio de unidad de filiación", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, Caracas, 2013, pp. 180 y ss.;Varela Cáceres, E. L.: "El derecho de familia en el siglo XXI: Aspectos constitucionales y nuevas tendencias", *Revista de Derecho*, núm. 31, TSJ, Caracas, 2009, pp. 52 y 53; Domínguez Guillén, M.C.: *Derecho Civil Constitucional*, cit., pp. 56-64 (carácter imperativo de las normas constitucionales); Domínguez Guillén, M. C.: "Las uniones", cit., p. 226

norma compleja[40], cuya aplicación inmediata en el ámbito del Derecho Civil supone hacernos partícipes de su efectividad. Las normas constitucionales son operativas (la influencia de sus normas alcanza a toda la normativa inferior[41]), de aplicación inmediata y obligatorias[42]. La primacía de la Constitución es indiscutible[43], y está consagrada en su artículo 7 pues se autocalifica como "norma suprema", siendo tal principio de vieja data[44]. De allí que sostuvimos que el artículo 77 de la Carta Fundamental no presenta carácter meramente programático[45]. La determinación de los efectos del concubinato deriva del artículo 77 de la Constitución, a saber, la extensión de los efectos del matrimonio, y no vienden dados por el querer o decisiones de las partes[46].

40 Arce y Flórez-Valdés, J.: "Incidencia de", cit., p. 78.

41 Alferillo, P. E.: *La Constitución Nacional y el Derecho Civil*, Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 31.

42 Arévalo guerrero, I.H.: *Bienes Constitucionalización del Derecho Civil*, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., Colombia, 2017, p. 33; Varela Cáceres, E. L.: "El derecho", cit., p. 53: todas las normas constitucionales son de aplicación directa e inmediata.

43 *Vid.* sobre la primacía de la Constitución: Rivera morales, R.: "La defensa de la supremacía constitucional en el proceso español y venezolano", *Revista Tachirense de Derecho*, núm. 20, Universidad Católica del Táchira, enero-diciembre 2009, pp. 127-156; Petzold Rodríguez, M.: "Noción de supremacía constitucional, justicia y jurisdicción constitucional", *FRONESIS Revista de Filosofía jurídica, social y política*, núm. 13, 3, Universidad del Zulia, FCJP, Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J. M. Delgado Ocando, Maracaibo, 2012, pp. 372-387, especialmente pp. 378 y ss.; Duque Corredor, R.: *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público, Temas Constitucionales*, Legis, Colombia, 2008, pp. 91-97; Domínguez Guillén, M.C.: *Derecho Civil Constitucional*, cit., pp. 38 y ss.

44 *Vid.* Peña Solís, J.: *Lecciones de Derecho Constitucional General,* UCV, FCJP, Caracas, 2008, Vol. I, T. I, pp. 118 y 191; Petzold Rodríguez, M.: "Noción de", cit., p. 380, se remonta al texto de la Constitución de 1811; Hernández Mendible, V.R. (prólogo), en Domínguez Guillén, M.C.: *Derecho Civil Constitucional*, cit., p. 12, la primera Constitución de 1811 estableció el principio de supremacía constitucional.

45 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: "Las uniones", cit., pp. 215-247; Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho de Familia*, cit., pp. 428 y 429; Guerrero Quintero, G.: *El concubinato,* cit., pp. 190 y 313: el artículo 77 de la Constitución es una norma de efecto inmediato y directo, no actúa como programática. *Vid.* en sentido contrario, indicando que se trata de una norma programática: López Herrera, F.: "Consideraciones sobre", cit., p. 114; Carrillo Artiles, C. L: "Desatinos y aciertos de la sentencia de la Sala Constitucional que interpreta el artículo 77 de la Constitución de 1999, en torno al alcance y contenido de las uniones estables de hecho", *Tendencias actuales del Derecho Constitucional Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, UCV/UCAB, Caracas, 2007, T. II, pp. 612 y 613, afirma que la remisión que hace el artículo 77 de la Constitución sobre las uniones de hecho que cumplan con los requisitos de ley, precisa de "una ley especial que a tal efecto dicte la Asamblea Nacional como órganos federal legislativo", y que tal ley no ha sido discutida, configurándose una tangible inercia legislativa que daría lugar a una "acción por inconstitucionalidad por omisión legislativa del órgano federal" por "silencio del legislador" de conformidad con el artículo 336, numeral 7 de la Constitución; Morales, G.: "Las uniones", p. 133: disposición constitucional que obliga a la promulgación de una ley que establezca los lineamientos básicos que perfilan las uniones de hecho; Barrios, H.: "Nuevas Tendencias en el Derecho de Familia"*, Primer año de vigencia de la LOPNA, Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, UCAB, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2001, p. 246: debe ser necesariamente desarrollado por el legislador quien resuelva adecuadamente los problemas que tal equiparación plantea.

46 Freitas De Gouveia, E.: "La autonomía", cit., p. 128.

Cabe referir que la Ley para protección de las familias, la maternidad y la paternidad[47] consagra la igualdad[48], principio básico del Derecho de Familia[49], acogiendo un concepto amplio de familia que incluye expresamente la referencia a las uniones de hecho[50]. Y así, ha indicado -a propósito de la amplitud del concepto- el Máximo Tribunal que: hoy en día, "se reconocen distintos tipos de familia (ampliada, extendida, modificada, monoparental, sustituta, etc.)"[51]. La familia estaría conformada por quienes están unidos por matrimonio, concubinato, o parentesco el cual incluye el vínculo más inmediato a saber, la filiación (que acontece entre hijos y progenitores). Ello coincide con las *fuentes* de la familia[52]. En tal sentido la Constitución venezolana en su artículo 75 refiere la familia como "asociación natural de la sociedad"[53] y la doctrina indica que la norma constitucional denota un significado muy amplio y flexible[54] que excede el ámbito de la familia tradicional, amén de su utilización en plural[55].

En sentido semejante afirma la doctrina española que el concepto constitucional de familia no se reduce a la matrimonial, aunque en tal ordenamiento pueda variar

47 Gaceta Oficial (GO) núm. 38.773 del 20-9-07.

48 *Vid.* art 5: "El principio de igualdad de derechos y obligaciones entre las y los integrantes de las familias constituye la base del ejercicio del principio de la responsabilidad compartida y la sociedad familiar, y su cumplimiento contará con el apoyo del Estado y sus órganos; y promoverán políticas, programas, proyectos y acciones dirigidas a apoyar dicho principio".

49 *Vid.* Parra Benítez, J.: *Manual de Derecho Civil. Personas, Familia y Derecho de Menores*, Temis, 4ª ed., Bogotá, 2002, p. 188.

50 *Vid.* art. 3: "A los efectos de esta Ley, se entiende por familia, la asociación natural de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo de sus intergrantes, constituida por personas relacionadas por vínculos jurídicos o de hecho, que fundan su existencia en el amor, respeto, solidaridad, comprensión mutua, participación, cooperación, esfuerzo común, igualdad de deberes y derechos, y la responsabilidad compartida de las tareas que impolican la vida familiar: En tal sentido, el padre, la madre, los hijos e hijas u otros integrantes de las familias se regirán por los principios aquí establecidos". *Vid.* también, refiriendo la amplitud del concepto de dicha Ley: Bernad Mainar, R.: "Nuevas tendencias del Derecho de Familia: Estudio comparativo de los Derechos venezolano y español", *Estudios sobre Derecho de la Niñez y Ensayos penales. Libro Homenaje a María Gracia Morais*, UCAB, Caracas, 2011, pp. 37 y 38; Spósito Contreras, E.: *Nuestras primeras necesidades. La moral y las luces de Simón Bolívar en la Constitución vigente,* TSJ, Caracas, 2013, p. 164: podría entenderse que el legislador quiso incluir las uniones estables de hecho como causa de las familias.

51 TSJ/SCS, Sent. 0148 del 4-3-10. *Vid.* también: Pérez Gallardo, L. B.: "Las nuevas construcciones familiares en la jurisprudencia constitucional iberoamericana", *Derecho Familiar Constitucional* (coord. por L. Pérez Gallardo, C. Villabella y G. Molina), Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016, pp. 540-544, especialmente con referencia a la unión de hecho como fuente creadora de la familia.

52 *Vid.* Flores Salgado, L. L. y G. Bautista Yllanes: "Los retos regulatorios del Derecho Familiar en el siglo XXI en México", *Derecho Familiar Constitucional* (coord. por L. Pérez Gallardo, C. Villabella y G. Molina), Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016, p. 508 la familia es una organización de carácter permanente integrada por personas unidas por vínculos de matrimonio, concubinato, parentesco o adopción; Torres-Rivero, L.: *Derecho de Familia. Parte General*, Facultad de Derecho, Caracas, 1967, p. 36: la ley se refiere a la familia en distintos sentidos, desde el más restringido hasta el más amplio.

53 "El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas…"; Spósito Contreras, E.: *Nuestras primeras*, cit., pp. 159 y 160: la familia es una institución preexistente al Estado, y el artículo 75 de la Constitución basa sus relaciones en la igualdad.

54 *Vid.* Bernad Mainar, R.: "Nuevas tendencias", cit., p. 37.

55 Barrios, H.: "Nuevas tendencias", cit., p. 237; Raffalli A.: "La protección", cit., p. 363; Varela Cáceres, E. L.: "El derecho", cit., p. 57: lo que permite deducir que se reconocen varias formas de asociaciones naturales dignas de protección.

el grado de dicha protección en la Constitución, que no garantiza sea uniforme para todo tipo de uniones[56]. En España se afirma que la unión de hecho estable se ha convertido en un modelo alternativo de convivencia frente al matrimonio, voluntariamente elegido por sus integrantes en el libre ejercicio de su personalidad, frente a un modelo conyugal que intencionadamente rechazan[57], por lo que mal se pueden imponer efectos contrarios a la voluntad de los convivientes[58]. Toda vez que la pareja ha querido excluir la unión matrimonial[59], o huir de la misma"[60]. Por su parte, la legislación argentina es referida como ejemplo de regulación "equilibrada" por no equiparar las uniones convivenciales con el matrimonio[61].

En el ordenamiento venezolano, la concepción de la unión de hecho cambió radicalmente a partir de la Constitución de 1999; a dos décadas de la norma constitucional que equipara sus efectos al matrimonio, la institución sigue siendo objeto de interés doctrinario y jurisprudencial. Ello porque la equiparación de los efectos entre matrimonio y concubinato genera dudas sobre la procedencia de todos o de algunos de tales en atención a la naturaleza de ambos institutos.

La Constitución venezolana refleja una justa realidad y es que quienes unen su vida y sus esfuerzos con un fin común en las mismas condiciones sustanciales que los cónyuges merecen el mismo tratamiento por parte del orden jurídico[62].

56 De Verda y Beamonte, J. R.: "Pactos de", cit., pp. 380 y 381: El matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional; por el contrario, la unión de hecho, ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento.

57 Leciñena Ibarra, A.: "Tratamiento legislativo de la convivencia more uxorio tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional: la ley 7/2018, de 3 julio, de parejas de hechode la region de Murcia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, IDIBE, Junio 2019, pp. 134 y 135.

58 Ibid., p. 136, cualquier ley autonómica que pretenda ordenar el fenómeno, sea cual fuere el marco competencial en el que se instale, no puede comprometer el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los convivientes imponiendo determinados efectos jurídicos a personas que carecen de interés en su logro.

59 *Vid.* De Verda y Beamonte, J. R.: "Pactos de", cit., pp. 390 y 391: El TC, con buen criterio (que sirve para otras leyes autonómicas que se basan en el mismo criterio de imposición imperativa prescindiendo de la voluntad de los convivientes), afirma que "Elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es […] su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal". Prosigue: "La unión de hecho, en cuanto realidad social relevante, sí puede ser objeto de tratamiento y de consideración por el legislador respetando determinados límites […] el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja. y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio".

60 Ibid., p. 406, el Pleno del Tribunal Supremo (TS, 12-12-05), con buen criterio, ha afirmado que …se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias.

61 *Vid.* Herrera, M.: "El Derecho", cit., p. 319.

62 Domínguez Guillén, M. C.: "Las uniones", cit., 247; Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 447.

V. LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL N° 1682 DE 15-7-05[63].

La sentencia N° 1682 de 15 de Julio de 2005 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia[64], tuvo lugar a propósito de un recurso de interpretación[65] del artículo 77 de la Carta Fundamental. La decisión se pronunció respecto a los efectos del matrimonio susceptibles de ser aplicables a la unión de hecho estable. La referida decisión indicó que el concubinato que puede ser declarado tal es aquel que reúne los requisitos del artículo 767 del Código Civil[66], que viene a ser una de las formas de uniones estables contempladas en el artículo constitucional, ya que cumple los requisitos establecidos en la ley (Código Civil), para ser reconocido como tal unión (sin que ello impida que la ley pueda tipificar otras uniones de hecho). Agrega que "Si la unión estable se equipara al matrimonio, y la bigamia se encuentra prohibida, a juicio de la Sala es imposible, para que ella produzca efectos jurídicos, la coexistencia de varias relaciones a la vez en igual plano, a menos que la Ley expresamente señale excepciones". Se trata de una relación entre un hombre y una mujer y no de una entre un hombre y varias mujeres[67]. Agrega: "...Siguiendo indicadores que nacen de las propias leyes, el tiempo de duración de la unión, al menos de dos años mínimo, podrá ayudar al juez para la calificación de la permanencia, ya que ese fue el término contemplado por el artículo 33 de la Ley del Seguro Social, al regular el derecho de la concubina a la pensión de sobrevivencia". Se señala que los deberes personales como la fidelidad del matrimonio contenidos en el artículo 137 del CC no tienen lugar en el concubinato y no dan lugar a divorcio[68] y que la utilización del apellido del esposo es un derecho que le nace solamente del

63 *Vid.* nuestros trabajos: "Más sobre", cit., pp. 133-167 (También en: *Manual de Derecho de Familia*, cit., pp. 449-471). *Vid.* también: Párraga de Esparza, M.: "Las uniones estables de hecho en la constitución venezolana de 1999", *Cuestiones jurídicas*, Revista de Ciencias Jurídicas URU, Maracaibo, Vol. II, núm. 1, enero-junio 2008, pp. 11-39; Guerrero Quintero, G.: *El concubinato en la Constitución venezolana vigente*, Colección Estudios Jurídicos, núm. 22, TSJ, 2ª ed., Caracas, 2009; Wills Rivera, L.: "Efectos de la unión estable de hecho en la Constitución Venezolana", *Libro Homenaje al profesor Alfredo Arismendi A.,* Paredes/ UCV, Caracas, 2008, pp. 831-854.

64 Puede consultarse la misma y las demás decisiones citadas del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en: www.tsj.gov.ve . Buscar en ese orden: Decisiones, Sala, año, mes, día y número de la sentencia. (Abreviaremos: SConst: Sala Constitcional, SCC: Sala Casación Civil, SCS: Sala Casación Social).

65 *Vid.* sobre el mismo: Carrillo Artiles, C. L.: "La asunción jurisprudencial de la interpretación constitucional autónoma por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia", *El Estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro Homenaje a Tomas Polanco Alcántara*, UCV, IDP, Caracas, 2005, pp. 191-223; Torrealba Sánchez, M.A.: *Manual de Contencioso Administrativo (Parte General),* Texto, 2ª ed., Caracas, 2007, pp. 537-544.

66 *Vid.* Guerrero Quintero, G.: *El concubinato,* cit., p. 188: la ley no es solo el artículo 767 CC, sino todas las demás normas legales conducentes a que el concubinato sea calificado como estable.

67 *Vid.* Bossert, G A.: *Régimen jurídico,* cit., p. 38, La "singularidad" del concubinato supone que sus elementos deben darse solamente entre dos sujetos.

68 Aun cuando posteriormente añade: "no existe una acción de separación de cuerpos del concubinato y menos una de divorcio, por tratarse la ruptura de la unión de una situación de hecho que puede ocurrir en cualquier momento en forma unilateral, los artículos 191 y 192 del Código Civil resultan inaplicables"; Spósito Contreras, E.: *Nuestras primeras*, cit., p. 162: por ser el concubinato una situación de hecho, podría parecer no tener cabida las normas relativas a la anulación del matrimonio, divorcio y separación de cuerpos.

acto matrimonial, pues, la condición jurídica de la unión estable, en principio, no permite a la mujer el uso del apellido del marido. En cuanto al régimen patrimonial refiere la procedencia de la comunidad concubinaria consagrada en el artículo 767 del CC aun cuando extiende sus afectos a los terceros y no solo a los herederos y las partes; debido a la equiparación, que es posible en esta materia, se regirá por las normas del régimen patrimonial-matrimonial[69]. La Sala descarta la posibilidad de capitulaciones (que regulen el régimen patrimonial)[70]. Se reconoce la vocación hereditaria (incluyendo el respeto a la legítima[71] o sucesión forzosa) y una suerte de obligación de alimentos[72]. Seguidamente, la Sala admite la posibilidad del

69 Agrega la sentencia: "Al aparecer el artículo 77 constitucional, surgen cambios profundos en el régimen concubinario del artículo 767 del Código Civil, ya que existiendo la unión estable o permanente, no hay necesidad de presumir, legalmente, comunidad alguna, ya que ésta existe de pleno derecho –si hay bienes- con respecto de lo adquirido, al igual que en el matrimonio, durante el tiempo que duró la unión y, como comunidad, no es que surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos, o entre uno de ellos y los herederos del otro, como lo contempla el artículo 767 del Código Civil, sino que, al igual que los bienes a que se refiere el artículo 168 del Código Civil, los terceros que tengan acreencias contra la comunidad podrán cobrarse de los bienes comunes, tal como lo pauta dicha norma. A ese fin, si la unión estable o el concubinato no ha sido declarada judicialmente, los terceros pueden tener interés que se reconozca mediante sentencia, para así cobrar sus acreencias de los bienes comunes. Para ello tendrán que alegar y probar la comunidad, demandando a ambos concubinos o sus herederos"; TSJ/SCC Sent. N° 626 del 12-8-05, "se observa que con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente en su artículo 77, quedan reconocidos constitucionalmente los derechos de los concubinos, en consecuencia, los efectos del matrimonio son aplicables a las uniones estables de hecho, pero tal como se evidencia de la misma en cuanto al consentimiento que se deben los cónyuges para las enajenaciones de los bienes de la comunidad, no se reconoce por ausencia de publicidad y registro que comuniquen la existencia del concubinato". Cabe recordar la posibilidad de registro posterior (*vid.* infra VII).

70 "A juicio de esta Sala, ello es imposible, porque la esencia del concubinato o de la unión estable no viene dada –como en el matrimonio- por un documento que crea el vínculo, como lo es el acta de matrimonio, sino por la unión permanente (estable) entre el hombre y la mujer, lo que requiere un transcurso de tiempo (que ponderará el juez), el cual es el que califica la estabilidad de la unión; y siendo ello así, a priori no puede existir una declaración registrada de las partes constitutivas de la unión, en el sentido de cómo manejarán los bienes que se obtengan durante ella". Vale recordar que, con posterioridad a la sentencia, la Ley Orgánica de Registro Civil (LORC) prevé la posibilidad de registro de la unión de hecho estable (*vid.* infra N° VII).

71 "Como resultado de la equiparación reconocida en el artículo 77 constitucional, en cuanto a los efectos y alcances de la unión estable (concubinato) con el matrimonio, la Sala interpreta que entre los sujetos que la conforman, que ocupan rangos similares a los de los cónyuges, existen derechos sucesorales a tenor de lo expresado en el artículo 823 del Código Civil, siempre que el deceso de uno de ellos ocurra durante la existencia de la unión. Una vez haya cesado, la situación es igual a la de los cónyuges separados de cuerpos o divorciados. Al reconocerse a cada componente de la unión derechos sucesorales con relación al otro, el sobreviviente o supérstite, al ocupar el puesto de un cónyuge, concurre con los otros herederos según el orden de suceder señalado en el Código Civil (artículo 824 y 825) en materia de sucesión *ab intestato*, conforme al artículo 807 del Código Civil, y habrá que respetársele su legítima (artículo 883 del Código Civil) si existiere testamento. Igualmente, las causales de indignidad que haya entre los concubinos, se aplicarán conforme al artículo 810 del Código Civil". Así los sostuvimos en: Domínguez Guillén, M.C.: "Las uniones", cit., p. 233: "…La especialidad del vínculo y el estrecho afecto que la ley presume une al *de cujus* con el heredero es el fundamento que inspira la vocación hereditaria; es indudable que tales elementos llevan a sostener tal vocación respecto de la concubina en la sucesión *ab intestato* o sin testamento", especialmente nota 65, "Las interrogantes en esta materia deberán tener por norte las normas correspondientes en materia de sucesión hereditaria. Y así, por ejemplo, no podría el concubino en vida desconocer por vía testamentaria la legítima que le correspondería a su concubina en aplicación de los artículos 883 del Código Civil".

72 "En cuanto al deber de socorrerse mutuamente, contemplado para los cónyuges en el artículo 137 del Código Civil, la Sala considera que este sí existe en cualquier tipo de unión….Ahora bien, equiparando a los concubinos o a los unidos a los cónyuges en lo compatible entre estas figuras y el matrimonio, considera la Sala que mientras exista la unión, cada uno podrá exigir alimentos al otro partícipe, a menos que carezca de recursos o bienes propios para suministrarlos, caso en que podrá exigirlos a las personas señaladas en el artículo 285 del Código Civil. Igualmente, en caso de declaración de ausencia de uno de los miembros de la unión, la otra podrá obtener una pensión alimentaria conforme al artículo 427 del Código Civil".

"concubinato putativo" "que nace cuando uno de ellos, de buena fe, desconoce la condición de casado del otro"[73]. El fallo considera nula la venta entre concubinos por aplicación del artículo 1481 del CC[74] y señala que la sentencia que declare el concubinato surte los efectos del artículo 507 ord. 2 del CC. La Sala considera que unión estable no significa, necesariamente "bajo un mismo techo"[75]. Se indica expresamente el carácter vinculante del fallo[76].

La citada decisión fue objeto de comentarios por parte de la doctrina[77], incluyendo algunos de radical rechazo[78], por considerar que no es dable asimiliar

73 "A juicio de esta Sala, en estos supuestos funcionará con el concubino de buena fe, las normas sobre el matrimonio putativo, aplicables a los bienes".

74 "Esta ausencia de registro y, por tanto, de publicidad, que puede mantener al concubinato oculto respecto a los terceros, plantea la pregunta de si es nula la venta entre los concubinos, tal como lo establece el artículo 1481 con respecto a los cónyuges. A juicio de esta Sala, dados los efectos que se reconocen a la "unión estable", sería una fuente de fraude para los acreedores de cualquiera de los concubinos, aceptar que uno vendiera al otro los bienes comunes documentados a su nombre o poseídos por él y, en consecuencia, quien demuestre que la venta ha ocurrido entre ellos, puede invocar la existencia de la unión y tratarlos como bienes comunes o, según los casos, pedir la nulidad del negocio."

75 "Estas uniones (incluido el concubinato) no son necesariamente similares al matrimonio, y aunque la vida en común (con hogar común) es un indicador de la existencia de ellas, tal como se desprende del artículo 70 del Código Civil, este elemento puede obviarse siempre que la relación permanente se traduzca en otras formas de convivencia, como visitas constantes, socorro mutuo, ayuda económica reiterada, vida social conjunta, hijos, etc… Unión estable no significa, necesariamente, bajo un mismo techo (aunque esto sea un símbolo de ella), sino permanencia en una relación, caracterizada por actos que, objetivamente, hacen presumir a las personas (terceros) que se está ante una pareja, que actúan con apariencia de un matrimonio o, al menos, de una relación seria y compenetrada, lo que constituye la vida en común…"

76 "Dado el carácter vinculante de la misma, se ordena la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República, y es a partir de dicha publicación que este fallo comenzará a surtir efectos".

77 *Vid.* además de las citadas supra: Domínguez Guillén, M.C.: "Más sobre", cit., pp. 133-167 (también en: Domínguez Guillén, M.C.: *Manual de Derecho de Familia*, cit., pp. 457-471); Del Moral, A.: "Contenido y alcance del artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según sentencia de la Sala Constitucional del 15 de julio de 2005", *Revista de Derecho*, núm. 27, TSJ, 2008, pp. 111-131; Guerrero Quintero, G.: "La interpretación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del artículo 77 de la Carta Magna", *Revista de Derecho*, núm. 27, TSJ, 2008, pp. 169-237; Guerrero Quintero, G.: *El concubinato,* cit., pp. 107-211; Benavides de Castañeda, L.: "Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Sentencia in comento)", *Anuario*, núm. 29, 2006, pp. 492-514; Hernández de Sojo Bianco, M.: "Efectos personales y patrimoniales entre concubinos, según sentencia del Tribunal Supremos de Justicia", *Revista de Derecho*, núm. 27, TSJ, 2008, pp. 239-250.

78 *Vid.* Barrios, H. y otros: "Sala Constitucional y las uniones estables de hecho. Breve análisis crítico de la sentencia dictada el 15 de julio de 2005 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, relativa a la interpretación del artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", *VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Homenaje a Margelys Guevara Velásquez y Carmen Isolina Ford Alemán,* UCAB, Caracas, 2006, pp. 181-212, los autores concluyen: "Por tanto, según el criterio de la Sala podemos afirmar; 'el matrimonio' –como ejemplo de compromiso formal- 'ha muerto; viva la unión estable de hecho'- que siendo informal, es el nuevo tipo de compromiso formal" (ibid., p. 212, Destacado original); Carrillo Artiles, C. L.: "Desatinos y", cit., pp. 611-632: la decisión incurre en usurpación de funciones legislativas e invasión flagrante de la reserva legal, desnaturaliza la protección del matrimonio, incurre en la asunción de realidades legales inexistentes, crea limitaciones a la libertad individual y erige invenciones contradictorias al orden jurídico preestablecido (ibid., pp. 631 y 632); Párraga de Esparza, M.: "Las uniones", cit., p. 37: los efectos propios del matrimonio no pueden darse entre aquellos que no han prestado el consentimiento matrimonial. El fallo del Tribunal Supremo de Justicia que se ha venido analizando así lo ha declarado en lo que respecta a los efectos de orden patrimonial… si la pareja ha optado voluntariamente por esta forma alterna de convivencia y no por el matrimonio, es porque ellos han decidido colocarse al margen del matrimonio; López Herrera, F.: "Examen crítico de la sentencia sobre uniones estables de hecho dictada el 15 de julio de 2005 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia", *Homenaje a Aníbal Dominici.* s/l, Ediciones Liber, 2008, pp. 23-42, considera programática la respectiva norma constitucional (ibid., p. 24).

el concubinato al matrimonio[79]. Se aclara que el concubinato es sinónimo de unión de hecho y no una especie de ésta[80]. De nuestra parte, nos mostramos de acuerdo en la existencia de una comunidad concubinaria (*vid.* supra III), de la vocación hereditaria entre convivientes[81] y la obligación de alimentos[82]. Pero no compartimos con la sentencia la imposibilidad de una suerte de capitulaciones o convenios patrimoniales en la unión de hecho porque luce perfectamente válido un acuerdo entre las partes que regule su regimen patrimonial como acontece en el matrimonio[83]. La doctrina española acertadamente se ha pronunciado a favor de tales pactos patrimoniales entre la pareja de hecho bien sea durante su vigencia o su extinción[84].

79 *Vid.* comentario del autor colombiano: Rodríguez Ramos, A. M.: *Vuelve el concubinato,* Ensayos de Derecho Privado, núm. 2, Universidad Externado de VColombia, Colombia, 2000, p. 28, nota 29, El autor cita al filósofo Savater quien afirma "si las parejas son de hecho el Derecho no puede acudir en su auxilio sin convertirlas en algo distinto".

80 López Herrera, F.: "Examen crítico" cit., pp. 26, 31 y 32: no es cierto que la unión de hecho sea el género y el concubinato una de sus especies. Carece de sentido que puedan existir uniones de hecho que no sean concubinato.

81 *Vid.* nuestros trabajos: *Manual de Derecho Sucesorio*, RVLJ, 2ª ed., Caracas, 2019, pp. 227, 302-307; "La familia: su proyección en la sucesión legal y en la sucesión forzosa", *I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil "Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés",* Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridque Francaise (coord. por J. Annicchiarico, S. Pinto y P. Saghy), EJV, Caracas, 2015, pp. 79 y 84. *Vid.* en el mismo sentido: Wills Rivera, L.: "Efectos de", cit., p. 850.

82 Wills Rivera, L.: "Efectos de", cit., p. 843: en cuanto al deber de alimentos, el Supremo Tribunal ha realizado una verdadera equiparación de efectos al punto de extenderlo más allá de la duración de la convivencia, como es el caso de la declaratoria de ausencia. *Vid.* nuestros trabajos: "Las uniones", cit., pp. 236 y 237; "Mas sobre", cit., p. 151: en el concubinato podía tener lugar el deber de socorro económico consagrado en los artículos 139 y 286 del CC. "No obstante, en virtud de la naturaleza espontánea de la unión concubinaria vemos difícil la aplicación de la obligación alimentaria, pues la procedencia de ésta en caso de cónyuges precisa de la vigencia del vínculo pues en principio no existe obligación de alimentos entre ex cónyuges por lo que tampoco existiría entre exconcubinos. De allí la dificultad de pretender judicialmente tal obligación en el concubinato pues éste se extingue por la sola voluntad de una de las partes, y la vigencia del vínculo es requisito de procedencia de la pretensión de alimentos". Pero en todo caso, de reconocerse su vigencia sería procedente.

83 *Vid.* Espinoza Melet, M.A.: *La acción,* cit., p. 131: no vemos impedimento alguno en que los concubinos tengan también la posibilidad y la amplia libertad para pactar el régimen patrimonial de la unión concubinaria que les sea más favorable o conveniente; González Fernández, A: *El concubinato*, cit., pp. 233-235: si bien es ilógico pretender hablar de "capitulaciones concubinarias" porque las capitulaciones son inmanentes al matrimonio, nada impide sin embargo, celebrar pactos que pretendan excluir la aplicación de la comunidad concubinaria; Wills Rivera, L.: "Régimen convencional de la economía familiar en el Derecho Venezolano", *Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, UCV, FCJP, Caracas, 2007, pp. 618 y 619, considera a tono con la norma constitucional un acuerdo autenticado ante Notario Público; Wills Rivera, L.: "Efectos de", cit., p. 847: lo contrario sería imponer restricciones a la autonomía de la voluntad, que se traducen en la penalización de una convivencia sin matrimonio admitida por la Constitución; Carrillo Artiles, C.L.: "Desatinos y", cit., pp. 628 y 629; Guerrero Quintero, G.: *El concubinato,* cit., p. 202: sí tienen valor tales pactos pues la ley no los prohíbe; Párraga de Esparza, M.: "Las uniones", cit., p. 37: ¿Por qué rechazar la posibilidad de un pacto o convenio regulador de la convivencia alegándose que ello contraría la esencialidad misma de la institución? la pareja podría optar por un convenio regulador de la convivencia que contemple los aspectos de orden patrimonial, sin que éste contraríe los derechos fundamentales de la persona. En defecto de pacto expreso la ley debe contemplar un régimen económico subsidiario. *Vid.* también nuestros trabajos: *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 116; "Las uniones", cit., p. 238; "Más sobre", cit., p. 155; "Las capitulaciones", cit., especialmente p. 360; *Instituciones de*, cit., p. 260.

84 *Vid.* De Verda y Beamonte, J. R.: "Pactos de", cit., p. 391: Es evidente que los convivientes pueden, en el ejercicio de su autonomía privada, regular los aspectos económicos de su unión, tanto, durante su vigencia (el caso paradigmático es el de su contribución al pago de los gastos generados por la atención ordinaria de la familia, estipulando, por ejemplo que se hagan cargo de ellos, por mitad o en proporción a sus respectivos recursos económicos), como también, para el supuesto de su extinción (previendo, por

Tampoco estamos de acuerdo en la pretendida limitación de la estabilidad de la unión a un tiempo de dos (2) años pues ello se traduce en una restricción injustificada contraria a la norma constitucional[85] que adicionalmente se presta para sustraerse fraudulentamente de los correspondientes efectos cuando se acerca el pretendido límite. La posterior Ley Orgánica de Registro Civil permite el registro de la unión estable sin referencia alguna al tiempo de existencia[86]. Esto último haría fáctible la utilización formal del "apellido" del hombre por parte de la mujer (que la decisión comentada pretendió desestimar con base a la ausencia de registro[87]), amén que la utilización social del mismo con la venia del concubino bien puede servir de elemento de la respectiva posesión de estado[88]. Afirma López Herrera que la norma constitucional atribuye a la unión de hecho "los mismos" efectos que el matrimonio. Y aunque ello suene chocante cabría concluir que en principio salvo disposición legal en contrario, aplica a "todos" los efectos. Por lo que no se encuentra ajustada a derecho la decisión de negar a la concubina reconocida jurídicamente como tal el derecho a utilizar el apellido de su concubino[89].

En cuanto a la prohibición de compraventa entre concubinos – que sostiene la Sala- por extensión de la prohibición del artículo 1481 del CC, relativa a los

ejemplo, la atribución por mitad a cada uno de ellos de las ganancias obtenidas por ambos mediante el ejercicio de una actividad económica o profesional).

85 La Ley sobre donación y trasplantes de órganos, tejidos y células en seres humanos (Gaceta Oficial núm. 39.808 de 25-11-11) pretende tomar dicho lapso a los fines de la procedencia de la donación entre concubinos, *Vid.* art. 18: "Serán admitidos como donantes de órganos, tejidos y células con fines terapéuticos, los parientes hasta el quinto grado de consanguinidad, el o la cónyuge, el concubino o concubina en unión estable de hecho *durante los dos últimos años como mínimo*, entre quienes se hubiere comprobado el nexo por una autoridad civil y además la compatibilidad entre donante y receptor mediante las pruebas médicas correspondientes…" (Destacado nuestro).

86 TSJ/SCS, Sent. 0582 del 13-6-12, agrega la sentencia "Tal razonamiento cobra fuerza cuando se examina la Ley Orgánica de Registro Civil, promulgada con posterioridad a la precitada decisión, específicamente el 15 de septiembre de 2009, según Gaceta Oficial, núm. 39.264, la cual en su artículo 3 contempla los actos y hechos registrables y entre éstos, estipula el registro del reconocimiento, constitución y disolución de las uniones estables de hecho, a las cuales posteriormente se dedica el capítulo VI de la ley, sin que haya sido incorporado requisito alguno sobre este elemento de estabilidad o permanencia de las uniones estables de hecho, entendida dentro de éstas la unión concubinaria". *Vid.* en el mismo sentido: Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de Caracas, Sent. 28-1-14, Exp. AP11-V-2012-001034 http://caracas.tsj.gov.ve/DECISIONES/2014/ENERO/2120-28-AP11-V-2012-001034-. HTML *Vid.* por su parte: Párraga de Esparza, M.: "Las uniones", cit., pp. 37 y 27: le corresponderá al Legislador en cuanto al lapso de duración de la unión, decidir si se acoge o no el transcurso de dos años de unión estable *"propuesto"* por la sentencia de la Sala (negrilas nuestras). Para la autora podría sugerirse el término de un añp previsto en el artículo 185 CC a los fines de la separación de cuerpos; López Herrera, F.: "Examen crítico" cit., p. 32: "encontramos razonable este criterio, al menos en términos generales".

87 "No existe, en estos momentos y para esta fecha, una partida del estado civil de concubinato, u otro tipo de unión, que otorgue el estado de concubino o unido y, por tanto, los símbolos que representan el estado civil, como el uso del apellido del marido por la mujer; a juicio de la Sala, no puede ser utilizado por quien no ha contraído matrimonio".

88 *Vid.* nuestros trabajos: "Las uniones", cit., p. 241; "Mas sobre", cit., pp. 152 y 153. *Vid.* en sentido contrario: Espinoza Melet, M.A.*: La acción,* cit., p. 11: Consideramos que el uso del apellido debe estar reservado única y exclusivamente a la mujer casada; Wills Rivera, L.: "Efectos de", cit., p. 844: nos adherimos al criterio emanado de la Sala según la cual la equiparación constitucional de los efectos se entiende en la medida de lo posible. Por tanto, no creemos que pueda extenderse a efectos no esenciales como es el caso de la utilización del apellido, dado que aun en el matrimonio es potestativo por parte de la mujer; Guerrero Quintero, G.: *El concubinato,* cit., p. 255: la conviviente no puede usar el apellido de su conviviente.

89 López Herrera, F.: "Examen crítico" cit., p. 36.

cónyuges, se le objeta que dado el carácter taxativo de las incapacidades es improcedente la analogía[90]. Pero luce inconsecuente consagrar los mismos efectos entre matrimonio y concubinato y no considerar "mutatis mutandi" las mismas excepciones, por lo que cabría concluir que la disposición constitucional excluye la analogía, porque una equiparación con el matrimonio debería operar en la medida de los mayores efectos que sean predicables[91]. La nulidad de la venta precisaría de la prueba de la unión.

La posibilidad de concubinato "putativo" (por desconocer de buena fe, el estado matrimonial del conviviente según la Sala) ha sido criticado por la doctrina[92] señalando que la "nulidad" es característica del matrimonio[93], amén de la dificultad que generaría una posible subsistencia de la comunidad concubinaria con una comunidad conyugal[94], llegándose a considerar que "apunta hacia la vulneración de principos fundamentales del Derecho de Familia" protegidos por la Constitución[95]. Figura que a todo evento sería extensible a otros supuestos que podrían generar la discutida "nulidad" por causas distintas al vínculo anterior[96]. Recordemos que se sostiene la necesidad de ausencia de impedimentos matrimoniales en la unión de hecho, especialmente en aquellos sistemas –como el nuestro- que atribuyen los

90 Barrios, H. y otros: "Sala Constitucional", cit., p. 209.

91 *Vid.* Wills Rivera, L.: "Efectos de", cit., p. 851: con vista a la equiparación constitucional son aplicables a los convivientes las inhabilidades contractuales establecidas por el legislador respecto de llos cónyuges; López Herrera, F.: "Examen crítico" cit., p. 42: compartimos el criterio de la Sala.

92 *Vid.* Espinoza Melet, M.A.*: La acción,* cit., p. 121: encontramos que la Sala vuelve a entrar en contradicción, porque sostiene que la unión concubinaria es solo entre personas que no tengan impedimento matrimonial, pero admite el concubinato putativo, cuando un concubino desconoce de buena fe el estado de casado del otro. Siendo que una de las condiciones para que se configure el concubinato es que que ninguno se encuentre casado; Carrillo Artiles, C. L: "Desatinos y", cit., pp. 629 y ss.: es uno de los alegatos de la sentencia más sorprendentes pues crea un concubinato putativo que no solo no está previsto en la ley, sino que es contrario a ésta. Destruye la débil protección del matrimonio que emerge del artículo 77.

93 *Vid.* Wills Rivera, L.: "Efectos de", cit., p. 852: el denominado matrimonio putativo no es un efecto del matrimonio sino de la sentencia que declara su nulidad. Por lo que este tema no podría estar comprendido dentro de la equiparación constitucional porque la extinción de la unión de hecho no podría acontecer por vía de nulidad; Guerrero Quintero, G.: *El concubinato,* cit., pp. 318 y 319: sin declaración de nulidad no puede hablarse en propiedad de concubinato putativo.

94 *Vid.* Wills Rivera, L.: "Efectos de", cit., pp. 852 y 853: la sentencia referida en tal aspecto es problemática porque la reclamación que hiciere la persona que ha vivido en una unión estable con una persona casada, tendría necesariaemnte que involucrar al otro cónyuge que no ha sido parte en la relación. ¿Cómo armonizar la reclamación de los efectos patrimoniales derivados de la unión estable con los derivados de la unión matrimonial? De allí que la sentencia suscite muchas inquietudes.

95 Wills Rivera, L.: "Efectos de", cit., p. 854.

96 Por ejemplo, considerarse extensible a otros supuestos distintos al vínculo anterior como los relativos al sexo, parentesco o edad. *Vid.* en tal sentido: López Herrera, F.: "Examen crítico" cit., p. 40: encontramos peligroso tal criterio toda vez que de admitirse habría que aplicarlo igualmente a otras situaciones de ignorancia; Párraga de Esparza, M.: "Las uniones", cit., p. 31: La figura del concubinato putativo recogida por la citada sentencia se basa en la concepción garantísta del derecho desde el punto de vista de los derechos humanos. Se protege el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. Y no solo alcanza la violación del impedimento relativo al vinculo anterior también se extiende a otros, por ejemplo, al impedimento religioso. *Vid.* señalando que conforme a la apreciación de la Sala el concubinato putativo dependerá únicamente del motivo de vínculo anterior (ignorado por el concubino de buena fe): Guerrero Quintero, G.: *El concubinato,* cit., pp. 274-277. *Vid.* también luego de comentar el concubinato putativo: Varela Cáceres, E. L.: "El derecho", cit., p. 73: la sentencia comentada establece una mixtura inadecuada de figuras, lo que origina soluciones contradictorias que someten a una inseguridad jurídica a las parejas, lo cual justamente pretendió eliminar la Sala Constitucional.

mismos efectos del matrimonio a la figura. Pues en tal caso, los beneficios legales habrían de negarse a quienes no pudiesen legalmente contraer matrimonio[97].

La cohabitación o convivencia también es designada como "comunidad de vida"[98], frase característica de la unión de hecho. La referencia a la no necesidad de convivencia "bajo el mismo techo" indicada por la decisión *in comento, en nuestra opinión*, simplemente debe entenderse en forma similar al matrimonio[99], el cual puede no presentar continuidad no obstante la subsistencia del vínculo sin que suponga abandono, sin pretenderse el absurdo de uniones de hecho estables sin convivencia alguna[100]. La convivencia como sinónimo de comunidad de vida es inherente al concubinato.

Para la Sala no es exigible en la unión de hecho deberes personales como el de fidelidad o el de cohabitación, que se cumplen espontánemente[101], lo que también

97 Belluscio, A.C.: *Manual de,* cit., p. 503; Párraga de Esparza, M.: "Las uniones", cit., p. 29: Resultaría contradictorio otorgarle los mismos efectos jurídicos del matrimonio a las uniones no matrimoniales establecidas entre personas que la ley les prohíbe su celebración; Guerrero Quintero, G.: *El concubinato,* cit., pp. 54-56.

98 *Vid.* Makianich de Basset, L. N.: "Deber de cohabitación", *Enciclopedia de Derecho de Familia* (dir. por C. Lagomarsino y M. Salerno; coord. por J. Uriarte), Tomo I A-Div, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1991, pp. 780 y 790.

99 *Vid.* Ibid., pp. 811 y 812, la convivencia puede ser interrumpida sin que cese la misma por motivos laborales, profesionales o analógos. Pero se requiere algo más que la simple cohabitación, a saber, la comunidad de vida, porque si aun conviviendo no tienen los cónyuges una vida en común, existe entre ellos una auténtica separación, perdiendo en tal caso la residencia en común su sentido específico y eficacia; Párraga de Esparza, M.: "Las uniones", cit., p. 23: la comunidad de vida es el elemento objetivo que le da contenido a la unión de hecho y que permite distinguirla de otras relaciones.

100 El sentido debe entenderse en que la convivencia no precisa necesariamente ser continúa; porque su suspensión temporal no es un elemento determinante si subsisten los demás. Es bien sabido en materia de matrimonio que el simple alejamiento del hogar por sí solo no configura "abandono" y a la vez, puede existir "abandono" no obstante permanecer bajo el mismo techo si se incumplen los deberes inherentes al matrimonio. Pero sería enteramente ajeno a la esencia del "concubinato" una relación en que hombre y mujer no hayan convivido "nunca" bajo el mismo techo, al punto que algunos aluden a "convivientes"; Wills Rivera, L.: "Efectos de", cit., p. 840: la convivencia es sustrato esencial de la unión matrimonial a la que constitucionalmente se hace equiparación, aunque los cónyuges en forma temporal y transitoria podrían en algún momento tener residencias separadas. Pero la convivencia es elemento indispensable para el reconocimiento judicial de la unión de hecho estable; Espinoza Melet, M.A.*: La acción,* cit., p. 115: no compartimos el criterio sostenido por la Sala Constitucional, cuando señala «unión estable no significa, necesariamente, bajo un mismo techo», esa afirmación podría generar que un sin fin de relaciones, como lo son las ocasionales, de noviazgo y de íntima amistad, las cuales son asumidas por la mayoría de las parejas en función de compartir y exteriorizar sentimientos, anhelos y vivencias, sin que con ello, existe el compromiso o la intención de mantener una unión estable de hecho, de proyectar esa relación a un plano de 'aparentar matrimonio', es por ello, que insistimos, que en nuestra modesta opinión, la convivencia constituye un elemento fundamental para la materialización de la unión estable de hecho, en consecuencia, generadora de los efectos propios del concubinato; Carrillo Artiles, C. L: "Desatinos y", cit., p. 620: es inviable concebir una relación de hecho prescindiendo de la cohabitación por ser elemento esencial en su configuración; López Herrera, F.: "Examen crítico" cit., pp. 35 y 38: no puede hablarse de concubinato si no existe convivencia permanente entre hombre y mujer. Al cesar la convivencia el concubinato desaparece de hecho y de derecho. El criterio de la Sala es total y absolutamente extraño a la finalidad e intención de la norma y por ende la contradice.

101 "A juicio de la Sala, así como no existe el deber de vivir juntos, tampoco puede existir el de fidelidad contemplado en el artículo 137 del Código Civil, por lo que la violación de deberes como el de fidelidad o de vida en común (artículo 137 citado) no producen efectos jurídicos, quedando rota la "unión" por el repudio que de ella haga cualquiera de los componentes".

ha criticado la doctrina[102]. Pero los "deberes" personales no son "efectos" por lo que el cumplimiento de aquellos no puede ser coactivo. En el matrimonio la violación del deber de fidelidad puede devenir en divorcio, el cual no existe en la unión de hecho, la cual culmina con la voluntad de cualquiera de los convivientes[103]. Pero la cohabitación, aunque tampoco sea exigible, ciertamente –reiteramos- es de la esencia del instituto. "Sin un domicilio común no es posible establecer la existencia de un concubinato. La cohabitación implica una comunidad de vida que posibilita que la pareja comparta la vida en los aspectos que las situaciones exigen"[104].

La sentencia en comentarios indica la necesidad de una sentencia merodeclarativa de la unión de hecho estable, a fin de reclamar sus efectos[105], no obstante que posteriormente la ley especial previó el registro como opción probatoria (supra VII).

Pero la necesidad de previo procedimiento judicial merodeclarativo a la acción de partición[106], ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina quien

102 *Vid.* Wills Rivera, L.: "Efectos de", cit., pp. 840 y 841: no puede quedar excluida la fidelidad entre convivientes; Espinoza Melet, M.A.*: La acción,* cit., p. 117: la propia Sala sostiene que es imposible que existan varias relaciones.

103 *Vid.* Ruiz, H.: *El concubinato como fuente de relaciones jurídicas*, Universidad Nacional, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Bogotá D.E., 1955, p. 95-97: no puede pretenderse ante los Tribunales el cumplimiento de los deberes y derechos personales de los concubinos, pues se trata de obligaciones simplemente naturales. El incumplimiento de aquellos dará legitimación para obtener el amparo de las relaciones patrimoniales derivadas del concubinato; Domínguez Guillén, M.C.: "Las uniones", cit., pp. 239 y 240: la consecuencia de la infidelidad en el matrimonio podría derivar en divorcio, el cual es ajeno a la unión estable.

104 Bossert, G A.: *Régimen jurídico,* cit., p. 35,

105 "…para reclamar los posibles efectos civiles del matrimonio, es necesario que la "unión estable" haya sido declarada conforme a la ley, por lo que se requiere una sentencia definitivamente firme que la reconozca… la sentencia declarativa del concubinato debe señalar la fecha de su inicio y de su fin, si fuera el caso; y reconocer, igualmente, la duración de la unión, cuando ella se ha roto y luego se ha reconstituido, computando para la determinación final, el tiempo transcurrido desde la fecha de su inicio…Tal comunidad de bienes, a diferencia del divorcio que exige declaración judicial, finaliza cuando la unión se rompe, lo cual –excepto por causa de muerte- es una cuestión de hecho que debe ser alegada y probada por quien pretende la disolución y liquidación de la comunidad". "En los casos en que se incoen acciones sucesorales o alimentarias, o contra terceros, sin que existe previamente una declaración judicial de la existencia del concubinato o la unión estable, la demanda requerirá que se declaren éstas previamente, por lo que en la misma deberá alegarse y probarse tal condición".

106 *Vid.* entre otras: TSJ/SConst, Sent. 1258 de 7-10-09, "la acción merodeclarativa de reconocimiento de unión concubinaria y la partición de bienes de la comunidad concubinaria deben ser tramitadas por procedimientos distintos"; TSJ/SCC, Sent. 00782 de 19-11-08, con la decisión de la Sala Constitucional parcialmente transcrita con antelación, identificada, como ya se dijo, con el N° 1682 del 15 de julio de 2005 y, posteriormente acogida por esta Sala de Casación Civil en sentencia también reproducida con precedencia, identificada con el N° 175 del 13 de marzo de 2006. Por consiguiente, en aplicación irrestricta del principio de expectativa plausible y, visto que para la fecha de proposición de la presente demanda, año 1998, el criterio que imperaba permitía que se instaurarán procedimientos de partición y liquidación concubinaria, sin necesidad de que previamente constare sentencia judicial que reconociera el concubinato; criterio éste, a todo evento, sostenido por esta Sala hasta el 13 de marzo de 2006, cuando a través de decisión dictada en el expediente N° 04-361, se acogió el criterio sobre el particular establecido por la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia"; TSJ/SConst, Sent. 530 del 3-6-10, TSJ/SCC, Sent. 00465 de 21-7-08; TSJ/SCC, Sent. 000651 de 30-11-11; TSJ/SCC, Sent. 000564 de 25-11-11, TSJ/SCC, Sent. 000326 de 21-7-10.

se ha pronunciado acertadamente a favor de la acumulación[107], toda vez que lo contrario impone una pesada y larga carga a los fines de acceder a los bienes de quien fue conviviente. A pesar que la sentencia reconoce la posibilidad de dictar medidas preventivas en el curso del proceso merodeclarativo[108]. Veremos que la merodeclarativa puede ser sustiuida por la respectiva acta de registro (supra VII).

La doctrina comparte la publicidad mediante edictos de la sentencia relativa a la unión estable de conformidad con el artículo 507, ord. 2 del CC a los fines de acceder al conocimiento de los interesados[109].

La mayor inconsistencia de la sentencia si se acepta la interpretación de la norma constitucional, es la procedencia de solo algunos efectos del matrimonio al concubinato, a libre criterio de la Sala Constitucional[110]. Extender la vocación hereditaria y la obligación de alimentos, pero no así la posibilidad de capitulaciones o la utilización del apellido por parte de la concubina genera dudas en cuanto a ser consecuente con el alcance de la norma constitucional. Aunque ciertamente, no obstante, la citada disposición, los efectos proceden en la medida que sea posible, según la naturaleza de cada institución. Siendo ello la gran discusión que pareciera seguir subsistente inclusive en la doctrina.

107 *Vid.* a favor de la acumulación: Varela Cáceres, E. L.: "Una lección. La unión estable de hecho (Comentario a la sentencia N° RC 000326 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia)", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2013, pp. 329-380; Guerrero Quintero, G.: *Declarativa concubinaria y partición de bienes comunes. Doctrina-Jurisprudencia-Legislación,* Alvaro Nora, Caracas, 2013, pp. 277-298, Guerrero Quintero, G.: "Acumulación de pretensiones merodeclarativa concubinaria y partición de bienes", *Estudios de Derecho Procesal. Libro Homenaje al doctor Adán Febres Cordero* (coord. por S. Yannuzzi), UCAB, Caracas, 2013, pp. 267-299.

108 "…en los procesos tendientes a que se reconozca el concubinato o la unión estable, se podrán dictar las medidas preventivas necesarias para la preservación de los hijos y bienes comunes".

109 *Vid.* López Herrera, F.: "Examen crítico" cit., p. 42: compartimos el criterio de la Sala; TSJ/SCC, Sent. RC000055 del 8-2-12; TSJ/SCC, Sent. N° 000170 del 17-4-13, "la acción merodeclarativa de reconocimiento de unión concubinaria se subsume dentro de los procedimientos contenidos en el artículo 507 del Código Civil, y la parte in fine de tal norma determina que es necesario el llamamiento mediante edicto, de toda aquella persona que pueda tener interés en las resultas del juicio, ello a fin de que puedan hacerse parte para que expongan sus alegatos, se decida sobre los mismos y en caso de ser necesario, dichos terceros puedan tener la oportunidad de ejercer contra dicho fallo, todos aquellos recursos que crean convenientes". *Vid.* entre otras de la Sala Constitucional: Sent. N° 124 de 3-3-15, N° 373 de 17-5-16, N° 650 de 29-7-16 (incluye referencia a la no necesidad de intervención del Ministerio Público en el proceso), N° 41 de 23-2-17 (ampliada y corregida de oficio por N° 0897 de 13-12-18), N° 724 de 14-8-17; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 7-1-19, Exp. N° 35.771/2017: "…se ordena publicar en un Diario de los de mayor circulación del Estado Táchira, un extracto de la presente sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 507 del Código Civil, cuyo cumplimiento resulta obligatorio a los fines del valor jurídico de la presente sentencia".

110 Indica la sentencia "Ahora bien, el matrimonio –por su carácter formal- es una institución que nace y se prueba de manera distinta al concubinato o a cualquier otra unión estable, y por ello estas últimas no pueden equipararse íntegramente al matrimonio y, por tanto, no puede pretenderse que, automáticamente, todos los efectos del matrimonio se apliquen a las "uniones estables". En consecuencia, no es posible una declaración general que asimile las uniones (de cualquier tipo) al matrimonio, y por lo tanto, observa la Sala, hay que distinguir cuáles efectos del matrimonio se aplican al concubinato y a las posibles otras uniones estables". *Vid.* López Herrera, F.: "Examen crítico" cit., pp. 35 y 36: la equiparación aplica a "todos" los efectos, por lo que se critica la inconsistencia de la Sala de aplicar unos efectos y otros no. Ello fue "irrespetado" en la citada sentencia, pues no puede el intérprete o el Juez cuáles de los efectos del matrimonio se aplican a las uniones de hecho y cuáles no, porque ni uno ni otro tienen facultades de legislador ni de constituyente.

VI. LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL N° 190 DE 28-2-08[111]. ESPECIAL REFERENCIA A LA UNION DE HECHO HOMOSEXUAL[112].

Tradicionalmente se ha entendido que queda fuera del concepto de concubinato y de sus efectos, la unión estable homosexual[113]. Hoy en día es inevitable que los temas de heterosexualidad y homosexualidad surjan al estudiar la unión estable de hecho[114]. La sentencia 190/2008 rechazó la posibilidad de uniones estables de hecho entre parejas homosexuales, sin perjuicio de la existencia de una comunidad ordinaria. Dicha decisión a propósito del artículo 21, cardinal 1 de la Constitución (que prevé que no se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, sexo, credo, condición social o que tengan por objeto menoscabar la igualdad de los derechos de toda persona) señala que la jurisprudencia de la Sala se ha pronunciado sobre el alcance y contenido del principio de igualdad, como trato igual para iguales y trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad: lo constitucionalmente prohibido es el trato desigual frente a situaciones idénticas. Dentro de la prohibición de discriminación, ciertamente –a criterio de la Sala- se encuentra la orientación sexual. En relación a la colisión del citado artículo con el 77 de la Constitución porque éste otorga a las uniones de hecho entre hombre y mujer los mismos efectos que el matrimonio pero no así a las uniones homosexuales se indicó que dicha norma recoge una protección reforzada de la institución matrimonial entre un hombre y una mujer (relación monogámica entre personas de distinto sexo) y equipara jurídicamente las uniones estables entre un hombre y una mujer al matrimonio siempre que cumplan los requisitos de ley. Dicha protección reforzada –a criterio de la Sala- ni implica un trato discriminatorio respecto de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo pues la equiparación entre matrimonio y concubinato (entre hombre y mujer) busca "igualar jurídicamente dos situaciones sustancialmente similares aunque formalmente distintas", por lo que no cabe la concepción de que en el trato desigual a situaciones jurídicamente también desiguales, exista colisión constitucional ni discriminación alguna[115]. En consecuencia: "mal podría pretenderse

111 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: "Más sobre", cit., pp. 133-167 (también en: *Manual de Derecho de Familia*, cit., pp. 472-482).

112 *Vid.* González Reinoza, J. y K. Rahrme Coello: "Régimen jurídico de las uniones estables entre personas del mismo sexo en Venezuela (1999-2013)", *Anuario de Derecho*, núm. 31, Año 31, Mérida, enero-diciembre 2014, pp. 35-57, especialmente p. 54: Tomando en consideración que las decisiones interpretativas del TSJ son obligatorias o vinculantes, cuando se tratan de interpretaciones sobre el alcance y contenido de la Constitución realizadas en la Sala Constitucional, las uniones estables entre personas homosexuales no se pueden equiparar al matrimonio en cuanto a sus efectos, debido a la decisión número 190 de fecha 28 de febrero de 2008 que realizó una interpretación al respecto; Domínguez Guillén, M.C: "Breves consideraciones jurídicas sobre las uniones homosexuales en el marco de la Constitución venezolana", *Revista Cuestiones Jurídicas*, Vol. VII, núm. 1, Universidad Rafael Urdaneta, 2013, pp. 11-40.

113 Bossert, G.: *Régimen jurídico,* cit., p. 45; Domínguez Guillén, M.C.: *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 417, el concubinato supone la unión de personas de diverso sexo; Espinoza Melet, M.A.: *La acción,* cit., pp. 76-78; Párraga de Esparza, M.: "Las uniones", cit., p. 21.

114 Morales, G.: "Las uniones", p. 138.

115 Ratifica la Sala que la igualdad supone trato igual a quien está en situación de igualdad según veredicto N° 989 de 13-5-02 de la propia Sala, reiterado en sentencia N° 2121 del 6-9-03, "la igualdad como

la equiparación de uniones estables entre personas de un mismo sexo respecto del matrimonio entre un hombre y una mujer, cuando la Constitución no incluyó al matrimonio entre personas del mismo sexo en los términos del artículo 77 de su texto". Finalmente, la Sala destaca que la norma constitucional no prohíbe ni condena las uniones de hecho entre personas del mismo sexo como expresión del libre desenvolvimiento de la personalidad, simplemente no le otorga la protección reforzada lo que ciertamente no constituye un acto discriminatorio en razón de la orientación sexual. De hecho, el disfrute de los derechos económicos es posible en casos de uniones entre personas del mismo sexo no a través de la comunidad concubinaria (por no cumplir con el mismo requisito) pero sí a través de la comunidad ordinaria en los términos que la legislación civil lo permite. Como acontece igualmente respecto de otras uniones de hecho que no cumplan los requisitos de ley como las adulterinas, pues nada obsta para que dos personas al margen del sexo realicen un aporte de bienes y esfuerzos al logro de un fin común, pues lo contrario ciertamente conllevaría a situaciones injustas que rozarían el límite del enriquecimiento sin causa si se han unido esfuerzos personales y económicos en una comunidad. Concluye la Sala en su decisión que de conformidad con el artículo 21 de la Carta Magna no es posible dentro del marco constitucional venezolano, la discriminación en razón de la orientación sexual y declara que el artículo 21, numeral 1° de la Constitución no con colide con el 77 eiusdem. La decisión presenta un voto salvado[116].

Se afirma que la Constitución otorgó así tutela jurídica reforzada al matrimonio y a la unión estable entre un hombre y una mujer, como mecanismo de protección a la familia, considerada la base de la organización social[117]. La decisión fue objeto de comentarios por parte de la doctrina[118]. Compartimos la tesis que la discusión sobre la extensión de la unión concubinaria a tales uniones, debería pasar por la

diferenciación toma en cuenta las diferencias que existen entre hechos aparentemente similares...".

116 Que refiere que más que determinar si las parejas homosexuales pueden alcanzar los mismos efectos que el matrimonio la mayoría sentenciadora debió centrarse en los alcances que la Constitución podía ofrecer a los tipos de familia que no respondan a los patrones tradicionales y debió situarse en el período de transición normativa y cultural de la Constitución, resultando impropio la remisión a la comunidad ordinaria pues ello no parte de la institución social familiar.

117 Hernández, J. I.: "Breves comentarios sobre las bases constitucionales de la Familia y el divorcio en Venezuela", Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, núm. 6 edición homenaje a Arturo Luis Torres-Rivero, 2016, p. 108.

118 *Vid.* Peña Solís, J.: "Análisis crítico de la sentencia de la Sala Constitucional N° 0190 de 28 de febrero de 2008: interpretación de los artículos 21 y 77 constitucionales; derecho a la igualdad, uniones estables de hecho y extensión de los efectos del matrimonio a uniones concubinarias", *Revista de Derecho*, núm. 27, TSJ, 2008, pp. 287-322; Abreu Burelli, A.: "Derecho a la igualdad y no discriminación (con referencia a la Jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual de la persona", *Revista de Derecho*, núm. 27, TSJ, 2008, pp. 85-110; Padilla Alfonzo, A.: "Consideraciones respecto a las uniones de género a la luz de la sentencia de la Sala Constitucional de fecha 28 de febrero de 2008", *Revista de Derecho*, núm. 27, TSJ, 2008, pp. 263-286; Schmidt Hernández, L.: "Reflexiones interdisciplinarias en torno a la SC 0190 y afines", *Revista de Derecho*, núm. 27, TSJ, 2008, pp. 323-351; Hernández de Sojo-Bianco, M.: "Uniones de hecho entre personas de idéntico género", *Revista de Derecho*, núm. 27, TSJ, 2008, pp. 251-261; Varela Cáceres, E. L: "El derecho", cit., pp. 27-115, especialmente pp. 83-92.

reforma o más discutidamente por enmienda constitucional del citado artículo 77 de la Carta Fundamental[119], dada la claridad del citado instrumento, amén que consta en los respectivos debates constituyentes la inclusión de la referencia expresa a la diversidad de sexo[120]. Ello ha sido referido claramente por la doctrina, aunque se pretende asomar una tesis que podría acontecer simplemente por vía legislativa[121].

Recientemente la Sala Constitucional del Máximo Tribunal admitió la posibilidad de la familia homoparental a propósito de la reproducción asistida que aconteció respecto de una de las mujeres de una pareja[122]. Tal sentencia ha sido comentada por la doctrina[123] que aunque percibe positivamente la posibilidad de abrirse en tal sentido como en otras legislaciones en función de la igualdad[124], insiste que tal

119 *Vid.* Espinoza Melet, M.A.*: La acción,* cit., p. 77: "Un grupo de ciudadanos han solicitado ante el Tribunal Supremo de Justicia la inconstitucionalidad del artículo 44 del Código Civil, criterio a nuestro juicio errado, por cuanto la norma constitucional es clara e indubitable: no existe matrimonio entre personas del mismo sexo, la Constitución Nacional establece únicamente el matrimonio heterosexual, solamente podría ser viable por intermedio de una reforma a la Carta Fundamental, porque tampoco es factible por vía de enmienda constitucional"; Wills Rivera, L.: "Efectos de", cit., p. 835: la disposición constitucional precisa heterosexualidad, la unión homosexual "requeriría una reforma de la Constitución vigente"; Padilla Alfonzo, A.: "Consideraciones respecto", cit., p. 269: ni siquiera con una reforma de rango sublegal podría reconocerse la asimilación de derechos entre la unión homosexual y la heterosexual, siendo que el artículo 77 constitucional "es absolutamente claro en cuanto a la protección en él contenida, referida sólo a uniones entre un hombre y una mujer, por lo que sólo por la vía de una reforma constitucional se podría alterar lo dispuesto en ella"; Domínguez Guillén, M.C.: "Breves consideraciones", cit., pp. 11-15.

120 *Vid.* Párraga de Esparza, M.: "Las uniones", cit., p. 21: "sin hacer alusión expresa a la diversidad de sexo, quizá con la intención de dejar abierta la posibilidad de extender los efectos jurídicos de tales uniones a la unión homosexual"; Brewer Carías, A. R.: *La Constitución de 1999*, Arte, 2ª ed., Caracas, 2000, p. 178: además se precisa que las uniones estables entre hombre y mujer que cumplan los requisitos de ley precisan los mismos efectos que el matrimonio. Se disipó así, toda duda sobre la posibilidad de que pudiese consolidarse legislativamente en Venezuela, matrimonio o uniones estables que no sea entre hombre y mujer; Peña Solís, J.: "Análisis critico", cit., p. 309. *Vid.* sobre el derecho español: De Verda y Beamonte, J. R.: "Tendencias actuales del Derecho de Familia en España", *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 7, Universidad Diego Portales, Diciembre, 2006, pp. 182-186, y p. 176: pretender hacer decir a éste lo que no dice: y, desde luego, puestos a indagar la voluntad del constituyente, pensar que, para él era indiferente la diversidad o identidad del sexo de los contrayentes, me parece, sencillamente, absurdo.

121 *Vid.* González Reinoza, J. y K. Rahrme Coello: "*Régimen jurídico",* cit., p. 54: sobre la posibilidad jurídica del matrimonio entre personas del mismo sexo, existen dos tesis: 1. No es viable jurídicamente, sin una previa Reforma o Enmienda constitucional, la autorización legislativa para celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo. 2. El artículo 77 protege el matrimonio entre un solo hombre y una sola mujer y no condena ni prohíbe los de parejas del mismo sexo, basta una reforma legislativa para ser autorizados en Venezuela.

122 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. N° 1187 de 15-12-16. *Vid.* sin embargo el respectivo voto salvado: "…esta Sala Constitucional ha debido centrar sus análisis en el reconocimiento del derecho de toda persona, en especial de todo niño o niña, *a conocer y que sea legalmente reconocida su identidad como parte fundamental de su personalidad,* y, no, en interpretar el artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela…" (destacado nuestro).

123 Varela Cáceres, E. L.: "La última sentencia de la Sala Constitucional en materia de instituciones familiares: La familia homoparental", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 9, 2017, pp. 225-259.

124 *Vid.* ibid., pp. 229 y 230: tal limitación no resulta coherente con la evolución de los referidos institutos en el Derecho comparado, y mucho menos con la sociedad venezolana que reclama con justicia una ampliación para las parejas compuestas por homosexuales. Sin embargo, así quedó establecido en la Constitución, que, además, como ella misma indica, es "la norma suprema" (artículo 7). Se ha aclarado que lo que persigue la referida disposición es promocionar una protección «preferente», mas no "exclusiva", lo que implicaría que podrían crearse otras formas distintas de reconocer y de dotar de efectos jurídicos a aquellas parejas que no se encasillen dentro de esas figuras básicas. En tal sentido, podría perfectamente, a través de una ley, regularse estos nexos de pareja sin denominarlos "matrimonio" o "unión estable de hecho", sino, por ejemplo: "pactos de convivencia", donde se establezcan los efectos más relevantes: comunidad ordinaria

posibilidad debería acontecer por vía de reforma o enmienda constitucional[125]. De allí que algunos consideren que sin que se avance legislativa o constitucionalmente en pro de la protección de uniones homoafectivas, el asunto paraciera anclarse en un mero ejercicio teórico[126].

La posibilidad futura de admitir la unión homosexual, mediante una Reforma constitucional del artículo 77 de la Constitución, haría perder sentido a la discusión sobre su admisión[127]. Sin embargo, quedarían subsistentes otras interrogantes, tales como la posibilidad de "adopción" por parte de las parejas homosexuales[128], con razón criticada[129], porque tal supuesto y otros como la fertilización de madres

de bienes, vocación hereditaria, obligación de alimentos, derechos sobre prestaciones de seguridad social –pensión de sobreviviente, seguro médico, etcétera–, preferencias habitacionales, laborales, crediticias, entre otros.

125 Ibid., p. 231: No obstante, la solución idónea y correcta es que se recurra al "Poder de revisión de la Constitución" –enmienda, reforma o Asamblea Nacional Constituyente – con la intención de modificar el artículo 77 y así suprimir la restricción que se ha aludido, ampliando el matrimonio y la unión estable de hecho no solo a la parejas con diversidad de sexo, sino a las otras opciones, eliminándose el tradicional requisito de fondo para el matrimonio. Pero el escenario sombrío antes aludido, no solo cubre a las relaciones de parejas afectas a su mismo sexo, ya que, en general, todo el Derecho de Familia demanda a gritos una evolución de sus institutos.

126 *Vid.* Lugo Holmquis, C. y M. Rodríguez Reyes: "Las uniones homoafectivas celebradas en el extranjero. Sistema venezolano de derecho internacional privado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* Vol. 50, núm. 149, México, May-Ago. 2017. Indican en su conclusión: Estamos a favor de una legislación que proteja las uniones homoafectivas, esa sería la principal solución; pero reconocemos que, en el estado actual de las cosas, esbozar consideraciones para alternativas de solución, y, más aún, proponer soluciones concretas, puede resultar un mero ejercicio mental y especulativo mientras no se materialicen políticas estatales dirigidas a salvar los obstáculos. Más allá del poco margen de acción que dejó la sentencia Unión Afirmativa de Venezuela, constituye una deuda pendiente del Estado venezolano el legislar sobre la materia, partiendo de que el artículo 77 constitucional, tal como en aquélla se admitió, no comporta "una prohibición, desconocimiento o condena de otras formas de uniones de hecho entre personas -de distinto o igual sexo- cuya regulación, en todo caso, corresponde al legislador". De darse tal legislación especial, paso seguido, habrá que reinterpretar el contenido del orden público venezolano, y con ello replantear los principios integrantes del orden público internacional, con lo cual se evidenciaría el carácter relativo de este último, cuya particularidad es la de variar en el tiempo y en el espacio. *Vid.* también sobre la protección constitucional de la familia homoafectiva: Pérez Gallardo, L. B.: "Las nuevas", cit., pp. 553-559.

127 *Vid.* nuestro comentario en: *Derecho Civil Constitucional*, cit., pp. 186 y 187: ya no tiene sentido útil pretender rechazar el concubinato o unión estable pues la figura tiene clara y expresa consagración constitucional. No está dado al intérprete cuestionar la elevación de tal figura a rango constitucional. El día en que nuestro ordenamiento constitucional consagre el matrimonio homosexual, no cabra cuestionar su juridicidad sino simplemente se podrán cuestionar sus efectos con base al propio texto de la Carta Magna, por ejemplo, en cuanto también al derecho de orden constitucional de todo niño de tener un padre y una madre, esto es, una figura materna y otra paterna, amén del principio –también constitucional– del interés superior del niño; Rodríguez Ferrara, M.: *Comprendiendo el Derecho,* Universidad de los Andes, Consejo de Publicaciones, Mérida, 2007, p. 103: hoy no reconocemos el derecho de las persona homosexuales a contraer matrimonio, tal vez mañana sí. El concepto de lo justo siempre ha sido variable.

128 *Vid.* Baumeister Toledo, A.: "Algunas consideraciones sobre los efectos de ciertos patrones de conducta sexual frente al ordenamiento jurídico venezolano", *Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley,* Colección Libros Homenaje, núm. 14 (ed. por F. Parra Aranguren), TSJ, Caracas, 2004, Vol. I, pp. 320-323: en Venezuela el tratamiento del asunto no tiene un mandato expreso o tácito que regule lo relacionado a la adopción de niños y adolescentes…una interpretación de los artículos 20 y 21 de la Constitución bajo el criterio de la no discriminación no puede estar por encima del interés superior del niño especialmente protegido; Schmidt Hernández, L.: "Reflexiones interdisciplinarias", cit., pp. 346-350; Coll de Pestaña, I.: "Sexo y género en el matrimonio: ¿Cómo será la familia del futuro?", *Familia, tecnología y Derecho,* Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2002, pp. 189-231. *Vid.* en sentido contrario: Ivens Cruz, D. I.: "La adopción homoparental y el interés superior del menor", *Estudios sobre Derecho Familiar Constitucional Una aproximación,* (coord. por M. Valdes Martínez y M. Ruiz Balcázar), Universidad Veracruciana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014, pp. 71-82.

129 *Vid.* Staropoli, M. d. C.: "El interés superior en la adopción homoparental –entre lo que se quiere y lo que conviene", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas,* La Ley, Argentina, Año IV, núm. 11, Diciembre

solteras[130] o la fertilización "post mortem"[131], violan el derecho de todo niño de tener un padre y una madre. Y la verdad, no creemos que ello tenga que ver con una discusión enfocada en el género, sino con el indiscutible derecho de todo niño de contar con una figura paterna y otra materna[132]. Las parejas del mismo sexo son una realidad innegable que pretenden equiparación en múltiples ámbitos, no conformándose con la tolerancia[133]. Pero constitucionalmente el interés superior del menor, debe prevalecer en caso de conflicto inclusive frente a otros derechos e intereses legítimos[134].

El futuro deparará eventos que harán inconsistente la presente discusión, pero la necesidad de todo niño de tener un padre y una madre, excede el ámbito de las relaciones homoafectivas, extendiéndose en su crítica a la fertilización de mujeres solas. Aunque nuestro ordenamiento admite la adopción individual[135], actualmente

2012, pp. 19-28. Indica la autora que la adopción es un derecho del niño que necesita atención parental, no un derecho de los adultos a que se le confíe un niño, por lo que mal se puede experimentar con ellos y aumentar sus carencias (pp. 26 y 27); en la adopción homosexual siempre estaría presente el vacío existencial de uno u otro progenitor, porque no existe la similitud con la filiación biológica (pp. 19 y 20). Es natural que medie una frustración natural del infante entre los primeros años a buscar una figura de referencia materna y paterna y no encontrarla en la pareja homosexual (p. 25).

130 *Vid.* Perrot, C.A: "Algunas consideraciones acerca de la inseminación de mujeres solas", *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia,* Caracas, 1994, Publicidad Gráfica León S.R.L., Caracas, 1996, T. I, p. 383: "se considera inaceptable también la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda, sea quien sea el donador. Sin juzgar la intención de las personas que la buscan en tales circunstancias, hay que recordar también que el hijo no debe convertirse en un alivio o compañía para el dolor de la muerte o la soledad"; Bernad Mainar, R.: *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana,* UCAB, Caracas, 2000, p. 99, indica que "puede entenderse como una discriminación negativa para el propio hijo, pues está condenado de manera irremisible a no tener progenitor ni padre durante toda su vida, con las implicaciones o consecuencias que ello puede acarrear para su integridad y desarrollo armónico vital"; De Oliveira Leite, E.: "El derecho y la bioética: estado actual de las cuestiones en Brasil", *Acta Bioeth,* Vol. 8, núm. 2, Santiago, 2002: "una mujer soltera inseminada no está en condiciones de garantizar -por más bien intencionada que esté- el patrón familiar (constituido de padre y madre) que naturalmente ocurre en una comunidad familiar".

131 *Vid.* Valdés Díaz, C.: "La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas", *Derecho Familiar Constitucional* (coord. por L. Pérez Gallardo, C. Villabella y G. Molina), Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016, p. 481: dicha técnica hace nacer un hijo carente de padre o madre, y si bien existen hijos póstumos y niños huérfanos ello se debe a una situación inevitable que no ha sido buscada a propósito; Domínguez Guillén, M.C.: "Breve referencia a la filiación post mortem", *Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas*, núm. 134, UCV, Caracas, 2009, p. 217: "Nadie quiere la muerte de sus progenitores por lo que mal podría pensarse que es indiferente nacer o peor aun ser concebido sin ellos"; Schmidt, L. y V. González: "La fecundación postmortem y sus implicaciones: el interés del niño por nacer", *Estudios sobre Derecho de la Niñez y Ensayos penales. Libro Homenaje a María Gracia Morais*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011, pp. 290 y 291: es injusto programar la venida de un niño cuandu su progenitor ya no se encuentra vivo; Martínez S., H. J.: "Fertilización post mortem", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 11, 2018, pp. 392-394; Varela Cáceres, E. L.: "El Derecho", cit., pp. 106 y 107.

132 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.; "Breves consideraciones", cit., pp. 27-35; De Oliveira Leite, E.: "El derecho", cit., cita a Según Françoise Dolto: "Más vale que el niño diga: "Tengo tres padres", que diga: "Mamá vive sola, no tengo padre"; González-Meneses, M.: "Matrimonio homosexual. Una aproximación jurídica", *Notario del siglo XXI*, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, núm. 2, julio-agosto 2005: nos encontramos con una persona a la que de raíz se ha privado de la paternidad de varón por satisfacer el "derecho" de dos mujeres.

133 Varela Cáceres, E. L.: "El derecho", cit., p. 91 y 92, cita a Medina.

134 *Vid.* artículos 78 de la Constitución y 8 de la Ley Orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes.

135 González Reinoza, J. y K. Rahrme Coello: "Régimen jurídico", cit., p. 55: en Venezuela no se ha regulado en forma especial el tema de la adopción por parejas del mismo sexo. Este tema se debe manejar en forma científica y prudente. Recuérdese que lo que está en juego es por un lado la protección de niños, niñas y

la adopción conjunta y la colocación precisan de unión de hecho estable entre un hombre una mujer[136]. De momento, el interesado puede disponer libremente por testamento a favor de un tercero al margen de su tendencia afectiva o sexual, inclusive estando casado[137].

VII. LA LEY ORGÁNICA DE REGISTRO CIVIL (2009).

La Ley Orgánica de Registro Civil (LORC)[138] regula la figura en estudio (arts. 117 a 122) previendo la posibilidad de su registro. Dispone su artículo 117 que las uniones de hecho estables se registraran en virtud de manifestación de voluntad, documento auténtico o público y decisión judicial. Indica el artículo 118 de dicha ley especial: "La libre manifestación de voluntad efectuada entre un hombre y una mujer, declarada de manera conjunta, de mantener una unión estable de hecho, conforme a los requisitos establecidos en la ley, se registrará en el libro correspondiente, adquiriendo a partir de este momento plenos efectos jurídicos, sin menoscabo del reconocimiento de cualquier derecho anterior al registro". El artículo 119 de la LORC dispone la obligatoriedad de registrar toda decisión judicial definitivamente firme que declare o reconozca la existencia de una unión estable de hecho. El artículo 122 de dicha ley se refiere al registro de su disolución[139] (igualmente el respectivo Reglamento[140]), lo cual cobra sentido

adolescente y por la otra, los derechos fundamentales de algunos individuos. Las parejas homosexuales no pueden realizar una solicitud de adopción conjunta. En Venezuela para la adopción individual no se exige que deba ser realizada por un heterosexual.

136 Los artículos 411 y 399 de la Ley Orgánica para la protección de niños, niñas y adolescente exigen expresamente la unión estable entre "hombre y mujer" a los fines de la adopción y la colocación, respectivamente.

137 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C.: "La familia", cit., p. 79; González Reinoza, J. y K. Rahrme Coello: "Régimen jurídico", cit., p. 55: El régimen jurídico sucesoral en Venezuela con relación a todos los tipos de uniones estables se caracterizan por ser heterocéntrico y monogámico. Los homosexuales no heredan abintestato a su pareja, pero pueden realizar testamento a su favor siempre y cuando se considere previamente la legítima.

138 *Vid.* Gaceta Oficial núm. 39.264 de 15-09-09. *Vid.* también dictado por el CNE: Resolución N° 121220-0656, mediante la cual se resuelve dictar el Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de Registro Civil (G.O. núm. 40.093 de 18-1-13), arts. 65-68.

139 "Se registrará la declaratoria de disolución de las uniones estables de hecho, en los siguientes casos:1. Manifestación de voluntad efectuada unilateral o conjuntamente por las personas unidas de hecho ante el Registro Civil. 2. Decisión judicial. 3. La muerte de una de las personas unidas de hecho, por declaratoria del sobreviviente. En los casos de disolución unilateral de las uniones estables de hecho, el registrador o la registradora civil deberá notificar a la otra persona unida de hecho, de conformidad con la ley". *Vid.* también respecto de España, extinción de las parejas constituidas al amparo de la Ley 7/2018, art. 9: Leciñena Ibarra, A.: "Tratamiento legislativo", cit., pp. 145 y 146.

140 Especialmente el artículo 67 que refiere la necesidad de agregar al expediente y estampar nota de la notificación de la disolución (a falta de notificación personal se dispone la notificación por cartel y por prensa): "La disolución de la Unión Estable de Hecho, podrá ser declarada ante cualquier Oficina o Unidad de Registro Civil, y se extenderá el acta respectiva, la cual se remitirá a la Oficina o Unidad donde se inscribió la Unión Estable de Hecho y a la Oficina Regional Electoral correspondiente, a los fines de que se estampe la nota marginal. Cuando la disolución se produzca por manifestación unilateral de voluntad, la declaración deberá realizarse en el último lugar de residencia de la pareja, y el declarante deberá especificar el lugar de residencia de la otra persona unida de hecho, a los efectos de que se proceda a su notificación personal. La notificación se realizará por escrito, dentro de los cinco días hábiles siguientes, exigiéndose a la persona que la recibe su firma como constancia de recepción, asentándose en ésta sus nombres, apellidos y su número de cédula de identidad. De no ser posible la notificación personal en el lugar de residencia, el Registrador o Registradora ordenará la notificación mediante un único cartel con

probatorio en especial cuando la unión fue previamente registrada por las partes. El registro de la disolución ha sido criticado por parte de la doctrina[141], aunque ciertamente el sentido de registrar la disolución -si a su vez la unión fue objeto de registro- es facilitar la prueba de su tiempo de duración, sin perjuicio de que la unión se extingue por la voluntad de cualquiera de los convivientes. La unión no matrimonial es libre por cuanto es soluble y termina por decisión libérrima de cualquiera de los convivientes[142]. Como situación de hecho que es nace y muere espontáneamente[143].

La LORC incluye entre los actos o hechos susceptibles de registro la unión de hecho estable, lo cual permite acceder a otro medio probatorio distinto a la sentencia merodeclarativa referida por la sentencia 1682/05. Obviamente, la LORC no impone como es lógico el registro de la unión de hecho[144] porque ello se opone a su naturaleza espontánea, por lo que simplemente, la pareja

el contenido de la declaración, que deberá ser fijado en la residencia de la persona notificada. Asimismo, ordenará su publicación en un diario nacional o regional, a costa del declarante, quien deberá consignar ante la Oficina o Unidad de Registro Civil un ejemplar del diario que contenga la publicación del cartel. El escrito de notificación firmado como constancia de recepción o la página donde aparezca el cartel de notificación publicado en la prensa, se agregará al expediente y se estampará nota marginal en el Acta que contenga la Unión Estable de hecho y en el libro de duplicado". *Vid.* refiriéndose a "disolución" no obstante proceder por voluntad unilateral: Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela núm. 39.913 de 02-05-12), su artículo 8 ord. 8 señala que el Juez comunal es competente para: "Declarar sin procedimiento previo y en presencia de la pareja, el divorcio o la *disolución de las uniones estables de hecho* cuando sea por mutuo consentimiento" en caso de que no existan hijos menores de edad.

141 Riquezes Contreras, O.: "A propósito de la Ley Orgánica de Registro Civil ¿El concubinato crea un nuevo estado civil?", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 2014, pp. 312 y 313: la disolución del concubinato depende exclusivamente de la voluntad de la pareja.

142 Gavidia Sánchez, J. V.: "La libertad de elección entre matrimonio y unión libre", *Revista de Derecho Privado y Constitucional*, núm. 12, enero-dic 1998, p. 73. *Vid.* también: Salas, A.: "La unión", cit., p. 470: lo esencial de la unión libre como la misma expresión lo indica es la libertad. Depende pura y exclusivamente de la voluntad de las partes y puede romperse cuando a cualquier de ellos así le plazca; De Verda y Beamonte, J. R.: "Pactos de", cit., p. 424: la ruptura de la convivencia more uxorio es un acto de libertad de quienes la forman, del mismo modo que lo es su constitución; Morales, G.: "Las uniones", p. 141: la característica más significativa de la unión de hecho es su libertad para iniciarla y disolverla. Siendo una gran diferencia con el matrimonio que presenta formalidades para su constitución y precisa del divorcio para su extinción.

143 Freitas De Gouveia, E.: "La autonomía", cit., p. 127.

144 Domínguez Guillén, M.C.: *Manual de Derecho Civil I,* cit., p. 260: No creemos que la LORC imponga como es lógico el registro de la unión de hecho porque ello se opone a su naturaleza espontánea, por lo que a la par de la posibilidad de su registro en caso de acuerdo de voluntades (que ciertamente facilita su prueba extrajudicial), subsistirá la posibilidad de declaratoria jurisdiccional; el art. 117, núm. 3 de la LORC prevé la posibilidad de registrar la unión de hecho por "decisión judicial". *Vid.* sin embargo: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 24-3-11, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/marzo/652-24-KP02-S-2011-001408-.html "En consecuencia, vista las consideraciones anteriores y en protección del debido proceso, en garantía del Orden Público en los actos del Estado Civil, este Tribunal niega la admisión de la presente solicitud de declaracion de union estable de hecho, con fundamento en el artículo 77 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y artículo 117 y siguientes de la Ley Orgánica de Registro Civil".

cuenta con tal opción probatoria[145], concediéndole autenticidad[146] y publicidad (principios cardinales del Registro Civil)[147]. A falta de dicha acta de registro o en su defecto, del reconocimiento de las partes, subsiste la posibilidad de declaratoria jurisdiccional mediante la correspondiente acción merodeclarativa de unión de hecho estable[148]. En todo caso se afirma que a los efectos de "terceros" se precisa de la prueba de la unión estable de hecho y en tal sentido, la sentencia 767/2015 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia indicó que las pruebas vienen dadas por la respectiva sentencia así como por el acta de registro[149].

Mas recientemente indicó la Sala de Casación Civil del Máximo Tribunal que la respectiva acta de registro, en principio, hace innecesaria la intervención de la jurisdicción mediante la acción merodeclarativa: "Sucede pues que, al presente, para el reclamo de cualesquiera de los efectos jurídicos derivados de una unión estable de hecho, únicamente se requiere de un instrumento fehaciente que acredite la existencia de la comunidad, pudiendo ser la sentencia definitiva y firme cuya declaratoria reconozca esta unión o mediante un documento otorgado de acuerdo con los artículos 117 al 122 de la Ley Orgánica de Registro Civil"[150].

145 *Vid.* Garcías Calles, I.: "Aportes de la Ley Orgánica de Registro Civil a la unión estable de hecho", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 6 Edición Homenaje a Arturo Luis Torres-Rivero, 2016, pp. 83-105; Varela Cáceres, E. L.: "Una lección", cit., pp. 329-380, especialmente, pp. 350-354 en que indica que la función del Registro es facilitar la prueba de la unión; Trujillo Guerra, L.: "Reseña de Legislación. Ley Orgánica de Registro Civil", *Cuestiones Jurídicas,* Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, Vol. IV, núm. 1, enero-junio 2010, pp. 106-109; Domínguez Guillén, M.C.: *Manual de Derecho Civil I Personas,* Paredes, Caracas, 2011, p. 260.

146 *Vid.* citadas infra: TSJ/SConst., Sent. N° 767 del 18-6-15: "Las actas de uniones estables de hecho, al igual que las demás actas del Registro Civil previstas en el título IV de la Ley Orgánica de Registro Civil, tienen *los efectos que la ley le confiere al documento público o auténtico (Art. 77)*, y sus certificaciones expedidas por los registradores o las registradoras civiles tienen *pleno valor probatorio (Art. 155)*" (resaltado original); TSJ/SCC, Sent. N° 107 de 11-4-19.

147 *Vid.* Varela Cáceres, E. L.: *El Registro del Estado Civil Vol. I Organización y principios sectoriales*, RVLJ, Caracas, 2018, pp. 202 y ss.

148 *Vid.* Espinoza Melet, M.A.: *La acción,* cit., pp. 17-72; Espinoza Melet, M.A.: *La acción merodeclarativa en Venezuela y su importancia en materia de concubinato*, Trabajo especial de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal, UCV, FCJP, CEP, Julio 2010, Tutor: F. Martínez Riviello (del mismo autor; "La acción merodeclarativa en Venezuela", *Anuario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo*, núm. 34, Valencia, Facultad de Derecho Instituto de Derecho Comparado, 2011, pp. 35-68).

149 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. N° 767 de 18-6-15: "al no haber acompañado la demandante de amparo copia certificada de la sentencia que declare la unión estable de hecho que adujo sostener, ni la certificación de un acta de unión estable de hecho prevista y regulada en la Ley Orgánica de Registro Civil, esta Sala estima que la actuación del Juzgado Superior estuvo ajustada a derecho" …esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse con anterioridad en casos análogos. Así, por ejemplo, en sentencia N° 1038 del 5 de mayo de 2003, expediente N° 01-1664, caso: *María Eugenia Parra*, señaló: "…. los efectos jurídicos del concubinato sólo pueden ser oponibles a terceros, siempre y cuando exista una sentencia previa que los haya declarado, con ocasión de un juicio intentado a tal fin…" (Resaltado añadido).

150 *Vid.* TSJ/SCC, Sent. N° 107 de 11-4-19, agrega: "En tal sentido, resulta que los registradores civiles confieren fe pública a todas las actuaciones, declaraciones y certificaciones que con tal carácter autoricen, por tanto, atendiendo a la jurisprudencia y los preceptos de ley citados, las actas de uniones estables de hechos suscritas ante un fedatario público, permiten acreditar por sí solas el vínculo entre los declarantes… Por ello, teniendo en cuenta los requerimientos del presente caso, en atención a los modernos fines del proceso -la justicia-, se observa que en el fallo in examine se ha violentado una norma de rango legal por falta de aplicación (Art. 118 Ley Orgánica de Registro Civil), por cuanto el acta que recoge la manifestación de voluntad de los unidos de hecho ante la Administración, adquirió a partir del momento

Sobre el valor del acta registral bien puede concluirse que crea una presunción de veracidad especialmente en aquellos casos que, con posterioridad al registro de la unión, sobrevino la muerte de uno de los convivientes sin haberse procedido al registro de su extinción. Ello sin perjuicio de su impugnación judicial por los interesados. También se admite la posibilidad de que el reconocimiento de la unión concubinaria pueda derivarse de declaración unilateral como es el caso del acto testamentario[151], según reconoció la propia decisión 1682/05[152].

No ha faltado quien afirme que la institución registral de alguna manera le quita el carácter "de hecho" a la unión concubinaria: "en rigor las únicas parejas auténticamente de hecho será aquellas que no pasen por la ventanilla del registro"[153]. Pero el registro no constituye en modo alguno requisito de la unión hecho[154], sino –reiteramos- una simple opción probatoria. La unión concubinaria a diferencia del matrimonio se extingue por la simple voluntad de una de las partes, por lo que la inscripción registral presenta una finalidad meramente probatoria, que bien podrían ser impugnadas judicialmente (en cuanto a su existencia y duración) [155].

de su inscripción, plenos efectos jurídicos, siendo innecesaria una declaración judicial complementaria. De este modo, el acta de unión estable de hecho funge como título o instrumento fehaciente para la instauración futura de cualquier acción que de ella se derive, además que, atendiendo al principio de publicidad, desde el momento de su inscripción posee efectos erga omnes, quedando salvaguardados los derechos de posibles terceros interesados….considerándose esta como instrumento fehaciente que la acredita, no era necesario una nueva intervención de un órgano del Estado (jurisdiccional) para que fuera reconocido el hecho de la unión y se declarase el vínculo, situación no advertida por el ad quem que sin duda conduce a un exceso, pues en estos casos, (frente a la manifestación conjunta), se tiene que el vínculo persiste salvo declaración en contrario." *Vid.* en sentido contrario: Espinoza Melet, M.A.: *La acción,* cit., 2018, p. 65: "la manifestación de voluntad debidamente registrada ante el Registro Civil no posee la contundencia probatoria necesaria para ejercer ciertos derechos derivados de la unión concubinaria, los cuales para poder ser ostentados debe necesariamente el concubino acudir al órgano jurisdiccional, muy especialmente a lo atinente al aspecto patrimonial emergente del concubinato".

151 *Vid.* TSJ/SCS, Sent. N° 0722 del 29-5-14: "Como se observa es perfectamente válida la manifestación de voluntad del testador en cuanto a la existencia de la unión estable de hecho con la demandante, pues ésta es equiparable al reconocimiento filiatorio. En consecuencia, sólo dicha declaración es capaz de aportar convicción al respecto". *Vid.* sin embargo, voto salvado de dicha decisión: "Obliga para quien discrepa, cuestionar respecto a la mencionada manifestación de voluntad revelada mediante documento público o auténtico, si el testamento constituye un medio idóneo que otorgue plenos efectos jurídicos en los términos contenidos en el artículo 118 del texto normativo comentado, vista la restricción prevista en el artículo 835 del Código Civil, en cuanto a que no pueden dos o más personas testar en un mismo acto, sea en provecho recíproco o de un tercero, observaciones éstas para futuras decisiones".

152 "Por último, y como resultado de lo interpretado, es que cuando en una relación jurídica concreta, una de las partes actúa en su condición de concubino, para los efectos de esa relación la existencia del concubinato queda reconocida por las partes y, en consecuencia, entre las partes de la relación o el negocio, se reputará que una de ellas se vincula con el concubinato".

153 Rodríguez Ramos, A. M.: *Vuelve el,* cit., p. 29.

154 *Vid.* García Rubio, M. P.: "Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica", *Derecho, Sociedad y Familia: cambio y continuidad. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 10 (2006) (ed. por A. M. Morales y J. M. Miquel), Madrid, 2007, p. 128: no se debe considerar un requisito constitutivo de la institución la toma de razón de la condición de pareja en un Registro Público, pues su naturaleza aconseja rechazar un modelo formal.

155 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. N° 24 del 13-2-13: "Por supuesto, la sentencia declarativa del concubinato debe señalar la fecha de su inicio y de su fin, si fuera el caso, y obviamente el grado de precisión de esas fechas dependerá de lo alegado y probado en autos, pues lógicamente le está vedado al juez decidir sobre la base de circunstancias distintas a las probatorias, lo que lo limitará, en algunas ocasiones, a indicar día y mes del inicio y fin de la unión estable".

Indica acertadamente Varela Cáceres sobre la inscripción registral de la unión estable de hecho que la misma funge a fines "ad probationem", a diferencia del matrimonio civil donde la inscripción en el registro es "ad solemnitatem", es decir, constitutiva del estado de casados[156]. Lo mismo cabe decir de su extinción. De tal suerte que no se configura entre ambas instituciones familiares una equiparación a nivel registral[157] porque su prueba es diversa[158]. La LORC simplemente amplió las opciones probatorias de la unión de hecho estable, a fin de no reducirla a la sentencia merodeclarativa y creando una presunción iuris tantum asociada a la inscripción registral.

La doctrina venezolana se pregunta si el concubinato constituye un estado civil, en particular a raíz de la Ley Orgánica de Registro Civil que prevé su posibilidad registro, contestando negativamente[159]. Recordemos que la citada sentencia 1682/2005 indicó: "No existe, en estos momentos y para esta fecha, una partida del estado civil de concubinato". El estado civil en su acepción amplia es una cualidad o condición a la que la ley le atribuye "efectos" jurídicos[160]. El artículo 77 de la Carta Magna utiliza expresamente la palabra "efectos" en su equiparación al matrimonio. Admitiéndose que "en el concubinato hay posesión de estado de concubinos"[161], cuyos elementos se acreditan en la respectiva acción merodeclarativa[162]. Por

156 Varela Cáceres, E.L.: "Una lección", cit., pp. 350 y 351.

157 Núñez y Núñez, E. R.: *Unión Extramatrimonial,* Trabajos I, Ediciones Montero Obispo 521, La Habana, 1945, pp. 8 y 31: equiparar en los efectos no supone igualar, porque al comparar no sería posible considerarlo igual y pretender por ejemplo una suerte de matrimonio presunto que deba ser inscrito en el Registro del Estado Civil, se trata de ser equiparada en sus efectos por su estabilidad y singularidad. La equiparación no puede tener acceso al Registro Civil porque sería identificarla con el matrimonio; Guerrero Quintero, G.: *El concubinato,* cit., p. 314: no puede haber identidad entre matrimonio y concubinato, no es que se equiparen, sino que la unión convivencial tendría tendría relativamente los mismos efectos que el matrimonio.

158 *Vid.* Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, Sent. 8-1-19, Exp. N° 16.187, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2019/ENERO/1698-8-16187-.HTML: "el concubinato como el matrimonio nace y se prueba de manera distinta, la diferencia en su nacimiento como en el orden probática hace que no pueda compararse íntegramente al matrimonio; y en consecuencia, los efectos del matrimonio (personales y patrimoniales) no se producen totalmente en la unión fáctica. En tal caso la unión more uxorio o estable de hecho (concubinato) y cualquiera otra unión estable, no son necesariamente similares a matrimonio, es decir, ni iguales, ni equivalentes. Segundo: el matrimonio es una unión o vínculo de derecho. La unión de hecho es eso; de hecho. Tercero: La sala equipara el género "unión estable" al matrimonio, y así debe tener, al igual que el matrimonio, un régimen patrimonial (comunidad de gananciales por causa de equiparación)".

159 *Vid.* Riquezes Contreras, O.: "A propósito", cit., pp. 301 y 302. *Vid.*, aunque no refiere la LORC: Guerrero Quintero, G.: *El concubinato,* cit., p. 256.

160 Frente al Estado, la familia o la persona en sí misma. *Vid.* nuestros trabajos: "El estado civil", *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona,* Colección Libros Homenaje, núm. 5 (ed. por F. Parra Aranguren), Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, T. I, pp. 359-410; *Manual de Derecho Civil I,* cit., pp. 196-220; *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*, TSJ, 3ª ed., Caracas, 2010, pp. 678 y 679.

161 D´Jesús, A.: *Lecciones de, cit*., p. 167.

162 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. 0184 de 12-3-18: Por su parte, la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia mediante la decisión cuestionada referida *ut supra* entre sus consideraciones aplicó el criterio establecido por esta Sala en sentencia n° 1682, de 15 de julio de 2005, (caso: *Carmela Mampieri Giuliani*), resolviendo que para que se tenga por cierta tal unión deben ser …probada[s] *sus características, tales como la permanencia o estabilidad en el tiempo, los signos exteriores de la existencia de la unión (lo que resulta similar a la prueba de la* 'posesión de estado' en cuanto a la fama y el trato, ya que la condición de la pareja como tal, *debe ser reconocida por el grupo social donde se desenvuelve*"…) (resaltado original y comillas simples nuestras); Bocaranda Espinoza, J.: *La Comunidad Concubinaria, Aspectos Sustantivos,* cit., pp. 44 y

ello, sostenemos que el concubinato sí luce como un estado civil en su acepción técnica, porque de él derivan efectos jurídicos, aunque como situación fáctica o de hecho debe probarse, siendo que de contar con el acta respectiva ni siquiera estaríamos en presencia de un estado pretérito. No cabe confundir la dificultad de su prueba con la inexistencia de un estado civil familiar. El artículo 767 CC alude expresamente a la palabra "estado"[163]. La doctrina española refiere a propósito del tema del estado civil "las condiciones civiles emergentes" cuyo listado aunque no es abierto y está sujeto a modificaciones, incluye "las uniones estables de pareja" institucionalizadas que están reguladas en algunas comunidades u ordenamientos autonómicos, conformando un estatuto personal y patrimonial[164].

Una reciente normativa del Consejo Nacional Electoral prevé la referencia de la unión de hecho en la partida de defunción, a objeto de evitar formalismos, aclarando que de ella no deriva la prueba del estado familiar de que se trate, sino simplemente el hecho del respectivo fallecimiento[165]. Es decir, de la mención que se realice en una partida de defunción no se deriva la existencia de la unión de hecho, porque es bien sabido que cada estado civil se prueba con la respectiva partida[166]. No obstante, la doctrina ha criticado el desarrollo de la figura por vía de la normativa dictada por el CNE por su rango sublegal, así como el hecho que en la práctica se tiende a "borrar" el concubinato aplicándole un régimen jurídico uniforme con el matrimonio[167].

Finalmente, en cuanto a la capacidad de obrar, en particular negocial, de los menores de edad para registrar la unión concubinaria, la LORC contiene previsiones que fueron completadas por su respectivo Reglamento[168], con especial

45: de todos los elementos del concubinato, la notoriedad es el único, que no pertenece a la esencia de éste. Su importancia no es pues, substancial, en cuanto no contribuye, necesariamente, a una definición fundamental de la relación concubinaria. Sin embargo, tiene una importancia adjetiva de carácter probatorio, toda vez que constituye el puente entre la existencia del conjunto de los demás elementos y la existencia de la relación concubinaria; Domínguez Guillén, M.C.: *Manual de Derecho Civil I Personas,* cit., p. 238: el elemento más importante será el trato, pues ciertamente la fama bien podría faltar en razón de los convencionalismos sociales. Como indicáramos la fama o notoriedad no es un elemento esencial del concubinato, sino el propiciarse un "trato recíproco" de marido y mujer.

163 "…demuestre que ha vivido permanentemente en tal *estado*…" (Destacado nuestro).

164 Gete-Alonso y Calera, M. d. C: "El estado civil y las condiciones de la persona", *Tratado de Derecho de la persona física*, (dir. por M. Gete-Alonso y Calera; coord. J. Sole Resina), Civitas /Thomsom Reuters, España, 2013, T. I, pp. 221-228, especialmente 225 y 226.

165 *Vid.* CNE, Resolución N° 161219-274 publicada en Gaceta Oficial N° 41.094 de 13-2-17.

166 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C.: *Manual de Derecho Civil I,* cit., p. 220; CSJ/SC, Sent. 24-10-95, J.R.G., T. 136, pp. 258 y 259: el acta de defunción no constituye prueba de la filiación de los herederos; CFC, Sent. 23-10-42, Mem. 1.943, T. II, p. 112; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 2-3-06, http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2006/marzo/390-2-16.507-.html

167 *Vid.* Riquezes Contreras, O.: "A propósito", cit., p. 314.

168 *Vid.* LORC señala en forma genérica en su art. 121, señala que no podrán registrarse uniones de hecho (numeral 2) de los adolescentes menores de 14 años y el artículo 120, núm. 8 *eiusdem* dispone que las actas deben contener "autorización de los padres o representantes, en los casos de adolescentes". *Vid.*, sin embargo, estableciendo la diferencia de edad de 14 años para la mujer y 16 para el varón que contenía el artículo 46 CC (Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de Registro Civil…art. 66, núm. 4).

remisión a la capacidad en materia de matrimonio[169], inspirada en la edad con base al criterio de la madurez biológica[170]. Pero la edad inicialmente contenida en el Código Civil relativa la capacidad matrimonial del menor de edad varió, pues el art. 46 fue anulado parcialmente por la Sala Constitucional[171] señalando que la edad correspondiente es actualmente 16 años para ambos[172]. Dicha edad ha de ser extensible en principio a la unión de hecho estable[173]. La unión de hecho estable entre menores que hayan adquirido capacidad matrimonial podrá ser reconocida por vía judicial por el tribunal competente[174].

Con base a lo indicado la doctrina concluye que los aportes básicos de la Ley Orgánica de Registro Civil frente al instituto en estudio vienen dados por: la posibilidad de registrar la unión de hecho sin perjuicio de su existencia previa, el registro de la extinción de la unión, la posibilidad de registrar uniones estables de hecho de adolescentes. Todo ello en función de la importancia probatoria, esto es, a los efectos de facilitar su prueba[175].

VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

El peso específico de la unión matrimonial, sólidamente amparada en leyes y textos constitucionales, desveló la inseguridad jurídica de las parejas no casadas. Pero las reformas del Derecho de Familia inspiradas en la igualdad surgieron para admitir el concubinato[176]. Venezuela no escapó de tal realidad y ello se hizo

169 *Vid.* CC, artículos 46, 59 y ss., 62, 131, ord. 3°; Espinoza Melet, M.: "El matrimonio de los adolescentes", *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015*, Colección Centenario, ACIENPOL, Caracas, 2015, T, IV, pp. 2753-2784.

170 *Vid.* con relación a España: De Verda y Beamonte, J. R. y P. Virgadamo: "Capacidad para contraer matrimonio y prohibiciones matrimoniales: una comparación de las experiencias jurídicas española e italiana", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10, IDIBE, Feb. 2019, p. 511: supone la sustitución del criterio de la madurez biológica por el de la psicológica… ya que en la realidad social actual no cabe sostener, al menos con carácter general, que un contrayente de doce o catorce años tenga la madurez de juicio suficiente para asumir libre y conscientemente un matrimonio.

171 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. N° 1353 de 16-10-14, Anuló parcialmente el artículo 46 CC que establecía 14 años para la mujer y 16 para el varón, estableciendose 16 años para ambos; Arteaga Flamerich, M. F.: "El matrimonio y la nulidad parcial del artículo 46 del Código Civil", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 11, 2018, pp. 339-365.

172 *Vid.* igualmente respecto del Derecho español: De Verda y Beamonte, J. R. y P. Virgadamo: "Capacidad para", cit., p. 514: En definitiva, tras la supresión de la dispensa del impedimento de edad, quien pretenda contraer matrimonio ha de ser, inexcusablemente, mayor de edad o ha de haberse emancipado, bien por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, bien por concesión judicial (art. 323), requiriéndose en ambos casos que el menor haya cumplido los *dieciséis* años (arts. 317 y 320 CC) (cursivas nuestras).

173 *Vid.*, sin embargo: Código Civil, art. 62: "No se requerirá la edad prescrita en el artículo 46: 1 A la mujer menor que haya dado a luz un hijo o que se encuentre en estado de gravidez. 2. Al varón menor cuando la mujer con la que quiere contraer matrimonio ha concebido un hijo que aquél reconoce como suyo o que ha sido declarado judicialmente como tal".

174 Wills Rivera, L.: "Efectos de", cit., p. 836.

175 *Vid.* Garcías Calles, I.: "Aportes de", cit., pp. 93-104.

176 Comte Guillemet, N.: *Las parejas no casadas ante el DIPr*, Mundialización y Familia, Eds. A. L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel, Colex, Madrid, 2001, pp. 296 y 297. *Vid.* también sobre el tema en el Derecho Internacional Privado: Pérez Pacheco, Y. y M. C. Domínguez Guillén: "La unión estable de hecho. Especial referencia a las uniones concubinarias en el Derecho internacional privado", *Derecho de Familia internacional. Metodología*

evidente en la Constitución de 1999. A dos décadas de su constitucionalización en el ordenamiento venezolano, la evolución de la figura se ha hecho sentir en la doctrina, las decisiones judiciales y en la propia Ley Orgánica de Registro Civil.

Factores de naturaleza diversa, reflejan un cambio en los valores y comportamientos sociales que ha situado al Derecho de Familia ante problemas jurídicos que no encontraban una respuesta en el Código Civil. En consecuencia, este ámbito del Derecho Privado, es especialmente influenciable por los cambios sociales debido al contenido ético de sus normas y a la función social que la familia desempeña[177]. Algunos de tales cambios se presentan justos y razonables[178]. La unión concubinaria ha evolucionado en su proyección jurídica con el paso de los años, asumiendo las modernas tendencias que tienden a su protección como parte del moderno modelo familiar.

La unión concubinaria o de hecho es sin duda una de las instituciones familiares fundamentales del Derecho de Familia[179]. Insistir en discutir que en Venezuela la unión estable no tiene efectos similares al matrimonio, es desconocer una norma constitucional y por tal imperativa. La dificultad probatoria no le resta eficacia una vez acreditado. Hemos tratado de mostrar sucintamente el apretado panorama que ha sufrido la institución de la unión de hecho estable en el ordenamiento venezolano con especial referencia a la doctrina, las principales decisiones del Máximo Tribunal y la normativa que refiere la materia. No encontramos, sin embargo, hasta la fecha, una ley especial que regule el instituto -para algunos necesaria- a propósito de los "requisitos establecidos en la ley", aunque el el Máximo Tribunal lo consideró referido al CC, a tono con el carácter no programático de la norma. De considerarse tal normativa en el futuro ha de tomarse en cuenta que las figura no podrá ser limitada legislativamente en cuanto a sus efectos, dada la constitucionalización de la figura bajo análisis. Ello, al margen de la posible crítica sobre tal equiparación de parte del Constituyente. Siguen puntos pendientes y discutidos pues luce tarea casi imposible lograr unanimidad sobre los criterios realtivos a la procedencia de los tan citados "efectos" que acercan al matrimonio y a la unión concubinaria. Veremos si el tiempo sigue obrando a favor de la consolidación de una institución familiar que se impuso en nuestro medio por la propia justicia de las circunstancias.

para su estudio. Homenaje a *Haydee Barrios* (coord. por V. H. Guerra Hernández, Y. Pérez Pacheco y C. Lugo Holmquist), Biblioteca Jurídicas Diké/Universidad del Rosario, Medellín, 2014, pp. 549-588.

177 Fariña Fariña, R.: "Algunas consideraciones", cit., p. 276. *Vid.* también: Parra Lucán, M. A.: "Reflexiones sobre algunas tendencias en instituciones y relaciones del Derecho de la Persona y de la Familia", *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 19, diciembre 2002, p. 150: las reformas legales de los últimos años en materia de Derecho de familia se hacen eco de un cambio en la moral y en las concepciones sociales, en un Estado en el que la Constitución garantiza la no discriminación.

178 Coll de Pestaña, I.: "Sexo y género", cit., p. 225.

179 *Vid.* supra I: Vega Mere, Y.: "La protección", cit., p. 277: es necesario reconocer su inocultable gravitación como una de las varias formas de conformación de la familia que finalmente es la que debe proteger la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

Abreu Burelli, A.: "Derecho a la igualdad y no discriminación (Con referencia a la Jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual de la persona", *Revista de Derecho,* núm. 27, Tribunal Supremo de Justicia, 2008, pp. 85-110.

Acosta Vásquez, L. A.: "El nuevo concubinato en Venezuela", *Cuestiones Jurídicas*, núm. 1, Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad Rafael Urdaneta, Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y Sociales, Escuela de Derecho, Maracaibo, enero-julio 2007, pp. 9-28.

Alferillo, P. E.: *La Constitución Nacional y el Derecho Civil*, Astrea, Buenos Aires, 2011.

Arévalo guerrero, I.H.: *Bienes Constitucionalización del Derecho Civil*, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., Colombia, 2017.

Arce y Flórez-Valdés, J.: "Incidencia de la Constitución española en el Derecho Civil", *Homenaje a la Constitución Española XXV Aniversario*, Universidad de Oviedo, Facultad de Derecho, Asturias, 2005, pp. 75-84.

Arteaga Flamerich, M. F.: "El matrimonio y la nulidad parcial del artículo 46 del Código Civil", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 11, 2018, pp. 339-365.

Barrios, H.: "Nuevas Tendencias en el Derecho de Familia"*, Primer año de vigencia de la LOPNA, Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2001, pp. 237-243.

Barrios, H. y otros: "Sala Constitucional y las uniones estables de hecho. Breve análisis crítico de la sentencia dictada el 15 de julio de 2005 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, relativa a la interpretación del artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", *VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Homenaje a Margelys Guevara Velásquez y Carmen Isolina Ford Alemán,* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, pp. 181-212.

Baumeister Toledo, A.: "Algunas consideraciones sobre los efectos de ciertos patrones de conducta sexual frente al ordenamiento jurídico venezolano", *Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley,* Colección Libros

Homenaje, núm. 14 (ed. por F. Parra Aranguren), Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, Vol. I, pp. pp. 313-326.

Benavides de Castañeda, L.: "Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Sentencia in comento)", *Anuario,* núm. 29, 2006, pp. 492-514, http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc29/art17.pdf

Belluscio, A.C.: *Manual de Derecho de Famili,* Astrea, 7ª ed., Buenos Aires, 2002.

Bernad Mainar, R.: *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana,* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000.

Bernad Mainar, R.: "Efectos Jurídicos Civiles de las uniones de hecho", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 56, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001, pp. 119-136.

Bernad Mainar, R.: "Nuevas tendencias del Derecho de Familia: Estudio comparativo de los Derechos venezolano y español", *Estudios sobre Derecho de la Niñez y Ensayos penales. Libro Homenaje a María Gracia Morais*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011, pp. 35-70.

Bossert, G.: *Régimen jurídico del concubinato,* Astrea, 4ª ed., 2ª ed., Buenos Aires, 1999.

Bocaranda Espinoza, J. J.: *La comunidad concubinaria en el nuevo Código Civil 1982,* Tipografía Principios, Caracas, 1983.

Bocaranda Espinoza, J.J.: *La Comunidad Concubinaria, Aspectos Sustantivos y Procedimentales,* Trabajo de ascenso presentado para optar a la categoría de profesor *asistente*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1995.

Bocaranda Espinoza, J.J.: *La Comunidad concubinaria ante la Constitución Venezolana de 1.999: El amparo constitucional declarativo,* Principios-Vigencia, Caracas, 2001.

Brewer Carías, A. R.: *La Constitución de 1999*, Arte, 2ª ed., Caracas, 2000.

Cantero Núñez, F. J. y otros: *Instituciones de Derecho Privado. Tomo IV. Familia, Vol.* I, Civitas / Consejo General del Notariado, Madrid, 2001.

Carrillo Artiles, C. L.: "La asunción jurisprudencial de la interpretación constitucional autónoma por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia", *El Estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro*

Homenaje a Tomas Polanco Alcántara, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público, Caracas, 2005, pp. 191-223.

Carrillo Artiles, C. L.: "Desatinos y aciertos de la sentencia de la Sala Constitucional que interpreta el artículo 77 de la Constitución de 1999, en torno al alcance y contenido de las uniones estables de hecho", *Tendencias actuales del Derecho Constitucional Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, Universidad Central de Venezuela/Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, T. II, pp. 611-632.

Cerdeira, G.: "Matrimonio y Constitución: su interpretación evolutiva", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10, IDIBE, Feb. 2019, pp. 400-445.

Comte Guillemet, N.: *Las parejas no casadas ante el DIPr*, Mundialización y Familia (ed. por A. L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel), Colex, Madrid, 2001.

Coll de Pestaña, I.: "Sexo y género en el matrimonio: ¿Cómo será la familia del futuro?", *Familia, tecnología y Derecho,* Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2002, pp. 189-231.

Cornieles, C.: "Algunas ideas para la regulación de las uniones estables de hecho", *VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Homenaje a Margelys Guevara Velásquez y Carmen Isolina Ford Alemán*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, pp. 213-224.

De Freitas De Gouveia, E.: "La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 1, 2013, pp. 37-181.

De Oliveira Leite, E.: "El derecho y la bioética: estado actual de las cuestiones en Brasil", *Acta Bioeth,* Vol. 8, núm. 2, Santiago, 2002,

De Verda y Beamonte, J. R.: "Tendencias actuales del Derecho de Familia en España", *Revista Chilena de Derecho Privado,* núm. 7, Universidad Diego Portales, Diciembre 2006, pp. 159-190.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica español", *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari* (a cura di S. Landini e M. palazzo), Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato, Rivista semestrale, 2018-1, pp. 379-328.

De Verda y Beamonte, J. R. y Virgadamo, P.: "Capacidad para contraer matrimonio y prohibiciones matrimoniales: una comparación de las experiencias

jurídicas española e italiana", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10, IDIBE, Feb. 2019, pp. 496-569.

Del Moral, A.: "Contenido y alcance del artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según sentencia de la Sala Constitucional del 15 de julio de 2005", *Revista de Derecho,* núm. 27, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, pp. 111-131.

D´Jesús, A.: *Lecciones de Derecho de Familia*, Paredes, Caracas, 1991.

D´Jesús, A.: "El concubinato y la unión no matrimonial en el prisma del Código Civil venezolano", *Anuario de Derecho de la Universidad de los Andes*, núm. 22, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Investigaciones Jurídicas, Mérida, 2000, pp. 11-22.

Domínguez Guillén, M. C.: "El estado civil", *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona,* Colección Libros Homenaje, núm. 5 (ed. por F. Parra Aranguren), Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, T. I, pp. 359-410.

Domínguez Guillén, M. C.: "La sede jurídica", *Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley,* Colección Libros Homenaje, núm. 14 (ed. por F. Parra Aranguren), Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, T. I, pp. 449-495.

Domínguez Guillén, M. C.: "Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999", *Revista de Derecho*, núm. 17, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005 (abril), pp. 215-247.

Domínguez Guillén, M. C.: "Más sobre las uniones estables de hecho (según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia)", *Revista de Derecho*, núm. 27, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, pp 133-167.

Domínguez Guillén, M.C.: "Breve referencia a la filiación post mortem", *Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas,* núm. 134, Universidad Central de Venezuela, 2009, pp. 195-217.

Domínguez Guillén, M. C.: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*, Tribunal Supremo de Justicia, 3ª ed., Caracas, 2010.

Domínguez Guillén, M.C.: *Manual de Derecho Civil I Personas,* Paredes, Caracas, 2011.

Domínguez Guillén, M.C: "Breves consideraciones jurídicas sobre las uniones homosexuales en el marco de la Constitución venezolana", *Revista Cuestiones Jurídicas*, Vol. VII, núm. 1, Universidad Rafael Urdaneta, 2013, pp. 11-40.

Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho de Familia*, Paredes, 2ª ed., Caracas, 2014.

Domínguez Guillén, M. C.: "La familia: su proyección en la sucesión legal y en la sucesión forzosa", *I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil "Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés",* Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridque Francaise (coord. por J. Annicchiarico, S. Pinto y P. Saghy), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 68-74.

Domínguez Guillén, M. C.: "Las capitulaciones matrimoniales: expresión del principio de la autonomía de la voluntad", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 5 Edición Homenaje a Fernando Ignacio Parra Aranguren, 2015, pp. 335-380.

Domínguez Guillén, M. C.: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, Revista Venezolana de Legislación y jurisprudencia, Caracas, 2017.

Domínguez Guillén, M. C.: *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*, Editorial Jurídica Venezolana/Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2018.

Domínguez Guillén, M. C.: "Notas sobre la constitucionalización del Derecho Civil en Venezuela", *Jurisprudencia Argentina*, núm. 13, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2018, pp. 12-35.

Domínguez Guillén, M. C.: "Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil Venezolano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10, IDIBE, Feb. 2019, pp. 52-91.

Domínguez Guillén, M. C.: *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*, Colección Estudios, núm. 2, Centro Latinoamericano de Estudios e Instituciones Jurídicas (CENLAE), Caracas, 2019, pp. 257-267.

Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho Sucesorio*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2ª ed., Caracas, 2019.

Duque Corredor, R.: *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público, Temas Constitucionales*, Legis, Colombia, 2008.

Espinoza Melet, M.A.*: La acción merodeclarativa en Venezuela y su importancia en materia de concubinato*, Trabajo especial de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Caracas, Centro de Estudios de Postgrado, Julio 2010 (tutor: F. Martínez Riviello).

Espinoza Melet, M.: La acción merodeclarativa en Venezuela", *Anuario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo*, núm. 34, Valencia, Facultad de Derecho Instituto de Derecho Comparado, 2011, pp. 35-68.

Espinoza Melet, M.: "El matrimonio de los adolescentes", *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015*, Colección Centenario, ACIENPOL, Caracas, 2015, T, IV, pp. 2753-2784.

Espinoza Melet, M.A.*: La acción merodeclarativa y su importancia en materia de concubinato,* Ediciones Olejnik (ed. por C.A. Agurto Gonzáles, S. L. Quequejana Mamani y B. Choque Cuenca), Argentina, 2018.

Fariña Fariña, R.: "Algunas consideraciones sobre la aplicación del enriquecimiento sin causa para resolver controversias patrimoniales entre convivientes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, bis (extraordinario), IDIBE, Jul. 2018, pp. 275-288.

Flores Salgado, L. L., y Bautista Yllanes. G.: "Los retos regulatorios del Derecho Familiar en el siglo XXI en México", *Derecho Familiar Constitucional* (coord. por L. Pérez Gallardo, C. Villabella y Molina G.), Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016, pp. 505-529.

Garcías Calles, I.: "Aportes de la Ley Orgánica de Registro Civil a la unión estable de hecho", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 6 Edición Homenaje a Arturo Luis Torres-Rivero, Caracas, 2016, pp. 83-105.

García de Enterría, E.: *La constitución como norma y el tribunal constitucional,* Civitas, 3ª ed., Madrid, 2001.

García Rubio, M. P.: "Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica", *Derecho, Sociedad y Familia: cambio y continuidad. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 10 (2006) (ed. por A. M. Morales y J. M. Miquel), Madrid, 2007, pp. 113-137.

Gavidia Sánchez, J. V.: "La libertad de elección entre matrimonio y unión libre"*, Revista de Derecho Privado y Constitucional,* núm. 12, enero-dic 1998, pp. 68-142.

Gete-Alonso y Calera, M. d. C: "El estado civil y las condiciones de la persona", *Tratado de Derecho de la persona física* (dir. por M. Gete-Alonso y Calera; coord. por J. Sole Resina), Civitas /Thomsom Reuters, España, 2013, T. I, pp. 179-228.

González, O.G: "Convivencia matrimonial y marital*", I Congreso Venezolano de Derecho de Familia, Mérida del 4 al 7 de noviembre de 1997,* Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Asociación Venezolana de Derecho de Familia y Menores, 1999, pp. 111-122.

González Fernández, A. E.: *El Concubinato (Texto actualizado según Constitución de 1999),* Buchivacoa, Caracas, 1999.

González Fuenmayor, M. E.: "Comunidad concubinaria. Invenciones y mejoras: regulación en el campo del derecho civil y en el campo del derecho del trabajo", *Studia Iuris Civilis. Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster,* Colección Libros Homenaje, núm. 16 (ed. por F. Parra Aranguren), Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, pp. 299-366.

González-Meneses, M.: "Matrimonio homosexual. Una aproximación jurídica", *Notario del siglo XXI*, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, núm. 2, julio-agosto 2005, http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=22&seccion_ver=0

González Reinoza, J., y Rahrme Coello, K.: "Régimen jurídico de las uniones estables entre personas del mismo sexo en Venezuela (1999-2013)", *Anuario de Derecho*, núm. 31, Año 31, Mérida, enero-diciembre 2014, pp. 35-57.

Guerrero Quintero, G.: "La interpretación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del artículo 77 de la Carta Magna", *Revista de Derecho,* núm. 27, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, pp. 169-237.

Guerrero Quintero, G.: *El concubinato en la Constitución venezolana vigente,* Colección Estudios Jurídicos, núm. 22, Tribunal Supremo de Justicia, 2ª ed., Caracas, 2009.

Guerrero Quintero, G.; *Declarativa concubinaria y partición de bienes comunes. Doctrina-Jurisprudencia-Legislación,* Alvaro Nora, Caracas, 2013, pp. 277-298.

Guerrero Quintero, G.: "Acumulación de pretensiones merodeclarativa concubinaria y partición de bienes", *Estudios de Derecho Procesal. Libro Homenaje al doctor Adán Febres Cordero* (coord. por S. Yannuzzi), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2013, pp. 267-299.

Hernández de Sojo-Bianco, M.: "El derecho de los concubinos a heredarse, según el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela",

Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley, Colección Libros Homenaje, núm. 14 (ed. por F. Parra Aranguren), Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, Vol. I, pp. 697-712.

Hernández de Sojo Bianco, M.: "Efectos personales y patrimoniales entre concubinos, según sentencia del Tribunal Supremos de Justicia", *Revista de Derecho,* núm. 27, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, pp. 239-250.

Hernández de Sojo-Bianco, M.: "Uniones de hecho entre personas de idéntico género", *Revista de Derecho,* núm. 27, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, pp. 251-261.

Hernández, J. I.: "Breves comentarios sobre las bases constitucionales de la Familia y el divorcio en Venezuela", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 6, edición homenaje a Arturo Luis Torres-Rivero, 2016, pp. 107-143.

Hernández-Mendible, V. R.: "La constitucionalización de la unión marital de hecho a través de la jurisprudencia", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 10-III, edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, pp. 913-956.

Herrera, M.: "El Derecho Constitucional-Convencional de Familia. La experiencia argentina en el Código Civil y Comercial", *Derecho Familiar Constitucional* (coord. por L. Pérez Gallardo, C. Villabella y G. Molina), Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016, pp. 293-325.

Hurtado Cárdenas, E. de J.: *Propuesta para la creación del régimen de bienes entre concubinos,* Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá D.E., 1988.

Ivens Cruz, D. I.: "La adopción homoparental y el interés superior del menor", *Estudios sobre Derecho Familiar Constitucional Una aproximación* (coord. por M. Valdes Martínez y M. Ruiz Balcázar), Universidad Veracruciana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014, pp. 71-82.

Lázaro González, I.: *Las uniones de hecho en el Derecho Internacional Privado Español*, Universidad Pontificia Comillas/Tecnos, Madrid, 1999.

Leciñena Ibarra, A.: "Tratamiento legislativo de la convivencia more uxorio tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional: la ley 7/2018, de 3 julio, de parejas de hecho de la region de Murcia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, IDIBE, Junio 2019, pp. 132-147.

López Herrera, F.: "La comunidad concubinaria. Doctrina y jurisprudencia", *Libro Homenaje a las X Jornadas "Dr. José Santiago Núñez Aristimuño" Maturín-Edo.Monagas*, Vadell Hermanos Editores/Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Valencia-Venezuela-Caracas, 2000, pp. 67-78.

López Herrera, F.: "Consideraciones sobre algunos aspectos del régimen de la comunidad concubinaria: doctrina y jurisprudencia", *Estudios de Derecho de Familia,* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001, pp. 89-115.

López Herrera, F.: "Examen crítico de la sentencia sobre uniones estables de hecho dictada el 15 de julio de 2005 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia", *Homenaje a Aníbal Dominici.* s/l, Ediciones Liber, 2008, pp. 23-42.

LLinasvega, J.: *Teoría del Derecho conculcado en el régimen patrimonial de la comunidad concubinaria,* Instituciones Jurídicas Venezolanas, núm. 1, Gráfica Americana C.A., Caracas, 1967.

Makianich de Basset, L. N.: "Deber de cohabitación", *Enciclopedia de Derecho de Familia* (dir. por C. Lagomarsino y M. Salerno; coord. por J. Uriarte), Tomo I A-Div, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1991, pp. 780-825.

Martínez S., H. J.: "Fertilización post mortem", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 11, 2018, pp. 367-396.

Morales, G.: "Las uniones estables de hecho en la doctrina y en el Derecho Comparado"*, VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Homenaje a Margelys Guevara Velásquez y Carmen Isolina Ford Alemán*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, pp. 131-180.

Moreno Mocholi, M.: *El Concubinato,* Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1951.

Lugo Holmquis, C., y gftvodríguez Reyes, M.: "Las uniones homoafectivas celebradas en el extranjero. Sistema venezolano de derecho internacional privado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* Vol. 50, núm. 149, México, Mayo-Agosto 2017.

Núñez y Núñez, E. R.: *Unión Extramatrimonial,* Trabajos I, Ediciones Montero Obispo 521, La Habana, 1945.

Padilla Alfonzo, A.: "Consideraciones respecto a las uniones de género a la luz de la sentencia de la Sala Constitucional de fecha 28 de febrero de 2008",

Revista de Derecho, núm. 27, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, pp. 263-286.

Parra Benítez, J.: *Manual de Derecho Civil. Personas, Familia y Derecho de Menores*, Temis, 4ª ed., Bogotá, 2002.

Parra Lucán, M. A.: "Reflexiones sobre algunas tendencias en instituciones y relaciones del Derecho de la Persona y de la Familia", *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 19, diciembre 2002, pp. 139-158.

Párraga de Esparza, M.: "Las uniones estables de hecho en la constitución venezolana de 1999", *Cuestiones jurídicas*, Revista de Ciencias Jurídicas Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Vol. II, núm. 1, enero-junio 2008, pp. 11-39.

Peña Solís, J.: "Análisis crítico de la sentencia de la Sala Constitucional Nº 0190 de 28 de febrero de 2008: interpretación de los artículos 21 y 77 constitucionales; derecho a la igualdad, uniones estables de hecho y extensión de los efectos del matrimonio a uniones concubinarias", *Revista de Derecho,* núm. 27, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, pp. 287-322.

Peña Solís, J.: *Lecciones de Derecho Constitucional General,* Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2008, Vol. I, T. I.

Perera Planas, N.: *El Concubinato*, Ediciones EPA, Maracay, 1983.

Pérez Gallardo, L. B.: "Las nuevas construcciones familiares en la jurisprudencia constitucional iberoamericana", *Derecho Familiar Constitucional* (coord. por L. Pérez Gallardo, C. Villabella y G. Molina), Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016, pp. 530-560.

Pérez Pacheco, Y., y Domínguez Guillén, M. C.: "La unión estable de hecho. Especial referencia a las uniones concubinarias en el Derecho internacional privado", *Derecho de Familia internacional. Metodología para su estudio, Homenaje a Haydee Barrios* (coord. por V. H. Guerra Hernández Y Pérez Pacheco y C. Lugo Holmquist), Biblioteca Jurídicas Diké/Universidad del Rosario, Medellín, 2014, pp. 549-588.

Pernía, H.A.: *El concubinato venezolano: liquidación de la sociedad de gananciales de la comunidad concubinaria,* Paredes Editores, Mérida, 1988.

Perrot, C.A: "Algunas consideraciones acerca de la inseminación de mujeres solas*", Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia*, Caracas, 1994, Publicidad Gráfica León S.R.L., Caracas, 1996, T. I, pp. 379-383.

Petzold Rodríguez, M.: "Noción de supremacía constitucional, justicia y jurisdicción constitucional", *FRONESIS Revista de Filosofía jurídica, social y política*, núm. 13, 3, Universidad del Zulia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J. M. Delgado Ocando, Maracaibo, 2012, pp. 372-387.

Raffalli A., J. M.: "La protección de la familia en la Constitución de 1999", *Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Colección Libros Homenaje, núm. 14 (ed. por F. Parra Aranguren), Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, Vol. II, pp. 357-384.

Ramos Sojo, C. J.: "La situación de las parejas no casadas en el ordenamiento jurídico venezolano", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 66, Universidad Central de Venezuela, 1987, pp. 219-240.

Ramos sojo, C. J.: "Situaciones de Hecho. Consideraciones sobre la recepción del hecho en el Derecho de Familia Venezolano", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 85, Universidad Central de Venezuela, 1992, pp. 335-415.

Riquezes Contreras, O.: "A propósito de la Ley Orgánica de Registro Civil ¿El concubinato crea un nuevo estado civil?", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 2014, pp. 299-316.

Rivero de Arhancet, M.: "Protección de la familia en el Derecho Uruguayo desde un enfoque constitucional", *Derecho Familiar Constitucional* (coord. por L. Pérez Gallardo, C. Villabella y G. Molina), Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016, pp. 94-116.

Rivera morales, R.: "La defensa de la supremacía constitucional en el proceso español y venezolano", *Revista Tachirense de Derecho*, núm. 20, Universidad Católica del Táchira, enero-diciembre 2009, pp. 127-156.

Roa, F.: "Efectos jurídicos del concubinato", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia*, núm. 71, 1994, pp. 85-97.

Roa, F.: "Efectos jurídicos del concubinato", *Revista Tachirense de Derecho*, núm. 5-6, Universidad Católica del Táchira, enero-diciembre 1994, pp. 90-99.

Rodríguez Ferrara, M.: *Comprendiendo el Derecho,* Universidad de los Andes, Consejo de Publicaciones, Mérida, 2007.

Rodríguez Ramos, A. M.: *Vuelve el concubinato,* Ensayos de Derecho Privado, núm. 2, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2000.

Ruiz, H.: *El concubinato como fuente de relaciones jurídicas*, Universidad Nacional, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Bogotá D.E., 1955.

Salas, A.: "La unión libre y sus regimen económico", *Obligaciones, Contratos y otros Ensayos*, Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 469-481.

Sánchez Pérez, T., y Lageyre Ramos, T.: "Las uniones matrimoniales de hecho: ¿una alternativa al matrimonio tradicional?", *Revista de la Facultad de Derecho,* núm. 59, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 285-300.

Serrano Alonso, E. (dir. y coord.) y otros: *Manual de Derecho de Familia*, Edisofer SL, 2ª ed., Madrid, 2007.

Schmidt Hernández, L.: "Reflexiones interdisciplinarias en torno a la SC 0190 y afines", *Revista de Derecho,* núm. 27, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, pp. 323-351.

Schmidt, L., y González, V.: "La fecundación postmortem y sus implicaciones: el interés del niño por nacer", *Estudios sobre Derecho de la Niñez y Ensayos penales. Libro Homenaje a María Gracia Morais*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011, pp. 269-293.

Sojo Bianco, R.: *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*, Mobil Libros, Caracas, 1990.

Spósito Contreras, E.: *Nuestras primeras necesidades. La moral y las luces de Simón Bolívar en la Constitución vigente,* Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2013.

Staropoli, M. d. C.: "El interés superior en la adopción homoparental –entre lo que se quiere y lo que conviene-", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas,* La Ley, Argentina, Año IV, núm. 11, Diciembre 2012, pp. 19-28.

Torrealba Sánchez, M.A.: *Manual de Contencioso Administrativo (Parte General),* Texto, 2ª ed., Caracas, 2007.

Torres-Rivero, L.: *Derecho de Familia. Parte General*, Facultad de Derecho, Caracas, 1967.

Tovar Lange, S.: *El cuasicontrato de comunidad en el concubinato según la legislación venezolana,* Ediciones EDIME, Madrid-Caracas, 1951.

Trujillo Guerra, L.: "Reseña de Legislación. Ley Orgánica de Registro Civil", *Cuestiones Jurídicas,* Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, Vol. IV, núm. 1, enero-junio 2010, pp. 101-110.

Valdés Díaz, C.: "La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas", *Derecho Familiar Constitucional* (coord.

por L. Pérez Gallardo, C. Villabella y G. Molina), Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016, pp. 462-485.

Varela Cáceres, E. L: "El derecho de familia en el siglo XXI: Aspectos constitucionales y nuevas tendencias", *Revista de Derecho,* núm. 31, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2009, pp. 27-115.

Varela Cáceres, E. L: "El principio de unidad de filiación", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 2013, pp. 173-269.

Varela Cáceres, E. L.: "Una lección. La unión estable de hecho (Comentario a la sentencia N° RC 000326 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia)", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, Caracas, 2013, pp. 329-380.

Varela Cáceres, E. L., y Domínguez Guillén, M. C.: "La pensión compensatoria en el Derecho venezolano: Escasa aproximación legislativa", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 bis, IDIBE, 2015, pp. 166-188.

Varela Cáceres, E. L.: "La última sentencia de la Sala Constitucional en materia de instituciones familiares: La familia homoparental", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 9, 2017, pp. 225-259.

Varela Cáceres, E. L.: *El Registro del Estado Civil Vol. I Organización y principios sectoriale*s, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2018.

Vega Mere, Y.: "La protección constitucional de la unión de hecho en el Perú", *Derecho Familiar Constitucional* (coord. por L. Pérez Gallardo, C. Villabella y G. Molina), Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016, pp. 238-277.

Vegas Rolando, N.: "Relaciones económicas derivadas de las relaciones de hecho", *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994*, Publicidad Gráfica León S.R.L., Caracas, 1996, T. II, pp. 797-809.

Vieyra Mondragón, G.: "Efectos que produce el matrimonio (primera parte)", *Revista de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*, núm. 3, 2000, pp. 77-98.

Wills Rivera, L.: "Régimen convencional de la economía familiar en el Derecho Venezolano", *Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2007, pp. 601-622.

Wills Rivera, L.: "Efectos de la unión estable de hecho en la Constitución Venezolana", *Libro Homenaje al profesor Alfredo Arismendi A.* Ediciones Paredes/ Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, pp. 831-854.

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

FISCALIDAD DE LAS PAREJAS DE HECHO

FISCALITY OF COUPLES IN FACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 11, agosto 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 402-417

Fernando
HERNÁNDEZ
GUIJARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de mayo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: Las parejas de hecho son una unión alternativa al matrimonio y, como tal, el ordenamiento les dedica un régimen jurídico. El presente estudio trata sobre la fiscalidad que rodea a estas uniones partiendo siempre de su situación patrimonial y los acuerdos alcanzados entre los convivientes. Se analiza el encaje dentro del IRPF de la pareja de hecho y la aplicación de las circunstancias personales y familiares a los convivientes. Asimismo, se tratará la aportación de éstos a la comunidad de bienes formada por ambos y la adquisición de bienes una vez constituida la misma. Todo ello desde la aplicación de los impuestos que gravan la transmisión o adquisición de bienes, ya sea de forma onerosa o lucrativa. Por último, también se analizará las consecuencias tributarias derivadas de la disolución y liquidación de la comunidad patrimonial.

PALABRAS CLAVE: Pareja de hecho; mínimo por descendiente; comunidad de bienes; disolución de la comunidad.

ABSTRACT: *Couples in fact are an alternative union to marriage and, as such, the legal system dedicates them a legal regime. The present study deals with the taxation that surrounds these unions, always starting from their patrimonial situation and the agreements reached between the cohabitants. It analyzes the fit within the IRPF of the couple of fact and the application of the personal and familiar circumstances to the cohabitants. Likewise, the contribution of these to the community of goods formed by both and the acquisition of goods once it is constituted will be discussed. All this from the application of taxes on the transmission or acquisition of goods, whether onerous or lucrative. Finally, the tax consequences derived from the dissolution and liquidation of the patrimonial community alo will be analyzed.*

KEY WORDS: *couples in fact, minimum by descendant, community of goods, dissolution of the community.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA REGULACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO.- III. LA TRIBUTACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO EN EL IRPF.- 1. La declaración individual o conjunta en el IRPF.- 2. La deducción por familia numerosa.- 3. El mínimo por descendiente en las parejas de hecho.- IV. APORTACIÓN DE BIENES EN LAS PAREJAS DE HECHO.- 1. Repercusiones en Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.- 2. Repercusiones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.- 3. Repercusiones en el Impuesto el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana.- V. ADQUISICIÓN DE BIENES EN COMÚN POR LA PAREJA DE HECHO.- 1. Cambio de proporción en la titularidad de bienes comunes.- VI. DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD EN LAS PAREJAS DE HECHO.- 1. Repercusiones en Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.- 2. Repercusiones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.- 3. Repercusiones en el Impuesto el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente estudio pretende analizar el tratamiento fiscal de las parejas de hecho como unión alternativa al matrimonio y comprobar las características de su tributación. A lo largo del trabajo se estudiarán distintas situaciones que pueden darse en estas uniones y las soluciones que, a través de consultas tributarias de la Dirección General de Tributos (DGT), se dan a los contribuyentes. Es de advertir desde el principio que las parejas de hecho no gozan de un marco normativo uniforme a nivel general, y que su legislación se encuentra establecida por las leyes que aprueban las Comunidades Autónomas, por lo que la casuística puede ser muy amplia y se deberá entender caso por caso de forma individual.

En efecto, ni la Constitución Española, ni el Código Civil, contienen referencia alguna a este tipo de unión y su soporte constitucional debe encuadrarse dentro de la protección que, en el artículo 39 CE, se hace a la familia[1]. Como hemos dicho, su régimen normativo se establece por legislación autonómica y ello hará que sea diverso y complejo el conjunto de relaciones jurídicas que puedan surgir (convenio regulador, régimen patrimonial, fijación de una compensación a favor

1 A tal efecto, la Carta Magna establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. También 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. Y por último, en su apartado 3, dispone que 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.

• Fernando Hernández Guijarro
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, Magistrado Suplente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Correo electrónico: ferhergu@upv.es

del otro conviviente, etc.). Y en este sentido, será determinante diferenciar entre parejas o uniones formalizadas o registradas y las que no están formalizadas. Las consecuencias jurídico-privadas van a ser distintas según dicha diferencia.

Ante esta situación, y para poder resolver las situaciones que puedan generar dudas o conflictos en la tributación de las partes sujetas a este tipo de relación, deberemos acudir a la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (IRPF), al Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (LITP-AJD) y la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (LISD). Esta normativa será completada, como se ha dicho anteriormente, por las Consultas de la DGT, la doctrina de los Tribunales Económico-Administrativos y, en última instancia, por lo Órganos de la jurisdicción contencioso-administrativo.

II. LA REGULACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO.

La no existencia de una definición jurídica de familia forzó a nuestro Tribunal Constitucional a dar unas notas esenciales sobre la misma y definirla como "marco de solidaridades y dependencias"[2]. De esta definición se podría colegir que las parejas de hecho y los matrimonios son familias idénticas en sus relaciones y, por lo tanto, en sus obligaciones y derechos. No obstante, como veremos a continuación ello no es así.

La diversa normativa sobre las parejas de hecho no puede llevarnos a concluir que todo tipo de familia haya de recibir idéntica protección. En este sentido, es constitucionalmente legítimo que los poderes públicos otorguen un trato de favor a los matrimonios respecto de otras modalidades familiares como así lo estableció la STC 184/1990, 19 de noviembre[3]. Esta sentencia estableció, de manera clara, que la "protección aparezca vinculada a una situación jurídica como es el matrimonio, amparada por la Constitución, y que genera derechos y obligaciones exigibles por ambas partes (STC 73/1987), resulta plenamente justificado y razonable. La ecuación derechos-deberes y protección posterior consecuente, parece plenamente equilibrada, y más aún a la vista de la constelación de efectos jurídicos que produce el vínculo matrimonial y que aquí no se pueden discutir, que van desde lo fiscal hasta lo sucesorio".

2 STC 222/1992, de 11 de noviembre.

3 Ello es así porque la igualdad exige de por sí un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales (STC 76/1990, de 26 de abril).

La normativa que regula este tipo de uniones en las Comunidades Autónomas va desde las que disponen de Derecho Civil o Foral, a las que no, y está desarrollada de forma muy diversa. A tal efecto, seguidamente se exponen las leyes que regulan estas uniones y su definición jurídica:

- Andalucía: la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho, define a éstas como: "la unión de dos personas, con independencia de su opción sexual, a fin de convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal" (art. 3.1).

- Aragón: el 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, define las parejas estables no casadas como: "las formadas por personas mayores de edad entre las que exista relación de afectividad análoga a la conyugal y que cumplan los requisitos y formalidades que se establecen en este Título" (art. 303).

- Asturias: la Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, afirma que es pareja estable: "la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona" (art. 3.1).

- Baleares: la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de Illes Balears, entiende éstas como: "las uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal" (art. 1.1).

- Canarias: la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias, que las define como: "las personas que convivan en pareja de forma libre, pública y notoria, vinculados de forma estable con independencia de su orientación sexual, al menos durante un periodo ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad" (art. 1).

- Cataluña: la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, regula que la: "comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos: a) Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos; b) Si durante la convivencia, tienen un hijo común; c) Si formalizan la relación en escritura pública" (art. 234-1).

- Extremadura: la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, define la pareja de hecho como: "la unión estable, libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la pareja en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura" (art. 1.1).

- Galicia: la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, afirma que: "tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio" (DA 3ª).

- Murcia: la Ley 7/2018, de 3 de julio, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, dispone que "se considera pareja de hecho la unión estable, libre, pública y notoria en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 3. En cualquier caso, para que la presente ley les sea de aplicación, los miembros de la pareja tendrán que haber expresado, de modo fehaciente, su voluntad de constituirse como pareja de hecho" (art. 1.1).

- Madrid: la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid, resulta: "de aplicación a las personas que convivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid" (art. 1.1).

- Navarra: la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, considera que es: "pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona" (art. 2.1).

- País Vasco: la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, establece que: "se considera pareja de hecho la resultante de la unión libre de dos personas mayores de edad o menores emancipadas, con plena capacidad, que no

sean parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral y que se encuentren ligadas por una relación afectivo-sexual, sean del mismo o de distinto género. Asimismo ambos miembros de la pareja deberán cumplir el requisito de no estar unidos a otra persona por vínculo matrimonial o pareja de hecho" (art. 2.1).

- Valencia: la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, configura éstas como: "las formadas por dos personas que, con independencia de su sexo, convivan en una relación de afectividad análoga a la conyugal" (art. 1.1).

De todas las definiciones que hemos comprobado y que se recogen en las leyes autonómicas, podemos concluir que la nota común a todas ellas es que se considera pareja de hecho a la unión de dos personas mayores de edad que mantienen una relación estable de afectividad semejante a la conyugal.

Asimismo, una cuestión a destacar será la diferencia entre las parejas que consten inscritas o registradas y las que no. Para las primeras, rige el principio de autonomía de la voluntad de las partes[4], es decir, podrán acoger el régimen que regule su convivencia y posterior disolución, con los límites establecidos para la validez de los contratos recogidos en el Código Civil. En este sentido, los convivientes, podrán acordar la aplicación del régimen económico matrimonial. También existirán, derivado de la normativa autonómica citada, una serie de disposiciones que actúan en unos casos como derecho supletorio en ausencia de pacto entre las partes.

Para las parejas que opten por su no inscripción en el registro ad hoc, también tendrán disposiciones autonómicas aplicables supletoriamente. No obstante, podrán tener acuerdos que regulen sus relaciones y, en última instancia, serán los Tribunales los que habrán de resolver tales situaciones atendiendo a cada caso concreto mediante la aplicación de disposiciones de Derecho común.

III. LA TRIBUTACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO EN EL IRPF.

1. La declaración individual o conjunta en el IRPF.

En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) existen dos modalidades de tributación, por una parte, la individual y, por otro, la opción por la tributación conjunta (art. 83 LIRPF).

4 Esta autonomía no será otra que la prevista en el artículo 1255 CC, que establece que "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".

Con carácter general, la declaración la declaración del IRPF se presenta de forma individual. No obstante, las personas integradas en una unidad familiar, en los términos anteriormente comentados, pueden optar, si así lo desean, por declarar de forma conjunta, siempre que todos sus miembros sean contribuyentes por este impuesto. En las parejas de hecho sin vínculo matrimonial sólo uno de sus miembros (padre o madre) puede formar unidad familiar con los hijos que reúnan los requisitos anteriormente comentados y, en consecuencia, optar por la tributación conjunta. El otro miembro de la pareja debe declarar de forma individual[5].

2. La deducción por familia numerosa.

El artículo 81.bis de la LIRPF establece que los contribuyentes que realicen una actividad por cuenta propia o ajena por la cual estén dados de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o mutualidad podrán minorar la cuota diferencial del impuesto una deducción por ser un ascendiente, o un hermano huérfano de padre y madre, que forme parte de una familia numerosa conforme a la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, o por ser un ascendiente separado legalmente, o sin vínculo matrimonial, con dos hijos sin derecho a percibir anualidades por alimentos y por los que tenga derecho a la totalidad del mínimo por descendiente[6], hasta 1.200 euros anuales. En caso de familias numerosas de categoría especial, esta deducción se incrementará en un 100 por ciento.

La cuantía de la deducción a que se refiere el párrafo anterior se incrementará hasta en 600 euros anuales por cada uno de los hijos que formen parte de la familia numerosa que exceda del número mínimo de hijos exigido para que dicha familia haya adquirido la condición de familia numerosa de categoría general o especial, según corresponda.

En este sentido, la deducción por familia numerosa no tendrá inconveniente en ser aplicada por los miembros de las parejas de hecho cuando les resulte de aplicación la ley de protección de las mismas.

3. El mínimo por descendiente en las parejas de hecho.

Por lo que respecta a la reducción por descendientes, el artículo 58 LIRPF establece que, por cada menor de veinticinco años o con discapacidad cualquiera que sea su edad, siempre que conviva con el contribuyente y no tenga rentas

5 Ministerio de Hacienda y Función Pública, Manual Práctico IRPF, 2018., p. 66. Consulta vinculante número 1811/14, de 9 de julio de 2014.

6 El mínimo por descendiente está previsto en el artículo 58 LIRPF y establece que descendientes serán los menores de veinticinco años o con discapacidad cualquiera que sea su edad, siempre que conviva con el contribuyente y no tenga rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros.

anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, se tendrá derecho a 2.400 euros anuales por el primero, 2.700 euros anuales por el segundo, 4.000 euros anuales por el tercero y 4.500 euros anuales por el cuarto y siguientes. Cuando el descendiente sea menor de tres años, el mínimo se aumentará en 2.244 euros anuales.

A estos efectos, se asimilarán a los descendientes aquellas personas vinculadas al contribuyente por razón de tutela y acogimiento, en los términos previstos en la legislación civil aplicable.

El artículo 61 LIRPF que regula la aplicación del mínimo familiar señala que cuando dos o más contribuyentes tengan derecho a la aplicación del mínimo por descendientes, su importe se prorrateará entre ellos por partes iguales. No obstante, la aplicación del mínimo por descendientes no procederá cuando los descendientes que generen el derecho a los mismos presenten declaración por este impuesto con rentas superiores a 1.800 euros.

Por ello, el mínimo por descendiente se distribuiría entre los padres con los que conviva la descendiente por partes iguales. Si uno de los padres tributa conjuntamente con el hijo o hija, dicho progenitor aplicaría íntegramente el mínimo por descendientes correspondiente a esa hija, y el otro progenitor no tiene derecho al mínimo al presentar la hija declaración, siempre que esta última tengan rentas superiores a 1.800 euros[7].

IV. APORTACIÓN DE BIENES EN LAS PAREJAS DE HECHO.

1. Repercusiones en Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

En el presente punto vamos a analizar la aportación de bienes a la sociedad constituida por pareja de hecho. Lo primero que se debe concretar es si la aportación a la sociedad a constituir tendría o no contraprestación, lo cual resulta relevante a la hora de determinar el impuesto aplicable. En consecuencia, a continuación, se indica la tributación en ambos casos:

Primero: Aportación de bienes sin contraprestación.

El artículo 3.1.b) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (LISD) establece que constituye el hecho imponible, entre otros, la adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e inter vivos.

7 Consulta vinculante número 1811/14, de 9 de julio de 2014.

Por ello, la aportación por el consultante de bienes a una sociedad en la que participará al 50 por 100 con su pareja, sin obtener contraprestación alguna a cambio, constituirá una adquisición lucrativa de bienes por su pareja y, en consecuencia, se producirá el hecho imponible del ISD por el concepto de adquisición de bienes a título gratuito e inter vivos. En cuanto al tipo aplicable, el ISD es un impuesto que no tiene tipo fijo sino una tarifa progresiva en función del importe de la base liquidable. Además, para determinar la cuota también se aplican unos coeficientes multiplicadores que dependen del parentesco del donatario con el donante y del patrimonio preexistente de aquel. Por ello, no se puede especificar el tipo aplicable, que dependerá de las variantes señaladas.

Segundo: Aportación de bienes con contraprestación.

El artículo 7.1.A) del texto refundido de la Ley del el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (LITPAJD) estable que son transmisiones patrimoniales sujetas las transmisiones onerosas por actos "inter vivos" de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.

De conformidad con dicha configuración, la aportación por el consultante de bienes a una sociedad en la que participará al 50 por 100 con su pareja, con contraprestación a cambio –por ejemplo, con el nacimiento de un derecho de crédito a su favor–, constituirá una transmisión onerosa de bienes a favor de su pareja (el 50 por 100 de lo aportado), y, en consecuencia se producirá el hecho imponible de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD por el concepto de adquisición de bienes a título gratuito e inter vivos[8].

En cuanto al tipo aplicable, dependerá de la naturaleza mueble o inmueble del bien que se aporte. En ambos casos, el tipo aplicable será el que afecto haya aprobado la Comunidad Autónoma competente para la exacción del impuesto (la de residencia de la adquirente si son bienes muebles, o, en el caso de bienes inmuebles, aquella en que radiquen), y si no ha establecido tipos propios, el tipo será del 4 por 100 para bienes muebles y del 6 por 100 para inmuebles.

Junto a lo anteriormente expuesto, cabe precisar que en ningún caso resultaría aplicable el supuesto de exención regulado en el artículo 45.I.B).3 del TRLITP, que establece que "estarán exentas: … 3. Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales"–,

8 Consulta vinculante número 722/13, de 8 de marzo de 2013.

precisamente porque esta exención se refiere a aportaciones hechas por cónyuges a sociedades conyugales, circunstancia que no concurre en el presente caso, ya que no se trata de una sociedad conyugal, sino de un sociedad a formar por una pareja de hecho. La extensión de la exención descrita a este caso supondría la aplicación de la analogía para extender el ámbito de un beneficio fiscal, lo que conculcaría el artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), que determina que no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales.

2. Repercusiones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Al hilo de lo anteriormente analizado, el miembro de la pareja que aporte a la sociedad, por ejemplo, el 50% de la propiedad de un bien tendrá una alteración en la composición de su patrimonio en los términos previstos en el artículo 33.1 de la LIRPF y, por lo tanto, deberá tributar por este impuesto.

En este sentido, el importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales será, la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales. Tal y como indica el artículo 35 LIRPF, el valor de adquisición estará formado por la suma del importe real por el que dicha adquisición se hubiera efectuado, más el coste de las inversiones y mejoras efectuadas en los bienes adquiridos y los gastos y tributos inherentes a la adquisición, excluidos los intereses, que hubieran sido satisfechos por el adquirente. Por otra parte, el valor de transmisión, en el caso de ser onerosa, será el importe real por el que la enajenación se hubiese efectuado. De este valor se deducirán los gastos y tributos satisfechos por el transmitente.

Dicho lo anterior, hay que destacar que por importe real del valor de enajenación se tomará el efectivamente satisfecho, siempre que no resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá éste último. También es importante saber que la ganancia patrimonial que se origine por la anterior operación, deberá integrarse en la base imponible del ahorro.

Si la aportación se realiza de forma gratuita, la ganancia o pérdida patrimonial se realizará tomando el valor de adquisición de los mismos y, como valor de transmisión, el que resulte de la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sin que puedan exceder del valor de mercado. En todo caso, si existiera una pérdida patrimonial como consecuencia de esta aportación, la misma no será computable por aplicación del artículo 35.5.c) LIRPF que no admite las pérdidas debidas a transmisiones lucrativas por actos ínter vivos o a liberalidades.

3. Repercusiones en el Impuesto el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana.

El IIVTNU, tal y como lo configura el artículo 104.1 RD Leg. 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, es un tributo directo que grava el incremento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos.

Por lo tanto, cualquier transmisión de un terreno por parte de un miembro de la pareja de hecho a la sociedad constituida con la otra parte, quedará sujeta e este impuesto. No siendo aplicable la no sujeción existente para el caso de aportaciones a la sociedad de gananciales realizadas por los cónyuges por la prohibición de la analogía en el Derecho Tributario.

Dicho esto, el sujeto pasivo de la aportación objeto de estudio, será:

a) En las transmisiones de terrenos o en la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio a título lucrativo, el conviviente que adquiera el terreno o a cuyo favor se constituya o transmita el derecho real de que se trate.

b) En las transmisiones de terrenos o en la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio a título oneroso, el conviviente que transmita el terreno, o que constituya o transmita el derecho real de que se trate.

V. ADQUISICIÓN DE BIENES EN COMÚN POR LA PAREJA DE HECHO.

A las parejas de hecho que adquieran bienes en común se les aplicará la presunción del artículo 393 del CC que establece que "se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad". En este sentido, su régimen patrimonial será idéntico al tratamiento que se recibe en el régimen de separación de bienes y, en la adquisición de bienes en común, surgirá una presunción proindiviso de propiedad al 50%, salvo que se demuestre otra participación.

1. Cambio de proporción en la titularidad de bienes comunes.

Una situación que puede darse a lo largo de la convivencia de una pareja de hecho, es el cambio de participación en la propiedad de los bienes. Varias pueden

ser las causas para realizar dicha transmisión, pero hay que ser conscientes de los efectos tributarios que pueden surgir como consecuencia de dicha opción.

La Consulta vinculante de la DGT de 10 de febrero de 2010, contesta en los siguientes términos a una pareja que, de solteros, adquirieron un piso escriturando en porcentajes, 74 por 100 una parte y el 26 por 100 la otra. Para ello solicitaron una hipoteca que iban pagando los dos comuneros a partes iguales, y actualmente son matrimonio y quieren cambiar los porcentajes y tener cada uno el 50 por 100 del piso, sin contraprestación monetaria añadida.

Ante esta situación, la Administración tributaria responde que "si se efectúa una escritura consistente en cambiar el porcentaje de copropiedad, y, además, este nuevo reparto se realiza sin contraprestación, se habrá producido uno de los supuestos que configuran el hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, por el concepto de donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e "inter vivos" (artículo 3.1.b) de la LISD.

Ahora bien, parece que no cabría entender que este nuevo reparto se realiza sin contraprestación, pues constituiría la contraprestación las cuotas del préstamo que ha ido pagando al 50 por 100, y que continuará pagando, el copropietario que recibe más participación en el inmueble; es decir, parte de la contraprestación ha sido pagada por adelantado y la otra parte se sigue pagando con el préstamo. En tal caso, la escritura por la que se reparten los porcentajes no constituiría el hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones referido en el párrafo anterior, ya que sí existe contraprestación y estaríamos ante el hecho imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados".

Por todo ello, habrá que analizar el caso concreto y comprobar si la transmisión es verdaderamente sin contraprestación y, por lo tanto, sujeta a ISD o, si por el contrario, existe algún tipo de contraprestación y, en consecuencia, tributa por ITP-AJD. En definitiva, será una cuestión fáctica y de prueba, sujeta en última instancia a la comprobación administrativa de la Hacienda Pública.

VI. DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD EN LAS PAREJAS DE HECHO.

1. Repercusiones en Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

La Ley que regula el ITP-ADJ establece en su artículo 45.1.B.3 que están exentas las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de

su haber de gananciales. Por lo que en la disolución de las sociedades gananciales en el matrimonio queda exenta del citado impuesto.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, el Derecho Tributario no admite la analogía en virtud del artículo 14 LGT. Por ello, esta exención no será extensible a los supuestos de adjudicación de bienes comunes integrantes de una pareja de hecho. Esta disolución, por consiguiente, "debe tratarse como cualquier otra comunidad de bienes de las reguladas en el Código Civil (artículos 392 a 406)"[9].

2. Repercusiones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

La división de cosa común o disolución de comunidad de bienes, y posterior adjudicación a cada uno de los titulares o comuneros de su correspondiente participación en aquella, no constituye alteración en la composición de sus respectivos patrimonios susceptible de ser gravada como ganancia o pérdida patrimonial[10]; ello, siempre que la adjudicación se corresponda con la respectiva cuota de titularidad. En otro caso, de atribuir a una de las partes bienes o derechos, en su conjunto, por un mayor valor del que le correspondiere por su mitad, existiría un exceso de adjudicación, tal exceso sí daría lugar a una ganancia o pérdida patrimonial, procediendo calificar el hecho como existencia de una adquisición - transmisión.

Ello se traduce para un comunero en la adquisición del pleno dominio de la parte que pertenecía al segundo, y para éste en una ganancia o pérdida patrimonial, al producirse una variación en el valor de su patrimonio puesta de manifiesto con ocasión de una alteración en su composición, por transmisión de la propiedad. La imputación temporal de la ganancia o pérdida patrimonial deberá realizarse, en el período impositivo en el que haya tenido lugar la alteración patrimonial.

La Consulta vinculante 2191-06 resolvía el caso de una pareja que adquirió por 120.000 euros una vivienda. Tras varios años de convivencia, se dispusieron a disolver la comunidad y valoraron el inmueble entonces en 184.937,25 euros. Como consecuencia de la adjudicación, la DGT respondía que "el transmitente habrá de determinar la variación patrimonial conforme los preceptos señalados. Si se entendiera como valor de adquisición los 120.000 euros que el consultante señala como precio de adquisición (considerando, ante la falta de concreción del escrito del contribuyente, que esta cantidad incluye los gastos de adquisición y la actualización del valor de adquisición), y como valor de transmisión los 184.937,25 euros que indica como valor actual del inmueble, se habría obtenido una ganancia

9 Consulta vinculante número 771/05, de 6 de mayo de 2005.

10 Todo ello, conforme al artículo 33.2.a) LIRPF.

patrimonial de 64.937,25 euros, correspondiendo imputar al consultante, por su mitad indivisa, 32.468,63 euros".

3. Repercusiones en el Impuesto el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la sujeción o no al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana en los casos de extinción de condominios sobre bienes inmuebles.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1993 señala en su fundamento de Derecho quinto que, "el acto extintivo del condominio en el aspecto fiscal, no es un acto transmisivo de la titularidad dominical, que constituya objeto de tributación por el concepto de incremento del valor de los terrenos, pues el copropietario o condómino era ya anteriormente partícipe de la titularidad dominical de los terrenos que como consecuencia de la extinción se le atribuyen, ya que lo que acontece, con ésta, es la mera o simple sustitución de una porción o cuota "pro indiviso" que venía correspondiendo de un modo abstracto sobre la totalidad del inmueble, que era objeto de comunidad a cada uno de los partícipes, en la atribución a éstos de una porción material concreta que se les adjudica en propiedad exclusiva sin incremento alguno de valor, por lo que la adjudicación ninguna influencia ni repercusión puede tener a efectos tributarios, ni la división practicada con tal motivo".

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1995 señala en su fundamento de Derecho tercero que "corrobora la anterior, la doctrina de esta Sala, que entre otras, en sus sentencias de 6 de junio de 1986 y 22 de noviembre de 1989, tiene establecido, la inexistencia de hecho imponible en el supuesto de extinción del condominio cuando la adjudicación no exceda del porcentaje atribuible a la primitiva participación y, que la adjudicación extintiva de la comunidad de bienes no es un acto genuinamente traslativo, ya que no hay verdadera trasmisión de un derecho preexistente en que una persona sucede a otra, participando más bien de la naturaleza de acto declarativo de fijación, dando certeza y concreción a la situación de cada titular, siendo coherente con ese carácter declarativo de la adjudicación el artículo 450 del Código Civil al disponer que "cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión"".

En virtud de la jurisprudencia del Alto Tribunal, podemos concluir que:

- En la comunidad de bienes de la pareja de hecho, si la extinción de la misma se produce con adjudicación a cada uno de los comuneros en proporción a su cuota de participación, sin que se produzca exceso de adjudicación a ninguno de ellos, no se produce el devengo del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. La división tiene un efecto declarativo y no traslativo, porque no atribuye algo que no tuvieran antes los comuneros y no produce en éstos ningún beneficio patrimonial, al existir una distribución proporcional y equitativa de los bienes existentes en la comunidad que se disuelve, respetando la cuota de participación que cada uno tenía. Por tanto, en este caso, no se produce la sujeción al IIVTNU.

- No obstante, si la extinción de la comunidad de bienes se realiza mediante la adjudicación de los bienes a uno de los comuneros y compensación económica al resto de los comuneros, se produce un exceso de adjudicación que es gravado por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. No existe una simple extinción del condominio, con adjudicación proporcional a los partícipes, sino una transmisión patrimonial por el exceso de adjudicación a uno de los partícipes respecto a su cuota de participación inicial.

UNIÓN EUROPEA, UNIONES DE HECHO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

EUROPEAN UNION, FACT UNIONS AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 11, agosto 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 418-441

Alfonso
ORTEGA
GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de mayo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: Hoy día, el modelo familiar no institucionalizado ha alcanzado entidad propia social y jurídica, coexistiendo con la institución jurídica matrimonial. En una sociedad globalizada como la europea, es más frecuente que existan parejas de hecho mixtas, cuyos miembros tienen nacionalidades diferentes donde el carácter internacional no solo puede estar determinado por la nacionalidad de los componentes de la pareja o por la posesión de bienes en diferentes Estados de la UE, sino también por su residencia en un país diferente al de la nacionalidad, o por la disolución de la pareja o fallecimiento de alguno de ellos en países distintos a los de origen. Todo esto lleva aparejada la producción de una serie de efectos personales y patrimoniales que es preciso regular mediante medidas de coordinación que faciliten una buena administración de justicia y eviten en lo posible la dispersión del pleito o la aplicación de leyes diferentes a las cuestiones familiares concernidas en cada procedimiento, es la finalidad de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, ambos del Consejo y de fecha 24 de junio de 2016, que son la nueva regulación de los regímenes económicos de las parejas compuestas por ciudadanos de distintas nacionalidades de la UE, tanto matrimoniales como no matrimoniales.

PALABRAS CLAVE: Uniones de hecho; uniones registradas; efectos patrimoniales; Derecho internacional privado; competencia judicial internacional; ley aplicable.

ABSTRACT: *Today, the non-institutionalized family model has reached its own social and legal entity, coexisting with the matrimonial legal institution. In a globalized society such as the European, it is more common to have mixed partnerships, whose members have different nationalities where the international character can not only be determined by the nationality of the partners or by the possession of goods in different States of the EU, but also by their residence in a country different from that of the nationality, or by the dissolution of the couple or death of one of them in countries other than those of origin. All this entails the production of a series of personal and patrimonial effects that must be regulated by means of coordination measures that facilitate a good administration of justice and avoid as far as possible the dispersion of the lawsuit or the application of different laws to the family issues concerned in each procedure, is the purpose of the Regulations (EU) 2016/1103 and 2016/1104, both of the Council and dated June 24, 2016, which are the new regulation of the economic regimes of couples composed of citizens of different nationalities of the EU, both marital and non-marital.*

KEY WORDS: *De facto unions; registered unions; patrimonial effects; private international law; international judicial competence; applicable law.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. LA NECESARIA ARMONIZACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO REGISTRADAS EN LA UNIÓN EUROPEA.- III. UNIONES DE HECHO Y CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: EL REGLAMENTO (UE) 2016/1103 Y EL REGLAMENTO (UE) 2016/1104.- 1. Ámbito de aplicación de ambos Reglamentos.- A) Ámbito de aplicación material.- B) Ámbito de aplicación territorial.- C) Ámbito de aplicación personal o espacial.- D) Ámbito de aplicación temporal.- 2. Competencia judicial internacional.- 3. Determinación de la ley aplicable.- 4. Reconocimiento y ejecución de resoluciones.- IV. REFLEXIONES FINALES.

I. PLANTEAMIENTO.

En la actualidad, uno de los retos fundamentales del Derecho es el de delimitar y redefinir la institución familiar, diseñando políticas familiares capaces de dar respuesta a las reivindicaciones surgidas en los últimos años por la diversificación de las estructuras familiares ante la pluralidad de modelos de familia. Una adecuada contemplación de la realidad socio-jurídica posmoderna, permite vislumbrar la crisis del modelo tradicional de familia. Clara consecuencia de esta profunda transformación en el complejo sociológico, constituye el reconocimiento de diversos modelos de familia, dentro de los cuales el modelo familiar no institucionalizado ha alcanzado entidad propia social y jurídica, coexistiendo con la institución jurídica matrimonial y constituyendo, asimismo, una auténtica alternativa ideológica a la misma.

En una sociedad globalizada como la europea, es más frecuente que existan parejas de hecho mixtas, cuyos miembros tienen nacionalidades diferentes donde el carácter internacional no solo puede estar determinado por la nacionalidad de los componentes de la pareja o por la posesión de bienes en diferentes Estados de la Unión, sino también por su residencia en un país diferente al de la nacionalidad, o por la disolución de la pareja o fallecimiento de alguno de ellos en países distintos a los de origen. Pues bien, la aparición de este tipo de uniones o parejas de hecho, con elemento extranjero, lleva aparejada la producción de una serie de efectos jurídicos para los integrantes de la misma. Se trata de efectos personales y patrimoniales, que tienen como finalidad organizar el desarrollo de la vida en común de los convivientes y demás miembros de la familia. Estas parejas internacionales son muy comunes porque todos los ordenamientos admiten que se constituyan parejas con ciudadanos extranjeros o domiciliados en otro Estado

• Alfonso Ortega Giménez
Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche.
Correo electrónico: alfonso.ortega@umh.es

y porque no puede excluirse que la pareja traslade su domicilio fuera del Estado en que se creó, más aún en el contexto de libre circulación de personas existente en la UE. En estos casos, para poder determinar los efectos patrimoniales de la unión será preciso aplicar soluciones de Derecho internacional privado. Esta rama del Derecho servirá para determinar los Tribunales competentes para conocer de un posible litigio sobre la cuestión, qué Ley regirá la misma y qué posibilidades de reconocimiento en otros Estados tendrá la decisión dictada.

A estos efectos, se ha de tener en cuenta la aplicación del Reglamento (UE) 2016/1103 de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales[1]. Y el Reglamentos (UE) 2016/1104 de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas[2].

Para abordar la cuestión objeto de análisis, analizaremos la necesaria armonización de las uniones de hecho registradas en la Unión Europea. Continuaremos con el análisis de los Reglamento (UE) 2016/1103 y el Reglamento (UE) 2016/1104 que regulan esta situación a nivel europeo. Por último, finalizaremos con unas ideas a modo de conclusiones.

II. LA NECESARIA ARMONIZACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO REGISTRADAS EN LA UNIÓN EUROPEA.

La expresión "pareja registrada", como la denomina el Reglamento (UE) 2016/1104, es una moderna designación que aporta seguridad jurídica al requerir el calificativo "registrada" y que deberían adoptar todos los Estados miembros de la UE. De esta forma se contempla la necesaria armonización que requiere este tipo de convivencia marital para avanzar en el "European Family Law"[3]. Frente a la gran difusión que en la actualidad están teniendo las parejas registradas, como nuevo modelo de familia europeo, se debe destacar la ausencia de uniformidad en su tratamiento que pondrá de manifiesto la necesidad de actuar por parte del legislador.

No todos los Estados miembros de la UE aceptan las uniones registradas. Quiñones Escámez considera que la cuestión de fondo es la aceptación o el rechazo

1 DOUE L 183/1-29, de 8 de julio de 2016.

2 DOUE L 183/30, de 8 de julio de 2016.

3 *Vid.* Rodríguez de Almeida, M. G.: "La unificación del Derecho de Familia Europeo: ¿quimera o realidad?", *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 62, núm. 2, 2014, p. 281.

del modelo familiar formalizado en el extranjero, y como no todos los modelos familiares son aceptados por todos los Estados miembros de la Unión Europea, se ha seguido la vía de la cooperación reforzada[4]. Este desigual trato nos lleva a reconocer dos modelos europeos que hacen frente a estas parejas:

1º) *El "modelo fáctico" o escandinavo*, que reconoce un estatus "cuasimatrimonial" a las parejas de hecho homosexuales, tomando como referencia una situación de convivencia estable para otorgarles determinados efectos jurídicos, principalmente en caso de ruptura y por razones de justicia material. Dentro de este sistema, se pueden incluir a los Países escandinavos, Alemania, Austria, Suiza, e Inglaterra; y

2º) *El "modelo formal"*, que exige una declaración de voluntad de las partes a la que se atribuye unos efectos jurídicos, en cierta medida, parecidos a los del matrimonio. Los países que reconocen unas leyes de "cohabitación" que no equiparan las parejas de hecho al matrimonio son Francia, Bélgica, Luxemburgo, Portugal y España.[5]

En España no existe una Ley de parejas registradas, sino que cada Comunidad Autónoma establece una legislación diferente con dispares requisitos para su constitución y, en concreto, se detectan discrepancias en relación al carácter constitutivo o meramente declarativo de la inscripción registral de estas parejas. Serrano Chamorro diferencia dos bloques en relación a la normativa autonómica sobre esta materia:

1º) *Uno, de carácter jurídico-público o administrativo* en el que se equipara a las parejas de hecho con los matrimonios en sus relaciones con las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma correspondiente (como Aragón, Asturias o Canarias, entre otras). En este caso, estas normas de carácter jurídico-públicas no plantean dudas sobre su validez, siempre que se permita en sus Estatutos de Autonomía; y

2º) *Un segundo bloque, de carácter jurídico-privado* o sustantivo que se ocupa del régimen económico y personal derivado de la convivencia o de su cese. Y en este bloque se distinguen las Comunidades Autónomas con Derecho civil, foral o especial, esto es, derecho civil propio, y aquellas que no lo tienen; estas últimas contienen una regulación sustantiva de las parejas de hecho mucho más limitada que la recogida en la legislación de las Comunidades Autónomas con competencia legislativa sobre partes del derecho civil. En efecto las leyes de Valencia, Madrid,

4 *Vid.* Quiñones Escámez, A.: "Nuevos tipos de uniones y nueva regulación de sus efectos", en AA.VV.: *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado* (dir. M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 175.

5 *Vid.* Martínez Velencoso, L. M.: "El valor del acuerdo en el Reglamento (UE) sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas. Una traslación a la realidad jurídica de la Comunidad Valenciana", *Revista de derecho civil valenciano,* núm. 20, 2016, p. 8.

Asturias, entre otras, prevén pactos económicos entre la pareja o la atribución de derechos sucesorios distintos de los estatales[6].

Tiene razón Soto Moya al resaltar que con la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/1104, se impone valorar seriamente la posibilidad de realizar una legislación estatal sobre parejas registradas que pudiese anticipar la solución a algunos de los problemas que se avecinan. Otra opción, quizás más plausible, sería la del establecimiento, cuando menos, de unas normas básicas o mínimas sobre coordinación de los registros autonómicos[7]. Ante el debate respecto a la necesidad de una regulación que tutele las uniones de hecho, habrá que determinar qué fórmula legal es la adecuada sin desvirtuar la esencia de la unión y tutelando los derechos e intereses de las partes, y sin limitar su autonomía de voluntad, si deciden regular su convivencia por pactos.

El Parlamento Europeo no cesó en el intento de que la Comisión y el Consejo se pronunciaran activamente sobre la necesidad de regular de forma unitaria las legislaciones de los Estados miembros, armonizando dentro del marco del derecho comunitario las uniones de hecho tanto homosexuales como heterosexuales, resaltando que "la distinta regulación de estas uniones supone una discriminación objetiva que impide, o cuando menos pone trabas a la movilidad de este colectivo dentro de la Unión europea"[8]. Al no existir una regulación uniforme en los países de la Unión Europea, es cuando surgen los problemas de Derecho internacional privado, que quiere resolver el Reglamento (UE) 2016/1104. La falta de coordinación de las normas genera inseguridad jurídica.

Reconocida la necesidad de armonizar el Derecho de Familia europeo por la falta de uniformidad detectada, se debe atender a la teoría de la separación entre la tutela interna y la tutela externa desarrollada por la doctrina italiana y tendente a la protección de este modelo de familia[9]. Si la tutela externa salvaguarda a los convivientes para garantizarles constitucionalmente un trato igualitario será la tutela interna la que hace referencia a las relaciones entre los componentes de la pareja, tanto en su aspecto personal como patrimonial. Parece que en este caso el legislador debe abstenerse de intervenir respetando la decisión de los sujetos de constituir una unión fuera del ordenamiento. En este ámbito no se impone la equiparación y deberán ser los sujetos quienes regulen sus propias relaciones atendiendo a la autonomía de la voluntad. Los principales problemas

6 *Vid.* Serrano Chamorro, Mª. E.: *Las parejas de hecho y su marco legal,* Reus, Madrid, 2014, p. 28; Bercovitz Rodríguez–Cano, R.: "La competencia para legislar sobre parejas de hecho", *RDPyC,* núm. 17, 2003, p. 69.

7 *Vid.* Soto Moya, M.: "El reglamento (UE) 2016/1104 sobre el régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho internacional privado", *Revista electrónica de Estudios internacionesi*, 2018, disponible en www.reei.org.

8 *Vid.* García garcía, R.:"Las parejas de hecho ante el Derecho Comunitario, en AA.VV.: *Uniones de Hecho: XI Jornades Jurídiques,* Universitat de Lleida, 1997, p. 257.

9 *Vid.* Oberto, G.: *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto,* Milán, 1991.

a resolver serán el sostenimiento de las cargas, la calificación de las atribuciones patrimoniales entre convivientes, la valoración de las prestaciones de trabajo entre los miembros de la pareja, etc.

Centrándonos en los efectos patrimoniales como lo hace el Reglamento (UE) 2016/1104, debemos diferenciar los siguientes:

- *Los efectos patrimoniales que se producen constante la convivencia.* La pareja debe afrontar cuestiones económicas de la vida en común, atendiendo a las necesidades familiares (por ejemplo: la adquisición de una vivienda, contribuir a las cargas, etc.). Los principales problemas derivan de la confusión de los bienes privativos con el patrimonio de la pareja. Es muy importante comprobar si los convivientes han suscrito pactos mediante los que regulen sus relaciones patrimoniales ya que la autorregulación de su vida patrimonial será un medio eficaz de solucionar posibles conflictos[10]. La falta de algún tipo de pacto en este sentido conllevará la posibilidad de aplicar por analogía la regulación que corresponda y que esté prevista en el ordenamiento, como alternativa para resolver las cuestiones económicas que surgen durante la convivencia de hecho;

- *Los efectos patrimoniales derivados de la crisis y ruptura de la UE*. Se deben resolver las dificultades económicas y los principales conflictos que puedan surgir en estos casos, ante la liquidación y atribución de los bienes adquiridos o el reparto de las ganancias, cuando la pareja no haya pactado al comienzo de la convivencia o durante la misma una solución. No hay que olvidar que pueden existir reclamaciones económicas entre los convivientes o que será necesario atribuir el uso de la vivienda familiar a uno de ellos, especialmente en el caso de que existan hijos; y

- *Los efectos patrimoniales derivados del fallecimiento de uno de los convivientes*. La muerte de uno de los miembros de la pareja de hecho puede provocar perjuicios al conviviente supérstite, si los ordenamientos no les reconocen los mismos derechos que a las personas casadas. Habrá que determinar si tienen derecho a la pensión de viudedad. A la indemnización en caso de muerte por un accidente, a la posibilidad de subrogarse en el arrendamiento de la vivienda de la que el fallecido era inquilino o a los derechos sucesorios de las personas que forman la unión.

Si a las complicaciones detectadas en relación a los efectos patrimoniales de las parejas registradas, le sumamos que estas parejas sean uniones registradas transfronterizas (ya sea por tener diferentes nacionalidades, diferentes residencias habituales o posesión de bienes en diferentes Estados miembros) se observa

10 *Vid.* Pérez Vallejo, A. M.: *Autorregulación en la convivencia de hecho (a propósito de las recientes disposiciones prelegislativas y legislativas tendencialmente más dispositivas)*, Universidad de Almería, Almería, 1999, pp. 56-67.

que se van a generar situaciones inconcebibles en un Mercado Común Europeo. No puede ser normal que una pareja de hecho mixta no sepa qué tribunal es el competente para resolver su caso y cuál es la ley aplicable a sus bienes. Imaginemos una pareja que se ha constituido en un Estado miembro y se traslada a otro distinto, o siendo la pareja de países diferentes, tenga propiedades en el extranjero. Es todavía más grave que una misma pareja registrada sea sometida a un régimen patrimonial diferente en función de la competencia de los tribunales de un determinado Estado o de la legislación nacional que resulte aplicable. Rodríguez de Almeida señala que la armonización del Derecho de familia europeo es más complicada porque no ha sido una prioridad para la UE, fundada inicialmente como una unión económica, y de mercado común[11], por lo que el Reglamento (UE) 2016/1104 puede ser considerado un avance más en la armonización, al menos, de los aspectos relacionados con los efectos patrimoniales de la pareja registrada.

III. UNIONES DE HECHO Y CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: EL REGLAMENTO (UE) 2016/1103 Y EL REGLAMENTO (UE) 2016/1104.

Ante esta situación compleja y dispar existente en los ordenamientos de los países de la UE, se hace necesaria una regulación uniforme para aportar mayor seguridad a los ciudadanos europeos, en este sentido el 8 de julio de 2016 se publicaron dos normas europeas sobre relaciones patrimoniales del matrimonio y de las parejas registradas. Por un lado, el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y, por otro, el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Tanto los regímenes económicos matrimoniales como los efectos patrimoniales de las parejas registradas forman parte del Derecho de familia y según el art. 81.3 del TFUE[12] es el Consejo el competente para adoptar medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza. Ambas normas nacen con el objetivo de resolver algunos de los problemas suscitados por la diversidad de las reglas nacionales de Derecho internacional privado aplicables a los derechos de propiedad de las parejas internacionales, de manera que se consiguen elevar los estándares

11 *Vid.* Rodríguez de Almeida, M. G.: "La unificación", cit., p. 280.

12 *DOUE C 326, de 26 de octubre de 2012.*

de seguridad jurídica en la vida cotidiana de las parejas internacionales. Ambos Reglamentos Regulan los tres sectores del Derecho internacional privado, esto es, la competencia judicial internacional, la ley aplicable y la validez extraterritorial de resoluciones judiciales extranjeras. Es cierto que tienen un contenido muy similar, sobre todo en las cuestiones relativas al ámbito de aplicación de las dos normas, así como en algunos principios generales que inspiran su regulación, favoreciendo así la libre circulación de personas y de capitales. Ambos Reglamentos de Derecho internacional privado pretenden establecer un marco jurídico claro y uniforme sobre los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las parejas registradas, sin afectar al derecho sustantivo de los Estados miembros.[13]Al haberse adoptado estas normas de derecho derivado, todos los Estados miembros que forman parte de la misma tendrán idénticas soluciones para resolver los conflictos de leyes y de jurisdicción, aunque siga existiendo un fraccionamiento jurídico en el Derecho material o sustantivo.

1. Ámbito de aplicación de ambos Reglamentos.

Se trata de abordar aspectos de técnica jurídica, que permitan despejar cualquier duda sobre dónde, cuándo, a quiénes y a qué debe resultar aplicable el Reglamento en cuestión. Como quiera que resultara imposible conseguir la adopción por unanimidad de todos los Estados miembros, el Reglamento ha tenido que elaborarse en virtud del art. 329.1 del TFUE[14].

Los ámbitos de regulación de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, tal y como dispone el propio título de ambos instrumentos normativos, abarcan los cuatro sectores del Derecho Internacional Privado, es decir, la competencia judicial internacional, la Ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas, así como normas de cooperación judicial internacional en supuestos civiles de alcance transfronterizo.

A) Ámbito de aplicación material.

El ámbito de aplicación material, debe ser analizado de forma separada según cada Reglamento.

- *Reglamento 2016/1103.*

13 *Vid.* Vinaixa Miquel, M.: "La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)", *Indret*, 2, 2017, p. 280.

14 *DOUE C 326, de 26 de octubre de 2012.*

Se encuentra regulado en su artículo 1. El Reglamento se aplicará a todos los aspectos de Derecho civil de los regímenes económicos matrimoniales con repercusiones transfronterizas, tanto los relacionados con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial durante la vigencia del matrimonio, como los relativos a la liquidación de dicho patrimonio como consecuencia de la crisis matrimonial, es decir, una vez disuelto el matrimonio, o separados los cónyuges. Las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas no son reguladas por el Reglamento. Este Reglamento sólo se aplica a los efectos patrimoniales, excluyendo así de su materia los efectos personales del matrimonio. En el apartado segundo del mencionado precepto se menciona una lista exhaustiva de materias excluidas del ámbito de aplicación de este texto normativo: a) la capacidad jurídica de los cónyuges; b) la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio; c) las obligaciones de alimentos; d) la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges; e) la seguridad social; f) el derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges, en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante este; g) la naturaleza de los derechos reales sobre un bien; y h) cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, incluidos los requisitos legales para llevarla a cabo, y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en un registro.

- *Reglamento 2016/1104.*

Se encuentra fijado en su artículo 1. Este Reglamento se aplicará a todos los aspectos de Derecho civil de los efectos patrimoniales de las uniones registradas con repercusiones transfronterizas, tanto los relativos a la administración cotidiana del patrimonio de los miembros de la unión como su liquidación. En el apartado segundo del citado precepto se menciona una serie de materias excluidas del ámbito de aplicación de este texto normativo, por lo que no es aplicable a las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas. Se excluyen las materias relacionadas que se enumeran el núm. 2: capacidad jurídica de los miembros de la unión registrada; la existencia, validez y reconocimiento de la unión registrada; las obligaciones de alimentos; la sucesión por causa de muerte de uno de los miembros de la unión registrada; la seguridad social; el derecho de transmisión o ajuste entre los miembros de la unión registrada, en caso de disolución o anulación de la misma, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante la vigencia de la unión registrada y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante la vigencia de esta; la naturaleza de los derechos reales sobre un bien; y cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, incluidos los requisitos legales para llevarla a cabo, y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en un

registro. El presente Reglamento no afecta a las competencias de las autoridades de los Estados miembros en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas" (artículo 2).

B) Ámbito de aplicación territorial.

Estos Reglamentos han sido aprobados por el procedimiento de cooperación reforzada, de forma que no vinculan a todos los Estados miembros de la UE, por lo que sólo regirán en los 18 Estados miembros que se han adherido inicialmente (que son: España, Suecia, Bélgica, Bulgaria, Grecia, Croacia, Chipre, Eslovenia, Francia, Portugal, Italia, Malta, Luxemburgo, Alemania, República Checa, Países Bajos, Austria, y Finlandia), sin perjuicio de que los restantes Estados puedan hacerlo en un futuro.

C) Ámbito de aplicación personal o espacial.

En cuanto al ámbito de aplicación personal o espacial, ambos Reglamentos cuentan con un ámbito de aplicación universal. No se exige ninguna condición personal de los sujetos para la aplicación de esta norma, es por ello que, el ámbito de aplicación del Reglamento, se considera de carácter "erga omnes". De tal forma que posee una eficacia universal y, por ende, no se tiene en cuenta el domicilio o la residencia de las partes, así como tampoco el país del que puedan ser nacionales. Así, la Ley designada aplicable a través de sus normas de conflicto se aplicará con independencia de que sea la ley de un tercer Estado, esto es, aunque no sea la de un Estado miembro según el artículo 20 del Reglamento.

D) Ámbito de aplicación temporal.

Respecto al ámbito de aplicación temporal, los Reglamentos entraron en vigor el 28 de julio de 2016, a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Sin embargo, su aplicación se pospuso hasta el 29 de enero de 2019, de conformidad con el párrafo segundo, del artículo 70.2, lo que supone un período transitorio de 30 meses para lograr su plena operatividad.

2. Competencia judicial internacional.

Un único órgano jurisdiccional tendrá competencia para conocer de cuestiones conexas: de la sucesión y del patrimonio de la pareja; o del divorcio, separación o nulidad y del patrimonio de la pareja.

Según el artículo 3, se entiende por órgano jurisdiccional toda autoridad judicial y las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en la materia que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación

de una autoridad judicial o bajo su control, siempre que ofrezcan garantías de imparcialidad, derecho de las partes a ser oídas, y que sus resoluciones puedan ser objeto de recurso o revisión ante la autoridad judicial y tengan una fuerza y efectos similares a los de la resolución de una autoridad judicial sobre la materia (p. ej., los Notarios).

- *Reglamento 2016/1103*.

El capítulo II, artículos. 4 a 19, regula esta cuestión:

a) El artículo 4 se ocupa de la competencia en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, que recae en el órgano jurisdiccional del Estado miembro que conozca de la sucesión de uno de los cónyuges en aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012 de sucesiones;

b) El artículo 5 regula la competencia en casos de divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio. En principio, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que conozcan de la demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio en virtud del Reglamento (CE) nº 2201/2003 (Reglamento "Bruselas II"). Ahora bien, la competencia de acuerdo con los criterios anteriores estará sujeta al acuerdo de los cónyuges cuando en el órgano jurisdiccional que deba resolver la demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio concurran las circunstancias previstas en el artículo 5.2. Si este acuerdo se celebra antes de que se requiera al órgano jurisdiccional que resuelva sobre el régimen económico matrimonial, entonces acuerdo deberá expresarse por escrito, fechado y firmado por las partes (art. 5.3);

c) En el artículo 6 se contienen los foros atributivos de jurisdicción cuando no sean aplicables los previstos en los arts. 4 y 5. Así, serán competentes, en criterio de jerarquía: 1º) los órganos jurisdiccionales en cuyo territorio tengan los cónyuges su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda; 2º) en cuyo territorio hayan tenido los cónyuges su última residencia habitual, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda; 3º) en cuyo territorio tenga el demandado su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda; o, 4º) de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda;

d) En los casos contemplados en el artículo 6, las partes podrán acordar la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley sea aplicable en virtud del art. 22 (ley elegida por las partes) o del artículo 26.1, letras a) o b) (ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, o de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio), o de los órganos jurisdiccionales del

Estado miembro de la celebración del matrimonio. También serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley sea aplicable en virtud del artículo 22 (Ley elegida por las partes) o del artículo 26.1, letras a) o b) (ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, o de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio), y ante el que comparezca el demandado (art. 8). Excepcionalmente, se permite la inhibición del órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud de los artículos 4, 5, 6, 7 u 8 si considera que en su sistema de Derecho internacional privado no está reconocido el matrimonio en cuestión (art. 9);

e) El artículo 10 contiene un foro de competencia subsidiaria a favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en cuyo territorio se encuentre un bien inmueble de uno o de ambos cónyuges, en cuyo caso el órgano jurisdiccional que conozca del asunto solo será competente para resolver sobre el bien inmueble de que se trata; y

f) El artículo 11 contempla un criterio atributivo de competencia a favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro si el proceso no pudiere incoarse o desarrollarse razonablemente o si resultare imposible en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una conexión estrecha. En este caso, el asunto deberá tener una conexión suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional que vaya a conocer de él. Consecuencia de estos foros es el desplazamiento total de las normas de origen interno de los Estados miembros sobre competencia internacional.

- *Reglamento 2016/1104.*

El punto de partida del Reglamento para determinar la jurisdicción competente en las controversias de tráfico jurídico externo relacionadas con los efectos patrimoniales de las uniones registradas, se basa en la acumulación de competencias, de conformidad con los artículos 4 y 5 del Reglamento. Se trata, de que el tribunal de un Estado miembro que esté conociendo de la sucesión de un miembro de una unión registrada, sea también competente para resolver sobre los efectos patrimoniales de la unión registrada. Por otro lado, cuando se produzca la crisis de una unión registrada y haya que liquidar los efectos patrimoniales de la misma, los órganos jurisdiccionales que estén conociendo de la disolución o anulación de la pareja serán también competentes para pronunciarse sobre dichos efectos, siempre y cuando así lo acuerden las partes. Mientras que la prórroga de competencia es automática en el caso de los efectos patrimoniales de la unión registrada que tengan su origen en el fallecimiento de uno de los miembros de la unión, cuando los efectos surgen como consecuencia de una crisis de pareja, la prórroga de competencia a favor de los tribunales que están conociendo de esta

última solo será posible si así lo acuerdan las partes. Lo que se pretende es que un solo tribunal conozca de todas y cada una de las pretensiones vinculadas entre sí de una misma demanda.

La articulación de la competencia judicial internacional es la determinación del tribunal competente para los efectos patrimoniales de una unión registrada se lleva a cabo en torno a supuestos concretos: el fallecimiento de uno de los miembros de la unión (art. 4), la disolución o anulación de la unión registrada (art. 5) y los casos en los que no resultare competente ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro y los casos distintos a los dos primeros (art. 6). Asimismo, se autoriza la elección de foro mediante acuerdo (art. 7), se prevé una competencia basada en la comparecencia del demandado (art. 8), una competencia alternativa fundamentada en la inhibición del tribunal (art. 9), una competencia subsidiaria del Estado miembro donde se encuentre situado un bien inmueble de uno o de ambos miembros de la unión registrada (art. 10) y, finalmente, en evitación de denegación de justicia, una competencia a favor del tribunal del Estado miembro que tenga una conexión suficiente con el asunto objeto del litigio (art. 11).

En este sentido entran en juego los foros jerárquicos, cuando no exista ningún proceso sucesorio iniciado ante los tribunales de un Estado parte, así como tampoco ninguno de disolución o anulación de la unión; e incluso cuando exista el proceso de disolución o anulación, pero la pareja no haya llegado a ningún acuerdo de acumulación de competencias, por lo que podrán ser competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en función de la siguiente jerarquía:

- *El foro de la sumisión tácita* del artículo 8, que otorga competencia al tribunal de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado, siempre que sea informado de su derecho a impugnar la competencia y de las consecuencias de su comparecencia o incomparecencia. Para que la competencia sea válida, se exige, además, que dicho tribunal sea aquél cuya Ley resulte aplicable de conformidad con el artículo 22 o el artículo 26, apartado 1, produciéndose en tal caso un "fórum-ius" y evitándose, en consecuencia, los problemas derivados de la aplicación de un derecho extranjero;[15].

- *El foro de la sumisión expresa* del artículo 7, por elección del órgano jurisdiccional. Las partes pueden acordar que sea competente el órgano jurisdiccional del Estado miembro cuya ley sea aplicable según el artículo 22 o el artículo 26.1, así como también pueden elegir a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada, con el objetivo de que tengan competencia exclusiva para resolver sobre los efectos patrimoniales de su unión. Este acuerdo deberá ser escrito, fechado y firmado

15 *Vid.* Vinaixa Miquel, M.: "La autonomía", cit,., p. 298.

por las partes. Toda comunicación efectuada por medios electrónicos tendrá la consideración de escrita;

- *Los foros generale*s del artículo 6, que siguen un criterio jerárquico y no alternativo, para atribuir la competencia sobre los efectos patrimoniales de la unión registrada a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

a) En cuyo territorio tengan los miembros de la unión registrada su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda; o en su defecto,

b) En cuyo territorio hayan tenido los miembros de la unión registrada su última residencia habitual, cuando uno de ellos siga residiendo allí en el momento de la interposición de la demanda; o en su defecto;

c) En cuyo territorio tenga el demandado su residencia habitual, en el momento de la interposición de la demanda; o en su defecto;

d) De la nacionalidad común en el momento de la interposición de la demanda; o en su defecto;

e) Conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada;

- *El foro de inhibición o de competencia alternativa* previsto en el artículo 9, que permite abstenerse de conocer al órgano jurisdiccional del Estado miembro que sea competente en virtud de los artículos 4, 5 y 6, letras a), b), c) o d), cuando su Derecho no reconozca la institución de la unión registrada. Alternativamente para el caso de inhibición, permite el acuerdo de las partes para atribuir la competencia a los órganos jurisdiccionales de cualquier otro Estado miembro de conformidad con el artículo 7. Además, cuando no se haya producido el acuerdo, la competencia para resolver sobre los efectos patrimoniales de la unión registrada recaerá en los órganos jurisdiccionales de cualquier otro Estado miembro en virtud de los artículos 6 u 8;

- *El foro subsidiario* recogido en el artículo 10 y para el caso de que un bien inmueble de uno o ambos miembros de la unión registrada se encuentre en el territorio de un Estado miembro. Siempre que no puedan operar los preceptos vistos hasta el momento, la competencia se atribuirá a los órganos jurisdiccionales en los que se encuentre el bien inmueble en cuestión, que solo podrán resolver sobre este último; y

- *El foro de necesidad* o "fórum necessitatis" del artículo 11, en el supuesto de que ningún tribunal resultara competente en virtud de los artículos anteriores. La competencia se atribuye a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro,

en casos excepcionales, cuando el proceso no pudiere incoarse o desarrollarse razonablemente o si resultare imposible en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese conexión estrecha. El artículo 11.2 resalta que "El asunto deberá tener una conexión suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca de él".

3. Determinación de la ley aplicable.

- Reglamento 2016/1103.

El capítulo III contiene las normas de conflicto sobre ley aplicable. Normas que tienen carácter universal (art. 20).

Rasgos característicos:

1º) Se permite a los cónyuges, o futuros cónyuges, *elegir o cambiar de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial.* Ahora bien, dicha facultad de elección es limitada, pues solamente puede elegirse la ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, o la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo (art. 22). El acuerdo de elección deberá cumplir los requisitos formales del artículo 23.

2º) El artículo 24 se ocupa del consentimiento y validez material del acuerdo sobre la elección de la ley o de sus disposiciones, que se determinarán la ley que sería aplicable en virtud del artículo 22 si el acuerdo o la disposición fueran válidos. Por tanto, se aplica la ley que regiría el hipotético acuerdo.

3º) La ley aplicable a la validez formal de las capitulaciones matrimoniales se determinará de acuerdo con el artículo 25.

4º) El artículo 26 contiene las disposiciones para determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial cuando las partes no la hayan elegido. Así, con carácter general la ley aplicable al régimen económico matrimonial será la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio; o, en su defecto, de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio; o, en su defecto, con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

- Reglamento 2016/1104.

En relación con el derecho aplicable, la elección de Ley mediante acuerdo formal y materialmente válido (arts. 22 y 23) se limita a un set de leyes en función de la residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, Ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los miembros de la unión en el momento en que se celebre el acuerdo y Ley del Estado conforme a cuya Ley se haya creado la unión registrada. Estas conexiones juegan de modo alternativo y, salvo pacto en contrario, la Ley así elegida es irretroactiva, es decir, que un cambio de la Ley pactada solo tiene efecto a futuro. En defecto de pacto, los efectos patrimoniales de la unión registrada se someten imperativamente a la Ley del Estado conforme a cuya Ley se haya creado la unión registrada (art. 26).

Se debe partir de la clara importancia que el Reglamento atribuye a la autonomía de la voluntad de los convivientes a la hora de elegir la Ley aplicable, siempre considerando que las normas imperativas del régimen primario previstas por la Ley del foro constituyen un límite a la Ley designada aplicable, ya sea a través de su elección por las partes o, en su defecto, a través de la aplicación de conexiones subsidiarias[16].

Por lo que respecta al ordenamiento jurídico español, se incardinarían en esta categoría a las leyes, sean estatales o autonómicas, y a las que la constitución otorga fuerza o rango de Ley, esto es, los decretos-leyes y los decretos legislativos[17].

Se pueden distinguir dos tipos de autonomía de la voluntad, la llamada autonomía material y la autonomía conflictual, que permiten calificar a la regulación del Reglamento de mixta. Las relaciones patrimoniales quedan gobernadas por los pactos que los miembros de la pareja hayan concluido entre ellos en acuerdos patrimoniales dejando a salvo el denominado régimen primario, que constituye un límite a la autonomía de la voluntad material. A falta de pacto o acuerdo entre las partes, tales relaciones se regirán por el régimen que subsidiariamente establezca la Ley. En la mayoría de Estados miembros de la Unión Europea las normas de conflicto sobre la materia también recogen la autonomía de la voluntad de las partes entre sus puntos de conexión, de modo que los miembros de la unión registrada pueden elegir la Ley aplicable a sus relaciones patrimoniales. Sin embargo, la autonomía de la voluntad no aparece como principal punto de conexión en el Derecho internacional privado español sobre la materia, solución que sí recoge el Reglamento (UE) 2016/1104[18].

En relación con los aspectos formales de la elección, el Reglamento regula los requisitos de forma, tanto de los acuerdos patrimoniales de las uniones registradas,

16 *Vid.* Vinaixa Miquel, M.: "La autonomía", cit., p. 287.

17 *Vid.* Gómez García, J. A.: "El nacimiento de las normas jurídicas", en AA.VV.: *Introducción a la Teoría del Derecho*, UNED, 2010, p. 107.

18 *Vid.* Vinaixa Miquel, M.: "La autonomía", cit., p. 290.

como de los acuerdos de elección de Ley. En cuanto a las exigencias formales, estos acuerdos deben constar por escrito, siendo válido el medio electrónico, con fecha y firma de ambas partes (artículos 23 y 25.1). Además, deberán cumplir, si las hay, formalidades adicionales previstas por la Ley del Estado miembro en el que ambas partes tienen su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo. Mediante la autonomía conflictual las partes pueden elegir cualquiera de las siguientes leyes previstas en el artículo 22.1, siempre que dicha ley atribuya efectos patrimoniales a la institución de la unión registrada:

- Ley de la residencia habitual común o de uno de ellos, en el momento de la elección;

- Ley de la nacionalidad de cualquiera de las partes en el momento de la elección; y

- Ley conforme a la cual haya sido creada la unión registrada.

Las partes también pueden cambiar la Ley aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en cualquier momento (art. 22.1), pero solo surtirá efectos en el futuro (art. 22.2). Además, el cambio deberá recaer sobre cualquiera de las leyes susceptibles de elección y tendrá consecuencias respecto de los bienes adquiridos con posterioridad al cambio, salvo que decidan otorgar efectos retroactivos a la modificación. El artículo 22.3 establece un límite general que debe respetar todo cambio retroactivo. De esta forma se resalta el objetivo de proteger los derechos de terceros que contraten con los miembros de la unión registrada, si se produce un cambio sobrevenido por voluntad de las partes y en ausencia de efectos positivos para aquél.

La Ley aplicable en defecto de elección, para las uniones registradas del Reglamento 2016/1104 y de conformidad con el artículo 26, será la del Estado conforme a cuya Ley se haya creado la unión. Será aplicable, sin embargo, la Ley de la última residencia habitual común, si el demandante demuestra que la duración de la residencia es significativamente larga y la pareja planificó sus relaciones económicas en base a dicha Ley. Esta última solución podrá ser utilizada desde la creación de la unión registrada, si los dos miembros de la pareja están de acuerdo, o a partir del establecimiento de la última residencia habitual común, cuando no haya acuerdo entre ambos. Ahora bien, en ningún caso podrá afectar negativamente a los derechos de terceros y quedará excluida cuando los miembros de la unión registrada hayan celebrado capitulaciones con anterioridad al establecimiento de su última residencia habitual común en el Estado de que se trate.

El artículo 27 del Reglamento concreta cuáles son los efectos patrimoniales de la unión registrada que deben ser regulados por la Ley aplicable a los mismos, lo que da lugar a que se incluyan, entre otros, los siguientes:

a) La clasificación de los bienes de uno o ambos miembros de la unión registrada en diferentes categorías durante la vigencia de la unión registrada y después de la misma;

b) La transferencia de bienes de una categoría a otra;

c) La responsabilidad de uno de los miembros de la unión registrada por las obligaciones y deudas de otro;

d) Los poderes, derechos y obligaciones de cualquiera de los miembros de la unión registrada o de ambos con respecto al patrimonio;

e) El reparto, la distribución o la liquidación del patrimonio en caso de disolución de la unión registrada;

f) Los efectos patrimoniales de la unión registrada sobre la relación jurídica entre uno de los miembros de la unión registrada y un tercero, y

g) La validez material de las capitulaciones de la unión registrada.

Es importante tener en cuenta la protección de terceros que contraten con los componentes de la unión registrada, tal y como se desprende de los artículos 27, letra f) y 28.1. Además, se permite la adaptación de los derechos reales, de conformidad con el artículo 29 del Reglamento, cuando el titular de un derecho real lo invoque y en el Estado miembro en cuestión no se conozca dicha figura, por lo que se deberá, en caso necesario y en la medida de lo posible, adaptar al derecho equivalente más cercano del Derecho de ese Estado. La aplicación de la Ley rectora de los efectos patrimoniales de la unión registrada tiene como límites las leyes de policía y la excepción de orden público. En este sentido, el artículo 30 es el que se dedica a las leyes de policía de la Ley del foro y destaca que las mismas que no se verán restringidas por las disposiciones de este Reglamento.

En el caso de Estados plurilegislativos, como el nuestro, y cuando se trate de conflictos territoriales de leyes, se debe tener en cuenta el artículo 33 del Reglamento. Por su parte, el artículo 34 resuelve los conflictos interpersonales de leyes en Estados con diversos regímenes jurídicos. En defecto de tales normas, se aplicará el régimen jurídico o el conjunto de normas con el que los miembros de la unión registrada tengan una conexión más estrecha. Ahora bien, si el conflicto de leyes es puramente interno y solo se plantea entre uniones territoriales que

poseen sus propias normas jurídicas en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, como podría ocurrir, por ejemplo, entre españoles que se encuentren vinculados con distintas normas autonómicas que regulen de diferente manera el asunto en cuestión, el artículo 35 del Reglamento se refiere a esta situación, indicando que el Estado miembro no estará obligado a aplicar la norma de la Unión Europea a estos casos.

4. Reconocimiento y ejecución de resoluciones.

- Reglamento 2016/1103.

Se parte del reconocimiento automático de las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro (art. 36.1) las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de seguir procedimiento alguno.

El artículo 36.2 regula el control del reconocimiento a título principal, o proceso declarativo del reconocimiento, y el artículo 36.3 el control del reconocimiento a título incidental. El artículo 37 contiene los motivos de denegación del reconocimiento: contrariedad con el orden público, no respeto de los derechos de defensa, contrariedad con otra resolución judicial. Estos motivos deben ser aplicados respetando los derechos fundamentales y los principios reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (art. 38). En el artículo 39 se prohíbe controlar la competencia del órgano jurisdiccional de origen, mientras que el artículo 40 contiene la prohibición de que el juez del exequátur controle el fondo del asunto. El artículo 41 prevé la suspensión del procedimiento cuando la resolución en cuestión sea objeto de recurso ordinario.

Respecto a su ejecución el artículo 42 prevé su concesión jurisdiccional: "Las resoluciones dictadas en un Estado miembro y que sean ejecutorias en dicho Estado se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se haya declarado que poseen allí fuerza ejecutiva de conformidad con el procedimiento previsto en los artículos 44 a 57." El artículo 44 contiene la norma de competencia territorial, relegando la determinación de la competencia objetiva a cada Estado miembro. El procedimiento de solicitud de la declaración de ejecutividad se regirá por la ley del Estado miembro de ejecución (art. 45). La concesión o denegación de la fuerza ejecutiva es susceptible de ser recurrida, en primera y segunda instancia (arts. 49 y 50). Se prevé una declaración de ejecutividad parcial (art. 54), así como la posibilidad de acogerse al beneficio de justicia gratuita (art. 55).

- Reglamento 2016/1104.

El Reglamento prevé la libre circulación de las resoluciones, los documentos públicos y las transacciones judiciales en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas con el objetivo de lograr un reconocimiento mutuo basado en la confianza resultante de la integración de los Estados miembros en la Unión. Todo ello repercute en el buen funcionamiento del mercado interior, por cuanto la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza permite a los ciudadanos beneficiarse de un espacio sin fronteras, en el que las decisiones que afecten a los convivientes pueden transitar sin obstáculos para el mejor desenvolvimiento de la vida familiar en común. En esta línea se enmarcan los capítulos IV y V del Reglamento, destinados a hacer valer las resoluciones, los documentos públicos y las transacciones judiciales procedentes de un país en otro distinto, con las mínimas interacciones posibles y las máximas garantías para todos los sujetos concernidos.

En relación al reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones, el capítulo IV del Reglamento (arts. 36 a 57) está en consonancia con las anteriores normas de Derecho internacional privado de la UE. Es por ello que toda resolución de un Estado miembro será reconocida en los demás sin necesidad de seguir procedimiento alguno, mientras que para obtener la ejecución en otro Estado miembro, el demandante deberá entablar un procedimiento uniforme en el Estado de ejecución para obtener la declaración de fuerza ejecutiva[19].

El procedimiento es unilateral y, en una primera fase, se limita a la verificación de los documentos aportados. En una fase posterior, si existe oposición del demandado, el juez procederá a examinar los motivos de dicha denegación con el fin de garantizar la protección adecuada de los derechos de los demandados. De igual forma, la resolución que declare el reconocimiento también podrá ser recurrida, siendo los motivos que pueden alegarse los mismos que para oponerse a la ejecución y que se encuentran recogidos en el artículo 37 del Reglamento.

En relación a los documentos públicos y a las transacciones judiciales es el capítulo V el que resalta la importancia de la aceptación de dichos documentos (artículo 58) a efectos de su libre circulación, así como la fuerza ejecutiva de los mismos (artículo 59) o de las transacciones judiciales (artículo 60). La aceptación de los documentos públicos significa que los expedidos en un Estado miembro tendrán en otro distinto el mismo valor probatorio que en el de origen o el efecto más parecido posible, así como la misma presunción de autenticidad y fuerza ejecutiva.

19 *Vid.* Jiménez Blanco, P.: "La ejecución forzosa de las resoluciones judiciales en el marco de los reglamentos europeos", *Revista Española de Derecho Internacional,* vol. 70, núm. 1, 2018, pp. 101-126.

IV. REFLEXIONES FINALES.

Primera. En una sociedad globalizada como la europea, es más frecuente que existan parejas de hecho mixtas, cuyos miembros tienen nacionalidades diferentes donde el carácter internacional por diferentes circunstancias y por la libre circulación entre los Estados miembros, la aparición de este tipo de uniones o parejas de hecho, con elemento extranjero, lleva aparejada la producción de una serie de efectos jurídicos tanto personales como patrimoniales, que necesitan una regulación uniforme. La diferencia entre los ordenamientos nacionales dentro de la Unión Europea en relación a las uniones matrimoniales y a las parejas de hecho supone un obstáculo a la libre circulación de los miembros de tales parejas y dificulta la gestión y liquidación de las relaciones patrimoniales derivadas de tal unión. Dichos obstáculos se han intentado paliar, en parte, con el los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, ambos del Consejo y de fecha 24 de junio de 2016, que son la nueva regulación de los regímenes económicos de las parejas compuestas por ciudadanos de distintas nacionalidades de la Unión, tanto matrimoniales como no matrimoniales que regulan tanto la competencia judicial internacional, como la Ley aplicable y la eficacia extraterritorial de decisiones en esta materia. Pese a ello se deja sin regular muchas cuestiones que siguen en manos del Derecho internacional privado de los Estados Miembros, como ser el régimen económico de una pareja de hecho no registrada. Por ello, el tratamiento que el Derecho internacional privado español proporciona a los efectos patrimoniales de las parejas de hecho sigue siendo relevante.

Segunda. Hay que resaltar la importancia que tiene la autonomía de la voluntad en ambos Reglamentos, ya que se trata de un criterio flexible para la elección por la pareja del tribunal competente y de la ley aplicable. Es una fórmula que favorece la seguridad jurídica y la libre circulación de personas a nivel europeo. Hay que diferenciar la autonomía de voluntad material de la conflictual. La autonomía material será la que se ponga de manifiesto en los acuerdos patrimoniales que establezcan los convivientes de hecho, siempre que respeten el régimen primario por ser un límite a la libertad de disposición. La autonomía conflictual, por su parte, es aquella que permite a los miembros de la pareja elegir la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales.

Tercera. Pese a la finalidad de regular esta situación jurídica, los Reglamentos no obligan a los Estados miembros, que carecen de regulación sobre la institución de la unión registrada, a que la adopten, por lo que el fraccionamiento jurídico sigue vigente respecto a la regulación delos efectos patrimoniales de las uniones registradas. En consecuencia, sería conveniente alcanzar una plena y total similitud entre las legislaciones de los diferentes países europeos, con la finalidad de alcanzar el tan ansiado espacio de libertad, seguridad y justicia en todo el territorio del

mercado interior y un Derecho de familia europeo uniforme, para así facilitar la libre circulación de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

García García, R.:"Las parejas de hecho ante el Derecho Comunitario, en AA.VV.: *Uniones de Hecho: XI Jornades Jurídiques,* Universitat de Lleida, 1997.

Gómez García, J. A.: "El nacimiento de las normas jurídicas", en AA.VV.: *Introducción a la Teoría del Derecho*, UNED, 2010.

Jiménez Blanco, P.: "La ejecución forzosa de las resoluciones judiciales en el marco de los reglamentos europeos", *Revista Española de Derecho Internacional,* vol. 70, núm. 1, 2018.

Martínez Velencoso, L. M.: "El valor del acuerdo en el Reglamento (UE) sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas. Una traslación a la realidad jurídica de la Comunidad Valenciana", *Revista de derecho civil valenciano,* núm. 20, 2016.

Oberto, G.: *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto,* Milán, 1991.

Quiñones Escámez, A.: "Nuevos tipos de uniones y nueva regulación de sus efectos", en AA.VV.: *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado* (dir. M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

Pérez Vallejo, A. M.: *Autorregulación en la convivencia de hecho (a propósito de las recientes disposiciones prelegislativas y legislativas tendencialmente más dispositivas),* Universidad de Almería, Almería, 1999.

Rodríguez de Almeida, M. G.: "La unificación del Derecho de Familia Europeo: ¿quimera o realidad?", *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto,* vol. 62, núm. 2, 2014.

Serrano Chamorro, Mª. E.: *Las parejas de hecho y su marco legal,* Reus, Madrid, 2014.

Soto Moya, M.: "El reglamento (UE) 2016/1104 sobre el régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho internacional privado", *Revista electrónica de Estudios internaciones,* 2018, disponible en www.reei.org.

Vinaixa Miquel, M.: "La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)", *Indret,* 2, 2017

LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN LAS PAREJAS DE HECHO: REQUISITOS ESPECIALES

THE PENSION OF WIDOW IN THE UNMARRIED PARTNERS: SPECIAL REQUIREMENTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 11, agosto 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 442-463

Eduardo Enrique
TALÉNS
VISCONTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de mayo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: Desde la reforma sobre la Ley General de Seguridad Social del año 2007, la pensión de viudedad también se reconoce a las parejas de hecho. No obstante, los requisitos de acceso a la misma son distintos a los previstos para las relaciones matrimoniales (siendo para los primeros bastante más gravosos). Dejando de lado los requisitos comunes, aplicables a todo tipo de relación sentimental, en este trabajo me voy a centrar, exclusivamente, en las exigencias adicionales que deben de evidenciar las parejas de hecho. En resumidas cuentas y, grosso modo, las parejas de hecho deben de estar inscritas como tal durante un periodo de dos años; acreditar una convivencia estable e ininterrumpida durante, al menos, cinco años; y el fallecimiento de uno de los dos miembros de la pareja debe de producir un desequilibrio económico sobre la persona sobreviviente.

PALABRAS CLAVE: Parejas de hecho; pensión de viudedad; requisitos exigidos.

ABSTRACT: *Since the reform of the General Social Security Law of 2007, the widow's pension is also recognized for de facto couples. However, the requirements for access to it are different from those foreseen for matrimonial relations (being much more burdensome for the former). Leaving aside the common requirements, applicable to all types of relationships, in this work I am going to focus, exclusively, on the additional demands that must be evidenced by the partners. In short, cohabiting couples must be registered as such during a period of two years; demonstrate a stable and uninterrupted coexistence for at least five years; and the death of one of the two members of the couple must produce an economic imbalance on the surviving person*

KEY WORDS: *Pnmarried partners; widow's pension; requeriments demanded.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. UN BREVE RECORRIDO HISTÓRICO.- II. LA ACREDITACIÓN DE LA PAREJA DE HECHO.- 1. El requisito material: la convivencia estable y notoria.- 2. Requisito formal: la debida inscripción de la pareja de hecho.- 3. El requisito cuantitativo: el desequilibrio económico ocasionado por el fallecimiento de la pareja de hecho.- III. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE UNA EVENTUAL RECONCILIACIÓN TRAS LA RUPTURA MATRIMONIAL.

I. INTRODUCCIÓN. UN BREVE RECORRIDO HISTÓRICO.

El reconocimiento de la pensión de viudedad para las parejas de hecho ha sido siempre un quebradero de cabeza para el legislador, pues desde su inclusión en la Ley General de Seguridad Social se han producido intensos debates judiciales sobre el particular. En este sentido, el acceso de los convivientes "more uxorio" a la pensión de viudedad ha planteado tradicionalmente dos tipos de problemas: los relacionados con la seguridad jurídica y los atinentes a la escasez de recursos[1].

En un primer momento, el texto original de la Ley General de Seguridad Social (que data del año 1994), no contemplaba a las parejas de hecho como eventuales personas beneficiarias de la pensión de viudedad, situación obvia si tenemos en cuenta de que, en ese momento, civilmente todavía no estaban reconocidas por ley. Las primeras reformas llevadas a cabo sobre el artículo 174 LGSS tampoco optaron por abrir la posibilidad a que la pensión de viudedad pudiera lucrarse por pate de las parejas de hecho. En definitiva, la normativa de Seguridad Social únicamente reservaba este derecho a las personas que previamente al hecho causante estuvieran unidas a través de un vínculo matrimonial. De hecho, la jurisprudencia social solía negar de raíz la equiparación de una relación "more uxorio" con la marital, incluso, cuando existía previamente el firme propósito de contraer matrimonio y este no se llegaba a celebrar por la enfermedad y posterior fallecimiento de una de las partes, sin que se lleve a cabo siquiera "in articulo mortis". Así lo consideró la STS de 19 de noviembre de 1998, que vino a decir que "la naturaleza del matrimonio impide que el consentimiento presunto o propósito de contraer matrimonio sea equivalente al consentimiento formal que

1 López Terrada, E. "Muerte y Supervivencia", *Derecho de la Seguridad Social* (dir. R. Roqueta Buj y J. García Ortega), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 402.

• Eduardo Enrique Taléns Visconti
Profesor Ayudante Doctor, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia. Correo electrónico: Eduardo.talens@uv.es

constituye la medula esencial de la institución"[2]. Tampoco se aceptó el acceso a la pensión de viudedad cuando la fecha y hora de la ceremonia ya estaba fijada por el correspondiente Juzgado y antes de la celebración del enlace el varón falleció por accidente de tráfico (STS de 3 de mayo de 2007[3]). En muchos casos, además, los supuestos que llegaban a manos del Tribunal Supremo en los que no se había contraído matrimonio, se solían desestimar "ab initio" por falta de contenido casacional (como ocurrió, por ejemplo, en el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2000[4]). En este último pronunciamiento judicial se opinó que si los convivientes "prolongan en el tiempo su convivencia "more uxorio" sin legalizarla, pudiendo haberlo hecho, no se genera derecho alguno a la pensión de viudedad". Por lo tanto, la respuesta judicial llevada a cabo con anterioridad al año 2007 era tajante, no aceptándose en ningún caso el reconocimiento de la pensión de viudedad a los convivientes de hecho, por no estar esta circunstancia prevista en la norma de Seguridad Social. Además, se exigía que el matrimonio ya estuviera válidamente celebrado, sin que fueran aceptadas las promesas para contraerlo, ni siquiera cuando la fecha ya estuviera señalada en el órgano donde se tenía previsto efectuar la ceremonia. Por lo demás, esta disparidad de criterio existente entre cónyuges, ex cónyuges y personas que conviven extramatrimonialmente, fue declara perfectamente constitucional (por todas, STC 184/1990, de 15 de noviembre).

A finales de los años 90 del pasado siglo, comenzaron a promulgarse las primeras leyes autonómicas que regularon el régimen jurídico de las parejas de hecho. El vacío legal provocado por la Constitución Española, el Código Civil y demás normativa estatal, que no aluden expresamente a las parejas de hecho, ni mucho menos abordan frontalmente su regulación, fue colmada paulatinamente por parte de las Comunidades Autónomas. En este sentido, la primera de las normativas autonómicas fue la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, dictada por el Parlamento Catalán (ya derogada). Posteriormente, siguió su estela la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas del Parlamento Aragonés (también derogada). El grueso de legislaciones autonómicas se sucedió con el cambio de siglo, principalmente durante sus primeros años de andadura.

La vorágine normativa que vino a regular la situación de las parejas de hecho en las diferentes Comunidades Autónomas reabrió el debate sobre su tratamiento dentro de nuestro sistema de Seguridad Social. En este sentido, con el advenimiento del reconocimiento civil de la situación de aquellas personas que

2 STS 19 noviembre 1998 (recud. 53/1998).

3 STS 3 mayo 2007 (recud. 140/2006). En este supuesto se había fijada fecha de la boda el 14 de diciembre de 2002 a las 13.00 horas, habiendo fallecido el futuro marido el 11 de noviembre de ese mismo año a causa de un accidente de tráfico.

4 ATS 18 octubre 2000 (recud. 4518/1999).

conviven extramatrimonialmente de forma continuada, se planteó la conveniencia de incluirlas o no entre los beneficiarios de la pensión de viudedad. Uno de los primeros textos que barajó esta posibilidad fue el Acuerdo Sobre Medidas en Materia de Seguridad Social firmado en el Palacio de la Moncloa el jueves 13 de julio del año 2006 por parte del Gobierno y los Agentes Sociales[5]. Este Acuerdo tomó como referente las prioridades marcadas por el Pacto de Toledo y según su preámbulo tuvo como objetivo lograr "un sistema de protección social más solidario y eficiente y, a la vez, garantizar los niveles de cobertura, teniendo en cuenta el equilibrio financiero y la compatibilidad de la Seguridad Social con la creación de empleo y riqueza productiva". Una de las cuestiones que se debatió fue, precisamente, la de incorporar a las parejas de hecho como sujetos beneficiarios de la pensión de viudedad, atendiendo las nuevas realidades y demandas sociales que se iban abriendo paso en aquel momento. De esta suerte que se acordó que las parejas de hecho debían de poder acceder a la pensión de viudedad siempre y cuando se constatara "la convivencia mutua, estable y notoria, durante un periodo amplio". Además, se consideraba oportuno tener en cuenta que el fallecimiento de una parte de la pareja tenía que dejar a la otra en una situación de desequilibrio, por depender en vida económicamente de la misma. En este sentido, en el Acuerdo se consideró oportuno que en caso de existencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad era necesario acreditar la dependencia económica del conviviente sobreviviente en más del 50 por 100 de sus ingresos. Por su parte, en los supuestos de inexistencia de hijos comunes se debía de exigir una dependencia económica en más del 75 por 100 de los ingresos por parte de causahabiente. En último término, se recogía la previsión de acrecentar la pensión de orfandad por el importe que hubiera correspondido a la pensión de viudedad negada por falta de acreditación de la convivencia mutua o la dependencia económica.

Finalmente, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, introdujo un nuevo apartado dentro del artículo 174 LGSS por el que se incluyó como sujetos pasivos de la pensión de viudedad a las personas que acreditaran ser pareja de hecho estable. De esta manera, el legislador amplió el ámbito subjetivo de la pensión, pero sin establecer una equiparación con el cónyuge viudo[6]. En efecto, este derecho se reguló de una forma más exigente que la prevista para los cónyuges, puesto que a las parejas de hecho se les exige una serie de requisitos adicionales. Así, en primer lugar, cabe acreditar de una forma fehaciente la propia existencia de la pareja de hecho. Una vez que ya se ha podido

5 Firmaron el mismo los respectivos representantes de UGT, CC.OO, CEOE, CEPYME y del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Puede verse un comentario sobre dicho acuerdo en el artículo De la Puebla Pinilla, A. y Pérez Yáñez, R.: "El Acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social. Un nuevo paso en el Diálogo Social", *Relaciones Laborales,* núm. 20, 2006.

6 González González, C.: "Acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2009, p. 3 (BIB 2009/652).

constatar la veracidad de la relación "more uxorio", cabe pasar por el tamiz de los ingresos, pues al contrario de lo que sucede en el caso de los cónyuges, la persona sobreviviente sólo podrá acceder a la pensión de viudedad si demuestra una situación de necesidad ocasionada por el fallecimiento del causante.

II. LA ACREDITACIÓN DE LA PAREJA DE HECHO.

1. El requisito material: la convivencia estable y notoria.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 221.2 TRLGSS, las parejas de hecho deben de acreditar, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, "una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años".

La primera de las características viene representada por la consideración de la pareja de hecho como situación análoga a la "relación de afectividad conyugal". Significa, por ende, que la pareja debe estar unida por lazos de afectividad y convivir con esa finalidad. Desde este prisma, comparte algunas de las características de una relación marital. Por lo tanto, no van a constituir pareja de hecho otros modos de convivencia meramente unidos por lazos de amistad o por motivos de trabajo o de estudios[7]. Tampoco entrarían las convivencias puramente circunstanciales[8]. Sería, por ende, una unión entre dos personas, cualquiera que sea su sexo, basada en la afectividad y análoga a una relación conyugal[9]. En el matrimonio, la convivencia se presume, pero en el caso de las parejas de hecho esta cuestión se debe de acreditar. Lo determinante en estos casos es, sin lugar a dudas, la exigencia de una convivencia mínima, expresada en número de años. Resulta difícil probar cuando dos personas conviven de una forma análoga a la marital o no, si bien, la inscripción como pareja de hecho, como tendremos ocasión de ver más adelante, será un elemento constitutivo de dicha relación. De esta suerte que, si la pareja de hecho está debidamente inscrita como tal, se presumirá que llevan a cabo una relación afectiva similar a la conyugal.

Junto con ello, se añade que las personas que constituyan pareja de hecho no se encuentren impedidas para contraer matrimonio. Por lo tanto, tendremos que acudir al Código Civil para advertir dichos obstáculos. Así, en primer lugar, el Código Civil recoge en su artículo 46 dos supuestos impeditivos "absolutos",

7 Pérez Alonso, Mª.A.: *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el Régimen General de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 25.

8 Mella Méndez, L. "El concepto "pareja de hecho" a efectos de la pensión de viudedad", *Aranzadi Social*, núm. 9, 2012, p. 4 (BIB 2012/17).

9 Fernández Domínguez, J.J. y Martínez Barroso, M.R.: *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 46.

como es el caso de los menores de edad que no estén emancipados y las personas que estén ligadas previamente por un vínculo matrimonial. Tampoco podrán contraer matrimonio, según el artículo 47 CC, los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, es decir, entre padres-hijos y abuelos-nietos, así como los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado, es decir, entre hermanos y tíos-sobrinos. También están impedidos –según preceptúa el propio artículo 47 CC- 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[10]. No en vano, esta última causa impeditiva, así como, la de los parientes colaterales hasta el tercer grado podrían llegar a ser dispensadas por parte de un órgano judicial mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria. Ahora bien, entiendo que esta eventual dispensa solamente está prevista para los casos en el que las partes deciden contraer matrimonio, por lo que no parece que pueda aplicarse a los supuestos en los que se formaliza una pareja de hecho. En cualquier caso, lo verdaderamente relevante de esta disquisición consiste en que estos mismos impedimentos para contraer matrimonio van a actuar en el contexto de las parejas de hecho como una causa denegatoria de la pensión de viudedad. No dice nada la norma sobre la imposibilidad de formalizar dos parejas de hecho con distintas personas a la vez. Parece que tampoco debería de admitirse el acceso a la pensión de viudedad a una persona que aparece inscrita como pareja de hecho de dos personas distintas en el momento del fallecimiento de una de ellas[11].

El artículo 221.2 TRLGSS sigue disponiendo que las partes "no tengan vínculo matrimonial", extremo que podría considerarse redundante, puesto que el vínculo matrimonial previo ya es una causa que impediría contraer matrimonio y, por ende, quedaría incluida en la locución anterior ("no hallándose impedidos para contraer matrimonio"[12]). Por este motivo, si una de las dos partes de la pareja de hecho proviene de una relación marital anterior de la que no se hubiera divorciado, el superviviente no tendría derecho a la pensión de viudedad. La única decisión capaz de romper el vínculo matrimonial es el divorcio. Podemos ver un ejemplo de este aserto en la STSJ de Castilla y León, de 22 de enero de

10 La referencia a las parejas de hecho fue incluida por mor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

11 Fernández Domínguez, J.J. y Martínez Barroso, M.R. *Pensiones de viudedad y orfandad,* cit., p. 49.

12 Sin embargo, la jurisprudencia ha visto esta exigencia de no tener vínculo matrimonial con otra persona con la necesidad de convivir de una forma estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante, si bien, entiendo que únicamente para los casos recogidos en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007. Con base a la misma se permitió solicitar la pensión a las parejas de hecho que no pudieron tener acceso por no contemplarlo la norma. Para ello, tenían 1 año para poder solicitarla. El Tribunal Supremo interpretó que el requisito de no tener vínculo matrimonial con otra persona tenía que cumplirse en el momento del fallecimiento y, además, acreditarse 6 años o más de convivencia. En este sentido, se reconoció la pensión a una pareja de hecho que vivió junta 22 años, pero sólo 4 estando ambos divorciados [STS 14 julio 2012 (rcud. 3857/2010), reitera en la de 24 de octubre de 2012 (rcud. 83/2012)].

2009[13], donde el causante estaba unido matrimonialmente con una mujer de la que se separó judicialmente con fecha de 2 de enero de 1994 y consta, asimismo, una relación posterior de convivencia "more uxorio" con otra mujer, de cuya relación nació un hijo en marzo de 1997. Estas dos personas convivieron juntas hasta el día 9 de enero del año 2000, cuando falleció el varón. La solicitud de pensión vino amparada en la Disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que permitía acceder a la pensión a las parejas de hecho que no hubieran tenido ese derecho con anterioridad a dicha Ley. En definitiva, la citada sentencia confirmó la denegación de la prestación a la persona solicitante porque el causante no tenía disuelto el vínculo matrimonial anterior, es decir, no se había divorciado, sino simplemente separado.

Por lo que respecta al certificado de empadronamiento, cabe tener en cuenta la jurisprudencia emanada por parte del Tribunal Supremo, según la cual, estaríamos ante un medio privilegiado de prueba, si bien, no el único. Se produce en esta sede una interpretación extensiva, teniéndose en cuenta la finalidad perseguida por parte del legislador[14]. En este sentido, lo que se desprende del precepto en cuestión es la necesidad de acreditar una convivencia estable y notoria. Por lo tanto, esta convivencia análoga a una situación marital es lo que determina el acceso a la pensión de viudedad. Para lograr esta finalidad, el certificado de empadronamiento constituye un medido de prueba admisible, posible y eficaz, pues no cabe desconocer que el propio artículo 221.2 TRLGSS lo cita expresamente. Ahora bien, esta referencia expresa no excluye la posibilidad de alegar esta convivencia a través de otros medios distintos (SSTS de 25 de mayo de 2010, de 14 de junio de 2010, de 15 de marzo de 2011 o de 9 de junio de 2011[15]). Cabe poner de relieve la ausencia de expresiones tales como "únicamente", "exclusivamente" o locuciones similares, lo que nos lleva a pensar que no existe una intención inequívoca de excluir todo mecanismo de probanza. Por lo tanto, no cabe negar la pensión cuando en lugar de con el certificado de empadronamiento se acredite la situación de convivencia por otras vías. La interpretación contraría quedaría corta de miras, pues vista desde el prisma contrario, privaría a la Seguridad Social de la posibilidad de denegar la pensión cuando existiendo un empadronamiento conjunto, se pudiera constatar la falta convivencia de la pareja[16]. Efectivamente, si sólo se admitiera como prueba válida el certificado de empadronamiento, los

13 STSJ Castilla y León, Burgos 22 enero 2009 (rec. 757/2008).

14 En sentido contrario, STSJ Madrid 16 diciembre 2009 (rec. 5280/2009) o del País Vasco 28 abril 2009 (rec. 428/2009). En la doctrina: González González, C.: "Acceso de las parejas de hecho, cit., p. 7 (BIB 2009/652), que expresó que "el certificado de empadronamiento se configura en el apartado tercero del Art. 174 LGSS como requisito constitutivo necesario para acreditar la duración de la convivencia en todos los casos".

15 SSTS 25 mayo 2010 (rcud. 2969/2009), 14 junio 2010 (rcud 2975/2009), 15 marzo 2011 (rcud. 1514/2010) o 9 junio 2011 (rcud. 3592/2010).

16 Trillo García, A. y Aragón Gómez, C. "Prestaciones por muerte y supervivencia: Una visión de conjunto a la luz de las últimas interpretaciones jurisprudenciales", *Revista de Información Laboral,* núm. 5, 2014.

interesados aprenderían rápidamente la lección y pasarían a colmar este requisito de una forma ficticia (fraudulenta), como una mera formalidad y sin necesidad de convivir de una manera efectiva, puesto que: "hecha la ley, hecha la trampa". En sentido contrario, puede llegar a suceder que los miembros de una pareja que esté conviviendo no estén empadronados en el mismo lugar, por ejemplo, porque hubieran nacido en lugares distintos y cualquiera de ellos hubiera olvidado solicitar el cambio o, sencillamente, porque no lo desee. En definitiva, el empadronamiento no supone un requisito "constitutivo" de dicha relación afectiva, sino un medio de prueba más. Así las cosas, dada su presunción "iuris tantum", le corresponderá a la entidad gestora la destrucción de la misma. A modo de síntesis, se puede resumir esta cuestión con base a los siguientes puntos extraídos de la STS de 9 de junio de 2011:

"1) La acreditación de la convivencia en clave de pareja de hecho puede hacerse por cualquier medio de prueba admisible en derecho;

2) El empadronamiento conjunto del causante y el beneficiario no es un elemento "constitutivo" de la convivencia ni tampoco puede erigirse en el único medio probatorio de tal situación;

3) El certificado de empadronamiento al que se refiere en la actualidad el artículo 221.2 TRLGSS es un medio probatorio "privilegiado" pero no excluyente de la acreditación por otras vías;

4) El propio artículo 221.2 TRLGSS descartaría que el certificado de empadronamiento fuera la única prueba admisible de la convivencia "more uxorio", pues acepta que la existencia de pareja de hecho se pueda acreditar "mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja".

En conclusión, al contrario de lo que sucede con la inscripción de la pareja de hecho, en el caso del certificado de empadronamiento no estamos ante un requisito "ad soledmitatem". Lo determinante será, por ende, que exista la predicada convivencia estable durante el plazo que señala la norma, siendo el certificado de empadronamiento un indicio de la misma, con un importante valor probatorio, pero no el único. Repárese que, ante la ausencia de este certificado, la prueba será más dura[17]. En este sentido, se podrá alegar la existencia hijos comunes, una hipoteca conjunta, el acta notarial de la compraventa de la vivienda, una cuenta bancaria a nombre de los dos con cargos de recibos, declaraciones de testigos etc.

17 Mella Méndez, L. "El concepto "pareja de hecho", cit., p. 7 (BIB 2012/17).

Una vez acreditada la existencia de la pareja de hecho, su duración se verifica por el mero transcurso del tiempo, siempre y cuando la relación afectiva no haya dejado de existir por cualquiera de las causas de separación que el ordenamiento jurídico prevea. En cualquier caso, la persistencia de la pareja de hecho durante los cinco años del período de carencia se podrá, a su vez, acreditar mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho. En este punto se da, lo que algunos autores han denominado como un "noviazgo obligatorio", toda vez que, que esta necesidad de convivencia tiene que darse con anterioridad a la inscripción como pareja de hecho en los casos en los que el fallecimiento se ha producido poco tiempo después de la constitución de esta relación[18].

La convivencia en calidad de pareja "more uxorio" también puede servir para acceder a la pensión de viudedad por la vía del matrimonio, cuando dicha vicisitud no haya durado más de dos años por producirse el óbito en una fecha cercana al enlace. En principio, la pensión de viudedad no requiere un tiempo de convivencia mínimo entre los cónyuges, salvo, en los casos en los que uno de ambos fallece en fechas próximas al enlace matrimonial. Señala el artículo 219.2 TRLGSS que en los casos en los que "el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes". No se exigirá un año de matrimonio cuando "en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el artículo 221.2, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años". Se refiere este último inciso a una relación de convivencia de dos años, sumados entre la relación "more uxorio" y la marital. Con ambas previsiones se intenta evitar la celebración de matrimonios de conveniencia de personas que contraigan nupcias única y exclusivamente para poder acceder a una pensión de viudedad. Por esta razón, se exige solamente a las enfermedades y no así a los accidentes y, en todo caso, a los ocasionados por causa común, es decir, ajena a la relación laboral que, además, debe de haber sido diagnosticada con anterioridad al enlace. En relación con este tema, la sentencia del TSJ de Cataluña de 10 de marzo de 2010 conoció de un supuesto concreto en el que, tras fallecer el causante al poco tiempo de celebrarse la boda en el año 2008, se acreditó a través de acta notarial una convivencia estable desde el año 2001, y que el causante se empadronó en el domicilio de la demandante en abril de 2004. En este punto, el problema viene ocasionada por la admisibilidad legal del documento emitido por el fedatario público y, en concreto, si un acta de notoriedad concluida con posterioridad al fallecimiento del sujeto causante puede ser un "documento público en el que conste la constitución de dicha pareja". En este sentido, el

18 Fernández Domínguez, J.J. y Martínez Barroso, M.R. *Pensiones de viudedad y orfandad,* cit., p. 54.

notario practicará, para la comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente En relación a su eficacia, la fe pública notarial atribuye autenticidad al documento tanto desde un punto de vista formal como material[19]. Por esta razón, se aceptó cómo válida dicha prueba. Pero, repárese, que dicha sentencia fue dictada en un momento en el que la acreditación de la pareja de hecho se refería a cada Comunidad Autónoma, texto que fue declarado posteriormente como inconstitucional. En este sentido, dada la amplitud con la que estaba redactada la normativa de parejas de hecho de Cataluña, se terminó por aceptar este medio probatorio. Cabe plantearse si es necesario que la pareja de hecho esté debidamente formalizada o no, es decir, si para acceder a la pensión en los casos de fallecimiento producido con posterioridad al enlace matrimonial, es preciso provenir de una pareja de hecho o, simplemente, convivir de una forma notoria similar a dicha situación. En mi opinión, no parece razonable exigir a una pareja que primero formalice su relación por medido de una institución de hecho para luego contraer matrimonio. Además, el artículo 219.2 TRLGSS se refiera al artículo 221.2 TRLGSS, relativo a las parejas de hecho, pero simplemente a los efectos de acreditar la convivencia, sin extenderse a los supuestos de formalización de la misma. En resumidas cuentas, no hace falta haber constituido una pareja de hecho para poder acceder a la pensión de viudedad por la vía del artículo 219.2 TRLGSS, sino simplemente haber convivio en total durante dos años. Para acreditar dicha convivencia habrá que estar a los mismos medios de prueba utilizado para las parejas de hechos, es decir, el certificado de empadronamiento o cualquier otro admitido en derecho (incluida un acta firmada por el notario).

2. Requisito formal: la debida inscripción de la pareja de hecho.

La convivencia estable y notoria no es la única exigencia que predica la norma de Seguridad Social para que las parejas de hecho puedan acceder a la pensión de viudedad, puesto que, además, es necesario que esta situación esté debidamente formalizada. Por lo tanto, no basta con una convivencia "more uxorio" durante un lapso temporal más o menos dilatado, sino que la relación debe de estar necesariamente formalizada, del mismo modo que también ocurre con el matrimonio civil o religioso. En este punto sí que estamos ante un requisito "ad solemnitatem", es decir, que la pareja de hecho se ha constituido como tal ante terceros.

Antes de comenzar con aspectos más concretos sobre el citado requisito, cabe expresar que el último apartado del artículo 173 LGSS fue declarado inconstitucional. Así las cosas, el actual artículo 221 TRLGSS ya no contiene el

19 Nieto Rojas, P.: "A vueltas con los medios de prueba para acreditar la convivencia a los efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad", Aranzadi Social, núm. 12, 2010, p. 4 (BIB 2010/2129).

anterior párrafo anulado. El precepto en cuestión establecía textualmente lo siguiente: "en las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica". Como vemos, el texto del artículo 174.3 LGSS, tras la reforma efectuada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, diferenciaba dos regímenes distintos en función de si la pareja de hecho residía en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio o no. Se rompía en este punto la unidad nacional del sistema de Seguridad Social[20]. Sobre el particular, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo planteó una cuestión de inconstitucionalidad alegando que la citada previsión podría resultar contraria al principio de igualdad (artículo 14 CE) y a la competencia exclusiva del Estado a la hora de regular la "legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social" (artículo 149.1.17 CE). El asunto fue resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), de 11 de marzo de 2014[21], donde se analizaron varias normas autonómicas y en su comparativa se puso de manifiesto que existen diferencias entre las legislaciones de las Comunidades Autónomas y en lo previsto con carácter general en el párrafo cuarto del artículo 174.3 LGSS, tanto en la consideración de pareja de hecho, como en su acreditación. Como es de sobra conocido, una eventual diferencia de trato debe de estar objetivamente justificada y además superar un juicio de proporcionalidad. En este sentido, la sentencia razonó que, si las parejas de hecho de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio estuvieran en una situación de necesidad particular que obligara a establecer excepciones a la regla general, podría quizás apreciarse la existencia de una justificación objetiva para realizar un trato diferente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional coligió que en el caso de la pensión de viudedad "las diferencias en función del criterio de residencia en una u otra Comunidad Autónoma no gozan de esa justificación objetiva, por cuanto no se aprecian razones para deducir que la situación de necesidad en relación a esta prestación es mayor o más grave en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio". Asimismo, expresó que el artículo 174.3 LGSS regulaba los requisitos de acceso de las parejas de hecho a una prestación contributiva de la Seguridad Social, siendo que, los requisitos de acceso a la prestación "deben ser iguales para todos los que actualicen la contingencia correspondiente". Respecto de la competencia estatal para la adopción de normas relacionadas con la Seguridad Social, el Tribunal Constitucional argumentó que la determinación de los sujetos beneficiarios de una prestación pública, en este caso la pensión de viudedad, "constituye una norma básica que corresponde establecer al Estado *ex* art. 149.1.17 CE y, además, debe hacerlo de forma unitaria para todos los sujetos comprendidos dentro de su ámbito de cobertura, salvo razones

20 Blázquez Agudo, E y Quintero Lima, Mª. G.: *Derecho de la Seguridad Social. Manual universitario adaptado a los nuevos cursos de grado*, La Ley, Madrid, 2012, p. 243.

21 STC (Pleno) 40/2014, 11 de marzo. La sentencia cuenta con un voto particular.

excepcionales debidamente justificadas y vinculadas a la situación de necesidad que se trata de proteger". Como se podrá deducir de las aseveraciones que han sido expuestas a lo largo de este párrafo, el Tribunal Constitucional resolvió el asunto estimando la cuestión de inconstitucionalidad planteada, declarando nulo el párrafo quinto del artículo 174.3 LGSS por vulneración del artículo 14 CE, en relación con el artículo 149.1.17 CE.

Volviendo a los requisitos de la existencia legal de la pareja de hecho, para el legislador solamente es susceptible de protección la que esté efectivamente oficializada, es decir, debidamente inscrita. Para ello, cabe aportar los datos relativos al correspondiente registro. Además, dicha inscripción debe de haberse producido con una antelación mínima de dos años a la del fallecimiento del causante. Se trata, por tanto, de un doble condicionante: uno puramente formal; y otro que intenta evitar el fraude, evitando los casos en los que se produce una inscripción prematura a sabiendas de la posibilidad de fallecimiento de una de las dos partes. Estos dos años, entiendo que se deben de enmarcar dentro de los cinco de convivencia estable. Por lo tanto, dentro de los cinco años de convivencia, al menos dos deben de estar, inexorablemente, debidamente formalizados a través de la oportuna inscripción.

Existe una abundante y sólida postura jurisprudencial que abona la tesis de que la inscripción como pareja de hecho es un requisito constitutivo y "sin e qua non" para poder acceder a la pensión de viudedad (SSTS de 20 de julio de 2010, 3 de mayo de 2011, 15 de junio de 2011, 18 de julio de 2012, 18 de diciembre de 2015, 11 de mayo de 2016, 7 de diciembre de 2016[22]…entre otras muchas). En todos estos pronunciamientos se sostiene que la publicidad de la situación de convivencia a través de la necesaria inscripción en el registro correspondiente o la constancia de su constitución como tal pareja en documento público es en requisito obligatorio para poder acceder a la pensión. Asimismo, se indica que en este punto no existe una exigencia probatoria duplicada, por lo que, con el empadronamiento y demás medios para acreditar la convivencia no se colma el requisito formal. En este sentido, la pensión de viudedad se ha configurado para beneficio exclusivo de las parejas de hecho debidamente registradas. En la STS de 7 de diciembre de 2016 se dio un supuesto bastante palmario, pues consistió en una pareja que estuvo conviviendo durante más de 25 años, con dos hijos en común y empadronados en el mismo domicilio, propiedad de ambos, desde el año 1985. Pese a estos datos irrefutables, la sentencia terminó por negar la pensión por el único y exclusivo motivo de que la probada relación de afectividad no se había hecho pública a través del oportuno registro o documento oficial

22 SSTS 20 julio 2010 (rec. 3715/2009), 3 mayo 2011 (rec.2897/2010), 15 junio 2011 (rec. 3447/2010), 18 julio 2012 (rec. 3971/2011), 18 diciembre 2015 (rec. 2944/2014), 11 mayo 2016 (rec. 2585/2014) o 7 diciembre 2016 (rec. 3765/2014).

ante notario. Un caso como el descrito, revela la importancia que se le da en esta sede al aspecto formal. En definitiva, si a la hora de acreditar la convivencia estable e ininterrumpida se han flexibilizado los medios de prueba, en el caso de la propia existencia de pareja de hecho se ha mantenido un criterio literal, riguroso y estricto[23]. Se descarta cualquier otro medio de prueba que pueda sustituir a la inscripción de la pareja de hecho, ya sea a través de disposiciones testamentarias, certificado de empadronamiento, libro de familia, escritura del piso, declaración de renta conjunta, etc. En resumidas cuentas, la pensión se reconoce en favor de las parejas de hecho "registradas", "formales" o de "derecho" y no así las genuinas "parejas de hecho" (véase STS 9 de febrero de 2015).

La inscripción como pareja de hecho también tiene efectos de indudable interés a la hora de determinar si el hijo en común tiene derecho a acrecer o incrementar su pensión de orfandad. En concreto, parece discutible que en el supuesto de que fallezca el padre y la madre no haya accedido a la pensión de viudedad porque no estuvo casada, ni constituyó pareja de hecho con el causante, el hijo pueda acrecentar su pensión de orfandad. El derecho al incremento de las pensiones de orfandad se encuentra regulado en el artículo 38 del RD 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas[24]. El párrafo debatido es el primero, que establece expresamente que: "cuando a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad, la cuantía de la pensión de orfandad que se reconozca al huérfano se incrementará en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el 52 por ciento". Esta cuestión fue resuelta por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, reunida en Pleno, en dos sentencias dictadas con fechas de 29 de enero de 2014[25]. Según el criterio mantenido por parte del Tribunal Supremo, del tenor literal de este precepto se deduce la necesidad de que, para acrecer porcentualmente la prestación de orfandad, la misma debe de ser "absoluta", es decir, con la inexistencia de algún progenitor que pueda hacerse cargo del huérfano. Por lo tanto, esto no se dará cuando la pareja supérstite no haya obtenido la pensión de viudedad, en este caso particular, por no haber formalizado la relación de pareja de hecho.

Una cuestión muy particular sobre la inscripción de las parejas de hecho tiene lugar entre personas del mismo sexo con anterioridad a la aprobación de la Ley 13/2005, que como es de sobra conocido les permitió contraer matrimonio. El supuesto de hecho, conocido por la STS de 29 de abril de 2009, consistió

23 Dueñas Herrero, L.J.: *La acción protectora del régimen general de la Seguridad Social*, Civitas, Pamplona, 2016, p. 420.

24 El citado precepto quedó afectado por el RD 296/2009, de 6 de marzo, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia.

25 STS 29 enero 2014 (rec. 3119/2012) y STS 29 enero 2014 (rec. 1122/2013).

en una pareja del mismo sexo que convivió durante 15 años y su relación se encontraba oportunamente inscrita en el Registro Municipal de Uniones desde el año 1996. El causante falleció en el año 2003 y en el año 2006 el supérstite solicitó pensión de viudedad. El Tribunal Supremo entendió que solamente podía existir matrimonio a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, sin que la norma hubiera contemplado ninguna regla de transitoriedad. Por lo tanto, la citada norma vino a configurar un nuevo marco de derechos y deberes para las parejas del mismo sexo, todo ello "con un carácter constitutivo y novedoso y que por su propia naturaleza sólo tiene efectos "en nunc", es decir, carácter prospectivo y no retroactivo". Así las cosas, en la fecha del hecho causante no existía la posibilidad de contraer matrimonio. Tampoco estaba prevista la pensión para las parejas de hecho pues, cómo sabemos, tuvo lugar a raíz de la Ley 40/2007.

3. El requisito cuantitativo: el desequilibrio económico ocasionado por el fallecimiento de la pareja de hecho.

El artículo 221.1 TRLGSS establece un requisito que no se les exige a los cónyuges. Concretamente, para las parejas de hecho se prevé una cierta dependencia económica con el causante. En ese sentido, el aludido precepto condiciona la pensión de viudedad a que los ingresos de la persona sobreviviente "durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período". Esta cuestión se relaja un tanto en caso de que existan hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, puesto que el porcentaje se sitúa en el 25 por ciento. Esta situación se explica por la necesidad de asumir mayores gastos de la unidad familiar cuando todavía existen hijos a cargo. Pese a ello, se establece una cláusula de cierre en la que, en todo caso, también se devengará la pensión "cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción". Esta renta se flexibilizada en 0,5 puntos porcentuales por cada hijo común con derecho a pensión de orfandad a cargo de la pareja sobreviviente.

En primer lugar, cabe decir que el término "ingresos" cabe conceptuarlo desde una perspectiva amplia y, en tal sentido, entrarían los rendimientos del trabajo, pero también los del capital y, en general, los de índole patrimonial. El desequilibrio económico tras el fallecimiento de la pareja no significa, ni mucho menos, que el superviviente carezca de rentas, sino que su situación empeore en los porcentajes señalados. No cabe perder de vista de que los porcentajes del 50 y el 25 por ciento juegan respecto de los ingresos totales de la familia. Por lo tanto, puede suceder, perfectamente, que una persona que cobre, por ejemplo, dos mil euros al mes, tenga derecho a pensión de viudedad mientras que otra que tenga

las mismas rentas del trabajo puede no cumplir con el requisito económico. Por el contrario, puede suceder que una pareja que haya contado con unos niveles de ingresos menores, puede provocar que el supérstite no lucre el derecho a la pensión[26] (salvo que presente rentas que no superen 1,5 veces el salario mínimo interprofesional). Llama la atención como la concurrencia de este requisito económico solamente debe de contrastarse en el momento del hecho causante y no durante el disfrute de la pensión. En mi opinión, debería haberse previsto este requisito de una forma itinerante o fluctuante, de forma similar a la que acontece con la pensión compensatoria de los ex cónyuges. Sólo de esta manera se puede asegurar el percibo de la pensión en situaciones de dependencia económica real. Para el caso de que el hijo/a con derecho a pensión de orfandad sea de una sola de las partes de la pareja de hecho y, por ende, no lo sea en común, se ha defendido que también operaría el límite del 50 por ciento[27].

Por lo que respecta a la cláusula de suelo, es decir, no superar 1,5 veces el salario mínimo interprofesional, se fija exclusivamente en los ingresos de la pareja sobreviviente y no en el desequilibrio producido respecto de su situación anterior al fallecimiento. Además, al contrario de lo que sucede con el requisito genérico, esta escasez de rentas a efectos de percibir la pensión de jubilación, ha de acontecer tanto en el momento del hecho causante como durante el disfrute de la misma. Se trata, más bien, de un supuesto que, dado que atiende exclusivamente a los ingresos de la persona supérstite, se asemeja a una prestación de carácter asistencial[28].

III. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE UNA EVENTUAL RECONCILIACIÓN TRAS LA RUPTURA MATRIMONIAL.

Otra situación que podría ocurrir y que plantea serias dudas sobre las posibilidades de acceder a la pensión de viudedad, viene representada por una eventual reconciliación de los cónyuges que previamente se han separado o divorciado. Para ello, primero tenemos que comprender los efectos jurídicos que producen, respectivamente, la separación judicial y el divorcio. La primera de estas figuras supone un relajamiento de la actividad conyugal que no disuelve por completo el matrimonio. Por el contrario, el divorcio rompe por completo el vínculo matrimonial y, por ello, habilita para contraer nuevas nupcias. Con todo, aquí el problema no se focaliza en el caso en el que una de las partes de la pareja

26 Fernández Domínguez, J.J. y Martínez Barroso, M.R.: *Pensiones de viudedad y orfandad,* cit., p. 57.

27 Martínez Abascal, V.A.: "Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre ¿una equiparación inviable?", *Aranzadi Social*, núm. 17, 2010, p. 78.

28 López Gandía, J. y Toscani Giménez, D.: *Reformas de la Seguridad Social 2007. Ley de medidas en materia de Seguridad Social (L 40/2007, de 4 de diciembre)*, Francis Lefebvre, 2007, Madrid, p. 183; López Terrada, E.: "Muerte y Superviviencia", en *La Ley de medidas en materia de Seguridad Social de 2007*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 110.

pretende rehacer su vida con otra persona, extremo que haría impracticable el acceso a la pensión de viudedad, sino en que sean los propios cónyuges quienes reanuden de nuevo la convivencia entre sí. Desde mi punto de vista, en el primero de los casos la pensión se podría llegar a lucrar siempre que la reanudación de la convivencia se ponga en conocimiento del juez. Ahora bien, en estos supuestos no cabe considerar que se da una convivencia "more uxorio" porque el vínculo matrimonial no se rompe. Por su parte, en los casos de divorcio las partes sí que podrían contraer nuevas nupcias entre sí, o bien formalizar "ex novo" una pareja de hecho.

Para resolver estos supuestos, la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha sido algo más vacilante. En un primer momento, el citado órgano obligaba a los cónyuges a validar su reconciliación ante el juez que dictó la sentencia de separación. De este modo, en la STS de 15 de diciembre de 2004[29] se consideró que en tanto en cuanto no se modifique la separación matrimonial por una nueva resolución judicial, la convivencia conyugal sería legalmente inexistente, por más que pueda seguir dándose en la práctica o de hecho. En este sentido, señaló el tribunal que debido a "las exigencias de la propia naturaleza de un Estado de Derecho, la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no puede surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha, en tanto no se obtenga el refrendo judicial modificador de la situación de separación y propio de la reconciliación matrimonial comunicada, oportunamente, al Órgano Judicial". El resultado práctico de esta interpretación llevaría a que a la hora de valorar el derecho a la pensión de viudedad tengamos que acudir al actual artículo 220 TRLGSS referido a las personas separadas o divorciadas, con sus mayores exigencias, y no al artículo 219 TRLGSS que se ocupa de las personas casadas en el momento del óbito. En el supuesto conocido por la STS del año 2004 la mujer no cumplía con todos los requisitos exigidos para las personas separadas judicialmente, razón por la cual se le denegó la pensión. En fin, la reanudación de la convivencia no produciría efectos frente a terceros, en este caso el INSS, en tanto en cuanto no haya sido comunicada al juez.

Esta doctrina dio un giro unos años más tarde, cuando se dictó la STS de 4 de marzo de 2014[30]. El supuesto de hecho consistió en una pareja que se separó judicialmente en el año 1998 y que posteriormente se reconcilió formalizando escritura pública notarial que, no obstante, no fue comunicada al juez. El Tribunal Supremo entendió que el anterior artículo 174.2 LGSS condicionaba la pensión a que no se hayan contraído nuevas nupcias o se hubiera constituido pareja de hecho con otras personas, por lo que sí que podrían, naturalmente, tener vínculo

29 STS 15 diciembre 2004 (rec. 359/2004).

30 STS 4 marzo 2014 (rec. 1593/2014).

matrimonial entre ellos mismos. También se puede constituir una pareja de hecho o mantener una relación "more uxorio". En este sentido, para la relación conyugal surta efectos tras una separación judicial sería necesaria la intervención judicial, del mismo modo que para validar la separación se tuvo que acudir al pronunciamiento de un juez. Sin duda, este pronunciamiento realiza una interpretación flexible sobre los preceptos reguladores de la pensión de viudedad, en ocasiones muy alejada de su tenor literal, permitiendo su acceso a situaciones en las que, de otro modo, se tendrían que haber denegado[31].

Posteriormente, el Tribual Supremo corrigió nuevamente la doctrina seguida anteriormente por la STS de 4 de marzo de 2014. Esta revisión doctrinal se produjo por mor de la STS de 16 de febrero de 2016[32]. El supuesto de hecho consistió en una pareja que se casó en el año 1984 y en 1997 se separó judicialmente, renunciando expresamente a solicitarse pensiones compensatorias, si bien, al final de ese mismo se reanudó la convivencia, la cual se mantuvo hasta la fecha del fallecimiento del causante (2009), aunque este hecho nunca fue comunicado al juez que dictó la sentencia de separación. Para desdecir la solución alcanzada en 2014, la sentencia de 16 de febrero de 2016 llevó a cabo un esfuerzo interpretativo para comprender la génesis del problema derivado en los casos de separación y divorcio, de naturaleza eminentemente civil. En este sentido, el Tribunal Supremo planteó los siguientes escenarios:

- En caso de separación, el vínculo matrimonial sigue vigente y por ende no puede constituirse válidamente una pareja de hecho entre los cónyuges: "sin que a ello obste la privación del efecto natural del matrimonio de que los cónyuges vivan juntos, de modo que en caso de reconciliación no se constituirá una convivencia, con análoga relación de afectividad a la conyugal, constitutiva de una pareja de hecho, sino que pasa a tener nuevamente efectividad la obligación de los cónyuges de vivir juntos, presumiéndose otra vez que así lo hacen".

- Sin embargo, en el caso de divorcio, una vez disuelto el vínculo matrimonial: "puede generarse una situación de pareja de hecho entre los antiguos cónyuges, pues ya hemos visto que la reconciliación posterior no produce efectos legales y si los divorciados contraen entre sí nuevo matrimonio, será esta nueva situación matrimonial la que genere sus efectos".

En fin, en los supuestos de separación judicial, la reanudación de la convivencia podría canalizarse por diversas vías. En primer lugar, parece descartada la opción de intentar lucrar la pensión de viudedad a través del artículo 221 TRLGSS,

31 Presa García-López, R.: "Pensión de viudedad sí o sí. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2014", *Revista de Información Laboral,* núm. 6, 2014, p. 3 (BIB 2014/2531).

32 STS 16 febrero 2016 (rec. 33/2014).

destinado a las parejas de hecho, con base en la ausencia de la ruptura del vínculo matrimonial, que todavía seguiría vigente. De otro lado, se podría pretender acudir al artículo 219 TRLGSS, pensado para los cónyuges "actuales", es decir, aquellos no estén separados ni divorciados. No obstante, para poder validar esta situación es necesario un nuevo pronunciamiento judicial, puesto que, tal y como señala la STS de 16 de febrero de 2016 –ya citada- "la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no pueden surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha". En este sentido, cuando las partes no han comunicado al juez la reanudación de su convivencia, les resultarán de aplicación los requisitos del artículo 220 TRLGSS, en concreto, por ser el condicionante que más problemas puede causar en estos casos, que uno de ellos sea acreedor de una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del causante. Por consiguiente, este sería el requisito imprescindible para poder eludir el escollo de que los cónyuges insten el pronunciamiento judicial sobre su reconciliación, para que de este modo pueda tener efectos frente a terceros.

Por su parte, en los casos de divorcio va a ser necesario que las partes vuelvan a contraer nuevas nupcias entre ellos o, incluso, podrían constituir válidamente una pareja de hecho, en cuyo caso el acceso a la pensión debe de pasar por las exigencias del artículo 221 TRLGSS. Ahora bien, a tales efectos no se va a computar como periodo de convivencia el realizado dentro del matrimonio (tal y como ha resuelto la STS de 20 de julio de 2015). Como es de sobra conocido, las parejas de hecho deben de acreditar un periodo de convivencia de cinco años. En este sentido, cuando un matrimonio se divorcia y posteriormente reanuda su convivencia sin volver a casarse, se les va a exigir todos los requisitos propios de la pareja de hecho: el material (convivencia mínima de cinco años); formal (inscripción); y económica (dependencia en los porcentajes marcados por la norma). Todas estas exigencias se deberán de acreditar en el periodo en el que los ex cónyuges se han reconciliado y han pasado a formar una pareja de hecho.

BIBLIOGRAFÍA

Blázquez Agudo, E y Quintero Lima, Mª. G. *Derecho de la Seguridad Social. Manual universitario adaptado a los nuevos cursos de grado*, La Ley, Madrid, 2012.

De la Puebla Pinilla, A. y Pérez Yáñez, R. "El Acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social. Un nuevo paso en el Diálogo Social", *Relaciones Laborales,* núm. 20, 2006.

Dueñas Herrero, L.J. *La acción protectora del régimen general de la Seguridad Social*, Civitas, Pamplona, 2016.

Fernández Domínguez, J.J. y Martínez Barroso, M.R. *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

González González, C. "Acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2009.

López Gandía, J. y Toscani Giménez, D. *Reformas de la Seguridad Social 2007. Ley de medidas en materia de Seguridad Social (L 40/2007, de 4 de diciembre)*, Francis Lefebvre, Madrid, 2007.

López Terrada, E. "Muerte y Superviviencia", *La Ley de medidas en materia de Seguridad Social de 2007*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

López Terrada, E. "Muerte y Supervivencia", *Derecho de la Seguridad Social* (dir. por R. Roqueta Buj y J. García Ortega), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Martínez Abascal, V.A. "Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre ¿una equiparación inviable?", *Aranzadi Social*, núm. 17, 2010.

Mella Méndez, L. "El concepto "pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad", *Aranzadi Social*, núm. 9, 2012.

Nieto Rojas, P. "A vueltas con los medios de prueba para acreditar la convivencia a los efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad", *Aranzadi Social*, núm. 12, 2010.

Pérez Alonso, Mª.A. *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el Régimen General de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: "Pensión de viudedad sí o sí. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2014", *Revista de Información Laboral,* núm. 6, 2014.

TRILLO GARCÍA, A. y ARAGÓN GÓMEZ, C.: "Prestaciones por muerte y supervivencia: Una visión de conjunto a la luz de las últimas interpretaciones jurisprudenciales", *Revista de Información Laboral,* núm. 5, 2014.

LE UNIONI OMOAFFETTIVE NELLA L. 20 MAGGIO 2016, N. 76*

HOMOAFFECTIVE UNIONS IN THE LAW 20 MAY 2016

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 11, agosto 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 464-475

* Relazione tenuta al Convegno "Noi e gli altri", 7 marzo 2017, presso il Dipartimento Demm, Università degli studi del Sannio, Benevento..

Francesca
CARIMINI

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de mayo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: La legge 20 maggio 2016 segna il definitivo superamento del concetto tradizionale di famiglia basato unicamente sull'unione tra un uomo e una donna e, conseguentemente, il riconoscimento di diversi modelli familiari, anch'essi meritevoli di protezione. La giurisprudenza aveva, sia a livello europeo che a livello nazionale, messo in luce le problematiche relative alla carenza di un'effettiva disciplina per le coppie omosessuali che in concreto condividevano parte della loro esistenza, senza poter vantare diritti o doveri in seno ai loro rapporti personali. Ciò ha dato inizio al travagliato iter legislativo della legge n. 76, di cui si analizzeranno i passaggi più significativi che hanno condotto all'approvazione del testo definitivo. Con riguardo alla disciplina si evidenziano le affinità e le differenze del nuovo istituto delle unioni civili rispetto a quello tradizionale del matrimonio, del quale vengono ricalcati sostanzialmente i contenuti e le finalità. Un'attenzione particolare è rivolta alla mancata previsione dell'obbligo di fedeltà ed al divieto di adozione.

PALABRAS CLAVE: Atto e rapporto; obbligo di fedeltà; adozione.

ABSTRACT: *The law 20 May 2016 marks the definitive overcoming of the traditional concept of family based solely on the union between a man and a woman and, consequently, the recognition of several family models, also deserving of protection. Jurisprudence had, both at European and national level, highlighted the problems of the lack of effective discipline for same-sex couples who actually shared part of their existence, without being able to boast rights or rights. duties in their personal relationships. This has ushered in the troubled legislative process of Act 76, the most significant steps that have led to the approval of the final text. With regard to discipline, the affinities and differences of the new institution of civil unions are highlighted with respect to the traditional one of marriage, of which the contents and purposes are essentially traced. Particular attention is paid to the failure to anticipate the obligation of fidelity and the prohibition of adoption.*

KEY WORDS: *Act and relationship; obligation of fidelity; adoption.*

SUMARIO.- I. LO SCENARIO LEGISLATIVO E GIURISPRUDENZIALE PRIMA DELLA L. 20 MAGGIO 2016, N. 76.- II. LA DISCIPLINA SULLE UNIONI CIVILI E LA ATTUALE CONFORMAZIONE DELLA "FAMIGLIA".- III. LE UNIONI CIVILI SOTTO IL DUPLICE PROFILO DELL'ATTO E DEL RAPPORTO.- IV. L'OBBLIGO DI FEDELTÀ.- V. IL DIVIETO DI ADOZIONE.

I. LO SCENARIO LEGISLATIVO E GIURISPRUDENZIALE PRIMA DELLA L. 20 MAGGIO 2016, N. 76.

Le unioni omoaffettive hanno ottenuto un riconoscimento formale, com'è noto, con la l. 20 maggio 2016, n. 76. È proprio della richiamata disciplina che tenterò di individuare i punti maggiormente significativi, nonché di sviluppare taluni spunti di riflessione. Compito, per la verità non del tutto agevole, per due ordini di motivi: la complessità e la particolare delicatezza del tema che in questa sede ci troviamo ad affrontare unitamente al tempo limitato a mia disposizione.

Il tentativo di individuazione della *ratio* della disciplina di riferimento non può prescindere da talune premesse.

La prima, di tutta evidenza, riguarda il più volte ribadito superamento del modello familiare tradizionale; superamento individuabile sotto un duplice profilo. La famiglia quale organo portatore di interessi superiori a quello dei suoi membri, poiché in contrasto con i principi di libertà e democrazia che ispirano il vigente ordinamento, ha lasciato il posto ad una comunità familiare, nel cui àmbito lo svolgimento dei rapporti non può che avvenire nel rispetto delle libertà fondamentali al fine di consentire lo sviluppo della personalità di ogni singolo individuo. Questo il primo profilo. L'altro è quello del passaggio da un modello familiare di tipo esteso, ormai risalente, caratterizzato dalla convivenza di più generazioni di figli sottoposti all'autorità del capostipite – il *pater familias* – a quello di tipo nucleare composto dai coniugi e dai loro figli, fino poi ad arrivare ad una pluralità di "tipi", i quali, ci offrono il panorama reale nel cui àmbito la famiglia si trova a vivere nel tempo attuale. Modelli familiari dunque che si sono succeduti nel tempo, diversificati ed espressi dai diversi contesti sociali e nei diversi momenti storici.

La seconda volge lo sguardo al panorama sovranazionale, nel quale ormai da tempo è stato possibile costatare la suddetta diversificazione del modello familiare

• Francesca Carimini
Professore Associato confermato, Università degli studi del Sannio. Correo electrónico: carimini@unisannio.it

tradizionale a favore di nuove tipologie di rapporti. Lo scenario normativo mostra numerose ed eterogenee esperienze di riconoscimento, le quali si traducono in differenti modelli normativi. Con riguardo ai quali è possibile costatare due diverse opzioni da parte dei legislatori europei. Alla scelta di quanti hanno adottato una parificazione assoluta tra il modello coniugale tipico e le unioni omoaffettive, estendendo a queste ultime l'istituto del matrimonio (c.d. matrimonio egualitario) si rinviene quella di coloro che, diversamente, hanno preferito introdurre fattispecie analoghe, pur tuttavia formalmente distinte. Il legislatore, in questa ultima ipotesi, ha comunque garantito il diritto di ottenere un riconoscimento solenne e formale all'unione e, ad un tempo, l'acquisizione di uno *status* analogo a quello coniugale.

Non v'è dubbio che un siffatto contesto normativo così consistente e diversificato a livello europeo rende, naturalmente, ancora più stigmatizzabile il comportamento (sino a poco fa inerte) adottato per contro dal legislatore italiano. Nei riguardi del quale – ed è questo un dato di fatto a tutti noto – si è ripetutamente sollecitato l'adempimento di un preciso obbligo costituzionale sia a livello interno sia a livello europeo:

Voglio rammentare a tale proposito le sollecitazioni della Corte costituzionale (rispettivamente con sentenze n. 138 del 2010, e n. 170 del 2014) che hanno esortato il Parlamento a garantire a coppie dello stesso sesso il riconoscimento e la formalizzazione dell'unione.

Non di meno la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per l'inadempimento dell'obbligazione positiva di riconoscere uno specifico quadro legale che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle unioni omosessuali. Ad un tempo, vale sottolineare che il legislatore italiano non era tuttavia costituzionalmente obbligato all'introduzione del c.d. matrimonio egualitario; circostanza questa ribadita sia dalla Corte costituzionale sia pure dalla Corte Edu.

II. LA DISCIPLINA SULLE UNIONI CIVILI E LA ATTUALE CONFORMAZIONE DELLA "FAMIGLIA".

È in questo complesso ed articolato quadro che si colloca la disciplina sulle unioni civili, la quale mostra non poche fragilità dovute (in parte) alla necessità impellente di trovare un compromesso politico adeguato, che ne consentisse l'approvazione. Di queste criticità tenterò di dare conto rispetto alle questioni che mi sono sembrate maggiormente significative.

Va chiarito *in primis* che la disciplina sulle unioni civili, ossia sulle relazioni omoaffettive, è stata congedata a séguito di un *iter* parlamentare travagliato nonché di un acceso scontro politico, che ha condotto entrambe le Camere ad

aggirare la discussione sul merito del testo normativo per giungere alla definitiva approvazione mediante l'uso del voto di fiducia.

È obiettiva la difficoltà di commentare il testo normativo licenziato con la l. n. 76. E ciò per più di una ragione. La prima, ritengo vada ricercata nell'assenza di pronunce giurisprudenziali. Alla quale, voglio evidenziare, si contrappone un consistente interessamento da parte della dottrina. In secundis credo vada rilevato il naturale e fisiologico periodo di assestamento, che comunque segue sempre all'approvazione di una legge. Da ultimo, ma non per ordine di importanza, la prudenza che è suggerita in ragione della delicatezza della materia coinvolte.

Ho già precedentemente evidenziato, e a me sembra sia opportuno partire proprio da questa costatazione, l'avvenuto superamento del modello familiare tradizionale testimoniato da una frantumazione della categoria dogmatica di riferimento. Sì che, come è stato evidenziato, volendo metaforicamente indicare tale frammentazione, la famiglia si trasforma da isola in arcipelago. Molteplicità, pertanto, di situazioni interpersonali, aprioristicamente indefinibili, soggette a continue e plurime modificazioni. Famiglie non fondate sul matrimonio, famiglie monoparentali, famiglie allargate e ricomposte, unioni omosessuali, famiglie adottive, famiglie affidatarie e molte altre ancora.

III. LE UNIONI CIVILI SOTTO IL DUPLICE PROFILO DELL'ATTO E DEL RAPPORTO.

Passiamo ora all'esame del testo legislativo. La legge – costituita da una confusa sequenza di 69 commi in un unico articolo (e questo a me sembra vada messo in evidenza, poiché la pessima redazione del testo normativo genera più di una difficoltà all'interprete), – titolata *Regolamentazione delle unioni civile tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, trae origine da esigenze diverse, perché nella realtà sociale la richiesta di una disciplina della famiglia di fatto proveniva soprattutto da chi non aveva a disposizione uno strumento alternativo per regolare il proprio rapporto, cioè le coppie omosessuali. Di qui la necessità: da un lato di riconoscer a queste ultime il diritto di contrarre matrimonio oppure di introdurre un istituto, l'unione civile, appunto, che consentisse quella regolamentazione; dall'altro di dettare una disciplina meno incisiva sulla convivenza aperta a tutte le coppie allo scopo di non violare la libera scelta dell'individuo di organizzare la propria vita.

Uniformemente al corpo normativo relativo al matrimonio, non v'è traccia, nella legge, di una disposizione che possa offrire una definizione dell'unione civile, la quale, peraltro, può qualificarsi «relazione ufficializzata di natura affettiva, intercorrente tra due persone dello stesso sesso, che si estrinseca in una

convivenza, connotata da un comune progetto di vita e dalla assistenza reciproca materiale e morale».

Le unioni civili condividono con il matrimonio i tratti essenziali, sia per quanto riguarda il momento costitutivo (c.d. profilo dell'atto), sia per ciò che concerne la relazione interpersonale (profilo del rapporto).

Ritengo opportuno soffermarmi sul comma 20 (quale punto di partenza), il quale sancisce l'applicabilità all'unione civile di tutte le disposizioni (escluse quelle relative all'adozione) che si riferiscono al matrimonio o che contengano la parola "coniuge". Mentre, con riguardo al codice civile, soltanto le norme espressamente richiamate.

Ed è su due profili che ritengo di particolare interesse che intendo soffermarmi. Mi siano consentite tuttavia soltanto poche precisazioni di carattere generale, ma tuttavia significative.

Una prima osservazione è che nella legge non compare mai il sostantivo "famiglia" se non sporadicamente (mi riferisco ad esempio al comma 12, a norma del quale le parti concordano l'indirizzo della vita "familiare"); semmai il legislatore ha preferito parlare di "bisogni comuni". L'impressione a detta di molti è quella che la legge ha voluto compiacere quanti vorrebbero il termine "famiglia" riferito esclusivamente a quella fondata sul matrimonio. In senso contrario, tuttavia, si potrebbe rilevare che il legislatore interno ed europeo fa nel tempo attuale riferimento ad una pluralità di modelli familiari entro i quali trovano agevole collocazione anche le unioni civili.

L'unione civile come atto, nella sostanza, diverge in modo relativamente limitato rispetto al matrimonio (mi riferisco ovviamente a quello civile); ed è anche singolare che la legge non preveda il contenuto della dichiarazione da rendere all'ufficiale di stato civile. Le differenze più rilevanti riguardano – e qui procedo velocemente – la mancanza di un istituto analogo alla promessa di matrimonio, e l'assenza delle pubblicazioni; inoltre è assente una disposizione normativa analoga all'art. 112 cod. civ. che consenta il rifiuto del pubblico ufficiale in difetto dei presupposti di legge, con possibile dubbio di legittimità costituzionale. Analogo al matrimonio è altresì il regime di invalidità, con l'unica diversità del mancato richiamo, in tema di errore, all'art. 122, n. 1, cod. civ., che considera essenziale anche quello sull'esistenza di una anomalia o deviazione sessuale. Questo ultimo rilievo suscita più di una perplessità con riguardo allo spirito della legge, pur tuttavia mi limito a porre sul tappeto la questione senza tuttavia entrare nel merito di essa. Certo è che una simile scelta da parte del legislatore deve indurre a riflettere sul punto e ad interrogarsi sullo spirito della legge, la quale, a detta di molti, è soltanto un "contentino" nei

confronti di una esigenza alla quale non si poteva più negare udienza ed ingresso nel sistema normativo.

IV. L'OBBLIGO DI FEDELTÀ.

I profili di indagine che emergono dallo studio della recente legge di cui ci stiamo occupando sono molteplici e tutti degni di una particolare attenzione. In questa sede tuttavia ho operato una scelta a monte che mi ha suggerito la trattazione di due temi di particolare interesse. Non v'è, come è ovvio la velleità di offrire, con riguardo ad essi, soluzioni certe; è invece mia intenzione suggerire spunti di riflessione critica e, non di meno porre sul tappeto qualche provocazione. Mi riferisco, precisamente, alla mancata previsione del obbligo di fedeltà con riferimento appunto alle unioni omoaffettive da un lato; e al divieto di adozione dall'altro.

Iniziamo con la prima questione. L'obbligo di fedeltà, appunto. È stato eliminato dalla disciplina delle unioni omosessuali uno dei doveri che, a detta di molti, fondano il nucleo essenziale del legame affettivo; quello tradizionalmente più percepito e, non a caso, più sollecitato in sede di pronuncia di addebito. Secondo alcuni si è operata una sorta di "desessualizzazione" della relazione omosessuale (la quale sta a sottintendere una implicita valutazione di promiscuità) e di qui, conseguentemente, una gerarchia tra legami affettivi che non trova alcun riscontro giuridico nei principi fondamentali. Per dirla in altri termini una mera e (assai) discutibile opzione ideologica. Il maxiemendamento, dunque, approvato dal Senato in data 25 febbraio 2016 ha operato lo stralcio dell'obbligo di fedeltà : ciò non è senza conseguenze. Nell'attuale contesto socio-familiare è in corso da tempo una evoluzione della giurisprudenza in materia di divorzio, in base alla quale la fedeltà nel matrimonio non è più intesa in senso esclusivamente sessuale, ma come l'obbligo più complesso di non violare la fiducia del partner, dovendosi preliminarmente valutare se il rapporto a due non si fosse già, prima dell'infedeltà sessuale, esaurito o svuotato di contenuti. Il legislatore, sottacendo dell'obbligo di fedeltà tra i partner dell'unione, è intervenuto nel cuore dell'*affectio* e del rapporto solidale che è alla base della comunione di vita in cui si incarna ogni autentico rapporto di coppia, adombrando ancora il tentativo infruttuoso di confinarne - quantomeno *prima facie* - la disciplina in una sorta di apparente ghetto giuridico-relazionale. Quel che risalta con più evidenza è il significato simbolico dell'omissione, operata nell'apparente non consapevolezza delle pronunce della Suprema Corte che hanno ribadito come l'obbligo di fedeltà sia volto a garantire la comunione di vita tra i coniugi, mentre la sua violazione è prova della rottura dell'irripetibile rapporto di fiducia tra i coniugi e del deterioramento dell'accordo e della stima reciproca e come tale obbligo costituisca un "impegno globale di devozione" e la base della "comunione spirituale". I doveri enunciati

dall'art. 143 cod. civ., come riformato dalla novella del 1975, sembrano essere il portato del generale impegno alla reciproca solidarietà ed espressione della comunione affettiva, spirituale, materiale su cui si fonda lo stesso vincolo. Come ha affermato Corte di merito, eliminando l'obbligo di fedeltà il modello di vita in comune 'semplicemente non è riconoscibile come famiglia', mentre la Cassazione successivamente adita dal coniuge tradito confermava la primazia da attribuirsi all'unione spirituale che esclude gli episodi di adulterio. Infranto il vincolo di fedeltà, secondo taluno, viene a nullificarsi l'intero complesso dei doveri di cui all'art. 143 cod. civ. che costituiscono l'essenza stessa del matrimonio e di qualsiasi stabile rapporto di coppia. Dunque l'aver escluso tale obbligo si porrebbe quale *contradictio in terminis* riguardo all'intero provvedimento istitutivo dell'unione civile, che tra l'altro contiene l'espressa previsione del dovere morale che vincola i componenti e, per quanto sopra accennato, si profila incostituzionale. Talché, in ipotesi di azione risarcitoria per illecito endofamiliare - posto che non è previsto dalla l. 76 l'istituto della separazione né, quindi, l'addebito - la Corte adita dal partner dell'unione sarebbe posta difronte ad una duplice scelta: accordare, ove lo consenta la fattispecie, il risarcimento richiesto, ritenendo a rigor di logica integrato nel provvedimento - con riferimento ai commi 1 e 11 - il dovere di fedeltà o, al contrario, porre la questione di legittimità per violazione degli artt. 2, 3, 24 Cost. e 8 CEDU. In conclusione, lo stralcio dell'obbligo di fedeltà all'interno della legge che delinea la struttura dell'unione civile non parrebbe avere alcuna giustificazione giuridica. Si è detto che, se l'*intentio legislatoris* – sia pure come frutto di disdicevole compromesso – è da rinvenirsi nel distanziare vieppiù il rapporto *same sex* dal coniugio (quasi a sancirne una differenza ontologica, proprio nell'estromissione del valore simbolo della reciproca ed esclusiva dedizione e condivisione di vita), a contrario, alla luce della sostanziale, effettiva omologazione di entrambe le due tipologie comunque costituzionalizzate, ha svilito e leso contemporaneamente la sacralità del matrimonio. Le perplessità sin qui evidenziate sembrerebbero trovare conferma ulteriore volgendo lo sguardo ad altre differenti esperienze normative a livello europeo. In altri ordinamenti, come in quello francese, il dovere di fedeltà concernente i coniugi con la *loi Toubira* è esteso *naturaliter* anche al matrimonio egualitario; oltreoceano, in *common law* nordamericano, la Corte Suprema degli Stati Uniti il 26 giugno 2015 osservava, che le coppie omosessuali che desideravano accedere al matrimonio – che embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family – erano motivate dalla considerazione e dal rispetto nutrito per l'istituto tanto prestigioso che intendevano onorare.

Sul punto in verità ritengo di dover esprimere più di una obiezione, e non nego, mi si conceda, che quello dell'assenza dell'obbligo di fedeltà sia in realtà un falso problema. Vorrei procedere evidenziando ogni singola questione. *In primis* ritengo opportuno interrogarci sul "significato", o meglio sul "contenuto" della fedeltà. Se con essa cogliamo intendere una fedeltà nel senso di (in)sussistenza

di relazioni parallele o se, diversamente, (e questa seconda opzione a me sembra maggiormente condivisibile) essa sia espressione di un contenuto e di valori più ampi. Se così è allora, ritengo che la fedeltà sia una scelta individuale di ogni singolo individuo, e come tale mal si presta ad essere imbrigliata in una norma, per di più di tipo regolamentare. È inconcepibile, che nel tempo attuale, la fedeltà al proprio partner/marito/compagno possa (esclusivamente) dipendere da una imposizione da parte del legislatore. La questione va affrontata (e qui la mia vuole essere sostanzialmente una provocazione) sotto una prospettiva diversa. Mi domando (e Vi domando) se invece di interrogarci sulla mancata previsione dell'obbligo di fedeltà con riferimento alle unioni omoaffettive, sia il caso di considerare l'effettiva opportunità del mantenimento di un siffatto obbligo nelle famiglie fondate sul matrimonio. D'altro canto la medesima violazione dell'obbligo, come è noto, non sempre *sic et simpliciter* integra gli estremi della causa di addebito nella separazione. È il giudice infatti, che, caso per caso, valuta il rilievo della violazione al fine di verificare se la separazione è un effetto diretto e immediato dell'infedeltà, o piuttosto se quest'ultima, a sua volta, risulta essere l'effetto di una crisi già in atto. La questione a me appare più formale che sostanziale. Piuttosto che alla nozione – ormai troppo scontata e generica – di fedeltà, il legislatore dovrebbe esprimersi, (anche) con riguardo alla famiglia fondata sul matrimonio, in termini di "rispetto". Rispetto appunto del coniuge e, conseguentemente, in senso più ampio della persona in quanto tale. La dignità e l'onore debbono comunque essere valori da attuare (attenzione non soltanto non violare) in concreto nello svolgimento di qualsivoglia unione basata sull'*affectio*, e sulla condivisione di un progetto di vita comune. La loro violazione, se del caso, dovrà essere valutata caso per caso, ben potendo una eventuale infedeltà rappresentare appunto causa di lesione alla persona ed alla sua dignità ma ciò ritengo a prescindere dalla previsione di una disposizione normativa. D'altra parte, e qui va sottolienato, la violazione potrà comportare pretese risarcitorie nell'àmbito del c.d. illecito endofamiliare – a tale proposito la Cassazione (sentenza n. 15481 del 2013 ha reputato configurabile un simile illecito anche all'interno dell'unione di fatto) ed altresì la valutazione ai fini del *quantum* dell'assegno dovuto alla parte economicamente più debole (il comma 25 della l. n. 76 richiama appunto l'art. 5 della l. sul divorzio).

V. IL DIVIETO DI ADOZIONE.

Passiamo ora alla seconda questione, il divieto di adozione. Al riguardo farei una precisazione richiamando la riforma della filiazione del 2012, la quale ha posto il fondamento dell'uguaglianza solidale in seno alla famiglia ampliando i confini in cui si esplicano i rapporti socio-giuridici incentrati sul soggetto "figlio senza aggettivi". La legge n. 76 del 20 maggio 2016 delinea una disciplina comunque positiva riguardo alla dimensione del rapporto di coppia, ma è silente in relazione ai connessi e ineludibili rapporti parentali. Invero l'intersezione che di fatto si

verifica tra le due riforme è produttiva di ulteriori discrasie e problematiche, afferenti, sostanzialmente, come si è anticipato, proprio al rapporto di filiazione. In sede di approvazione della legge n. 76/2016 al Senato era stato soppresso l'art. 5 del testo presentato dalla relatrice, sen. Cirinnà, che attraverso una modifica dell'articolo 44, lettera b), della legge 4 maggio 1983 n. 184, interveniva in materia di adozione in casi particolari, consentendo alla parte di una unione civile di fare richiesta di adozione del figlio del partner. Si era affermato, infatti, anche al di fuori dell'aula parlamentare, che l'ammissione della *stepchild adoption* avrebbe potuto agevolare il ricorso alla "maternità surrogata", oggi ammessa - con diverse modalità, presupposti e conseguenze - in vari Paesi, ma vietata, nell'ordinamento italiano, dalla l. 40/2004, che in particolare, all'art. 12, n. 6, sanziona la commercializzazione di gameti o di embrioni.

Il legislatore ha perseguito l'intento di differenziare matrimonio ed unione civile; nel comma 20 esclude infatti l'estensibilità alle parti delle disposizioni della l. n. 84 del 1983 (aggiungendo che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti).

A tale "chiusura" da parte del legislatore non corrisponde tuttavia un egual atteggiamento da parte della giurisprudenza, la quale ha sposato un diverso orientamento rispetto a questa materia. Cito brevissimamente alcune pronunce che mi sembrano assai significative.

In applicazione dell'art. 44, lett. d). l. n. 184 del 1983, un recente indirizzo della giurisprudenza ha accolto la domanda di adozione in casi particolari da parte della compagna della madre biologica che aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa all'estero.

In generale è opportuno ricordare che la presenza di figli in famiglie omosessuali non è rara anche in altre ipotesi ove la giurisprudenza è chiamata a valutare la rispondenza della domanda, nel caso concreto, alle esigenze di tutela dell'interesse del minore. È stato riconosciuto, infatti, l'affidamento del figlio, in caso di separazione o divorzio, al coniuge divenuto omosessuale; l'affidamento familiare, *ex* art. 4, l. 184/1983, ad una coppia omosessuale; il riconoscimento dello *status filiationis* conseguito all'estero, quando le coppie del medesimo sesso ricorrono alla fecondazione medicalmente assistita in Paesi che ammettono la doppia genitorialità. L'esigenza di tutela del minore emerge, peraltro, anche in quella giurisprudenza che, in caso di cessazione della convivenza tra coppie del medesimo sesso, riconosce sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 337 *ter* cod. civ., all'*ex partner* del genitore biologico il diritto a mantenere un rapporto significativo con i figli, secondo un calendario di incontri stabilito.

A fronte del diverso scenario legislativo rispetto a quello giurisprudenziale viene ancor più da domandarsi se la scelta del legislatore sia una scelta giusta; o meglio se essa sia o no condivisibile sotto il profilo della tutela dell'interesse del minore. Ecco mi soffermerei proprio su questo aspetto: l'interesse del minore deve sempre prevalere rispetto a qualsivoglia esigenza che si trovi a convivere con esso. E se è vero che con un siffatto interesse occorre confrontarsi, poiché è il nocciolo duro della questione in oggetto, allora mi siano consentite talune considerazioni.

Ritengo, e qui secondo me va ribadito con forza, che l'essere genitori sia un desiderio; un desiderio legittimo, apprezzabile, condivisibile appieno. Ma non di certo un diritto. Il divenire padre o madre costituisce forse l'esperienza più coinvolgente, profonda, e definitiva della vita umana, rappresentando un legame destinato a durare per sempre. È un bisogno umano. Come l'amore, la salute, l'amicizia, il sentirsi sostenuto. Non v'è difficoltà alcuna a comprendere che qualsiasi uomo o donna possa avvertire la necessità di dare la vita e di crescere dei figli. Questo bisogno umano profondo va rispettato, tutelato nonché garantito ma sempre nella consapevolezza che non si tratta di un diritto. E non è questa una considerazione limitata alle coppie omoaffettive, essa a mio parere va riferita pure alle coppie eterosessuali, sì che, personalmente sono dell'idea di guardare con una certa prudenza anche le moderne tecniche di fecondazione assistita.

Credo che il divieto legislativo vada interpretato al di là di ogni spirito polemico. Non si tratta, come invece evidenziato da molti, di disconoscere l'idea della genitorialità delle persone omosessuali e/o transessuali, sulla convinzione che essi siano inidonei a crescere dei figli. Si tratta tuttavia di porre a confronto due interessi che si trovano a convivere, quello della coppia desiderosa di crearsi una famiglia con prole e quello del minore. Nella valutazione e comparazione di siffatti interessi non è possibile escludere aprioristicamente che essi possono anche risultare tra loro confliggenti ed allora, in questo caso, non può non prevalere a tutto campo la tutela del secondo a fronte della soccombenza del primo. Sotto il profilo indicato va posto in rilievo che una legislazione a maglie strette in materia potrebbe forse creare seri problemi sotto il profilo della tutela effettiva; meglio appare la scelta di una normativa per principi, sì che caso per caso potrà essere rintracciata la soluzione più aderente all'ipotesi concreta.

Se è vero come è vero che la persona umana non conosce limiti, che ad essa va accordata la più ampia tutela, è altresì indubbio che essa conosce limiti posti nell'interesse di un'altra persona. Ed è questo il punto, la chiave di volta della questione che ci troviamo ad affrontare.

La problematica della genitorialità non può essere affrontata in chiave di diritto, semmai in chiave di libertà. Poiché a differenza del diritto (che esprime comunque

un interesse egoistico ed individuale) la libertà evoca la nozione di responsabilità. La libertà responsabile è quella che non può non essere esercitata nel rispetto di altre libertà. Conseguentemente la particolare attenzione nei confronti del minore, che non è più considerato «oggetto», ma «soggetto», suggerisce la concreta attuazione, oltre che il rispetto, della sua dignità e della sua attitudine.

È un punto sul quale bisogna riflettere nella consapevolezza che le soluzioni proposte non possono non avere riguardo alle peculiarità del fatto, per cui ogni fatto è un fatto a sé; l'auspicio è quello di individuare, sistematicamente ed assiologicamente, volta per volta il rimedio più ragionevole e più adeguato, tenuto conto che il principio di eguaglianza, al quale troppe volte si fa riferimento, non esclude quello di differenziazione se (per ipotesi) in concreto dovessero sussistere i presupposti per una differenziazione.

RECENSIÓN

Mayor del Hoyo, Mª V.: *La adopción en el Derecho Común español,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, 438 pp.

Daniela Jarufe Contreras
Académica Derecho Civil, Universidad Católica del Maule.

El libro que se comenta es producto de un arduo trabajo de investigación desarrollado por su autora, profesora de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, y quien ha dedicado buena parte de su carrera académica y su investigación al estudio de la adopción e instituciones tuitivas afines, afirmación de la que da sobrada cuenta su vasto currículum de publicaciones entre las que destacan, en esta materia: "En torno al tratamiento de la adopción en la Convención de la ONU sobre los derechos del niño" (1995); "La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil" (1999); "Análisis de los problemas jurídicos de aplicación del desamparo de menores en Aragón y propuestas hermenéuticas y de lege ferenda" (2013); "Más allá del acogimiento de menores" (2012); y "Sistema tuitivo del menor en el Código Civil español" (2012), entre otras.

Sin lugar a dudas, la adopción es una de las instituciones familiares que ha experimentado un mayor número de variaciones durante la vigencia del Código Civil, español, aunque ninguna de las reformas ha tenido un carácter orgánico e integral.

La destacada jurista Mayor del Hoyo presenta esta obra precisamente en un clima de nuevas propuestas de modificación. Con más de 200 documentos consultados, entre libros, informes, dictámenes y revistas, se erige como una de las obras más completas (sino la más) publicada en España en los últimos años.

Destacan en el texto una serie de afirmaciones que son de agradecer. Verbigracia, la naturaleza jurídica de la adopción, que ha sido históricamente discutida, es definida ya en las primeras líneas de su trabajo encuandrándola en aquella dualidad que le corresponde: se presenta como un mecanismo de protección de menores y como un tipo de fliación. Efectivamente se trata de dos caras de la moneda que se complementan y que se encuentran indisolublemente unidas.

La obra publicada por la prestigiosa editorial Tirant Lo Blanch se divide en cuatro capítulos, cada uno de los cuales se refiere a ámbitos fundamentales de la institución adoptiva, en los que se asumen posturas claras y definidas; escritos todos con una pluma intensamente crítica y acuciosa, pero que sin embargo permite una lectura llana y apacible.

El primer capítulo, titulado "Elementos subjetivos de la adopción", se ocupa del estudio tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo, y desarrolla en cada uno de ellos determinados tópicos que son de ordinario olvidados por la doctrina especializada al momento de tratar doctrinalmente la figura. Me refiero, en el caso de la adopción dual, al evento de la ruptura de los adoptantes; a la diferenciación y discusión relativa a las diferencias y relación entre la capacidad de obrar y la capacidad para consentir; al tratamiento de la adopción *post mortem;* a la adopción del *nasciturus,* y al excepcional caso de adopción de personas mayores de edad o menores emancipados.

En el segundo capítulo, titulado "Constitución de la adopción", cobra protagonismo el estudio de la idoneidad como aspecto administrativo previo al procedimiento de adopción propiamente tal. Por su parte, el especial tratamiento de la guarda con fines de adopción es de gran interés en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos pues significa, creo, una garantía de resguardo de los intereses comprometidos en la figura que es, además, coherente con los efectos permanentes de la misma; garantías que no son previstas por nuestro entorno. Asimismo, aparece como atractiva la diferenciación y tratamiento de la guarda con fines de adopción y del acogimiento.

En cuanto al procedimiento judicial, la autora enfatiza cuestiones que conforman la columna vertebral del sistema de adopción, como son los principios informadores, entre ellos el principio de reserva, y la intervención necesaria del Ministerio Público; y se centra en el estudio de las manifestaciones de voluntad con un enfoque de tal modo concienzudo que incluso contempla los aspectos subjetivos del consentimiento; la separación o ruptura como excepción a la exigencia del asentimiento del cónyuge o pareja; y otros casos de exclusión del asentimiento como, por ejemplo, el supuesto en que los progenitores del adoptando han incumplido sus deberes inherentes a la patria potestad.

Por cuerda separada, tal como corresponde en un estudio sistematizado de la institución adoptiva, se refiere la autora a aquellos supuestos en que puede prescindirse del asentimiento, en el entendido de no tratarse realmente de casos de exclusión pero que, por las circunstancias calificadas de imposibilidad de otorgarse, no constituye un requisito para la adopción. Me refiero a la falta de capacidad del o los adoptantes; y la ausencia o incomparecencia de estos.

Finalmente, y en cuanto a las manifestaciones de voluntad se refiere, Mayor del Hoyo, se refiere de un modo pertinente a la audiencia y sus particularidades, incluyendo el necesario paralelismo con la figura del asentimiento.

Respecto a los efectos de la adopción, título que corresponde al tercer capítulo de la obra en comento, se destaca positivamente aquel efecto general y primario

de la adopción, como es el nacimiento de una relación de filiación en igualdad de condiciones que el vínculo de filiación por naturaleza. Detalladas todas las consecuencias que del principio se derivan, se refiere a la extinción de los vínculos del adoptado con su familia de origen y sus correspondientes excepciones.

Por su parte, es de especial interés la figura de la adopción abierta, su configuración, contenido y efectos, así como la supresión de tal carácter; y el adecuado tratamiento del derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos, explicitando cómo la administración pública participa o debe participar en la concreción del mismo. Es también particularmente elogiable la observación realizada en el texto, en cuanto a la reconsideración de su regulación en el Ordenamiento jurídico español.

En línea con el capítulo anterior, Mayor del Hoyo dedica la última parte de su obra al tratamiento de la irrevocabilidad de la adopción y su ineficacia. La irrevocabilidad como tal, y según refiere la autora, no es una acepción adecuada para una figura que no constituye, como se ha dicho, un negocio jurídico. Sin embargo, el legislador mantiene el vocablo queriendo significar más bien la inamovilidad del vínculo; característica que, tal como he afirmado en alguna ocasión, reviste a la adopción de una estabilidad que supera a la del vínculo de filiación por naturaleza. Destaca en el capítulo final la situación de exclusión ya sea por incumplimiento de deberes parentales o por estar insertos los adoptantes en alguna causal de privación de la patria potestad, fenómeno que ha dado lugar a diversas interpretaciones y que conviene ser aclarado por parte del legislador.

Es imprescindible señalar que, si bien la autora advierte que no hará un tratamiento exhaustivo de la adopción internacional ni del derecho autonómico; lo cierto es que supera con creces su humilde promesa, pues en la obra pueden encontrarse sendas referencias al derecho aragonés, catalán y navarro, entre otras. Abundan además, como es usual y elogiable en los escritos de la autora, las propuestas de *lege ferenda,* dispersas a lo largo del texto de manera oportuna.

Como bien señala la autora, la adopción no es una figura estática sino transformada por las variaciones sociales y jurídicas que le afectan y a las que, muchas veces, el legislador ha dado una respuesta tardía. Es lo que ocurre tanto en esta como en otras materias del derecho de familia, en las que el legislador siempre sucede al fenómeno y no al revés. Tal como ha sucedido hasta ahora, todos los temas que aquí se plantean, seguirán siendo discutidos por la doctrina y la jurisprudencia, para quienes la obra de la profesora Mayor del Hoyo debe constituir un documento de consulta obligada, coronándose, así, como un invaluable aporte para académicos, abogados y jueces.