

COMENTARIS A UNA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓ D'UNA UNIÓ ESTABLE

Martín Garrido Melero
Notari de Tarragona
Professor associat de dret civil
Universitat Rovira i Virgili

1. DELIMITACIÓ DE L'ESTUDI¹

La llei catalana 10/1998, d'unions estables de parella, va establir per primera vegada en els ordenaments jurídics de l'Estat, i també en els del con sud d'Eu-

1. Bibliografia: una bibliografia suggerida, distingint entre les obres anteriors a l'any 1988 i les obres posteriors a aquesta data, es troba a CERDÀ GIMENO, «Un retorno, a mi pesar, a un olvidado tema (De nuevo sobre “parejas no casadas”)», *Revista de Derecho Privado*, febrer i març de 2001. Les reflexions efectuades en aquest estudi són essencials per a analitzar des de dalt la problemàtica de la regulació de les parelles no casades (sobre els termes *reglamentació* o *regulació*, així com *parelles no casades*, vegeu les p. 95 i 109 i seg.).

Les particularitats d'aquest article fan innecessàries les referències bibliogràfiques àmplies, per la qual cosa ens limitarem a les que s'esmenten a continuació.

Amb caràcter general i amb anterioritat a la normativa *concreta* de les lleis autonòmiques, vegeu: d. a., *Uniones de hecho (XI Jornades Jurídiques de Lleida)*, obra coordinada per J. M. Martinnell i M. T. Arces Piñol, Lleida, Departament de Dret Privat, Facultat de Dret i Economia de la Universitat de Lleida, Edicions de la Universitat, 1998; d. a., «*Parejas de hecho*» (*Curso de verano de la Universidad Complutense en Almería*), director del curs Ramón Herrera Campos, Granada, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, 1996.

Després de l'entrada en vigor de les diferents lleis autonòmiques, la problemàtica, especialment la llei catalana, s'ha estudiat amb caràcter general en diferents obres, en les quals podem trobar notes bibliogràfiques: d. a., «Jornades sobre el Código de familia y la Ley de uniones estables de pareja (Barcelona, 24 y 25 de noviembre de 1998)», *La Notaria*, 1998; PUIG FERRIOL I ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, volum II, «Dret de la persona i dret de família», 5a edició, València, Tirant Lo Blanch, 1998; GARRIDO MELERO, *Derecho de familia: Un análisis del Código de familia y de la Ley de uniones estables de Cataluña y su correlación con el Código civil*, Marcial Pons, 1999; d. a., *El Codi de família i la Llei d'unions estables de parella: Aproximacions doctrinals a les lleis 9/1998 i 10/1998, del Parlament de Catalunya*, obra coordinada per Alfonso HERNÁNDEZ MORENO i Carlos VILLAGRASA ALCAIDE, Barcelona, Cedecs, 2000; d. a., *Derecho*

ropa, un règim jurídic relatiu a les parelles homosexuals, donant-los una cobertura legal i un marc jurídic.²

El legislador català va establir l'escriptura pública com a forma de constitució d'aquest tipus de parelles. El present estudi analitza un dels primers documents públics que es van atorgar³ i els problemes jurídics que es poden presentar en la pràctica.

La llei catalana va entrar en vigor el dia 23 d'octubre de 1998, tres mesos després de la seva publicació al Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya. Per

de familia: Análisis desde el derecho catalán, obra coordinada per Carlos J. MALUQUER DE MOTES BERNET, Barcelona, Bosch, 2000, i VELASCO MARTÍN, *Derecho comparado sobre las uniones de hecho en España y en Francia*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2001.

Amb caràcter més especial, BOSCH CAPDEVILA, «La unión de hecho (Referencia a su regulación en el derecho civil catalán tras la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja)», *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, número 81; GARRIDO MELERO, «Matrimonio, convivientes *more uxorio* y familia en el Código de familia y en la Ley de uniones estables de pareja», *La Notaria*, núm. 8 (1998) (pràcticament reproduït en el *Derecho de familia*); GINEBRA MOLINS, «Los derechos de "sucesión intestada" reconocidos a las parejas homosexuales en la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja», *Actualidad Civil*, núm. 33 (2000); GINEBRA MOLINS, «Algunas notas sobre la referencia a la vecindad civil en los art. 1.1 final y 20.2 de la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja», *Jornadas de estudio del conflicto de leyes en el desarrollo del derecho civil vasco*, 1999; MARTÍNEZ PIÑEIRO CARAMES, «Matrimonios asexuados, parejas de hecho y el contrato de unión civil», *La Notaria*, núm. 9 (1998); LLEBARÍA SAMPER, «Glosa crítica a esa (nuestra) nueva Ley de uniones estables de pareja», *La Notaria*, núm. 10 (1998); LÓPEZ BURNIOL, «La ley catalana de uniones estables de pareja», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3 (1999); MARTINELL GISPERT-SAUCH, «La Llei d'unions estables de parella», *La Notaria*, núm. 2 (1999); MERINO HERNÁNDEZ, annex «Ley de parejas estables no casadas», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tom XXXIII, vol. 1, obra dirigida per Manuel ALBALADEJO i Silvia DÍAZ ALABART, Editorial Revista de Derecho Privado, 2000, i d. a., *Comentarios al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, obra dirigida per Joan EGEA i FERNÁNDEZ i Josep FERRER i RIBA, Barcelona, Tecnos, 2000.

2. Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella (DOGC de 23 de juliol de 1998). Amb posterioritat, alguns dels diferents legisladors autonòmics han legislat sobre aquesta qüestió: a l'Aragó, la Llei 6/1999, de 25 de març, relativa a les parelles estables no casades (BOA de 6 d'abril de 1999); a Navarra, la Llei 6/2000, de 3 de juliol, per a la igualtat jurídica de les parelles estables; a la Comunitat Valenciana, la Llei 1/2001, de 6 d'abril, per la qual es regulen les unions de fet (DOGV d'11 d'abril de 2001); a la Comunitat de Madrid, la Llei 11/2001, de 19 de desembre, d'unions de fet de la Comunitat de Madrid, i, finalment, a la Comunitat de les Illes Balears, la Llei 18/2001, de 19 de desembre, de parelles estables (BOIB de 29 de desembre de 2001).

En el text ens referirem a aquestes lleis, de manera abreujada, amb una *L* seguida de la lletra inicial de la comunitat. Així, per exemple, la *lleï catalana* s'abreuja *LC*.

3. El dia 23 d'octubre de 1998, els mitjans de comunicació van donar la notícia que a Sabadell i a Tarragona s'havien *legalitzat* per primera vegada a Espanya dues parelles homosexuals.

tant, aquell dia sorgia per primera vegada en la vida jurídica d'Espanya una institució⁴ jurídica nova (la parella estable homosexual) i aquell dia per primera vegada era necessari «crear» un document que reflectís aquesta nova realitat jurídica. Per motius obvis, en l'escriptura objecte del nostre comentari s'han eliminat aquelles dades «individuals» que estan rigorosament protegides pel secret professional i s'han fet algunes mínimes correccions tècniques que facilitaran l'estudi. Fora d'això, és un document històric.

Convé deixar constància que queden fora d'aquest estudi altres formes documentals públiques, com l'acta de notorietat acreditativa de la convivència i l'escriptura pública «reguladora de la convivència».⁵

2. EL CARÀCTER CONSTITUTIU DE L'ESCRITURA PÚBLICA

Una classificació dels instruments públics autoritzats per notari distingeix entre les actes i les escriptures públiques. Aquesta distinció formal es correspon en termes generals amb la realitzada pel dret substantiu entre fets i negocis jurídics; les actes són matèria dels primers i les escriptures públiques, dels segons. Una pràctica errònia tendeix a instrumentar, en ocasions, vertaders negocis jurídics sota la forma d'acta i sembla el dubte sobre si el que el compareixent pretén és simplement l'acreditació d'un fet (per exemple, l'existència d'un deute) o la generació voluntària d'efectes jurídics (el reconeixement abstracte d'un deute com a font d'una obligació unilateral).⁶ La qüestió es reproduïx en aquesta àrea, com veurem a continuació.

Així com la primera va gaudir d'una àmplia publicitat en els mitjans de comunicació (premsa i televisió), volguda i acceptada pels integrants de la parella, la segona va intentar passar desapercebuda, malgrat que, finalment, els membres de la parella van concedir alguna entrevista als diaris, però salvaguardant els seus noms.

4. El terme *institució jurídica* s'ha de prendre en sentit ampli i, fins a cert punt, vulgar. No pressuposa *per se* una presa de postura inicial.

5. CERDÀ GIMENO, «Un retorno a mi pesar...», *op. cit.*, p. 184 i seg., inclou «un conjunto de modelos de contratos, de origen tan curioso como diverso, que ofrecen soluciones sensatas para problemas humanos de siempre que pueden suscitarse a quienes conviven de hecho y extramatrimonialmente».

6. Aquesta distinció entre acta i escriptura pública és bàsica per a entendre el sistema documental espanyol, d'altra banda similar al d'altres països del nostre entorn. Sorpren, per la seva manca de rigor, alguna asseveració realitzada per la doctrina no notarial. Pot servir com a exemple d'aquests errors el títol dels formularis 46 i 47 que acompanyen l'obra de diversos autors *En el Codi de família...*, *op. cit.*, p. 567 i 568, titulats, respectivament, «Acta notarial d'una unió estable

La llei catalana relativa a les unions estables de parella distingeix entre les unions heterosexuales (a les quals dedica el primer capítol) i les homosexuals (regulades en el segon capítol). En molts aspectes, la normativa aplicable a les primeres és paral·lela a les segones, però ambdues es diferencien fonamentalment en la forma de constitució de la unió estable. Les unions integrades per persones de diferent sexe poden formalitzar-se no necessàriament mitjançant una escriptura pública, però les unions integrades per persones del mateix sexe només poden formalitzar-se mitjançant una escriptura pública (art. 1 i 19, en connexió amb l'art. 21 LC). Mitjançant l'escriptura, els integrants de la unió manifesten fonamentalment la seva voluntat d'acollir-se a les disposicions de la llei.

Com diem, la forma pública constitutiva no és exigible per a l'existència d'una unió estable heterosexual, ja que les disposicions relatives a aquesta s'apliquen quan es donen els pressupòsits establerts pel legislador: existència de dues persones, majors d'edat, que, sense impediment per contreure matrimoni entre si, hagin conviscut maritalment, com a mínim, un període ininterromput de dos anys, o menys si tenen descendència comuna (art. 1 LC).

Davant el caràcter purament voluntari de la unió homosexual trobem un estatut jurídic que «s'imposa» a les parelles heterosexuales, en la majoria dels casos sense coneixement d'aquestes. El caràcter imperatiu de la legislació ha estat objecte d'una crítica profunda pels primers comentaristes de la llei i contrasta amb allò disposat per a les parelles homosexuals, que, com diem, són lliures o no d'acollir-se a allò disposat en la legislació, de la mateixa manera que la parella heterosexual és lliure o no de contreure matrimoni.⁷

L'escriptura és una forma *ad solemnitatem* de la unió estable homosexual, i no simplement *ad probationem*, sense perjudici que també serveixi com a forma acreditativa de la unió, perquè només a partir de l'autorització del document les unions produeixen tots els seus efectes.⁸

heterosexual» i «Acta notarial d'unió estable homosexual». La manca de rigor conceptual no tindria importància si no comportés, com comporta, determinades conseqüències.

7. MARTINELL GISPERT-SAUCH, *La Llei...*, *op. cit.*, p. 69, ens diu que, si es considera la qüestió globalment —parelles heterosexuales i parelles homosexuals—, s'observa un resultat asimètric escassament convincent. De tota manera, la crítica més radical que s'ha fet a la nova legislació és la relativa al fet que el legislador ha barrejat dos sistemes diferents de regulació de les parelles no casades: *cobabitation model* i *partnership model*. Si bé el primer no pretén crear un *status paramatrimonial*, el segon estableix una espècie de *minimatrimoni* (MARTÍN CASALS, *Comentaris...*, *op. cit.*, p. 1.146.)

8. També MERINO HERNÁNDEZ, annex «Ley de parejas...», *op. cit.*, p. 688, qualifica de forma *ad solemnitatem* l'escriptura pública constitutiva de la unió, malgrat que presenta alguns dubtes («y lo hace, según creo, con valor *ad solemnitatem*»). A més, com diu MARTINELL GISPERT-SAUCH, *La Llei...*, *op. cit.*, p. 74, l'escriptura pública crea una presumpció de convivència i, per tant, que la unió existeix.

2.1. SISTEMES CONSTITUTIUS ACTUALS

Totes les legislacions posteriors a la llei catalana han prescindit del tractament doble de les unions estables i, per derivació, han establert diferents sistemes:

2.1.1. *Sistema doble (constitució tàcita i alternativa d'escriptura pública)*

Seguint l'esquema previst per la legislació catalana per a les unions estables heterosexuals, la llei aragonesa (LA) i la llei navarresa (LN) consideren que hi ha parella estable no casada quan hi ha hagut convivència durant un període interromput de dos anys o d'un any,⁹ respectivament, o quan s'hagi manifestat la voluntat de constituir-la mitjançant una escriptura pública (art. 3.1 LA i 2.2 LN).¹⁰ L'escriptura pública és una forma de constitució alternativa a la constitució tàcita, però no excloent en el cas de les parelles homosexuals.

Sembla que el sistema opera voluntàriament en el cas de l'atorgament d'una escriptura pública, però forçosament en el cas que es donin els supòsits constitutius («es considera que hi ha parella estable [...]», comença dient l'article tercer de la llei aragonesa; «es considera parella estable [...]», assenyala per la seva banda l'article segon de la llei navarresa, expressió que, això no obstant, és menys radical que el que disposa l'article primer de la llei catalana: «Les disposicions d'aquest capítol s'apliquen [...]».)¹¹

En aquests sistemes, l'escriptura pública opera, a més de com a forma alternativa de constitució, com a forma probatòria privilegiada, perquè en els al-

9. La llei navarresa elimina, com la catalana, la necessitat de convivència ininterrompuda d'un any quan la parella tingui descendència comuna, cas en el qual serà suficient la simple convivència. Aquesta excepció no és recollida en la llei aragonesa.

10. Gairebé tots els autors que han analitzat el tema consideren que es tracta de dos sistemes diferents, de manera que, en el cas que la parella estable es constitueixi mitjançant escriptura pública, no és necessari un període inicial de convivència. Tanmateix, s'han emès opinions contràries, excessivament forçades (LLEBARIA SAMPER, *Glosa crítica...*, op. cit., p. 94 i seg.).

11. El tema de fons no és si existeix una constitució tàcita, sinó si la parella pot *evitar* l'aplicació de l'estatut jurídic o aquest s'imposa necessàriament i contra la seva voluntat. En cas d'arribar a la conclusió que el sistema és totalment imperatiu, la qual cosa seria contrària als principis informadors del dret català i, sobretot, dels drets aragonès i navarrès, la parella hauria d'utilitzar mecanismes prou *esotèrics i ridículs* (interrupció de la convivència, manifestació expressa que no conviuen maritalment, etc.). Pel que fa al dret aragonès, vegeu MERINO HERNÁNDEZ, *Anexo...*, op. cit., p. 668. En comentar l'article 3 de la LA, que defineix l'«existència de pareja estable no casada», ens diu: «A partir de ahora, las parejas estables aragonesas habrán perdido un plus de su libertad, al verse regulada su situación por unas normas de cuyo encorsetamiento ellas mismas han podido querer salirse al establecer una convivencia de hecho al margen del matrimonio».

tres casos serà necessari acreditar per qualsevol mitjà admès pel dret tant l'existència de la parella com el transcurs del període de temps (art. 3.2 LA i 2.3 LN).

En aquest sistema doble, la inscripció en qualsevol registre públic només té valor probatori, merament voluntari¹² i en principi no necessàriament absolut, perquè, torno a repetir, s'han d'acreditar tant l'existència de la parella com el transcurs del temps. Així, en la disposició addicional de la llei navarresa se'ns diu que el Govern de Navarra i els ajuntaments podran crear registres de parelles estables per a «facilitar a través de la seva inscripció voluntària la prova de la seva constitució», expressió, la de *facilitar*, molt diferent a la d'*acreditar* o a la de *permetre*.

2.1.2. *Sistema d'inscripció voluntària constitutiva merament a l'efecte administratiu, però forma pública a l'efecte civil*

Les legislacions valenciana i madrilenya, que no contenen, com hem dit anteriorment, una regulació dels drets civils sobre les parelles no matrimonials, sinó purament una regulació dels drets administratius, parteixen del pressupòsit bàsic de dues persones que conviuen en parella, de manera lliure, pública i notòria, vinculades de manera estable almenys durant un període de temps ininterromput de dotze mesos, sempre que existeixi una relació d'afectivitat (art. 1.1 LV i 1.1 LM); però, a diferència de les legislacions catalana,¹³ aragonesa i navarresa, és necessari que els integrants de la parella estiguin d'acord a sotmetre's a l'estatut jurídic dissenyat pel legislador. El sistema, per tant, opera amb un caràcter purament voluntari, sense que en cap cas es pretengui imposar a la parella.

En efecte, l'article 1 de la llei valenciana assenyala que aquesta serà d'aplicació a aquelles parelles que compleixin els requisits legals fixats pel legislador i «voluntàriament decideixin sotmetre's a la mateixa mitjançant la inscripció de la unió al Registre Administratiu d'Unions de Fet de la Comunitat Valenciana».¹⁴

12. En la llei aragonesa està prevista una inscripció obligatòria, però només a l'efecte de l'aplicació de les mesures administratives: «Toda pareja estable no casada deberá ser inscrita en un Registro de la Diputación General de Aragón para que le sean aplicables las medidas administrativas reguladas en la presente Ley [...]» (art. 2 LA).

13. Amb l'excepció, tal com ja hem dit, de la unió estable homosexual.

14. Una norma idèntica es reproduïx en la legislació madrilenya, si bé, òbviament, es parla del «Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid» (art. 1.1 LM). Tanmateix, convé observar que la llei valenciana qualifica clarament aquest registre d'*administratiu*, qualificatiu que no apareix en la llei madrilenya.

I l'article 3 indica que les unions a les quals es refereix aquesta llei es «constituïran a través de la inscripció al Registre».¹⁵ La inscripció té un caràcter constitutiu, però la parella pot o no decidir si s'inscriu al Registre i, per tant, repetit, l'estatut jurídic no se'ls imposa sense més ni més, sinó que és necessari que sigui volgut expressament per la parella esmentada.

Ara bé, les legislacions valenciana i madrilenya no pretenen la regulació dels drets civils (especialment familiars i successoris) de la parella o de les unions de fet, sinó només la regulació dels drets administratius.¹⁶ L'establiment del marc jurídic civil de la convivència queda igualment a la lliure voluntat de les parts, però s'ha d'expressar necessàriament per mitjà d'una forma: l'escriptura pública. En efecte, l'article 4.1 de la llei valenciana ens diu que els membres de la unió de fet «podran establir vàlidament en escriptura pública» els pactes que considerin convenients per a «regir les seves relacions econòmiques durant la convivència i per a liquidar-les després de la seva cessació».¹⁷

2.1.3. *Sistema d'inscripció constitutiva als efectes administratius i civils*

La crítica principal que pot fer-se al legislador català (i, per derivació, també a l'aragonès i al navarrès) en relació amb les parelles heterosexuales, és que el marc jurídic dissenyat pel legislador s'imposarà, en la majoria dels casos, sense que les parelles en tinguin coneixement i, per tant, moltes vegades en contra de la voluntat d'aquestes. Per contra, les legislacions madrilenya i valenciana par-

15. En la legislació madrilenya consta un sistema idèntic (art. 3 LM). Els requisits bàsics de la parella hauran d'acreditar-se al Registre, davant de l'encarregat d'aquest, mitjançant un expedient contradictori (art. 3.1 LV i 3.1 LM). En ambdues lleis s'estableix que aquest expedient contradictori serà regulat reglamentàriament, si bé s'exigirà el testimoni de dues persones majors d'edat i en ple exercici dels seus drets civils per a acreditar la convivència lliure prèvia, pública, notòria i ininterrompuda i amb relació d'afectivitat (art. 3.2 LV i art. 3.2 LM).

16. L'article 8 d'ambdues lleis diu que, en relació amb el personal al servei, a València, de la Generalitat Valenciana i, a Madrid, de l'Administració de la Comunitat de Madrid, els convivents mantindran els mateixos beneficis reconeguts a les parelles que hagin contractat matrimoni; i l'article 9 també d'ambdues lleis assenyala que els drets i les obligacions establerts en la normativa de dret públic seran d'aplicació als membres de la unió de fet, en especial en matèria pressupostària, de subvencions i de tributs propis.

Amb caràcter excepcional, tant la llei madrilenya com la valenciana contenen una norma de clara naturalesa civil i no administrativa: en el cas que no s'hagi pactat res sobre el repartiment de les càrregues relatives al sosteniment de la unió, els membres de la unió hi contribuiran equitativament i proporcionalment als seus recursos (art. 4.2 LV i 4.3 LM).

17. El mateix s'indica en l'article 4.1 LM. Res es diu sobre els efectes successoris de la parella que han de seguir la normativa general establerta pel Codi civil, que, com sabem, de moment no considera els convivents *more uxorio*.

teixen d'una base clarament voluntària, encara que amb efectes molt limitats, i de caràcter essencialment administratiu.

Potser per aquest motiu la llei balear s'ha separat del sistema de constitució previst per la llei catalana i ha optat clarament per un sistema de tall voluntari, però no sobre la base de l'escriptura pública (com estableix el dret català per a les parelles homosexuals), sinó sobre la base de la inscripció (com estableixen els drets valencià i madrileny). N'hi ha prou amb la lectura de l'article 1.2 de la llei balear, que ens diu que, perquè sigui d'aplicació la Llei, els membres de la parella hauran de complir els requisits i les formalitats que s'hi preveuen, no podran patir cap impediment que afecti algun d'ells o la seva relació i podran «inscriure's voluntàriament al Registre de Parelles Estables de les Illes Balears». I, per si hi hagués algun dubte, a continuació indica que «la inscripció en aquest registre té caràcter constitutiu».

Davant de l'alternativa del sistema català (forma constitutiva o adquisició tàcita), el sistema balear ha optat per una forma constitutiva, però seguint erròniament les legislacions valenciana i madrilenya, que, com acabem de dir, regulen només un marc administratiu, i ha imposat la inscripció al Registre que es crea a aquest efecte amb un valor constitutiu. En el fons, s'ha substituït l'escriptura pública *ad solemnitatem* prevista per a les unions estables homosexuals en el dret català, per una inscripció constitutiva, en aquest cas per a tot tipus de parelles, inscripció que «pretén tenir» el mateix contingut que l'escriptura pública.

Ara bé, dotar d'un valor constitutiu la inscripció no vol dir que aquesta absorbeixi el títol objecte d'inscripció, sigui quin sigui. En efecte, l'article 1 LB ens indica que els membres de la parella hauran de complir «les formalitats que es preveuen [...] i inscriure's [...]»); l'article 2.1*d* LB estableix que no podran constituir parella estable els qui formin parella estable amb una altra persona, «inscrita i formalitzada degudament»; l'article 8.2 LB obliga a deixar sense efecte la «declaració formal que s'hagi atorgat», i, finalment, en la disposició final primera de la llei balear s'indica que en el Registre de Parelles Estables de les Illes Balears s'han d'inscriure necessàriament «les declaracions formals de constitució de parelles estables, les modificacions i les extincions, qualssevol que siguin les seves causes». El títol formal existeix, però el legislador no ens diu quan ha d'entendre's «degudament formalitzat», i, en tot cas, el cert és que la inscripció adquireix mitjançant una disposició legal el caràcter constitutiu que té l'escriptura *per se* en el sistema català (només per a les unions homosexuals).¹⁸ Ja d'en-

18. La disposició final primera ens diu que en el termini d'un mes a comptar des de la publicació de la Llei, el Govern de les Illes Balears aprovarà un decret mitjançant el qual es creïn i es

trada ens trobarem amb altres «parelles de fet» que no estaran sota la cobertura de la llei (les formalitzades i no inscrites).

2.2. UNA PROPOSTA: L'ADOPCIÓ DEL MODEL FORMAL AMB CARÀCTER GENERAL

Com acabem de veure, el sistema doble català no ha estat seguit pels altres ordenaments jurídics que han intentat crear un marc jurídic per a determinades parelles de fet. També acabem de veure que s'han seguit dues línies evolutives: o bé el sistema aformal previst pel legislador català per a les parelles heterosexuals o bé el sistema formal previst pel legislador català per a les parelles homosexuals (si bé substituint l'escriptura pública per la inscripció constitutiva).

Segons la nostra opinió, quan el legislador intenta regular les «parelles de fet», enteses com un tot, aquestes deixen de ser-ho i es converteixen, es digui o no es digui, en una institució jurídica paral·lela i alternativa al matrimoni. Aquestes unions «institucionalitzades» pel legislador són creadores de veritables estats civils i productores d'efectes jurídics. Ara bé, no es pot fer equivalent el reconeixement d'efectes jurídics del «fet de determinada convivència» amb el «negoci jurídic» volgut per les parts per a la consecució de les seves finalitats; i, sobretot, no es pot «imposar» tot un marc jurídic a unes persones que en la majoria dels casos no en seran coneixedores. I que no se'm digui que això també passa en el matrimoni, perquè els esposos poden desconèixer el seu règim jurídic, però no que el seu matrimoni té conseqüències jurídiques. Per tant, si els membres d'una vertadera parella de fet volen sortir del món dels fets i passar al del dret, que ho expressin, que consentin sobre aquest fet, amb coneixement i voluntat. Les legislacions valenciana, madrilenya i, especialment, balear, no tenen cap altre sentit.

Però, ben entès, i això és important, que amb això no volem dir que el «fet de viure en parella» no hagi de tenir, o no pugui tenir, conseqüències jurídiques, i que fins i tot aquestes siguin molt semblants al disseny ideat pel legislador, aquests efectes jurídics s'han d'avaluar fora d'un marc estatutari previ¹⁹ i s'han

regulin «l'organització i la gestió del Registre de Parelles Estables de les Illes Balears». No sembla que el terme *organització*, i encara menys el terme *gestió*, hagin de ser el camp de regulació dels títols formals objecte d'inscripció.

D'altra banda, les referències a les declaracions formals tenen raó de ser segurament en el procés de tramitació parlamentària de la Llei.

19. D'altra banda, el legislador delimita un tipus de parella de fet. Això no vol dir que aquelles que no responen a aquesta definició legal no siguin generadores d'efectes jurídics, ni que aquests efectes no siguin molt similars als establerts per a les parelles de fet *legals*. Ja he exposat aquest tema en una altra ocasió: GARRIDO MELERO, *Derecho de familia, op. cit.*, p. 86-87, obra en la qual s'intenta acotar el règim jurídic de les «altres unions de fet».

de produir en el moment de la «ruptura», en què hi pot haver interessos necessitats de protecció, però mai durant la convivència.

Doncs bé, el negoci jurídic requereix una forma, i en aquest camp no hi ha millor elecció que l'escriptura pública. En resum, el sistema que s'ha de seguir és el balear, si bé s'ha de canviar, seguint la línia ja ideada pel legislador català, la inscripció constitutiva per l'escriptura constitutiva. No serà sobrer que intencem justificar aquesta proposta, perquè de vegades passa desapercebuda.

1. Hi ha un paral·lelisme indubtable entre el matrimoni i la unió estable regulada pel legislador, ja que, després, la forma de «regulació de la convivència» en l'un i en l'altra és la mateixa. Ho encerten plenament les legislacions aragonesa, madrilenya i valenciana, que exigeixen, igual que per als cònjuges o els futurs contraents, l'escriptura pública com a forma d'expressió del conveni. És més, amb gran perspectiva, la disposició addicional primera de la llei aragonesa ens diu que «el règim de convivència i de drets i obligacions de la parella estable no casada, pactat en escriptura pública, adquirirà el valor de capitulacions matrimonials, en cas que els membres de la parella contraguessin matrimoni, si així ho haguessin acordat expressament en l'escriptura». No podem estar d'acord amb el sistema documental previst pels legisladors català i navarrès (document públic o privat) i ens sembla il·lògic el sistema balear, el qual, enfront d'una inscripció constitutiva, concep un pacte formalitzat per mitjà de qualsevol «forma admesa en dret, oral o escrita».

I encara més: l'escriptura de capítols matrimonials té en el dret català un profund arrelament i una profunda acreditació i no hi ha motiu perquè, en els temps actuals, aquesta forma quedi circumscrita a la família matrimonial. El «document de convivència», s'anomeni com s'anomeni, és un document capítular.

2. Establert això anterior, si es vol establir una diferència real entre les unions legals i les unions matrimonials, ha de ser en les formes de constitució i de dissolució. Aquestes han de ser, si se'm permet l'expressió, «més fàcils i més privades». És possible i recomanable que, alhora que es convé el règim de convivència, es constitueixi la unió. No és necessari acudir a dues instàncies quan el poder públic ja té una institució dissenyada per a aquesta funció: el notari pot «formalitzar» o «celebrar» la unió i pot «formalitzar-ne» l'extinció. Sempre, evidentment, com a garant de l'estat de dret, quedarà el poder judicial, perquè les persones interessades puguin entendre sobre els seus drets.

I en això ha encertat plenament el legislador català quan ha ideat l'escriptura constitutiva de la unió homosexual i s'equivoca el legislador balear quan converteix en constitutiva una inscripció en un registre, oblidant-se que ni tan sols

en el matrimoni la inscripció té el valor esmentat. Però encara que poguéssim fer equivalent com a «forma constitutiva» l'escriptura a la inscripció, aquesta no podria substituir mai el valor de la primera, la qual porta incorporada la prestació d'un servei d'assessorament jurídic en matèria de successions i familiar.

3. Finalment, i des del punt de vista econòmic, les inscripcions, tant la voluntària com l'obligatòria, civil o administrativa, produeixen uns costos que han de repercutir-se mitjançant l'aplicació de les taxes corresponents o, si escau, les imposades. En aquest camp, el sistema de l'escriptura pública sempre serà molt més «barat» per a les persones interessades per tot el que s'ha indicat anteriorment. I més encara: el sistema notarial espanyol de «subvencions creuades» porta que el preu de l'escriptura constitutiva de la unió, i, al seu torn, o a més, reguladora d'aquesta (un dels documents «subvencionats»), estigui per sota del cost del servei.

En resum, es tracta d'aplicar a la regulació de cert tipus d'unions de fet (les definides pel legislador) el mateix sistema documental previst per al matrimoni (el sistema capitular). I, a més, es tracta de considerar que aquest també pot ser, a diferència del matrimoni, suficient per a la constitució d'aquelles (escriptura merament constitutiva).²⁰

3. LES CIRCUMSTÀNCIES PERSONALS (LA QÜESTIÓ DEL VEÏNATGE CIVIL)

El notari ha de fer constar les circumstàncies personals de cada un dels compareixents d'acord amb la legislació notarial (edat, domicili, professió i estat civil). A excepció de l'edat (que sol constar en els documents d'identificació), les altres circumstàncies es consignen, per regla general, per mera manifestació del compareixent i, per tant, sense necessitat d'acreditació directa o indirecta.

Els compareixents de l'escriptura que estem comentant tenien veïnatge civil català, un adquirit per naixement i l'altre, per residència a Catalunya. En al-

20. LLEBARIA SAMPER, *Glosa crítica...*, *op. cit.*, p. 92, es pregunta amb una evident intenció crítica: «¿Bodas en las notarías?». I, malgrat això, l'escriptura constitutiva d'una unió homosexual en realitat és això: la substitució de la cerimònia civil del matrimoni per una cerimònia paral·lela. En el document objecte del nostre comentari, els compareixents i els testimonis es «van comportar psicològica i socialment com si es casessin».

A més, segons la meua opinió, no hi ha raons, pels mateixos arguments que els esgrimits per a les unions estables, per a negar la formalització de les unions matrimonials mitjançant escriptures constitutives de matrimoni.

tres casos ens hem trobat amb parelles que tenien veïnatges civils diferents i fins i tot nacionalitats diferents. Quin criteri hem de seguir?

3.1. CRITERIS COMPETENCIALS

La llei catalana conté una regla competencial que assenyala que almenys un dels membres de la parella ha de tenir «veïnatge civil a Catalunya» (art. 1.1 i 20.2 LC). La regla ens diu dues coses: que la legislació catalana s'ha d'aplicar amb independència del veïnatge i de la nacionalitat d'un dels membres de la unió, ja que és suficient que un tingui el veïnatge civil català, i que el criteri de connexió serà el veïnatge civil, i no cap altre possible, com ara el de la residència habitual de la parella durant la convivència o l'immediatament posterior a la constitució d'aquella. En ambdós casos es tracta d'una regla de competència legislativa.

Els primers comentaristes de la llei han observat que la fixació d'un criteri competencial per a resoldre els conflictes de lleis en l'espai correspon a l'Estat.²¹ Potser per aquesta raó la normativa aragonesa omet tota regla relativa a aquesta qüestió, que, tanmateix, «reneix» en la regulació navarresa («Les disposicions de la present llei s'aplicaran a les parelles estables quan, almenys, un dels seus membres tingui el veïnatge civil navarrès» (art. 2.3 LN)) i en la legislació balear, encara que amb una important matisació («Per poder acollir-se a aquesta llei, com a mínim un dels membres ha de tenir el veïnatge civil a les Illes Balears i s'exigeix la submissió expressa d'ambdós al règim establert per aquesta» (art. 2.2 LB)).²²

21. S'ha parlat fins i tot de *norma inconstitucional o de dubtosa constitucionalitat*. Així, GARRIDO MELERO, *Derecho de familia, op. cit.*, p. 107; LLEBARÍA SAMPER, *Glosa crítica...*, *op. cit.*, p. 110; GINEBRA MOLINS, *Conflicto de leyes...*, *op. cit.*, p. 435; BOUZA VIDAL, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1.155-1.159, o CERDÀ GIMENO, «Un retorno, a mi pesar...», *op. cit.*, p. 113. Aquest darrer autor va més enllà fins i tot de la possible inconstitucionalitat de la norma autonòmica en conflicte: «A mi modo de ver, y sin pretensiones dogmáticas por mi parte, no parece posible entender que la posible legislación autonómica sobre parejas no casadas sea a modo de desenvolvimiento (“desarrollo”, “modificación” de...) de un algo inexistente. La causa de inconstitucionalidad parece clara y la consecuencia directa, previsible. Lo que pudiera ocurrir en el ínterin ya es otra cosa, otra historia».

22. Les lleis valenciana i madrilenya utilitzen diferents criteris, però convé no oblidar que són lleis purament administratives. Així, l'article 1.3 LV diu que «aquesta Llei únicament serà d'aplicació a aquelles unions en les que, al menys, un dels membres estigui empadronat a la Comunitat Valenciana»; i l'article 1.2 LM diu que «esta Ley únicamente será de aplicación a aquellas uniones de hecho en las que, al menos, uno de los miembros se halle empadronado y tenga su residencia en la Comunidad de Madrid». Es prescindeix, com veiem, del veïnatge civil, la qual cosa és lògica, perquè no es tracta pròpiament de lleis civils i, per tant, s'escull el criteri administratiu de l'empadronament.

3.1.1. *Problemes derivats de la coexistència de legislacions*

D'acord amb això anterior, la pregunta salta a la vista: quina legislació és aplicable quan un membre de la parella és català i l'altre és navarrès? La llei catalana o la llei navarresa? És cert que moltes de les disposicions d'ambdues normatives són paral·leles, però, evidentment, aquesta no és la qüestió de fons.

Les formes de constitució de la unió seran importants també en aquest punt. Quan la forma de constitució és formal (mitjançant escriptura pública), podem entendre que els integrants de la unió «accepten» sotmetre's a una legislació concreta i, per tant, pacten i convenen els seus drets i les seves obligacions en relació amb la legislació esmentada i no en relació amb una altra. Potser per aquest motiu la llei balear, que conté una norma interconflictual similar a la catalana i a la navarresa, afegeix alguna cosa més, tal com hem vist anteriorment.

Però el problema no queda resolt de cap de les maneres.

1. És cert que els dos membres de la parella poden pactar amb certa llibertat, a l'empara d'una legislació, els drets i les obligacions de la parella, però aquests pactes no poden afectar tercers.

Posem-ne un exemple: el legislador català ha establert un dret successori abintestat especial per a la unió estable homosexual, de manera que, a falta de descendents i d'ascendents d'un membre de la parella, seran cridats a la successió del premort el sobrevivent i els col·laterals d'aquell, dins del segon grau de consanguinitat o d'adopció, i els fills o les filles d'aquests (art. 34.1*b* LC). Per contra, la llei navarresa es limita a modificar l'apartat 5 de la Llei 304 de la jurisdicció nova i equipara el cònjuge amb la parella estable en la successió dels béns no troncal, en la qual són cridats amb preferència al cònjuge (i ara a la parella) en primer lloc els fills, en segon lloc els germans de doble vincle i els descendents dels premorts, en tercer lloc els germans de vincle senzill i els descendents dels premorts i, finalment, els ascendents de grau més pròxim.

La pregunta sembla òbvia: en el cas d'una parella catalanonavarresa, si mor el navarrès, tindran els seus parents i l'altre membre de la parella els drets successoris previstos en la legislació catalana o, al contrari, els previstos en la legislació navarresa? És a dir, en cas que hi hagi germans, tindrà drets successoris el sobrevivent? Què passarà en el cas contrari?

Tornarem sobre aquesta qüestió més endavant.

2. Hem dit que les parts són lliures de pactar les seves regles, però també sabem que, juntament amb els sistemes formals de constitució, existeixen els aformals (pel transcurs del temps). El conflicte torna a sorgir.

Posem un altre exemple sobre la base del mateix tipus de parella de veïnatge diferent (en aquest cas, catalanoaragonesa). A falta de pacte, el legislador català estableix un concepte ampli de despeses comunes, entenent que són tals, entre altres, «les de conservació o millora dels habitatges o altres béns d'ús de la parella» (art. 4.1 i 23.1 LC). La norma es repeteix, però no de manera igual, en la legislació aragonesa, ja que en aquesta són despeses comunes, entre altres, les relatives a l'«habitatge» (art. 5.3 LA). No fa falta dir que en aquesta parella serà necessari determinar si les despeses relatives a altres habitatges són considerades comunes o no. Evidentment, si ho han pactat no hi haurà cap problema, però la qüestió és precisament què passa quan no ho han fet i quan no s'han sotmès expressament o tàcitament a una llei.²³

Posem un altre exemple, en aquest cas, sobre la base d'una suposada parella que porta convivint un any a Catalunya, sent l'un navarrès i l'altre català, i que no ha realitzat cap tipus de manifestació o de conveni sobre això. Per al legislador navarrès existirà una «parella estable»,²⁴ ja que ha transcorregut un any (art. 2 LN); però no ho serà per al legislador català, que exigeix un mínim de dos anys (art. 1 LC).²⁵ Què passarà si es trenca la parella i un dels membres, el navarrès, per a fer-ho més fàcil, exigeix a l'altre una pensió o una compensació de conformitat amb la legislació navarresa?²⁶ S'haurà de concedir la pensió esmentada?

3.2. LA QÜESTIÓ EN LA DOCTRINA

La doctrina, en general, ha vist que ens trobem amb un problema d'aplicació de la llei, però no s'ha atrevit a donar solucions concretes.²⁷

23. En aquest supòsit concret, podem interpretar que, quan l'article 5.3 es refereix a «habitatge», s'està referint a les despeses originades per l'habitatge, i no a un sol habitatge. Per a l'exemple que estem posant en el text la solució és indiferent, ja que es tracta d'observar un supòsit concret i imaginari de col·lisió. D'altra banda, no s'ha d'oblidar que el nou dret català té un concepte molt ampli de despeses familiars per a la família matrimonial (art. 4 CF), que s'exporta, com no podia ser d'altra manera, a les unions estables. Aquest concepte no existeix en el dret aragonès.

24. Donem per fet que s'han complert la resta de requisits.

25. I quan ens trobem amb una parella del mateix sexe que no hagi formalitzat la seva unió? Segons el dret català, no existirà com a tal, a causa de l'existència d'un requisit formal constitutiu (art. 21 LC); però, en canvi, sí que existirà segons el dret navarrès (art. 1 LN).

26. Articles 5.4 i 5.5 LN.

27. Per exemple, ROCA TRIAS, *Institucions...*, *op. cit.*, p. 461, deixa plantejat, sense solucionar-lo, el cas que els convivents visquin fora de Catalunya i almenys un d'aquests tingui veïnatge civil català. Per a aquesta autora, la finalitat de la norma de connexió de l'article 1.1 LC no és altra que evitar el turisme sexual, per a buscar la llei més beneficiosa al reconeixement d'efectes.

De tota manera, sí que s'han realitzat certes preses de posició. Així, s'ha donat per segur que en el cas d'una parella composta per un murcià i una catalana s'aplicaran a la successió del primer les normes successòries de la LC, amb preferència i exclusió del Codi civil;²⁸ o que s'aplicaran les disposicions catalanes sobre unions estables als convivents que tinguin veïnatge civil català o, a falta de veïnatge civil comú, als que tinguin residència habitual a Catalunya;²⁹ o que només serà possible l'aplicació de la llei aragonesa quan ens trobem amb dues persones de veïnatge civil aragonès o la llei catalana quan estiguem en presència d'una parella que resideixi a Catalunya i un dels seus membres sigui català.³⁰

3.3. UNA PROPOSTA DE NORMATIVA APLICABLE A LES PARELLES AMB DIFERENTS VEÏNATGES CIVILS

El Codi civil no conté cap norma per a regular els conflictes de lleis que puguin derivar-se de la coexistència dins de l'Estat de diverses lleis que regulen o pretenen regular les parelles de fet. D'altra banda, hem vist que la majoria dels legisladors intenten establir regles competencials que col·lideixen entre si i que són excloents. No hi ha altre remei que intentar aplicar per «analogia» algunes de les normes de conflicte previstes pel legislador per a una altra institució que presenta uns contorns similars: el matrimoni.³¹

Seguint allò disposat en els articles 9.2 i 9.3 del Codi civil i adaptant-los degudament a les parelles i a les seves formes de constitució, podem assenyalar el quadre normatiu següent:

Tanmateix, s'han realitzat importants reflexions generals sobre la qüestió dels conflictes internacionals i interregionals (vegeu CERDÀ GIMENO, «Un retorno, a mi pesar...», *op. cit.*, p. 205 i seg., on l'autor defensa el mètode de la «repartició» (*dépeçage*), és a dir, opta per aplicar diferents elements a l'*estatut jurídic* de les parelles no casades, cosa que permetrà «la aplicació de la norma o punto de conexión correspondiente a cada efecto jurídico derivado de la relación y cuya pretensión en juicio pueda deducirse».

28. LLEBARÍA SAMPER, *Glosa crítica...*, *op. cit.*, p. 110. És possible que el discurs crític de l'article porti l'autor a aquesta afirmació, sense intentar salvar —o donar solució a— possibles conflictes de lleis en l'espai.

29. Així, MARTINELL GISPERT-SAUCH, *La Llei d'unions...*, *op. cit.*, p. 72. L'autor es basa en les conclusions de FONTANELLAS MORELL, «Noves perspectives per a una regulació de les unions de fet en el dret internacional privat espanyol», *Uniones de hecho*, *op. cit.*

30. MERINO HERNÁNDEZ, annex «Ley de parejas...», *op. cit.*, p. 655 i seg.

31. Sobre la diferència entre *analogia iuris* i *analogia legis* en aquesta matèria, vegeu FONTANELLAS MORELL, *Noves perspectives...*, *op. cit.*

1. En el cas que dues persones tinguin el mateix veïnatge civil, serà d'aplicació la legislació relativa a les parelles de fet corresponent al veïnatge esmentat, i això amb independència del lloc de residència i de la llei que s'apliqui al lloc on aquelles resideixin. És a dir, per exemple, per a dos catalans, a l'efecte civil, que convisquin a Navarra, s'ha d'entendre que el període de convivència mínim serà el de dos anys, i no el d'un. Per simple aplicació d'allò disposat en el primer paràgraf de l'article 9.2 CC, en connexió amb l'article 16.1 CC.

2. En el cas que les dues persones tinguin diferent veïnatge civil, serà necessari distingir si la constitució ha estat formal (mitjançant escriptura pública) o aformal (pel transcurs del temps).

a) En el cas que la parella s'hagi constituït mitjançant escriptura pública, és evident que podran convenir el seu «règim de convivència» i els seus efectes personals d'acord amb un criteri de llibertat ampli, aollint-se a la llei corresponent al veïnatge civil o a la residència habitual de qualsevol d'ells en el moment de l'atorgament. Malgrat que existeix una evident «clonació» de les lleis civils que regulen les parelles fetes, és cert que els principis informadors dels diferents ordenaments civils poden portar a diferents (i fins i tot oposats) criteris sobre la possibilitat o no de convenir sobre determinats drets (per exemple, sobre les limitacions derivades de l'habitatge habitual). Segons la nostra opinió, els convivents *vigui uxorio* tindran plenes facultats per a la seva «autoregulació» dins del camp de lleis que hem esmentat anteriorment i no hauran d'acollir-se necessàriament a la llei de la seva residència habitual. En el fons, no és més que una aplicació d'allò disposat en els articles 9.3 i 9.2, segon incís, del CC, en connexió amb l'article 16.1 CC.

b) En el cas que la parella no hagi manifestat el seu desig de constituir-se com a tal, és a dir, que ens trobem davant d'una «adquisició» de l'«estatus» pel transcurs del temps i pel compliment sense cap formalitat dels requisits establerts pel legislador, i els seus membres tinguin, com diem, diferent veïnatge civil, no sembla que puguem seguir un altre criteri que el d'aplicar la llei corresponent al lloc de la residència habitual de la parella esmentada (la llei del lloc on estan convivint). Segons aquesta interpretació, en el cas que ens trobem amb una parella catalanonavarresa que conviu a Catalunya, els serà d'aplicació la llei catalana i, en conseqüència, necessitaran dos anys per a «constituir-se» com a «unió legal»; si conviuen a Navarra, la llei navarresa serà l'aplicable i, en conseqüència, necessitaran només un any per a «constituir-se» com a «parella estable»; però si resideixen en una comunitat sense regulació pròpia o comuna, no sembla que els hagi de ser d'aplicació ni la legislació navarresa ni la catalana.³²

32. Entenem que no els serà d'aplicació cap de les lleis que els corresponen d'acord amb el seu veïnatge civil. Això no vol dir que, en cas de conflicte entre els membres d'aquesta parella no

És a dir, en aquest cas sembla que hem d'acudir a un criteri territorialista i no personalista d'aplicació de la llei.

Però aquests criteris no resolen ni de bon tros tots els problemes.³³ Sens dubte, estem d'acord amb l'afirmació realitzada que el règim de resolució dels conflictes per coexistència de diverses lleis en l'espai haurà de seguir el «mètode de la repartició». Així, per exemple, la capacitat dels convivents o el seu règim successori, que després veurem en particular, haurà de regir-se pel dret personal respectiu; les formes de constitució, d'acord amb els principis alternatius de l'article 11 del Codi civil; i, finalment, l'estatut dels béns immobles, per la *lex rei sitae*.

4. LA INTERVENCIÓ

L'escriptura de constitució d'una unió estable ha de ser atorgada pels dos membres de la parella. En la legislació catalana no es diu res de si s'admet o no la intervenció per poder, bé d'un o dels dos membres de la parella. On res es diu, tot és possible. Això no obstant, convé no oblidar que existeix un cert paral·lelisme entre la «celebració» del matrimoni i la «celebració» d'una unió estable homosexual, per la qual cosa tota la doctrina acumulada sobre la intervenció per apoderament en el negoci jurídic matrimonial podrà ser aplicable a aquests supòsits (en especial, la no-admissió del doble apoderament, la necessitat que, almenys, un dels membres de la unió estable hagi de comparèixer davant de l'instrument públic i els efectes de la revocació del poder).

Un cas diferent és el joc de l'escriptura pública en el cas de les unions estables heterosexuales: si aquesta és també constitutiva (la parella no ha conviscut el temps previst per la llei), seran d'aplicació les mateixes conclusions que obtinguem en relació amb les unions estables homosexuals; però si és merament declarativa (la parella ha conviscut el temps previst per la llei i només vol declarar sobre l'existència de la unió), no hi ha cap motiu per a no admetre la doble representació.

legal, d'aquesta veritable parella de fet, el jutge no hagi de fer servir unes solucions *semblants* a les establertes pels dos legisladors, a partir simplement del principi general que ningú pot enriquir-se a costa d'una altra persona sense causa i a partir del principi constitucional de protecció de la llar *familiar*.

33. Així, per exemple, haurem de preguntar-nos sobre els efectes que produeixen els canvis de residència successius de la unió estable en fase de formació: una parella mixta viu inicialment a Navarra durant gairebé un any, després es trasllada a Catalunya i finalment va a viure en una comunitat on no hi ha regulació sobre les parelles de fet. Quina legislació apliquem? Cap? La primera?

5. ALTRES COMPAREIXENTS (LA PRESÈNCIA DE TESTIMONIS)

El dret notarial no exigeix en l'actualitat que, amb caràcter general, compareguin dos testimonis en les escriptures públiques, llevat que es donin circumstàncies especials en els compareixents o que el notari o els compareixents mateixos ho sol·licitin. Un altre cas diferent és l'acta de notorietat, en el qual el notari ha d'acudir a la prova testifical, entre altres proves.

Per la seva banda, el legislador català no ha esmentat la necessitat o no de la presència de testimonis en l'escriptura pública, circumstància que tampoc es preveu en les altres legislacions.³⁴

En l'escriptura objecte del nostre comentari compareixen dos testimonis, elegits pels atorgants de la unió, la funció dels quals és paral·lela a la dels testimonis en la celebració del matrimoni. La capacitat per a ser testimoni pot ser exigida per la legislació notarial (o, si escau, per la legislació substantiva de què es tracti), però no per la Llei d'enjudiciament civil.

6. EL JUDICI DE CAPACITAT

El notari ha d'apreciar la capacitat del subjecte en el negoci jurídic que es pretén atorgar. No es tracta només d'una apreciació fàctica, sinó també d'una apreciació jurídica: ha d'analitzar-se el negoci jurídic i, partint d'aquest, fer constar que els compareixents tenen capacitat suficient per al negoci esmentat. Partim ara del supòsit que els compareixents són els atorgants mateixos del document, és a dir, la parella mateixa, deixant a part els problemes derivats de la representació que ja hem apuntat anteriorment.

Aquesta apreciació de la capacitat ha de moure's en diversos camps:

6.1. CAPACITAT INTEL·LECTIVA SUFICIENT PER AL NEGOCI

El notari ha d'apreciar que els integrants tenen capacitat natural i suficient edat per al negoci de què es tracta. La comprovació de l'edat dels atorgants pot realitzar-se simplement mitjançant l'exhibició del document nacional d'identitat

34. Malgrat això, ja hem vist que els drets administratius valencià i madrileny consideren que en l'expedient administratiu contradictori haurà d'acreditar-se, davant de l'encarregat del Registre i de dos testimonis, la convivència prèvia lliure, pública, notòria i ininterrompuda i amb relació d'afectivitat.

o qualsevol altre document d'identificació on consti la data de naixement, però la comprovació de la capacitat natural serà, en principi, purament fàctica, sense que hagi de justificar-se la inexistència d'una sentència d'incapacitació.³⁵ Passa el mateix en els altres negocis jurídics que s'autoritzen per un notari.

La llei catalana assenyalava que no poden constituir una unió estable homosexual els menors d'edat (art. 20.1a LC) i que els integrants d'una unió heterosexual han de ser majors d'edat (art. 1 LC). Sembla que queden exclosos d'aquesta norma els menors emancipats, però la qüestió no és tan clara, entre altres, per tres raons: perquè el matrimoni es permet als menors d'edat emancipats, perquè les limitacions relatives als menors han d'entendre's restrictivament i, finalment, perquè els menors emancipats han de considerar-se majors a tots els efectes. Considerem capaços o no els menors emancipats? Una posició prudent ens ha de portar a negar-los capacitat i, per tant, a no prestar la funció notarial, però no creiem que sigui el criteri que s'imposi definitivament, d'acord amb el que diem a continuació.³⁶

La llei aragonesa es refereix als majors d'edat (art. 1 LA) sense resoldre la qüestió de si hem de considerar com a tals, a aquests efectes, els menors emancipats.³⁷ Per contra, la legislació navarresa ja preveu els «majors d'edat o menors emancipats» (art. 2.1 LN), igual que la valenciana (art. 2.1a LV), la madrilenya (art. 2.1a LM) i, finalment, la balear (art. 2.1a LB). Per tant, els legisladors de les diferents comunitats admeten la capacitat dels menors d'edat emancipats.

Deixem plantejades algunes qüestions i apuntem alguna solució:

a) Quan la unió es constitueix formalment, l'edat (bé sigui la majoria d'edat o la de setze anys) ha de tenir-se, evidentment, en el moment de prestar el consentiment per al negoci jurídic. Però, i quan el negoci estigui en via de constitució pel transcurs del temps? Ha de tenir-se l'edat al final del procés o al principi? I, més generalment, la capacitat natural ha de tenir-se durant tot el temps de durada de la convivència? Si considerem que en la «convivència» existeix un cert consentiment a l'efecte jurídic derivat d'aquesta, no tindrem més remei que exigir la capacitat en tot el procés i l'edat mínima *ab initio*.

35. Mantenim en el text la necessitat d'acreditar determinades circumstàncies mitjançant l'exhibició d'un certificat literal de naixement, on poden fer-se constar modificacions de l'estat civil de les persones.

36. Sembla que el legislador català ha volgut considerar exclusivament els majors d'edat i ha volgut excloure els menors d'edat, estiguin o no emancipats. En el text parlem d'una posició conservadora; però una altra posició, no necessàriament imprudent, és admetre que els menors emancipats no poden atorgar una escriptura constitutiva d'una unió estable, però sí regular els pactes d'una unió paral·lela a la «unió estable» conceptualada pel legislador.

37. Per a MERINO HERNÁNDEZ, annex «Ley de parejas...», *op. cit.*, p. 658, no són majors d'edat a aquests efectes els emancipats segons el Codi civil, però sí els menors d'edat aragonesos que han rebut el benefici de la majoria d'edat.

b) Si partim del fet que els diferents legisladors parteixen d'una edat diferent per a «contreure» la unió, ens trobem amb un nou problema de coexistència de legislacions en el cas de persones amb diferents veïnatges. La solució només pot venir de l'aplicació de les normes generals de capacitat en el dret internacional i interregional, és a dir, de l'estatut personal.

c) En el cas de la relació matrimonial, es permet que l'autoritat judicial pugui autoritzar el matrimoni de persones que no tenen, en principi, capacitat suficient per a contreure matrimoni: es tracta dels menors d'edat, majors de catorze anys i no emancipats. Podem aplicar una solució similar en el cas de les unions de fet, especialment heterosexuales, quan es donin unes circumstàncies similars a les que poden justificar el matrimoni de les persones esmentades? La falta de cobertura legal fa difícil l'extensió a les unions legals d'allò disposat per al matrimoni.

Finalment, només cal dir que les persones que volen constituir una unió legal no han d'estar afectades per alguna deficiència o anomalia psíquica que no els permeti prestar el seu consentiment a la unió. Es tracta d'un principi general que no requereix que sigui expressat legalment, encara que el podem trobar explícit en la llei de la Comunitat de Madrid sobre unions de fet (art. 2.1a LM).

6.2. INEXISTÈNCIA DE VICIS DE VOLUNTAT

La llei catalana no esmenta en cap moment³⁸ que en la constitució de la unió no hi ha d'haver vicis de voluntat. Certa referència a la inexistència d'aquests es dona en les lleis valenciana, madrilenya i balear, que exigeixen una convivència en parella de «manera lliure» (art. 1.1 LM, art. 1.1 LV i art. 1.1 LB).

6.3. IMPEDIMENTS (ABSOLUTS I RELATIUS)

En matèria matrimonial, la doctrina parla d'impediments absoluts (impedeixen la relació amb qualsevol persona) i relatius (impedeixen la relació únicament entre els membres de la parella).

La llei catalana, en distingir les unions per raó del sexe dels integrants, ha establert un criteri diferent per a les parelles heterosexuales i les parelles homosexuals. A les primeres, se'ls exigeix simplement que no tinguin cap impediment

38. No té per què fer-ho, ja que és suficient aplicar la teoria general dels negocis jurídics.

per a contreure matrimoni «entre si», expressió que pot donar lloc a equívocs,³⁹ mentre que, a les segones, se'ls exigeix, amb més precisió, que no existeixin impediments relatius (els parents en línia recta per consanguinitat o adopció i els parents col·laterals per consanguinitat o adopció dins del segon grau) i absoluts (les persones que estiguin unides per un vincle matrimonial o que formin una parella estable amb una altra persona) (art. 1.1 i 20.1 LC).

El sistema enumeratiu previst pel dret català per a les parelles homosexuals ha estat seguit per les altres legislacions (art. 2.1 LA i art. 4 LN), si bé algunes han estès l'impediment per a constituir una unió estable als col·laterals per consanguinitat o adopció dins del tercer grau (art. 2 LB, art. 2.1 LM i art. 1 LV).

Per tant, les parelles de fet els integrants de les quals són persones que es troben unides amb vincles matrimonials, no poden «constituir-se», bé formalment o bé pel transcurs del temps, com a «parelles legals».⁴⁰ Aquesta limitació ha estat una de les més criticades de les noves lleis, precisament perquè són aquest tipus de «parelles de fet» les que més han requerit un tractament legal. Per a alleugerir els efectes perversos de l'impediment, s'admet en el dret català (òbviament, només per a les parelles heterosexuales) una certa «conversió» del temps de la convivència, i s'assenyala que, en el cas que un dels membres de la parella, o tots dos, estigui lligat per vincles matrimonials, el temps de convivència transcorregut fins al moment en què l'últim obtingui la dissolució del vincle matrimonial o, si s'escau, la nul·litat, s'ha de tenir en compte en el còmput del període (art. 1.3 LC).⁴¹

6.4. PROHIBICIONS

La llei catalana ha establert una prohibició temporal per a constituir una unió estable per mitjà d'una escriptura pública: en el cas de «ruptura de la convivència», els convivents no poden tornar a «formalitzar» una unió estable amb una altra persona mitjançant escriptura pública fins que no hagin transcorregut sis mesos des que van «deixar sense efecte» el document públic corresponent a

39. Vegeu, per a més detalls, GARRIDO MELERO, *Derecho de familia, op. cit.*, p. 97-98, en la qual defeno una interpretació correctora de l'article 1.1 LC, per tal que aquest assoleixi el mateix contingut que l'article 20.1 LC. Molt críticament vers la diferència de tractament entre les parelles heterosexuales i les parelles homosexuals en aquest punt s'ha manifestat MARTÍN CASALS, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1.218.

40. El principi es manté en totes les legislacions, excepte en la Llei de la Comunitat de Madrid, que es refereix a «las personas ligadas por el vínculo matrimonial no separadas judicialmente».

41. En la legislació navarresa es fa una precisió idèntica (art. 2.2 *in fine* LN).

la convivència anterior (art. 17 i 29 LC). Es tracta d'una escriptura constitutiva de la unió, no d'una escriptura declarativa d'aquesta.

La prohibició no deixa de plantejar diversos problemes que han estat posats de manifest en un altre lloc,⁴² però, evidentment, obeeix a la intenció que no puguin succeir-se una multiplicitat d'unions legals en un curt període de temps. La prohibició té sentit en els sistemes en els quals les unions legals poden constituir-se amb independència del temps de la convivència (Catalunya, Aragó o Navarra), però no en té en els casos en els quals s'exigeix una convivència mínima (València, Comunitat de les Illes Balears o Madrid): si no existís la prohibició, seria possible que una unió s'extingís per la simple voluntat unilateral d'un dels seus membres, notificada a l'altre, i «tot seguit» se'n constituís una altra de nova i així successivament. Impedir aquest efecte és el fonament, com diem, de la prohibició, que ha estat seguida per la llei aragonesa (art. 6.4 LN), però no per la navarresa, que es limita a dir-nos que «els membres d'una parella estable no podran establir una altra parella estable amb una tercera persona mentre no s'hagi produït la dissolució d'aquella mitjançant algun dels supòsits descrits en el primer apartat» (art. 4.3 LN).⁴³

7. QUALIFICACIÓ I CAUSA DEL NEGOCI JURÍDIC: INTERVENCIÓ NOTARIAL EN LES PARELLES DE FET

El notari ha d'expressar la qualificació del negoci jurídic que pretenen els compareixents i atorgants. Evidentment, la qualificació pot ser equivocada o equívoca, i no per això s'alterarà el contingut del negoci pretès per les persones in-

42. GARRIDO MELERO, *Derecho de familia, op. cit.*, p. 99-100 i 296-298. Els problemes interpretatius s'han centrat fonamentalment en dues qüestions: què ha d'entendre's per «deixar sense efecte» l'escriptura anterior i en quins casos hem d'entendre que s'ha trencat la convivència a aquests efectes. En el seu moment, vam indicar que esperàvem que s'imposés un sentit més jurídic i que, almenys en els casos d'extinció unilateral de la unió legal, la «notificació fefaent» hauria d'implacar una «escriptura de revocació», és a dir, que, quan el legislador exigeix una acta, hem de fer una escriptura de revocació amb notificació, la qual cosa no vol dir, com ha interpretat MERINO HERNÁNDEZ, annex «Ley de parejas...», *op. cit.*, p. 713, comentant les meves paraules, que hom equivoqui una acta de notificació amb una escriptura de revocació.

D'altra banda, YSÁS SOLANES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1225 i seg., considera que la ruptura de la convivència ha d'entendre's tant en els casos en què hagi estat provocada unilateralment com en aquells altres en què hagi estat acceptada de comú acord.

43. Potser cal advertir que una cosa és la dissolució de la convivència i una altra de diferent és el cessament o la separació de fet. El terme *ruptura* podria ser interpretat en ambdós sentits, cosa que implica un altre problema interpretatiu nou de l'abast de la prohibició.

teressades. Convé que ara ens detinguem, encara que sigui sumàriament, en un elenc de les possibles intervencions notariales en les parelles de fet i en les difereNCIES i els efectes d'aquestes.

7.1. ESCRIPTURA CONSTITUTIVA DE LA UNIÓ⁴⁴

En virtut de l'escriptura constitutiva de la unió, els compareixents, per si mateixos o per mitjà del seu representant, convenen la constitució d'una unió legal que no existia anteriorment i que pel fet de l'atorgament de l'escriptura «neix» com a tal. En aquests casos, el document públic opera amb un caràcter constitutiu, d'una manera creadora d'un estat civil, sense perjudici que també serveixi de prova d'aquest.

És indiferent que els integrants de la unió hagin conviscut anteriorment a l'escriptura o no i que, en cas d'haver-ho fet, hagin conviscut amb els requisits establerts per la llei.⁴⁵

L'escriptura expressa la «voluntat de conuiu de manera marital», no la situació de convivència, sense perjudici que pot referir-se a aquesta (així, en el document objecte del nostre comentari els atorgants van manifestar «que coniuuen com a parella estable de manera ininterrompuda, i amb caràcter marital, des de finals de l'any 1994»). Ara bé, no es tracta d'una convivència qualsevol, sinó d'una convivència «quasi matrimonial», d'una convivència generadora de vertader estat civil, d'una convivència que té com a elements integradors el deure de respecte i ajut mutu, amb l'obligació de prestar-se socors i aliments, i l'actuació en interès del grup; tot això, partint del principi d'igualtat de drets (així, en el document objecte del nostre comentari els atorgants exposen «que es comprometen a respectar-se i ajudar-se mútuament, a prestar-se socors i a actuar en interès del grup, i es reconeixen els mateixos drets i les mateixes obligacions i s'obliguen a conuiu en el mateix domicili»).

Com hem dit anteriorment, en el dret català l'escriptura pública és la forma constitutiva exclusiva per a les parelles homosexuals i l'alternativa per a les parelles heterosexuales, i per a tot tipus de parelles en els drets aragonès i navar-

44. Hi ha autors que prefereixen parlar d'*escriptura de manifestació de la convivència* (Merino Hernández).

45. Malgrat això, l'article 10 LC ens diu que, per a fer valer els drets relatius a la funció de l'Administració de la Generalitat, si no s'ha formalitzat la convivència en una escriptura pública «atorgada dos anys abans d'exercir-los», serà necessari aportar una acta de notorietat, per la qual cosa en aquests casos l'escriptura pública té un valor constitutiu però amb efectes limitats en el temps. La norma, que no és seguida per les altres legislacions, tampoc ho és ni tan sols en el dret català per a les parelles homosexuals.

rès. Ja sabem que en els drets valencià, balear i madrileny s'ha optat per convertir en constitutiva la inscripció, i, per tant, en aquests drets decau el caràcter constitutiu de l'escriptura.

7.2. ESCRIPTURA DECLARATIVA DE LA UNIÓ

En virtut d'aquesta, els compareixents, per si mateixos o per mitjà dels seus representants, declaren l'existència d'una unió legal, és a dir, que compleixen els requisits estructurals exigits pel legislador. En aquests casos no es pretén la constitució d'una unió legal, sinó la declaració que «existeix» una convivència que reuneix els requisits establerts pel legislador i la «voluntat» de permanència d'aquesta.

Aquest tipus d'escriptures, que no van dirigides a la constitució de la unió perquè aquesta ja s'ha constituït per altres mitjans, no solament tindran un valor probatori de les declaracions realitzades pels compareixents (valor confessorí), sinó que també expressaran la voluntat dels integrants de la parella.

L'escriptura declarativa no està prevista expressament en cap de les legislacions, ni tan sols en les que admeten l'escriptura amb un valor constitutiu, però no hi ha dubte que podrà atorgar-se fins i tot en els sistemes que opten per una inscripció constitutiva.⁴⁶ Normalment anirà embeguda en l'escriptura reguladora del «règim de la convivència».⁴⁷

Evidentment, l'escriptura declarativa que conté una declaració de voluntat és diferent de l'acta de manifestacions, per virtut de la qual una parella manifesta que conviu com a tal.

7.3. ACTA DE NOTORIETAT

En virtut d'aquesta, el notari, practicades prèviament les proves que consideri convenientes, declara la notorietat de l'existència d'una parella que compleix els requisits exigits pel legislador per a dotar-la d'un estatut jurídic especial.

46. En aquests casos, l'escriptura expressarà que la parella està inscrita en el registre corresponent.

47. Igualment, en qualsevol escriptura pública els compareixents poden fer manifestacions sobre la seva situació. Per exemple, en una escriptura de compravenda els compradors fan constar com a circumstàncies personals que viuen en el mateix domicili, la qual cosa podrà ser una prova per a acreditar en el moment oportú que constitueixen una unió legal, però no la *declaren* pròpiament; o, per exemple, en un testament el testador manifesta que conviu amb una persona, a la qual institueix hereu, la qual cosa igualment podrà ser una prova per a acreditar la unió legal, però dita manifestació ni la constitueix ni la *declara*.

L'acta de notorietat serà un mitjà d'acreditació de l'existència d'una unió legal; i fins i tot en ocasions serà l'únic mitjà possible (art. 10 LC) o, almenys, un mitjà privilegiat, com passa en la legislació aragonesa (art. 3.2 LA).

Un problema que s'ha tractat en un altre lloc és què cal acreditar en aquesta acta: només la convivència i el transcurs del temps exigít per la llei? O també l'existència d'una unió legal i, per tant, de tots els elements constitutius d'aquesta?⁴⁸

7.4. ESCRIPTURA REGULADORA DE LA CONVIVÈNCIA

L'escriptura reguladora de la convivència és diferent de l'escriptura constitutiva de la unió, ja que els atorgants hi presten el seu consentiment a l'estatut jurídic de la unió, és a dir, al conjunt dels drets i les obligacions.

En ocasions, una i altra es confonen perquè es tracta d'un sol document, però en altres es troben perfectament diferenciades, fins al punt que, com hem vist, les unions legals poden no necessitar per a la seva constitució l'escriptura pública, però sí que la necessitaran per a la seva regulació.

El tractament que s'ha donat a la qüestió formal, primer en la legislació catalana i després en les altres legislacions, no deixa de ser, com a mínim, curiós i vacil·lant. Fora d'això, en tots els casos, per una o altra raó, no deixa de ser molt criticable, no només des del punt de vista jurídic, sinó també des del punt de vista pràctic. Ens explicarem.

En efecte, els articles 3 (heterosexuals) i 22 (homosexuals) de la Llei ens indiquen, com hem vist, que els membres de la parella estable poden regular vàlidament les relacions personals i patrimonials derivades de la convivència i els drets i els deures respectius «per escrit privat o en document públic». És a dir, en el cas de la unió homosexual, els pactes o convenis entre els membres d'aquesta poden o no formar part del document constitutiu.

48. M'he manifestat amb anterioritat a favor d'aquesta última interpretació (vegeu GARRIDO MELERO, *Derecho de familia*, *op. cit.*, p. 91-92). A favor d'una interpretació més estricta ho ha fet MERINO HERNÁNDEZ, annex «Ley de parejas...», *op. cit.*, p. 670, però finalment reconeix la meua opinió: «Ahora bien, las opiniones de este compañero quizás no deberían echarse en el olvido, teniendo en cuenta que el acta de notoriedad va a poder ser empleada por la pareja como prueba exclusiva de su convivencia estable sujeta a la ley». Segueixo defensant que en aquesta acta es tracta d'acreditar la notorietat d'un fet: l'existència d'una unió estable amb tots els requisits, inclosa la capacitat dels seus integrants. Ara bé, alguns fets, com ara la convivència marital, sigui com es vulgui que l'entnem, només poden deduir-se de la intenció manifestada dels compareixents i els testimonis. Es tracta, en el fons, d'acreditar, entre d'altres coses, que la parella es comporta externament com un matrimoni.

L'admissió del document privat no ens sembla ni una opció lògica ni una opció pràctica, per dos motius principals. El primer motiu és que el legislador català vol establir per a les unions estables homosexuals un estatut paral·lel al matrimoni (institució que, ara com ara, està vedada a aquest tipus de parella) i, en general, un estatut jurídic generador d'uns efectes civils similars a un «estat civil», per la qual cosa la forma per a establir el «règim econòmic» de la unió ha de ser la mateixa, i per les mateixes raons, que l'establerta pel legislador per als cònjuges o per als futurs contraents (art. 17 del Codi de família, que estableix que els capítols matrimonials i les modificacions d'aquests han de constar en una escriptura pública, exigència formal que es repeteix en totes les legislacions civils, no només en les hispàniques). I el segon motiu és que el legislador torna a oblidar-se de la *praxi*, de com funcionen les coses, ja que, per raons pràctiques, si la unió homosexual es troba ja en «estudi notarial», on necessàriament ha d'anar per a constituir-se, el més oportú serà que l'escriptura constitutiva expressi també el «règim econòmic» de la unió (evidentment, aquest argument no serveix per a les parelles heterosexuales).

Possiblement, la primera de les raons exposades ha estat tinguda en compte pels legisladors posteriors al català. Així, l'aragonès, que, com sabem, no exigeix l'escriptura pública per a la constitució, sí que l'exigeix per a establir el «règim de convivència»; i el mateix passa en les lleis administratives valenciana (art. 4 LV) i madrilena (art. 4 LM). No és així, tanmateix, en el dret navarrès, que admet el document privat i públic (art. 5.1 LN), ni tampoc en el dret balear, que, contra el principi formal que segueix per al matrimoni, ens assenyalava que s'admet «qualsevol forma admesa en dret, oral o escrita» (art. 4.1 LB).

7.5. ESCRIPTURES REGULADORES DE PARELLES DE FET

El legislador ha acotat un determinat grup de parelles de fet i, possiblement, no el més majoritari. Fora d'aquest queden altres possibles formes de convivència que es poden regular de manera paccionada sense altres límits que els establerts en la Constitució mateixa.

8. LES DISPOSICIONS D'ÚLTIMA VOLUNTAT

En l'escriptura objecte del nostre comentari, els atorgants manifesten que volen variar les regles disposades pel legislador per a la successió intestada i es proposen realitzar disposicions testamentàries. I, en efecte, ho van fer a conti-

nuació, en el mateix acte, mitjançant dos testaments oberts.⁴⁹ Convé que fem algunes precisions sobre aquesta qüestió.

8.1. SISTEMA SUCCESSORI

Podem classificar els sistemes successoris en relació amb les unions estables en dos grans grups:

1. Sistemes successoris que diferencien entre unions estables heterosexuals i unions estables homosexuals, i, indirectament, entre els sistemes de constitució.

El legislador català és el primer que ha dissenyat un quadre dels drets successoris dels integrants de la unió, sistema que, com veurem, no ha estat seguit pels altres ordenaments jurídics.

Per al dret català, les unions estables heterosexuals no generen drets successoris entre els integrants, a diferència del matrimoni. El convivent *vigui uxorio* no té una posició jurídica ni en la successió d'abintestat ni en la successió voluntària, no és successor intestat en cap grau, ni tampoc té uns drets legítimaris, paralegítimaris o de qualsevol mena que puguin imposar-se en la successió voluntària de l'altre convivent. Dit d'una altra manera: no és «ningú» en el dret successori.⁵⁰

49. Un problema que no podem fer altra cosa que deixar plantejat és el dels efectes d'aquesta manifestació quan amb posterioritat no s'ha disposat *mortis causa*. En principi, i segons les regles generals, s'ha d'entendre que ens trobem davant de la simple manifestació d'un desig sense cap conseqüència (de la mateixa manera que una persona no *testa* pel fet de posar de manifest, bé de manera verbal o escrita, que es *proposa* fer testament). Tampoc han de tenir una eficàcia revocàtoria *per se* les disposicions voluntàries successòries que s'hagin establert amb anterioritat (un testament anterior que es vol revocar per un de nou), si bé en aquest cas ens podem trobar amb una doble voluntat: la de revocar el que s'ha disposat amb anterioritat i la d'atorgar un nou testament. El no-atorgament d'aquest no implica que no es vulgui revocar l'anterior (i quedar sotmès, per exemple, a les normes de la successió intestada). Malgrat això, l'exigència formal de l'article 130 del Codi de successions (que es repeteix en altres legislacions) gairebé no deixa lloc a admetre en una escriptura pública revocacions que no compleixin els requisits formals del testament.

50. Tanmateix, convé advertir que els convivents assoleixen drets *mortis causa*, però al marge del dret successori. En efecte, l'article 18 LC estableix que, en cas de defunció d'un dels membres de la parella, el supervivent té la propietat de les robes, el mobiliari i els estris que constitueixen el parament de l'habitatge comú, «sense computar-los en el seu haver hereditari»; i també que, excepte en cas de pèrdua o d'exclusió, durant l'any següent a la mort d'un dels convivents, el supervivent té dret a «habitar» tot l'habitatge comú, amb la facultat de prendre'n possessió, i també a «ésser alimentat» amb càrrec al patrimoni del premort, en consonància amb el nivell de vida que hagi mantingut la parella i amb la importància del patrimoni. Aquests drets són correlatius als que el Codi de família concedeix als cònjuges (art. 35 i 36) sota el títol de *drets individuals familiars*.

Per contra, per a les unions estables homosexuals el legislador ha dissenyat un particular sistema successori d'abintestat (art. 34 LC). En concurrència amb els descendents o els ascendents, el convivent sobrevivent que no tingui béns suficients per a la seva còngrua sustentació pot exercir una acció personal per a exigir als hereus del premort béns hereditaris o l'equivalència d'aquests en diners, a elecció dels hereus, «fins a la quarta part del valor de l'herència»;⁵¹ si no hi ha descendents o ascendents del premort, en concurrència amb els col·laterals d'aquest, dins del segon grau, de consanguinitat o d'adopció, o de fills d'aquests, si han premort els primers, té dret a la meitat de l'herència; i, finalment, és cridat com a successor intestat en la totalitat de l'herència si falten els anteriors. Com pot veure's, el legislador català separa el cònjuge (que és cridat després dels descendents), del convivent *more uxorio* (que és cridat després dels col·laterals privilegiats).

En la successió testada, es concedeixen als convivents *more uxorio* homosexuals els mateixos drets que en el cas previst per a la successió intestada amb concurrència de descendents i ascendents: el dret a la quarta (art. 35 LC). El sistema és paral·lel, en aquest cas, al del cònjuge vidu (art. 379 i seg. CS).

El sistema ideat pel legislador català respon a un fonament: la diferència existent entre les parelles heterosexuales i les parelles homosexuals. Mentre que les primeres poden contreure matrimoni, són lliures de fer-ho o no i, per tant, són lliures de «sotmetre's» a l'estatut matrimonial, les segones no poden contreure matrimoni i, per tant, no tenen l'opció que es permet a les primeres. Per aquest motiu, no s'atorguen a les parelles heterosexuales drets successoris (que es reserven per al matrimoni) i, en canvi, sí que es concedeixen a les parelles homosexuals (encara que no siguin idèntics als del matrimoni).

En un altre lloc⁵² s'ha assenyalat que les normes no són coherents amb la lògica (o, millor dit, amb la sociologia) del sistema, especialment si veiem els mitjans de constitució. Les unions estables homosexuals només es poden constituir mitjançant una escriptura pública, mentre que les unions estables heterosexuales poden o no constituir-se mitjançant una escriptura pública. Les primeres requereixen un acte de voluntat expressa; les segones, un acte tàctic o, més aviat, presumpte. Els integrants de les primeres «coneixen»⁵³ (o han de conèi-

51. Es tracta d'una «quarta del convivent» paral·lela a la quarta vidual que es concedeix al cònjuge vidu.

52. Darrerament, GARRIDO MELERO, «Futuro y pasado de las instituciones sucesorias», *La Notaria*, núm. 3 (2001). La crítica al sistema successori s'ha realitzat, malgrat que per altres raons, per un altre sector de la doctrina (així, per exemple, LLEBARÍA SAMPER, *Glosa crítica...*, op. cit., p. 90-91 i 100-105; o VILLAGRASA, *El Codi de família*, op. cit., p. 431).

53. És adient aquí advertir, perquè de vegades s'oblida, que el sistema documental espanyol considera el notari un funcionari (dóna fe) i un professional del dret (assessora jurídicament). El no

xer) l'estatut jurídic que volen; els de les segones, no necessàriament. Per tant, el sistema successori subsidiari de la voluntat (i la successió intestada ho és de la successió voluntària) hauria tingut més sentit en les unions estables heterosexuales que en les unions estables homosexuals, per la senzilla raó que en aquestes la parella «conixerà» en el moment de constituir-se la normativa successòria que s'ha d'aplicar, circumstància que, com diem (i no deixem d'insistir en aquest punt), no es produirà en la majoria dels casos de les unions heterosexuales.

Una altra cosa diferent és si el sistema successori ordenat pel legislador obeeix a una certa coherència «anímica»,⁵⁴ en el cas de les unions estables homosexuals, cosa que no ens sembla que sigui així. En efecte, un cop assessorats els possibles atorgants sobre els efectes jurídics de la unió, aquests podran decidir o no si varien el sistema establert pel legislador, i en la majoria dels casos decidiran que sí. Així va ocórrer en el cas objecte del nostre comentari.

2. Sistemes successoris que no estableixen cap diferenciació per raó del sexe dels integrants de la unió, ni per raó dels sistemes de constitució.

Ja hem apuntat que el sistema català de distingir entre les parelles heterosexuales i les parelles homosexuals no ha estat seguit pels altres ordenaments jurídics que han legislat sobre aquesta qüestió.⁵⁵ Ara bé, davant de l'opció plantejada pel legislador català, l'establiment o no d'un estatut jurídic successori, el camí seguit per les lleis ha estat dispar.

a) D'una banda, la llei aragonesa ha seguit el criteri seguit pel legislador català per a les parelles heterosexuales, és a dir, l'absència d'un estatut jurídic similar o paral·lel al del cònjuge. Entre els membres de la parella estable aragonesa no hi ha drets successoris de cap tipus, ni en la successió voluntària (testamentària o contractual), ni en la successió intestada. Els convivents són lliures de

tari no compleix la seva funció en un negoci jurídic en el qual intervé si no assessora els atorgants sobre els efectes d'aquest negoci jurídic. Evidentment, l'assessorament serà major o menor en funció de diverses circumstàncies, i, d'una manera especial, si juntament amb el notari concorren altres professionals.

54. És conegut el substrat *anímic* dels ordres successoris: l'estimació primer descendeix, després ascendeix i, finalment, s'estén horitzontalment. El nou dret català ha variat els ordres successoris clàssics sobre la base d'una variació del component *anímic* deduït de l'anàlisi de les disposicions voluntàries, de manera que s'ha d'entendre que el causant *prefereix* el seu cònjuge als seus ascendents.

55. Les lleis valenciana i madrilenya no contenen cap disposició sobre els efectes *mortis causa* de la mort d'un dels convivents, tant si aquests són purament successoris com si són d'un altre tipus. No podia ser d'altra manera, ja que aquestes comunitats no tenen competències en matèria de dret civil.

disposar dels seus béns sense cap limitació per raó que es donin els supòsits asenyalats pel legislador per a l'existència d'una parella estable no casada.⁵⁶

b) Per contra, el legislador navarrès i el balear han optat per una assimilació del convivent *more uxorio* al cònjuge.

El sistema és totalment igualitari en el sistema balear. L'article 13 LB indica que «tant en els supòsits de successió testada com en els de successió intestada, el convivent que sobrevisqui el membre de la parella premort té els mateixos drets que la Compilació de dret civil balear preveu per al cònjuge vidu»;⁵⁷ i és pràcticament igualitari en el sistema navarrès, l'article 11 de la llei del qual modifica la Llei 253 i la Llei 304 de la Compilació de dret civil foral de Navarra, o jurisdicció nova, per a concedir al membre sobrevivent, en cas de mort de l'altre membre de la parella estable, l'usdefruit de fidelitat i drets successoris en la successió intestada dels béns no troncal.⁵⁸

Ara bé, hi ha una diferència essencial entre el sistema navarrès i el balear que ja hem posat de manifest anteriorment: en el primer, el sistema «s'imposa» amb independència de la voluntat dels integrants de la parella, excepte en els casos en els quals s'hagi expressat la voluntat de constituir una parella estable mitjançant un document públic; en el segon, el sistema «exigeix» un acte volitiu consistent en la inscripció en el Registre de Parelles Estables de les Illes Balears i en la consegüent «submissió expressa d'ambdós al règim».

El sistema navarrès plantejarà seriosos problemes en la pràctica, derivats tots de la «indeterminació» del sistema de constitució; problemes dels quals tampoc estarà exempt, encara que, òbviament, per altres raons, el sistema balear. En el primer, haurem de «comprovar» l'existència d'una unió legal, tasca que en ocasions no serà fàcil, especialment si és recent o si recentment s'ha trencat; en el segon, haurem de «comprovar» que la inscripció constitutiva d'una parella segueix «vigent» en el sentit que no s'ha produït cap de les causes d'extinció previstes pel legislador.⁵⁹

56. No es produeixen drets successoris, però sí que hi ha efectes jurídics *mortis causa*; és a dir, sí que es produeixen drets en cas de mort d'un dels convivents. Així, l'article 9 LA, inspirat en la llei catalana, considera el «derecho al ajuar de la vivienda habitual», i, això, «cualquiera que sea el contenido de la escritura de constitución, del testamento o de los pactos sucesorios», i considera el «derecho a residir gratuitamente» en l'habitatge habitual durant el termini d'un any.

57. A més dels drets pròpiament successoris, es donen, malgrat que amb un abast menor, efectes per mort o declaració de mort d'un dels membres (art. 12 LB).

58. La distinció entre béns troncal i béns no troncal pot eliminar una de les crítiques que al seu dia vam efectuar a l'*ascens* dels drets del cònjuge vidu en el dret català abintestat, amb el risc que un matrimoni recent i una mort immediata desviïn el decurs normal de la successió en els béns de la família.

59. La disposició final primera de la llei balear estableix que s'han d'inscriure necessàriament al Registre de Parelles Estables de les Illes Balears les declaracions formals de constitució de pare-

8.2. ELS EFECTES DE L'EXTINCIÓ DE LA UNIÓ EN LES DISPOSICIONS SUCCESSÒRIES ATORGADES PELS MEMBRES D'AQUESTA⁶⁰

En l'escriptura que analitzem, els atorgants es proposaven, a més, «ordenar la seva successió» de manera diferent a la dissenyada de manera supletòria pel legislador. No disposem de dades que ens permetin conèixer què passa en altres casos, però insistim que el llaç «anímic» generat per la unió implica també unes conseqüències en l'ordenació voluntària de la successió.

El problema que plantejem ara és l'efecte que suposa la ruptura de la unió en les disposicions voluntàries atorgades entre els membres d'aquesta o d'un a favor de l'altre, és a dir, si l'extinció de la unió suposa la revocació o no de les disposicions voluntàries *mortis causa* que un dels membres hagués pogut atorgar a favor de l'altre.

L'article 132 del Codi de successions estableix que la institució d'hereu, el llegat i les altres disposicions ordenades a favor del cònjuge del testador «es presumeixen revocades» en els casos de nul·litat, divorci o separació judicial posteriors a l'atorgament, i també en els casos de separació de fet amb trencament de la unitat familiar per alguna de les causes que permeten la separació judicial o el divorci, per consentiment mutu expressat formalment. No obstant això, serà eficaç si «del context» del testament, el codicil o la memòria testamentària re-

lles estables, les modificacions i les «extincions, qualsevol que sigui la seva causa». Ara bé, la inscripció opera amb caràcter constitutiu (no hi ha parella *legal* si no s'inscriu), però no podem dir el mateix de l'extinció (l'article 8 LB comença dient que «les parelles estables s'extingeixen per les següents causes»).

60. Aquest problema s'emmarca en un altre de més general: el de si hem d'equiparar els membres de la parella als cònjuges en les institucions successòries (per exemple, en causes d'indignitat, de desheretació, de prohibició per a ser testimonis, de capacitat per a atorgar pactes successoris, de fidúcies successòries, etc.). El sistema balear ha optat per una equiparació total (art. 13 i disposició addicional segona de la LB); el sistema aragonès, per considerar algun supòsit concret, per la qual cosa sembla excloure la resta de casos, i el sistema navarrès, malgrat que no estableix un criteri d'equiparació total com el balear, estableix un principi de no-discriminació que, segons com s'interpreti, pot portar a la igualtat o no en les institucions successòries (art. 1 LN).

L'equiparació no és fàcil en el dret català i requereix un tractament individualitzat institució per institució. Seran segurament la pràctica judicial i la pràctica documental les que aniran perfilant l'àmbit subjectiu de cada institució i, per tant, si en cadascuna d'aquestes es produeix una equiparació entre el cònjuge i el membre d'una unió estable. En alguns casos, la similitud donarà lloc a una autonomia de la voluntat més gran, opció sempre vàlida en un dret com el català (per exemple, no veig cap inconvenient a admetre pactes successoris, entre els convivents, *similars* als heretaments, o fidúcies successòries); en altres, la similitud pot comportar l'ampliació del criteri sancionador, amb tots els problemes que planteja la interpretació extensiva de disposicions prohibitives o sancionadores (per exemple, la incapacitat per a ser testimoni en les disposicions de darrera voluntat).

sulta que el testador hauria ordenat la disposició d'última voluntat a favor del cònjuge malgrat la ruptura del matrimoni. Per tant, les vicissituds del matrimoni afectaran les disposicions successòries, llevat, com és lògic, que aquestes s'hagin atorgat «al marge» del matrimoni, circumstància que ha de deduir-se del document d'última voluntat mateix, i no d'altres factors externs.⁶¹ Aquest sistema ha estat seguit pel nou dret successori aragonès, encara que amb certes variants.⁶²

Què passa en el cas de les unions estables? El legislador català no s'ha pronunciat sobre aquesta qüestió ni en sentit negatiu ni en sentit positiu.⁶³ En principi, el fonament de l'article 132 del Codi de Successions és «presumir» que les disposicions atorgades entre els cònjuges ho són «per raó del matrimoni», i no per altres raons, i «presumir», en conseqüència, que, trencat aquest, el testador «implícitament» «vol revocar» les seves disposicions d'última voluntat. El mateix fonament revocatori pot existir per a les disposicions atorgades per un membre d'una unió estable en favor de l'altre, de manera que, extingida la unió (excepte, òbviament, si s'ha extingit per defunció), ha de «presumir-se» revocada la disposició, llevat que del context d'aquesta hagi de deduir-se que es fa amb independència de la relació o «al marge» de les vicissituds d'aquesta. La qüestió,

61. Per exemple, el testador expressa que està separat de la seva esposa i la institueix hereva. Més problemàtica resultaria la clàusula en la qual el testador expressa que està casat i que institueix hereva o llegatària la seva esposa, i on expressa que la disposició valdrà fins i tot si posteriorment la relació es trenca. És a dir, en el fons, el que pretén el testador és evitar la presumpció revocatòria de l'article 132 del Codi.

La norma planteja nombrosos problemes que no fa al cas comentar-los: s'ha d'aplicar en el cas que el matrimoni s'hagi dissolt i hagi transcorregut un llarg període de temps sense que es revoqui?, què passa en els casos de reconciliació: s'ha d'entendre la *subsistència* del negoci presumptament revocat?, què passa amb les disposicions atorgades abans del matrimoni que després es trenca?

62. L'article 123 de la Llei 1/1999, de 24 de febrer, de successions per causa de mort, assenyala que «no tindran efecte» les disposicions respectives entre els cònjuges, ni les liberalitats concedides en testament per un d'ells a l'altre, si en morir aquell estigués decretada judicialment la nul·litat del matrimoni, estiguessin decretats el divorci o la separació o es trobés en tràmit el procediment dirigit a aquest fi. La legislació aragonesa deixa menys marge a la *indeterminació*, ja que exigeix l'existència d'una ruptura *oficial*.

63. Tampoc ho fa expressament el dret aragonès, però en aquesta legislació, a diferència de la catalana, sí que s'ha considerat l'assimilació del membre de la parella al cònjuge en altres institucions successòries (en el testament mancomunat —art. 15 LA—, en els pactes successoris —art. 16 LA— i en la fidúcia —art. 17 LA), per la qual cosa sembla que no s'ha volgut aplicar la disposició d'ineficàcia a les parelles estables no casades.

El problema no es planteja en els drets navarrès i balear, que no consideren una revocació derivada de la ruptura de la relació matrimonial. Però, si això tingués lloc, tampoc es plantejaria, a partir de l'assimilació entre cònjuge i parella en la successió balear i del principi de no-discriminació del dret navarrès.

com totes aquelles en les quals no s'ha manifestat expressament el legislador, està oberta a opinions contràries a aquesta interpretació assimiladora.⁶⁴

Novament, hem de destacar que, en el cas de les unions estables homosexuals, la intervenció notarial constitutiva suposarà un «advertiment» sobre els efectes de la ruptura i un «consell», en cas de modificar, aclarir o revocar les disposicions d'última voluntat que s'atorguin o que hagin pogut atorgar-se anteriorment fins i tot a la constitució de la unió.

8.3. EL DRET SUCCESSORI APLICABLE ALS MEMBRES DE LA UNIÓ ESTABLE

Hem dit que els diversos legisladors han establert uns efectes *mortis causa* o derivats de l'extinció de la unió per mort d'un dels integrants d'aquesta. També hem posat de manifest els problemes derivats d'utilitzar com a criteri de connexió el veïnatge civil d'un dels integrants de la unió i hem apuntat que la solució només pot ser aplicar les regles de conflicte establertes pel Codi civil (art. 16.1, 14 i 9.8 CC). Ara desenvoluparem més detingudament aquestes conclusions.

Tant el legislador català com el navarrès i el balear mantenen un criteri expansiu de les legislacions respectives: és suficient que un dels membres de la unió tingui el veïnatge civil (català, navarrès o balear) per tal que la normativa li sigui d'aplicació.

Però, tota la normativa? Hem d'aplicar, per exemple, les normes successòries del dret balear a la successió d'un membre d'una parella subjecta a la llei balear de parelles estables que no té el veïnatge civil balear ni en el moment de la constitució ni en el moment de l'extinció? Quin serà, per exemple, l'ordre successori d'un membre no català d'una parella homosexual la parella del qual sí que ho és i la unió dels quals s'ha constituït de conformitat amb les normes establertes per la llei catalana? Les alteracions del veïnatge civil suposen modificacions en l'estatut successori dels membres de la parella o de la unió? Fins a quin punt o en quin grau? Aquestes són algunes de les qüestions que sorgeixen a primera vista.

El Codi civil regula els conflictes de lleis que puguin sorgir com a conseqüència de la coexistència de diferents legislacions civils en el territori de l'Estat, partint del fet que serà llei personal la determinada pel veïnatge civil (art. 16.1 CC). Doncs bé, els conflictes de lleis d'ordre successori es regulen par-

64. Només cal argumentar (però només per a les unions heterosexuales) que el legislador no ha pretès un estatut successori, ni una assimilació a aquests efectes entre el cònjuge i el convivent *more uxorio*.

tint de tres criteris bàsics: la primacia de la llei del causant (la del seu veïnatge) en el moment de la seva mort, especialment en relació amb les legítimes; la validesa de les disposicions ordenades d'acord amb la llei del disponent en el moment del seu atorgament, llevat de les legítimes, que han de subjectar-se, com hem dit, a la llei successòria; i, finalment, l'atribució al cònjuge sobrevivent dels «drets que per ministeri de la llei» li corresponguin d'acord amb la llei que reguli els efectes del matrimoni, llevat de, sempre, les legítimes dels descendents.

Hi ha dues qüestions a què aquests criteris han de donar solució: la primera és si és aplicable preferentment l'article 9.8 del Codi civil; la segona, i partint del fet que resolguem la primera a favor del Codi civil, és de quina manera i amb quina extensió ha d'aplicar-se la norma de conflicte. Intentem donar resposta a aquests dos problemes.

1. Segons la nostra opinió, la reserva constitucional a favor de l'Estat per a la regulació de les normes que resolguin els conflictes de lleis que puguin sorgir com a conseqüència de la coexistència de les diverses legislacions civils en el territori, imposa clarament l'aplicació de les regles generals de conflicte en matèria successòria. La successió dels membres de la unió estable es regularà de conformitat amb la llei reguladora del veïnatge civil del causant en el moment de la mort (principi general establert per l'article 9.8 del Codi civil), sigui quina sigui la naturalesa dels béns i sigui quin sigui el país on aquests es trobin.⁶⁵ I sigui aquesta llei successòria la mateixa o una altra de diferent a la llei «configuradora» de la unió, i tingui o no tingui l'altre membre el mateix veïnatge civil.

D'acord amb això anterior i sense perjudici del que direm més endavant, admesa l'existència d'una unió estable entre dues persones del mateix sexe, una de veïnatge civil català i l'altra de veïnatge comú, la successió intestada del primer es regularà de conformitat amb allò establert en l'article 34 de la Llei 10/1998 i la del segon, segons les regles del Codi civil. En conseqüència, el segon serà cridat a la successió del primer, però aquest no serà cridat a la successió d'aquell. I això, tornem a insistir-hi, malgrat el caràcter general de l'enunciat de l'article 34 de la Llei 10/1998, que aplica la normativa sense distingir si el convivent sobrevivent té o no el veïnatge civil català.

2. Quant a la segona qüestió que hem plantejat (l'abast que hem de donar a l'aplicació de la regla de conflicte), podem assenyalar que seran vàlids els pactes i les disposicions que hagin pogut realitzar els membres de la unió, bé a favor d'ells mateixos o bé a favor de tercers, ordenats conforme a la llei del

65. GINEBRA MOLINS, *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 1.228 i seg., segueix en aquest punt el mateix criteri.

veïnatge civil del disponent en el moment del seu atorgament (segona norma de l'art. 9.8 CC). Això, en realitat, és una aplicació del *favor testamenti*, principi d'arrel profunda no solament en el dret català, sinó també en els altres ordenaments hispànics. L'única limitació fa referència al joc de les legítimes, que seran regulades per la llei successòria general, és a dir, la de l'últim veïnatge civil del causant.

3. Encara planteja més problemes esbrinar si és aplicable i en quina mesura la tercera regla de l'article 9.8 del Codi civil, en virtut de la qual, com hem dit, es trenca la regla general de la unitat de la llei successòria i s'atribueixen al cònjuge sobrevivent «els drets que per ministeri de la llei» li corresponguin de conformitat amb la mateixa «lleï que reguli els efectes del matrimoni», excepte sempre les legítimes dels descendents.

La dificultat és doble: d'una banda, hem de saber si hem d'equiparar el cònjuge sobrevivent al convivent *more uxorio*, ja que en el Codi civil no es preveuen les unions estables, ni en la regulació substantiva ni en les normes conflictuals; i, de l'altra, hem de precisar l'abast de l'article 9.8 *in fine* del Codi civil, ja que una interpretació àmplia d'aquest pot buidar de contingut en la successió entre els membres de la unió el principi general que la successió es regeix per l'últim veïnatge civil del causant.

Sembla lògic que apliquem analògicament les normes de conflicte relatives a la regulació dels efectes personals i patrimonials del matrimoni a les unions estables i, en conseqüència, que també sigui d'aplicació allò que disposa l'article 9.8 *in fine* del Codi civil per a l'atribució de drets al membre sobrevivent de la unió. Ara bé, hem de donar a aquest precepte un abast estricte, de manera que es regularan per la llei reguladora de la unió els efectes *mortis causa* derivats del «règim econòmic» de la parella, però no els efectes successoris, que han de regir-se per la llei general, qüestió que, d'altra banda, no és fàcil de distingir,⁶⁶ es-

66. La doctrina i la pràctica notarial s'han dividit en la interpretació de l'últim incís de l'article 9.8 del Codi civil. El problema s'ha plantejat especialment en el cas del vidu o la vídua, casat en societat de guany, que mor essent català i amb descendència comuna: s'ha d'atribuir al cònjuge l'usdefruit universal abintestat regulat pel dret català o només l'usdefruit del terç de millora com a dret legítimari regulat pel Codi civil? S'han donat nombrosos arguments a favor d'una i altra posició. Com es pot veure, en el text optem per considerar que l'article 9 CC es refereix als drets successoris que corresponen al cònjuge supervivent per raó del seu règim econòmic, i no a tot tipus de drets successoris (és a dir, exclusivament a les dites predetraccions, als drets a habitar el domicili conjugal i als usdefruits viudals de fidelitat aragonesos i navarresos, però no als usdefruits catalans o castellans, etc.), perquè, si se seguís la tesi àmplia, arribaríem a regular els drets abintestat per la llei reguladora del règim, i no per la llei personal del causant, com es fa en el text.

En conseqüència, en el cas que ens trobem amb una unió estable, constituïda de conformitat amb la llei catalana, de persones que tenen veïnatge civil i domicili a Catalunya però que posterior-

pecialment perquè la legislació catalana ha establert una espècie de «quarta vi- dual» quan el convivent *more uxorio* homosexual concorre amb descendents i ascendants.⁶⁷

9. ATORGAMENT. LA CONSTITUCIÓ NORMATIVA DE LA UNIÓ ESTABLE

En l'escriptura de referència, els compareixents convenen que «constitueixen una unió estable que es regirà per les normes reguladores de la convivència que s'estableixen a continuació i, en defecte, per les disposicions establertes en la Llei 10/1998, de 15 de juliol». És a dir, en el cas concret objecte del nostre comentari, els membres de la unió decideixen acollir-se a l'estatut jurídic dissenyat pel legislador amb caràcter supletori (amb l'excepció del dret successori, com hem vist). La qüestió que ara ens plantejarem és fins a quin punt i en quina mesura és possible separar-se de l'estatut prefixat pel legislador, és a dir, on es troben els límits de la voluntat a l'establiment d'un estatut jurídic. Incidentalment, veurem la manera de dissenyar altres marcs diferents del supletori.

Els articles 3 i 22 de la llei catalana estableixen amb caràcter general que els convivents poden regular vàlidament les «relacions personals i patrimonials derivades de la convivència, els drets i els deures respectius». En les altres legislacions trobem un principi similar (art. 5 LA, art. 5 LN, art. 4 LB, art. 4.1 LV i art. 4.2 LM).

Aquesta declaració de principis a favor de l'autonomia de la voluntat té, no obstant això, nombroses limitacions:⁶⁸

ment tenen un altre veïnatge, seran d'aplicació les normes successòries que corresponguin a aquest veïnatge, però el dret al «parament» i a «viure» en el domicili comú s'ha de regular de conformitat amb les disposicions catalanes (art. 33 LC). Convé advertir que, en cas que la parella canviï de residència i assoleixi un altre veïnatge, se seguirà aplicant el seu *estatut bàsic* inicial (a l'igual que el règim econòmic matrimonial, que es manté amb indiferència dels canvis posteriors dels cònjuges). El tema, evidentment, no és tan clar (vegeu, en sentit contrari i en relació amb la legislació catalana, MERINO HERNÁNDEZ, annex «Ley de parejas...», *op. cit.*, p. 656, nota 17).

67. En efecte, l'article 34.1a estableix una espècie de quarta «quasividual», que té un contingut no successori i que, per tant, s'aplicarà al convivent no català sotmès a una llei successòria diferent de la catalana. GINEBRA MOLINS, *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 1.231, s'expressa en aquest darrer sentit després de plantejar-se les dues posicions possibles.

68. LÓPEZ BURNIOL, *La ley catalana...*, *op. cit.*, p. 663, assenyalava que no hi ha més límits que el principi d'igualtat (art. 32 CE), el perjudici de tercers fills (art. 15 LC) i de creditors (art. 5 LC) i l'obligació d'aliments, com a manifestació jurídica primària de la lleialtat (art. 8 LC). MARTÍN CASALS, *Comentarios*, *op. cit.*, p. 1164, es manifesta de manera semblant.

1. Els membres de la unió són lliures d'establir les compensacions econòmiques que creguin convenients en el cas de cessació de la convivència, però es consideren mínims els drets regulats en la llei, de manera que són irrenunciables fins i tot en el moment que són exigibles.⁶⁹

Fonamentalment, els drets que es produeixen com a conseqüència de la ruptura de la unió són de dos tipus: *inter vivos* (la pensió alimentària periòdica i el dret de compensació) i *mortis causa*, si la cessació és per defunció d'un dels membres de la unió (dret a l'aixovar, a viure a l'habitatge comú i a subrogar-se en el contracte d'arrendament del mort).⁷⁰

Sembla que el legislador considera irrenunciables aquests drets *inter vivos*, de manera que els membres de la unió no poden pactar la inexistència d'un dret de compensació o d'una pensió alimentària. Fins i tot tampoc poden ni tan sols perfilar (en menys) els pressupòsits que permeten un altre dret (per exemple, compensar només en el cas que es donin determinades circumstàncies, o establir una quantitat màxima o un termini màxim, inferior a l'establert per la llei, per a l'acreditament de la pensió, etc.). I també sembla que el legislador considera irrenunciables aquests drets *mortis causa*, tant quant a tals com quant al seu desenvolupament (fixar un termini menor del dret d'habitació en la casa, per exemple).

En un altre lloc⁷¹ hem expressat la nostra opinió contrària a una interpretació tan estricta de la norma i hem qüestionat l'últim fonament del legislador.

69. La norma catalana ha fet fortuna i s'ha *importat* a la legislació navarresa (art. 5.1 *in fine* LN) i a la legislació balear (art. 4.1 *in fine* LB). Convé observar, però, que el legislador català es refereix al «cessament de la convivència», el navarrès a «la dissolució de la pareja» i el balear a l'«extinció de la convivència». En principi, no són el mateix el cessament de la convivència i l'extinció d'aquesta, malgrat que el legislador català es refereix a un cessament extintiu de la unió, per la qual cosa és més correcta, tècnicament, la redacció feta per les lleis aragonesa i navarresa.

70. El dret de compensació es considera tant en el cas del matrimoni (art. 41 i 42 CF) com en el cas de les parelles heterosexuales (art. 13 i 16 LC) o homosexuals (art. 31.1 i 32). També s'admet en els drets aragonesos (art. 7.1 i 3 LA), navarrès (art. 5.5 i 6 LN) i balear (art. 9.2 i 10 LB).

La pensió periòdica es regula tant per a les parelles heterosexuales (art. 14 i 16 LC) com per a les parelles homosexuals (art. 31.2 i 32 LC). També s'admet en els drets aragonesos (art. 7.2 i 3 LA), navarrès (art. 5.4 i 6 LN) i balear (art. 9.1 i 10 LB).

En la legislació catalana es preveuen efectes de l'extinció per mort o la declaració de mort, tant per al matrimoni (art. 35 i 36 LC) com per a les parelles heterosexuales (art. 18 LC) o homosexuals (art. 33 LC). També s'admeten en els drets aragonesos (art. 9 LA) i balear (art. 12 LB), però no es consideren expressament en el dret navarrès.

Per raons òbvies, no es consideren en les lleis administratives valenciana i madrilenya.

71. Vegeu GARRIDO MELERO, «Principio de libertad civil y desjudicialización del derecho de familia», *Jornadas sobre el Código de familia y la Ley de uniones estables de familia (Libro-homenaje a José Enrique Barberà Soriano)*. També LÓPEZ BURNIOL, *La ley catalana...*, *op. cit.*, p. 31, manté que podran pactar-se prèviament les pautes d'acord amb les quals hauria de ser ponderada l'existència o no d'aquests drets.

Per què no poden unes persones majors d'edat pactar i convenir els efectes econòmics de la possible ruptura de la unió amb total llibertat, bé per a suprimir, bé per a modificar o bé per a limitar el quadre previst pel legislador? Al nostre entendre, el principi de llibertat civil, bàsic de l'ordenament català, ha de servir per a modular el caràcter imperatiu de la norma, de manera que, només quan pugui haver-hi terceres persones afectades (els possibles fills en les parelles heterosexuales) o quan hagin canviat les circumstàncies previstes inicialment, podrem considerar que no «pot» admetre's o que «ha de canviar-se» el pacte ex-cloent d'aquests drets.⁷²

En resum, admetem que es pacti l'exclusió del dret de compensació, i aquest pacte ha de ser «oposat» quan algun dels membres de la unió extingida reclami judicialment, petició que, tanmateix, es desestimarà quan les circumstàncies previstes en el document siguin les mateixes que les del moment de l'extinció, però no quan hagin variat (inicialment, la parella està d'acord que un treballi a casa i l'altre treballi a fora i, malgrat això, exclouen el dret de compensació, però, posteriorment, el que treballa a casa emmalalteix i en aquesta situació «li serà molt difícil» trobar una feina fora de casa). I, per les mateixes raons, admetem que es pacti l'exclusió de la pensió alimentària, però sense oblidar que aquesta està concebuda com a protecció del membre de la parella i dels fills, per la qual cosa el jutge sempre podrà concedir-la, malgrat el pacte d'exclusió, quan hagin variat les circumstàncies inicials (com en el dret de compensació) o quan els fills n'estiguin necessitats.

72. Hem assenyalat anteriorment que el principi imperatiu s'ha importat a les legislacions navarresa i balear.

El legislador balear reproduceix la legislació catalana i, per tant, són vàlids els mateixos arguments comentats anteriorment.

Tanmateix, el navarrès admet el pacte amb relació al dret de compensació (l'article 5.4 LN comença dient: «En defecto de pacto [...]»), però sense fer la mateixa menció amb relació a la pensió alimentícia (art. 5.4 LN).

El legislador aragonès, que ha seguit molt de prop la legislació catalana, ha omès una referència explícita al caràcter de mínim de les compensacions econòmiques regulades en la seva llei i ha assenyalat que els pactes seran vàlids «siempre que no perjudiquen los derechos o dignidad de cualesquiera de los otorgantes y no sean contrarios a normas imperativas aplicables en Aragón».

Afecta, pactar la inexistència de compensacions econòmiques, els drets dels cònjuges, o això és contrari a alguna norma imperativa? La pensió i el dret a la compensació que s'estableixen en l'article 7 de la llei aragonesa, a imitació del dret català, són drets imperatius i irrenunciables? Tanmateix, el regulador dóna als drets, en cas de mort d'un dels convivents, un caire clarament imperatiu (l'article 9 LA ens diu que el supervivent hi tindrà dret «cualquiera que sea el contenido de la escritura de constitución, del estamento o de los pactos sucesorios», expressió que no es troba en la llei catalana, en la qual, sense cap dubte, s'inspira l'aragonesa).

2. Els pactes no poden pertorbar els pressupòsits bàsics constitutius de la unió.⁷³ El legislador estableix uns requisits bàsics constitutius de la unió i els membres de la unió no poden variar-los.⁷⁴

Així, per exemple, els membres de la unió no poden pactar una unió sotmesa a una condició o a un terme, perquè això aniria contra els principis d'estabilitat i de permanència, que el legislador considera constitutius. La llei catalana no conté aquesta prohibició, que es troba implícita en el sistema, però, en canvi, no ha passat desapercebuda a altres legisladors (art. 5.2 LA, art. 5.2 LN, art. 4.2 LB, art. 2.2 LV i art. 2.2 LM).

3. Els pactes no poden anar contra normes imperatives i, amb caràcter general, contra els principis constitucionals

Aquests són els límits clàssics del principi de llibertat civil que són intrínsecs a aquest. Per això el legislador català no els menciona. És una limitació òbvia.

Per contra, els altres legisladors s'han preocupat de posar-los de manifest. Així, la llei aragonesa admet el principi de llibertat de pactes «sempre que aquests no perjudiquin els drets o la dignitat de qualsevol dels atorgants i no siguin contraris a normes imperatives aplicables a l'Aragó» (art. 5.1 LA); i el legislador balear, després d'admetre la llibertat de pactes, assenjala que «són nuls els acords contraris al dret i els que limitin la igualtat de drets que correspon a cada membre de la parella» (art. 4.2 LB). I també incideixen en això la llei valenciana, que declara que els pactes no han de ser «contraris a les lleis, limitadors de la igualtat de drets que correspon a cada convivent o greument perjudicials per a un d'aquests», i considera nuls els que contrafacin aquesta prohibició (art. 4.1 i 2 LV); i, de manera semblant, encara que incidint en la intimitat, la llei madrilenya diu que «seran nuls, i no tindran validesa, els pactes contraris a les lleis, els limitadors de la igualtat de drets que correspon a cada convivent o els greument perjudicials per a un d'aquests», i diu també que «així mateix, seran nuls els pactes l'objecte dels quals sigui exclusivament personal o els que afectin la intimitat dels convivents» (art. 4.4.1 LM).

La llei catalana no diu res sobre aquestes qüestions i ho diu tot, perquè, hi torno a insistir, es tracta de limitacions ontològiques del principi de llibertat civil.

73. En relació amb aquests elements constitutius, vegeu per a més detalls GARRIDO MELEIRO, *Derecho de familia*, op. cit., p. 87-101.

74. Un altre tema diferent és el de la validesa o no de possibles *convenis* entre les persones al marge de les unions previstes pel legislador. No oblidem que el legislador estableix un tipus de *parella de fet*, però no totes, i ni tan sols les més importants (les constituïdes per persones que tenen vincles matrimonials «trencats» però «subsistents» amb terceres persones).

Un altre tema, no fàcil en la pràctica, és considerar quins pactes contrafan o no els límits expressats. N'és una prova la nostra polèmica sobre la possibilitat o no de renunciar o modular, almenys, els drets econòmics establerts pel que fa al cas de l'extinció de la unió.

ESCRITURA* DE **CONSTITUCIÓ*** D'UNA UNIÓ ESTABLE DE PERSONES DEL MATEIX SEXE

Número mil sis-cents onze

Tarragona, vint-i-tres d'octubre de mil nou-cents noranta-vuit

Davant meu, Martín Garrido Melero, notari de l'Il·lustre Col·legi de Notaris de Catalunya, amb residència a Tarragona,

COMPAREIXEN

El senyor X, major d'edat, solter, limfògraf, veí de Salou (Tarragona) i amb domicili al carrer...

Té el document nacional d'identitat número...

I el senyor Y, major d'edat, solter, patronista industrial, veí de Salou (Tarragona) i amb el mateix domicili que el compareixent anterior. Té el document nacional d'identitat número...

Ambdós manifesten que tenen **veinatge civil*** català, per naixement i per residència, respectivament.

Hi són també presents, com a **testimonis**,* la senyora Z..., major d'edat, soltera, veïna de Tarragona, amb domicili al carrer... i que té el document nacional d'identitat número ...; i la senyora W..., major d'edat, soltera, veïna de Tarragona, amb domicili al carrer... i que té el document nacional d'identitat número...

Hi intervenen* tots en el seu propi nom i dret. Els conec.

Els atorgants tenen, al meu parer, **capacitat*** legal suficient per a aquesta **ESCRITURA DE CONSTITUCIÓ D'UNA UNIÓ ESTABLE DE PARELLA DE PERSONES DEL MATEIX SEXE** i

EXPOSEN

I. Que conviuen com a parella estable, de manera ininterrompuda i amb caràcter marital, des de finals de l'any 1994.

Que s'han inscrit en el Registre Municipal Voluntari de Parelles de Fet de l'Ajuntament de Tarragona, com justifiquen mitjançant l'exhibició de dues resolucions de data 21 d'octubre de 1996, compostes cadascuna de dos fulls de paper comú amb la capçalera de l'Ajuntament de Tarragona, que jo, el notari, procedeixo

a protocolitzar a continuació d'aquesta matriu mitjançant una fotocòpia que declaro autèntica, estesa en l'anvers i el revers de dos folis de paper del col·legi notarial, sèrie HH, números 0656141 i 0656140, i les torno als interessats.

II. Que no concorre cap dels impediments per a contraure una unió estable de parella de persones del mateix sexe.

Que, per tal d'acreditar les seves dades de filiació, m'exhibeixen dos certificats, un del Registre Civil únic de Madrid, de data catorze d'octubre de mil nou-cents noranta-vuit, i un altre del Registre Civil de Reus, de data quinze d'octubre de mil nou-cents noranta-vuit, estesos, cada un, en un únic foli de paper comú que protocolitzo a continuació.

III. Que volen continuar convivint de manera permanent.

Que es comprometen a respectar-se i ajudar-se mútuament, a prestar-se socors i a actuar en interès del grup, i que es reconeixen els mateixos drets i les mateixes obligacions i s'obliguen a conviure en el mateix domicili.

IV. Que desitgen variar, en cas de defunció d'un dels membres de la parella, les regles establertes per a la **successió intestada**,* per la qual cosa es proposen atorgar una successió testamentària.

IV. Que, exposat això precedent,

ATORGUEN

El senyor X i el senyor Y constitueixen una unió estable que es **regirà*** per les normes reguladores de la convivència que s'estableixen a continuació, i, si aquestes manquen, per les disposicions establertes en la Llei 10/1998, de 15 de juliol.

Així ho diuen i ho atorguen, després de fer-los les reserves i els advertiments legals i d'informar-los dels aspectes personals i patrimonials derivats d'una unió estable regulada per la llei.

Llegeixo el present document als compareixents i als testimonis, després d'advertir-los del seu dret a fer-ho per si mateixos. El troben conforme amb les seves manifestacions i el firmen amb mi, el notari.

El document es redacta en castellà a petició expressa dels compareixents.

De tot el que es conté en aquest instrument públic, que va estès en [...] folis de paper del timbre de l'Es-

tat d'ús notarial, sèrie..., número..., i en els dos següents correlatius en ordre, als quals s'incorporen els documents protocolitzats de referència, que signo, firmo, rubrico i segello, jo, el notari, en dono fe.

Notes

1. Estan assenyalats amb negreta i amb un asterisc (*) els aspectes que es comenten en el text.

2. En aquest document s'han eliminat aquelles dades individuals que es troben emparades pel secret notarial.

ESCRITURA* DE **CONSTITUCIÓN*** DE UNA UNIÓN
ESTABLE DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Número mil seiscientos once

En Tarragona, a veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y ocho

Ante mí, MARTÍN GARRIDO MELERO, notario del Ilustre Colegio de Notarios de Cataluña, con residencia en Tarragona,

COMPARECEN

Don X, mayor de edad, soltero, linfógrafo, vecino de Salou (Tarragona), con domicilio en la calle... y que tiene el documento nacional de identidad número...

Y Don Y, mayor de edad, soltero, patronista industrial, vecino de Salou (Tarragona), con igual domicilio que el compareciente anterior y que tiene el documento nacional de identidad número...

Ambos manifiestan tener **vecindad civil*** catalana, por nacimiento y residencia, respectivamente.

Están también presentes, como **testigos**,* Doña Z, mayor de edad, soltera, vecina de Tarragona, con domicilio en la calle... y que tiene el documento nacional de identidad número...; y Doña W, mayor de edad, soltera, vecina de Tarragona, con domicilio en... y que tiene el documento nacional de identidad número...

Intervienen* todos en su nombre y derecho propios. Los conozco.

Los otorgantes tienen, a mi juicio, **capacidad*** legal suficiente para esta **ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE UNA UNIÓ ESTABLE DE PAREJA DE PERSONAS DEL MISMO SEXO** y

EXPONEN

I. Que llevan conviviendo como pareja estable, de forma ininterrumpida y con carácter marital, desde finales del año 1994.

Que se han inscrito en el Registro Municipal Voluntario de Parejas de Hecho del Ayuntamiento de Tarragona, según justifican mediante la exhibición de dos resoluciones de fecha 21 de octubre de 1996, compuestas cada una por dos hojas de papel común con el membrete del Ayuntamiento de Tarragona, que yo, el notario, procedo a protocolizar a continuación de esta matriz mediante una

fotocopia que declaro auténtica, extendida en el anverso y el reverso de dos folios de papel del colegio notarial, serie HH, números 0656141 y 0656140, y las devuelvo a los interesados.

II. Que no concurre ninguno de los impedimentos para contraer una unión estable de pareja de personas del mismo sexo.

Que, al objeto de acreditar sus datos de filiación, me exhiben dos certificados, uno del Registro Civil único de Madrid, de fecha catorce de octubre de mil novecientos noventa y ocho, y otro del Registro Civil de Reus, de fecha quince de octubre de mil novecientos noventa y ocho, extendidos cada uno en un único folio de papel común que protocolizo a continuación.

III. Que quieren seguir conviviendo de forma permanente.

Que se comprometen a respetarse y ayudarse mutuamente, a prestarse socorro y a actuar en interés del grupo, reconociéndose los mismos derechos y obligaciones y obligándose a convivir en el mismo domicilio.

IV. Que desean variar, en caso de defunción de uno de los miembros de la pareja, las reglas establecidas para la **sucesión intestada**,* por lo que se proponen otorgar sucesión testamentaria.

IV. Que, expuesto cuanto antecede,

OTORGAN

Don X y Don Y constituyen una unión estable que se **regirá*** por las normas reguladoras de la convivencia que se establecen a continuación, y, en su defecto, por las disposiciones establecidas en la Ley 10/1998, de 15 de julio.

Así lo dicen y lo otorgan, después de hacerles las reservas y advertencias legales y de informarles de los aspectos personales y patrimoniales derivados de una unión estable regulada por la ley.

Leo el presente documento a los comparecientes y testigos, después de advertirles de su derecho a hacerlo por sí mismos. Lo encuentran conforme con sus manifestaciones y lo firman conmigo, el notario.

El documento se redacta en castellano a petición expresa de los comparecientes.

De todo lo contenido en el presente instrumento público, que va extendido en... folios de papel del timbre del Estado de uso notarial, serie..., número..., y en los dos siguientes correlativos en orden, a los que se incorporan los documentos protocolizados de referencia, que signo, firmo, rubrico y sello, yo, el notario, doy fe.

Notas

1. Se encuentran señalados con negrita y con un asterisco (*) aquellos aspectos que quedan comentados en el texto.

2. Se han eliminado en el presente documento aquellos datos individuales que se encuentran amparados en el secreto notarial.