

# REALIDAD Y CONFUSIÓN EN LA REGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO EN LA ESPAÑA DE HOY. LA SITUACIÓN EN EUROPA Y EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

ROSA M. ANGUITA RÍOS

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil  
Acreditada a Profesora Titular de Universidad  
Universidad de Jaén

## RESUMEN

Por curioso que resulte, el tema de las parejas de hecho nunca queda agotado. Pese a la sobrerregulación de la materia debido a la respuesta del legislador autonómico, su régimen jurídico sigue ofreciendo sombras. Tras el proceso doctrinal y judicial experimentado, lo que queda claro es que este tipo de relación se basa en la libre decisión de las parejas de formarse como tales. Éste es su principio y su límite. En este estudio se pone de manifiesto la necesidad de una legislación común que distinga entre parejas de hecho normalizadas y totalmente libres, y otorgue una inscripción de carácter jurídico. Al tratarse de una realidad transnacional se incorpora a este estudio una referencia concisa e ilustrativa sobre las distintas respuestas que se han dado en el derecho comparado para atender a este modelo de familia.

**Palabras clave:** *pareja de hecho; inscripción registral; legislación autonómica; vivienda y autonomía de la voluntad.*

## REALITY AND CONFUSION IN THE REGULATION OF CIVIL PARTNERSHIPS IN MODERN SPAIN. THE SITUATION IN EUROPE AND LATIN AMERICAN COUNTRIES

### ABSTRACT

Strange as it may seem, the subject of civil partnerships is never exhausted. Despite overregulation of the matter due to the response of the autonomous legislator, grey areas still arise regarding its legal status. Following on from the experience of the doctrinal and legal process, it is clear is that this type of relationship is based on the free decision of partners to form one as such. This is the be-all and end-all. This study draws attention to the need for common legislation that distinguishes between normalised civil partnerships and free or common law partnerships, and grants a legally recognised registration. Being a trans-national reality, this study includes a concise and illustrative reference on the different responses given in comparative law for attending to this family model.

**Key words:** *civil partnership; registry entry; autonomous legislation; housing and autonomy of will.*

## SUMARIO

I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y PROBLEMÁTICA EN TORNO A LAS UNIONES DE HECHO: 1. Constitución de la pareja de hecho.– 1. Dispersión normativa.– II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS UNIONES DE HECHO: LA IMPORTANCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.– III. ALGUNOS EFECTOS DE LAS UNIONES DE HECHO EN DISTINTOS ÁMBITOS TRAS SU RUPTURA: 1. Vivienda familiar.– 2. Pensión de viudedad.– IV. SITUACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO EN OTROS PAÍSES. BREVE REFERENCIA AL SISTEMA JURÍDICO CHILENO: 1. La situación en Europa– 2. La situación en América latina. El caso particular de Chile.– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

### I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y PROBLEMÁTICA EN TORNO A LAS UNIONES DE HECHO

En el presente trabajo partimos de una realidad cual es la innegable y amplia aceptación social con la que cuentan las parejas *more uxorio*. Las uniones no matrimoniales no son una creación del derecho moderno. Nadie podrá discutir que es un fenómeno incluso anterior a la existencia del matrimonio como figura jurídica. Se trata de una forma de unión que cada vez adquiere mayor importancia como alternativa, transitoria o definitiva, al matrimonio. A lo largo de los siglos las uniones de hecho han sido una realidad fáctica a la que los ordenamientos jurídicos han dado, o han intentado dar, diversas soluciones. Lo que si resulta evidentemente novedoso en este discurso, a juicio de AZNAR y TRUJILLO<sup>1</sup>, es el hecho de dotar a estas uniones de una carga de deberes y derechos con una proyección jurídica.

<sup>1</sup> AZNAR DOMINGO, A / TRUJILLO GIL, D.A., «Uniones de hecho. Vicisitudes y fragmentación normativa». *Actualidad Civil*, núm. 12 (diciembre), 2017, p. 2.

El actual punto de partida reconocido por la doctrina es que las parejas de hecho, por tratarse de una realidad distinta a la institución del matrimonio, parten de opciones y planteamientos personales que requieren el respeto a la diferencia, tanto en el plano social como en el ámbito legal.

El aumento del porcentaje de parejas que conviven de hecho, ocasiona que estemos ante un nuevo modelo de familia. Esta presencialidad en la sociedad nos lleva obligatoriamente al planteamiento de un posicionamiento normativo, habida cuenta de que el derecho ha de adecuarse a la realidad social para servir a sus fines y obtener la legitimación en sus normas.

Inicialmente la definición de «unión de hecho» resulta de mayor dificultad de precisión que la conyugal delimitada por su forma de celebración y su inscripción en Registro Civil. Ya de por sí cuesta encontrar un término común. Tanto el Estado como las Comunidades han utilizado denominaciones diferentes: las llaman «parejas de hecho» (la Leyes andaluza y canaria), «uniones estables de pareja» (la Ley de Cataluña) o «parejas

estables no casadas» (la Ley aragonesa). También acortan la denominación con «parejas estables» (las Leyes navarra y asturiana), o «uniones de hecho» (las Leyes valenciana, madrileña y balear). Junto a éstas, también se emplea el término de «uniones no matrimoniales» o «extramatrimoniales». Y es que son muy variadas las realidades que aglutina como, por ejemplo, a las uniones de hecho libremente aceptadas con objeto de rehusar un control social por un determinado planteamiento ideológico, a las «parejas reconstituidas» en las que uno o los dos miembros de la pareja han tenido un matrimonio anterior e incluso traen hijos de matrimonios anteriores; a las parejas homosexuales a las que, hasta hace poco tiempo, les estaba prohibido el matrimonio; a las «relaciones prematrimoniales» de parejas jóvenes que antes de dar el paso al matrimonio deciden vivir juntos durando dicha relación varios años; a las parejas afectadas por impedimentos transitorios, a la espera normalmente de una desvinculación jurídica con sus parejas anteriores y durante la tramitación de los procedimientos judiciales, o por impedimentos permanentes.

Al igual que su denominación, también son diversas las nociones que las legislaciones utilizan para definirlas, y que no vamos a reproducir para evitar sobrecargar el texto, aunque en todas ellas se repiten las siguientes ideas que pasamos a destacar:

- unión, ligamen o convivencia, que parece hacer referencia a un compartimiento de vivienda.
- Estable, que da idea de continuidad, duración, permanencia. Este requisito se traduce en un mínimo de tiempo. Es la opción elegida en la LAU o en las leyes autonómicas de Cataluña, Aragón, Navarra o Ca-

narias. La LAU y la Ley catalana requieren un mínimo de dos años de convivencia (debe entenderse que continuada) y la Ley navarra de un año, del que están exentas las parejas con hijos comunes. Aragón exige el mismo plazo, aunque existan hijos comunes, y Canarias doce meses recogiendo también la excepción de que exista descendencia común, en cuyo caso no se precisa plazo alguno de convivencia.

- Afectividad como naturaleza del vínculo de unión. En este caso nos encontramos con el problema de la prueba de su existencia al pertenecer esta cualidad al dominio de los sentimientos.
- Similar a la unión conyugal. Precisamente tras las reformas de 2005<sup>2</sup> han desaparecido algunas de las notas que claramente diferenciaban al matrimonio y a las parejas de hecho, pues a partir de entonces cabe la separación por voluntad de uno de los cónyuges sin alegar causa alguna (siguen manteniendo como diferencia la necesaria sentencia determinante de la crisis matrimonial), y coinciden en buena medida quienes pueden contraer matrimonio con quienes pueden constituir legalmente una pareja de hecho al quedar abiertas ambas opciones a personas del mismo sexo. La diferencia fundamental entre el matrimonio y la pareja estable es la mayor exigencia de formalidad en el primero y la ausencia de vínculo

<sup>2</sup> Ley 13/2005, de 1 de julio, por el que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y 15/2005, de 8 de julio, por el que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

jurídico en la segunda, ya que esta última no precisa intervención judicial para su disolución<sup>3</sup>.

A pesar de este acercamiento, son dos opciones distintas cuya elección queda a la libre discrecionalidad de los sujetos por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal, «dado que la posibilidad de elegir una u otra opción (matrimonio o pareja de hecho) se encuentra íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)» (fundamento jurídico 8 de la STC de 23 de abril de 2013, recurso núm. 5297/2000 —RTC 2013/93-). Esta libertad corre paralela a toda prohibición de interferencia en su lícito ejercicio por parte de los poderes públicos. El Estado no puede imponer una opción o limitar las posibilidades de elección, o tratar de imponer el establecimiento de un determinado tipo de vínculo, contra la voluntad de la pareja. La libertad para elegir el vínculo que une a la pareja afecta tanto a la dimensión interna, de ser ellos quienes determinen su estatuto jurídico, como a la dimensión externa, esto es, de no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos<sup>4</sup>.

Por todo lo cual el criterio para hacer efectiva la elección queda reducido a la

convicción de los sujetos que se unen y a los condicionamientos que pudieran resultar de las normas de orden público. Se requiere, por tanto, un tratamiento jurídico diferenciado para dos realidades distintas como son el matrimonio y la unión de hecho, pero ello no impediría la equiparación de determinados efectos en circunstancias excepcionales.

En resumen, una pareja de hecho es una unión estable de dos personas, del mismo o distinto sexo, entre quienes existe una relación de convivencia y afectividad análoga a la conyugal, no unidas por matrimonio, y cuyo elemento esencial consiste en la voluntad de los miembros de la pareja para constituirse y determinar su régimen aplicable. Para O'CALLAGHAN MUÑOZ<sup>5</sup> es la convivencia con análoga afectividad a la matrimonial, sin la celebración formal del matrimonio, que no es antijurídica sino extrajurídica y produce o puede producir efectos personales, económicos o de filiación.

Hablar de parejas estables no casadas implica referirnos a una situación de coexistencia diaria y con vocación de permanencia, creándose entre los convivientes unidos sentimentalmente un ámbito común de intereses y fines, dentro del núcleo común de su hogar compartido, siendo el deseo de los mismos no sujetarse a reglas preestablecidas que pudieran condicionar su libertad de elección<sup>6</sup>. Se trata, por tanto, de una relación de hecho que puede producir, y produce, efectos jurídicos tanto personales como patrimoniales.

<sup>3</sup> Muy significativa en este sentido es la apreciación que recoge en reflexiones LORENZO-REGO sobre el acercamiento de ambas figuras consecuencia de la inercia de la realidad social y jurídica que ha llevado a una desjuridificación del matrimonio, ante la tendencia conservadora de nuestros Tribunales, y una institucionalización de las uniones de hecho derivada de la prolifera legislación autonómica («Hacia la codificación de la pareja estable». *Actualidad Civil*, núm. 19, 2010, p. 9).

<sup>4</sup> Reflexión ésta última recogida de HERRERA DE LAS HERAS «Los derechos sucesorios en las parejas de hecho. Especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional de 93/2013, de 23 de abril». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 749, 2015, p. 1.887.

<sup>5</sup> Citado por ALMAGRO NOSETE, J., «Un disputado premio de lotería (Unión *more uxorio*)». *Diario La Ley* (sección columna), núm. 7428, 2010, p. 1

<sup>6</sup> Definición recogida por AZNAR DOMINGO, A / TRUJILLO GIL, D.A., «Uniones de hecho...», ob. cit., 2017, p. 4.

Como acertadamente señala GÁLVEZ CRIADO<sup>7</sup>, las leyes autonómicas han utilizado diversos criterios para otorgar trascendencia jurídica a estas uniones estables: la convivencia efectiva durante un periodo de tiempo diverso, la inscripción en el registro de uniones de hecho que cada ley ha ido creando, una declaración formal de constitución, la existencia de hijos comunes durante la convivencia, etc. De manera que cada ley autonómica ha establecido unos requisitos de constitución a los efectos de su aplicación. Por consiguiente, de estas apreciaciones se entiende que la existencia de la unión de hecho no es suficiente para considerar aplicables los efectos jurídicos previstos en la Ley en cuestión para las parejas estables.

Pese a la formulación de estos criterios, para el Tribunal Constitucional<sup>8</sup> no es admisible cualquier forma de constitución, aunque esté prevista en la ley autonómica, pues se requiere una manifestación expresa de la voluntad de constituirse como pareja de hecho, adquiriendo vital importancia el registro de parejas de hecho como forma de constitución. Si la pareja en concreto desea que les sea aplicable la regulación establecida en la Ley debe constituirse legal y expresamente como pareja de hecho, ya que el simple hecho de tener un hijo en común o el transcurso de un año de convivencia no serían acreditativos por sí solos, pues entonces se le estaría otorgando una calificación jurídica (la de pareja de hecho asociada a un conjunto de derechos y obligaciones) a determinadas situacio-

nes de hecho que contrarían la asunción voluntaria de este núcleo familiar.

También se han establecido requisitos de carácter personal para constituir legalmente una pareja de hecho que, en general, hacen coincidir con los impedimentos para contraer matrimonio, aunque no siempre. Por ejemplo, la existencia previa de un vínculo matrimonial impide generalmente también la constitución de una unión de hecho, salvo que exista separación (legal en algunos casos, también se admite separación de hecho en otros), situación que no es suficiente para constituir un nuevo matrimonio en el que el primero ha de quedar disuelto.

Realidad distinta a la mencionada hasta ahora son las relaciones convivenciales de ayuda mutua que regula el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña (art. 240) que sin constituir una familia nuclear comparten la vivienda y ponen en común el trabajo doméstico con voluntad de ayuda mutua y de permanencia, institución especialmente regulada para proteger y atender las dificultades de las personas mayores. Es una situación distinta que se recoge para determinar su exclusión del tema de estudio, aunque formalmente mantenga las mismas vías de constitución: escritura pública y convivencia durante un periodo de dos años<sup>9</sup>.

Hasta aquí lo que se refiere a la aproximación conceptual del tema. En cuanto a las problemáticas que de forma general podemos destacar, sin perjuicio de posteriores matizaciones que a lo largo del estudio se vayan aportando, sería, por un lado, las relacionadas con la forma-

<sup>7</sup> «El principio general de libre desarrollo de la personalidad y los pactos entre convivientes tras la STC 93/2013, de 23 de abril». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 750, 2015, p. 1.810.

<sup>8</sup> Fundamento Jurídico 9 de la sentencia anteriormente citada (RTC 2013/93).

<sup>9</sup> Ver el estudio de MONEDERO RIBAS, M., «Otras fórmulas de convivencia en el Código Civil de Cataluña. La convivencia estable en pareja. Las relaciones convivenciales de ayuda mutua», *Actualidad Civil*, núm. 2, 2013, p. 173.



lización o constitución de las parejas de hecho y, por otro lado, las debidas a su dispersión normativa, consecuencia de la especial organización territorial de España.

## 1. CONSTITUCIÓN DE LA PAREJA DE HECHO

Bajo este epígrafe nos planteamos cuándo jurídicamente se puede considerar una unión entre personas como pareja de hecho y qué requisitos legales ha de reunir para dicha consideración.

Una de las cuestiones dudosas en torno a las uniones de hecho es el de si a estas parejas las estructuramos como una formación libre sin requisitos constitutivos o si las revestimos de formalismos y de un marco legal bien determinado, de tal forma que quedarían encorsetadas en contraposición a la libertad que subyace como trasfondo de toda unión sentimental entre personas.

Con la reforma del art. 44 CC introducida con la Ley 13/2005<sup>10</sup> se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Tras este importante cambio jurídico se elimina una de las principales justificaciones de la normativa sobre las parejas de hecho al reconocer un determinado estatus matrimonial a parejas que no podían contraerlo. Quedando expedito el campo matrimonial para cualquier pareja con independencia de su orientación sexual, deja de tener sentido establecer unos criterios constitutivos de la unión para aplicarles un régimen similar al matrimonio que no han querido formar. Entonces, sería más acertado crear un régimen jurídico propio, separado del matrimonial, aportando una

protección específica sobre los intereses de estas uniones y aplicable sólo cuando así lo manifiesten los interesados. Ahora bien, el grado de intervencionismo sobre este régimen jurídico no queda tan claro, ni tampoco qué es lo imprescindible para admitir su existencia.

En ocasiones serán necesarios unos requisitos constitutivos que aporten seguridad jurídica a las consecuencias derivadas de la unión estable, caso de la percepción de una pensión de viudedad (convivencia de dos años constando en el Registro de parejas tras la documentación pública ante Notario). En otras será necesario relajar estos formalismos para otorgar una interpretación amplia a la convivencia marital, por ejemplo ante la extinción de la pensión compensatoria del art. 101 CC<sup>11</sup>. En este último caso no será necesaria la inscripción en el Registro de uniones sino la prueba de un proyecto en común, con lo que nos encontramos con la primera cuestión a debatir: ¿qué se entiende por proyecto compartido?

La SAP de Valladolid de 22 de diciembre de 1995 (AC 1995/2449) afirmó que no bastan ni el amor, esto es, una relación sentimental, ni el roce frecuente, ni el sexo presunto, sino que hace falta algo más: que se quisieran para siempre y no para una temporada solo. La Audiencia puso el énfasis en el hecho de que una relación de amistad íntima, incluso con mantenimiento de relaciones sexuales y de cierta duración, no podía ser calificada de marital si no iba acompañada de ese detalle cualificador de tener un proyecto común de presente y de futuro. Con lo cual se re-

<sup>10</sup> Por el que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

<sup>11</sup> «El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o *por vivir maritalmente con otra persona*».

duce todo a una cuestión valorativa que tiene transcendencia jurídica a efectos, como acabamos de señalar, de cesación de la pensión compensatoria. La percepción de una contraprestación económica tras el matrimonio no obliga a realizar una vida de aislamiento social, pudiendo efectuar cualquier actividad que sirva a su realización personal, entre la que hay que incluir, por supuesto, el pleno desenvolvimiento de su libertad sexual.

Bajo esta realidad se agrupa una diversidad de supuestos cuyo elemento esencial de constitución es su conformación por decisión propia a extramuros de la institución matrimonial. Una regulación detallada e imperativa de los efectos personales y/o patrimoniales que se pretenden atribuir a esa unión puede colisionar con la citada libertad de crear un espacio privado y propio, imponiendo a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio.

Efectivamente, esta es la disyuntiva que nos encontramos: o fijar unos requisitos legales o dejarlo a la sana interpretación de la convivencia. O regular el régimen jurídico de las uniones de hecho o dejarlo recaer en la autonomía de la pareja.

Cuando la pareja mantiene esta convivencia se basa en una decisión libre que ellos toman de no someterse al régimen previsto para el matrimonio. Libertad que ahora, tal y como hemos señalado más arriba, es más real desde la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, de 2005, pues antes de esa fecha las parejas homosexuales no tenían esta libertad de elección quedando avocada su unión a la formación *more uxorio*.

Pero, como ocurre en cualquier relación jurídica, se presentan retos que el Derecho debe resolver bajo un criterio de mínimos y así respetar ese carácter voluntario de la unión, sin fomentar la discriminación entre el matrimonio y la unión estable de pareja. Por consiguiente, podemos afirmar, después de todo el proceso doctrinal y judicial experimentado respecto a las uniones de hecho iniciado allá por el año 1992<sup>12</sup> y cerrado, de momento, con las sentencias del 2013, que este tipo de relación se basa en la libre decisión de las parejas de formarse como tales y cuyo único límite impuesto al legislador a la hora de regular estas uniones es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada. En el ínterin se le ha querido otorgar de un régimen jurídico de derechos y obligaciones que solo es posible en la medida en que los convivientes lo acepten voluntariamente. Es el pacto expreso de convivencia el que permite aplicar una serie de consecuencias jurídicas concretas. A *sensu contrario* la unión no jurídicamente formalizada no produce el nacimiento de ningún derecho u obligación específicos entre ellos pues libremente lo han excluido. Pero precisamente por ello se requiere una formalización para distinguir entre ambas opciones de convivencia en pareja, la totalmente libre y la regularizada.

El establecimiento de unos requisitos formales para la válida constitución de las uniones estables que las haga visibles para el Derecho y de los que hacer depender el reconocimiento de los efectos jurídicos previstos en la leyes no atenta contra su naturaleza de unión libre, sino que es la manifestación legalmente ex-

<sup>12</sup> STS de 18 de mayo de 1992 (RJ 1992/4907) donde se asientan las bases de lo que debe entenderse como pareja de hecho.

presada de la voluntad de sus integrantes la que permite la constitución de esta unión. Todo ello sin dejar de insistir en que los efectos jurídicos nacen y giran en torno a la decisión libremente adoptada de los convivientes.

En definitiva, no se puede admitir un reconocimiento jurídico de la existencia de las parejas de hecho sin atribuirle consecuencia jurídica alguna. Para determinar su existencia se establecen unos requisitos objetivos y subjetivos de orden público (capacidad, edad, ausencia de vínculo matrimonial anterior, parentesco y convivencia), con independencia de los requisitos formales que materializan indubitadamente la voluntad de los convivientes.

De este modo, tres serían las formas a partir de las cuales podría desarrollarse el núcleo familiar, cada una con un conjunto de derechos y obligaciones similares o afines en las que los sujetos, en el libre ejercicio de su libertad individual, deciden el grado de intervencionismo normativo en sus relaciones personales; se trataría de: uno, el matrimonio caracterizado por el consentimiento matrimonial. Dos, la unión no matrimonial registralmente inscrita y con documento público acreditativo, o donde los miembros de la pareja manifiestan externamente esta unión surgiendo una serie de derechos y obligaciones que asumen voluntariamente. Y, tres, la unión de hecho sin formalidad alguna entendida como amor libre y sin ataduras. Como elemento común que caracterizaría a éstas dos últimas sería el de no precisar de declaración judicial alguna en los casos de ruptura. Como diferencia entre ambas estaría la constatación de su constitución. Formalmente caben dos opciones para establecer públicamente su existencia: o bien mediante escritura pública o

bien inscribiéndose en un Registro de parejas de hecho.

Como se señalaba más arriba, los requisitos subjetivos coinciden básicamente con los del matrimonio en cuanto a que se refieren a la edad, la capacidad y la inexistencia de vínculo matrimonial con otra persona. Comparto la opinión de CULEBRAS al considerar más coherentes las legislaciones de las Comunidades de Aragón<sup>13</sup> y Galicia<sup>14</sup> que exigen el requisito de la mayoría de edad para formar una pareja estable, a diferencia del resto de comunidades que reconocen expresamente capacidad para constituir una pareja de hecho a los menores emancipados, fijando la edad para consentir en los dieciséis años. Aunque el establecimiento de esta edad límite mantiene el mismo criterio que para el matrimonio, conseguido a partir de la reforma de 2 de julio de 2015<sup>15</sup>, el motivo de la conveniencia de exigir la mayoría de edad estaría centrado en la capacidad plena de los convivientes para establecer los pactos que en su mayoría son de carácter patrimonial, sin necesidad de intervención de terceros representantes y a falta de un artículo específico que permita suplir la capacidad del menor emancipado por el otro conviviente si fuese mayor de edad (a modo del art. 324 CC). También se toma como referencia la regulación del matrimonio y el carácter de orden público del parentesco para limitar la constitución válida de las

<sup>13</sup> Art. 303 del DL 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas.

<sup>14</sup> Disposición Adicional Tercera, apartado segundo, de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

<sup>15</sup> Con anterioridad a esta Ley de Jurisdicción Voluntaria cabía la dispensa del Juez de Primera Instancia pudiendo celebrar el matrimonio los menores a partir de los 14 años.



parejas de hecho al segundo grado<sup>16</sup> o tercero de colateralidad<sup>17</sup> (sin que quepa en ningún caso en la línea recta por consanguinidad o adopción). Sin embargo, la pareja de hecho no crea lazos familiares ni entre los que la constituyen, ni con los familiares del otro miembro de la pareja (línea afín).

Sería el encargado del registro quien debería comprobar el requisito de la edad y la ausencia de toda sentencia incapacitante para manifestar un consentimiento libre o de cualquier otra circunstancia que, sin desembocar en un proceso de incapacitación, impida reunir la capacidad suficiente. Es entonces cuando se le está pidiendo un juicio de valor a una persona con facultades administrativas que no está capacitada para determinar si el consentimiento es totalmente libre y voluntario. Así la labor de este personal del registro no es tan sólo la de constatar la voluntad de los convivientes, sino que además deberá comprobar la inexistencia de vínculo matrimonial, o en su caso de separación judicial<sup>18</sup>, o de pareja de hecho con otra persona fuera de esa unión que se quiere constituir<sup>19</sup>. Por consiguiente, lo que se les pide a este tipo de

oficinas, los registros de parejas de hecho, es que aporten la prueba de la existencia de la convivencia pues se requiere de un instrumento que evidencie una situación interna, además de una convivencia compatible con los requisitos subjetivos para formalizarla.

Por otro lado, si existe una sentencia sobre la capacidad, no habrá duda sobre la posibilidad de constituir una unión de hecho atendiendo al contenido y limitaciones que recoja el texto de la sentencia. Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter restrictivo con que se han de interpretar las limitaciones de la capacidad, entiendo que un pronunciamiento judicial sobre la imposibilidad de celebrar el matrimonio no debe llevarnos a impedir la constitución de una pareja de hecho.

Si la constitución de la pareja es a través de escritura pública, el Notario si está facultado para evaluar ese consentimiento y dar fe de ello. Por lo que en este sentido sería la fórmula más idónea para acreditar estas circunstancias subjetivas.

Resulta un recurso muy utilizado en nuestra sociedad acudir a un registro para dotar de publicidad a actos o relaciones jurídicas, hasta tal punto que hay una cierta saturación de oficinas registrales dependientes de distintos órganos según su competencia material y territorial. Pero este fácil auxilio del registro no está exento de problemática si no se le otorga de un régimen particular, porque hasta ahora sólo aporta publicidad a la declaración conjunta de la pareja que ha manifestado su unión de hecho<sup>20</sup>, sin hacer prueba sobre la veracidad de dicha

<sup>16</sup> Andalucía, Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla León, Cataluña, Navarra y País Vasco.

<sup>17</sup> Islas Baleares, Canarias, Galicia, Extremadura, Madrid y Comunidad Valenciana.

<sup>18</sup> Comunidades como Canarias, Cantabria, Cataluña, Extremadura o Madrid reconocen el derecho a constituir parejas de hecho a las personas separadas judicialmente.

<sup>19</sup> En Andalucía, Islas Baleares, Cantabria, Extremadura y Valencia solo la pareja de hecho debidamente inscrita en el registro correspondiente impide la formalización de una nueva pareja; mientras que Aragón, Asturias, Canarias, Cataluña-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Navarra, Madrid o País Vasco no requieren que la pareja de hecho esté inscrita, bastando la mera convivencia estable con otra persona para impedir la constitución de otra.

<sup>20</sup> Para practicar la inscripción deberán comparecer conjuntamente y de forma presencial los dos miembros de la unión, aunque su extinción podrá comunicarla cualquiera de ellos. La competencia del registro se determina por el empadronamiento en el Municipio.

declaración. No se trata de una prueba plena sino que es un medio sometido a la consideración de los jueces y tribunales, contrastando con la inscripción registral del matrimonio para el que sí resulta un título de legitimación de su estado civil.

Este registro autonómico no tiene efectos civiles, sino únicamente el efecto administrativo consistente en poder demostrar la existencia de la unión de hecho a fin de que pueda serle de aplicación el régimen jurídico establecido por el legislador autonómico en su ámbito de competencias.

También es cierto que estos registros tampoco cuentan con los controles necesarios para poder acreditar una previa convivencia dando lugar, en muchos casos, a situaciones que simulan una convivencia de hecho con el fin de alcanzar determinados beneficios. Es posible que la pareja haya cesado su convivencia sin que lo haya reflejado en el registro con la correspondiente cancelación registral. E incluso que aparezca inscrita en varios registros pues no existe mecanismo de intercomunicación entre los mismos. A ello hay que sumarle la restringida publicidad en pro de la intimidad de los inscritos, que cuestiona la finalidad de estas oficinas que limitan la publicidad a los miembros de la unión o a las jueces, sin atender al criterio del «interés» del tercero que solicita la información, como así lo hacen otros Registros que albergan datos, incluso, de mayor repercusión en los derechos de la personalidad.

La clave del problema se encuentra en que se trata de registros administrativos que son los que pueden crear las Comunidades Autónomas pues la «ordenación de los registros e instrumentos públicos» es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8ª CE). Hay que estimar que es acertado recurrir como herramienta a un

Registro para acreditar frente a terceros (privados o públicos) la voluntad de quienes conviven en un régimen *more uxorio*, pero la naturaleza administrativa y el carácter reglamentario de su normativa no favorece el control y la eficacia general de lo anotado. Evidentemente aunque estos datos o declaraciones queden reflejados en un registro puramente administrativo tienen un cierto valor como documento privado o público, dependiendo ante que funcionario se realizó, pero dicho efecto es insuficiente ante la territorialidad de las circunscripciones administrativas<sup>21</sup>.

Lo más razonable hubiera sido que el legislador estatal se hubiese manifestado sobre estas uniones no matrimoniales y así haber ejercitado su opción concreta sobre el acceso o no a alguna suerte de registro, sobre el tipo de publicidad de dichas uniones y sobre la eficacia de las correspondientes inscripciones. En particular y atendiendo a la nueva visión que la legislación actual ofrece del Registro Civil como entidad informatizada y unitaria sobre las circunstancias de la persona, donde se recoge el historial completo del sujeto, considero como la opción más idónea para atender a esta competencia hubiese correspondido al Registro Civil.

Por ello, hubiese sido una buena oportunidad atender a esta situación de la convivencia en pareja como hecho que afecta a las circunstancias de la persona (art. 4 LRC) para ser objeto de inscripción en el Registro Civil y que la nueva normativa (todavía en suspenso) del Registro Civil

<sup>21</sup> Resultan interesantes las reflexiones sobre esta materia de RUIZ-RICO RUIZ, J.M/ CASADO CASADO, B., «Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspectos registrales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685 (septiembre-octubre), 2004, p. 2368.

(Ley 20/2011, de 21 de julio) lo previera<sup>22</sup> o, en su caso, articularse un Registro de ámbito nacional donde se inscribieran estas uniones de hecho.

La cuestión sobre la inscripción tiene transcendencia en la medida en que no se limita a ser materia exclusiva de publicidad. Un registro con efectos jurídicos permitiría otorgar seguridad jurídica a esta realidad familiar, y no sólo entre los convivientes y el sistema administrativo y social que les rodea, sino también frente a terceros.

Por todo lo dicho y por lo que más adelante se planteará en torno a los pactos de la pareja, es necesario que el legislador estatal recoja una norma de alcance general que regule las parejas de hecho y les dote de publicidad no meramente administrativa, sino también jurídica. De esta manera se contaría, por un lado, con normas dispositivas de carácter civil que, a falta de acuerdo entre las partes, protegiesen los intereses de personas que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, dificultad o en una situación de desequilibrio como consecuencia de la extinción de la pareja y, por otro lado, de un registro que dotara de eficacia a tales pactos frente a terceros. Y esto último solamente corresponde al Estado que debe establecer, al mismo tiempo, un control de legalidad sobre tales acuerdos. Las Comunidades con competencia en materia de Derecho civil pueden, indudablemente, aprobar normas civiles que regulen los aspectos que convengan sobre las parejas de hecho, pero no pueden otorgar efectos civiles a los pactos privados entre los convivientes por el simple

hecho de que se inscriban en un registro público.

En cuanto a la voluntad expresa de los convivientes manifestada en escritura pública como forma de constatar su constitución encaja con el principio de respeto al libre desarrollo de la personalidad y permite un control sobre la declaración de las partes y lo estipulado por ellos. Se obtiene una clara ventaja a efectos de prueba, así como la posibilidad de demanda ejecutiva en caso de incumplimiento.

El asesoramiento del Notario permite un mejor acomodo de las distintas opciones jurídicas a los deseos de conformación como pareja, un mayor control de la regulación autonómica aplicable y una fiable constatación de la capacidad de los convivientes. Esta función acreditadora y documentadora del Notario se predica respecto a la existencia real de la convivencia, pero también al tiempo de relación previa al acto de constatación. Dato éste importante cuando algunas legislaciones autonómicas reconocen efectos jurídicos a determinadas uniones por la mera convivencia estable y continuada en la que se desarrolla una comunidad de vida y afectos durante un periodo de tiempo que varía desde los seis<sup>23</sup> a los doce meses<sup>24</sup>, o dos años<sup>25</sup>. Criterio que se agudiza en algunas comunidades, como Madrid y Valencia, cuando la acreditación fehaciente del periodo de convivencia exigido no puede ser sustituido por ninguna otra actuación, como la declaración de los interesados o la existencia de descendencia en común, resultando pre-

<sup>22</sup> Propuesta que también hace ALONSO HERREROS, D., «Algunas consideraciones sobre los registros de uniones civiles de hecho». *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 36, 2001, p. 6.

<sup>23</sup> Comunidad de Castilla y León.

<sup>24</sup> Asturias, Canarias, Cantabria, Extremadura, Madrid y Navarra.

<sup>25</sup> Aragón y Cataluña.

ceptivo el aspecto convivencial al objeto de reconocer efectos jurídicos.

Considero que la forma de simplificar este tratamiento tan diverso y de ganar en seguridad jurídica sería distinguir entre dos grupos de uniones de hecho. Por un lado, las normalizadas, cuya constitución quedase formalmente registrada y a las que se le aplicaría el régimen que convencionalmente hubiesen pactado y, en su defecto, una regulación supletoria de mínimos que contemplaría tanto aquellos temas que por su naturaleza escapasen de la autonomía privada (por ejemplo, derechos sucesorios), como los destacados en caso de crisis de la pareja referentes a la vivienda, posibles pensiones y situación de los hijos menores. Por otro lado, estarían las uniones totalmente libres que no han manifestado voluntad alguna sobre su formación ni sobre su ordenación interna y para las que sólo cabría aplicarles dicho régimen en situaciones de crisis y en la medida en que se probara suficientemente en juicio, a través de actos concluyentes, una comunidad de vida entre los convivientes que ahora queda rota.

Así pues y en consonancia con lo que establece el Reglamento UE 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016<sup>26</sup>, este acto del legislador común otorgando una

<sup>26</sup> Por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOCE L 183/30 de 8 de julio de 2016). Según su Considerando n.º 16: «(...) debe establecerse una distinción entre las parejas cuya unión se halla institucionalmente sancionada mediante su registro ante una autoridad pública y las parejas vinculadas por uniones de hecho (...)», y art. 3.1 a): Se entenderá por: «unión registrada» el «régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación».

regulación civil específica permitiría diferenciar dentro de las parejas de hecho a las uniones civiles registradas y a las parejas no casadas. Las primeras, formalmente constituidas, tendrían un reconocimiento jurídico de la convivencia con la producción de una serie de efectos unificados para todo el territorio nacional. Las segundas quedarían al margen de dicha regulación.

Esta opción requeriría de una respuesta del legislador común promulgando en una ley especial el régimen básico aplicable a las parejas de hecho inscritas, sin necesidad de modificar el Código Civil. Sería, pues, la solución más rápida.

Por ejemplo, hay legislaciones, como la holandesa<sup>27</sup>, que tienen muy diferenciados los regímenes aplicables a las parejas de hecho, distinguiendo entre las inscritas y las convencionales (aquellas que surgen del pacto). En nuestro caso hemos diferenciado entre las formalizadas en el Registro y las que se crean al margen de cualquier acto constitutivo quedando como única forma de constatación la convivencia. De acuerdo con este país, Holanda, y su Ley de 1 de enero de 1998, la relación de pareja constitutivamente registrada genera una serie de obligaciones similares al matrimonio que afectan a los convivientes y a terceras personas. Por el contrario, para las parejas que nacen bajo el amparo de un contrato, llamado de cohabitación, se atiende a lo pactado produciendo sólo efectos interpartes. Igualmente, la Ley francesa de 13 de octubre de 1999<sup>28</sup> regula este tipo

<sup>27</sup> Ley 1 de enero de 1998.

<sup>28</sup> Ley relativa al Pacto Civil de Solidaridad y del Concubinato publicada el 15 de noviembre del mismo año. Estos pactos han creado un Libro I bis dentro del *Code Civil* y son definidos en el artículo 515-1 como aquellos contratos realizados por dos

de contrato como pacto civil de solidaridad que al tener naturaleza contractual no incide en el estado civil de las personas que lo constituyen, pues no equivale al vínculo matrimonial ni establece una relación de parentesco. El lugar idóneo para la regulación de estas últimas alternativas sería el Código Civil, por lo que ocasionaría la necesaria modificación del mismo.

Desde el momento en que la constitución del matrimonio no hace distinción en el sexo de los contrayentes no es necesario extrapolar la regulación civil a las parejas registradas, solución a la que llega Holanda, entre otros países. Y llega a este resultado porque primero en el tiempo fue la regulación de la convivencia *more uxorio* y, posteriormente, el reconocimiento del derecho a casarse a las parejas del mismo sexo, situación que en España ya hemos asumido.

## 2. DISPERSIÓN NORMATIVA

El marco territorial normativo reinante en materia de parejas de hecho en España sería otra de las cuestiones espinosas a tratar en el presente apartado como problemática genérica surgida sobre las parejas de hecho.

---

personas físicas mayores de edad, de diferente o del mismo sexo, con el fin de organizar su vida en común. La constitución de este pacto determina una serie de ventajas laborales, fiscales, asistenciales y administrativas, imponiendo unos deberes de contribución a las cargas domésticas e indemnizaciones por ruptura. Se excluyen las repercusiones sobre la filiación, la adopción de menores o la inseminación artificial. Estos pactos se han de celebrar ante el juez de Primera Instancia de la localidad donde la pareja tenga su residencia común y cuentan con una regulación de los requisitos formales que deben cumplir las parejas para su celebración, así como los efectos jurídicos que derivan de su suscripción.

Su marco regulatorio, hasta fechas recientes, se había visto marcado por un destacable vacío legal debido al carácter alegal de estas uniones, siendo ello consecuencia tanto del carácter tradicional de la unión matrimonial imperante hasta épocas recientes en nuestro país como de la propia vocación de flexibilidad y falta de sujeción a norma alguna propia de este tipo de uniones.

Ciertamente, no hay una respuesta del legislador estatal genérica a la regulación de las parejas de hecho pero sí específica en función de las materias (en arrendamientos, seguridad social y pensiones, régimen concursal, discapacidad, técnicas de reproducción asistida, reforma de la adopción, materia penal, fiscalidad, educación, etc.). Hasta el momento presente, para el legislador común no se trata de regular las parejas de hecho como forma de convivencia sino el de tenerlas en consideración para equipararla cuando proceda al matrimonio en algunos efectos puntuales y concretos. De ahí que nos remitamos al apartado correspondiente de este texto para valorarlo de forma independiente.

Esta reticencia del legislador a dar un tratamiento unitario a las parejas de hecho a través de una regulación estatal propia, incluyéndolas de manera dispersa en diferentes legislaciones, favorece la creación de un escenario de gran inseguridad jurídica y agrava la proliferación de una normativa que aborda la cuestión de manera diferente según se trate de Comunidades con Derecho civil propio o no.

Han sido precisamente las Autonomías las que en los últimos años se han encargado de dictar normas al respecto, recogiendo aspectos como los requisitos para su inscripción en los Registros de carácter administrativo, el establecimiento de pactos de convivencia entre sus miem-



bros o su equiparación al matrimonio en algunos ámbitos<sup>29</sup>. Las uniones de hecho ya no son ajurídicas sino que gozan de reconocimiento legal, por lo que nada impide que ese reconocimiento venga por parte del legislador autonómico.

El detonante de una proliferación de normas autonómicas, ha sido la dejadez del Estado y la necesidad de ofrecer soluciones a problemas que la cotidianidad planteaba.

Para entender este apartado hay que partir de la fisonomía legislativa propia de España: un Estado plurilegislativo reconocido a partir de 1978 por lo que es vital la delimitación de las competencias. En nuestra materia, sólo pueden legislar sobre derecho civil aquellas Comunidades que hubiesen mantenido su derecho civil vigente hasta nuestros días. Ello limita la capacidad a seis Comunidades: Cataluña, Aragón, País Vasco, Navarra, Galicia y Baleares, si bien, y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucio-

nal, también pueden legislar las Comunidades con derecho consuetudinario vigente, como la Comunidad Valenciana<sup>30</sup>. La capacidad legislativa del resto de Comunidades está limitada en materia de Derecho Civil por el art. 149.1.8<sup>a</sup> CE.

La Constitución considera como materia exclusiva del Estado la «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio». Si las parejas de hecho se configuran como una nueva clase de matrimonio que comparte la misma causa y naturaleza corresponde al Estado la regulación de esta convivencia estable.

No obstante, las Comunidades Autónomas han legislado sobre uniones de hecho justificando su capacidad para hacerlo en que estas uniones no son equiparables al matrimonio, tal y como los tribunales han manifestado en varias ocasiones. Matrimonio y uniones no matrimoniales son realidades jurídicas distintas y, como tales, las uniones no matrimoniales reciben un tratamiento jurídico específico y diferenciado. Aunque existan distintos «estadios» legislativos según el grado de competencia ni el derecho autonómico (atendiendo a las competencias asumidas en sus Estatutos de Autonomía) ni el derecho foral (con una competencia más amplia por contar con un derecho civil propio o especial) pueden entrar en una regulación plena sobre la institución, pues el Tribunal Constitucional ha puesto limitaciones a estas regulaciones en cualquiera de los dos casos. Limitaciones graduables en la medida en que no son iguales para todas las Comunidades, sino que dependen de la existencia de un Derecho preexistente o no. El

<sup>29</sup> Libro II del Código Civil Catalán de 29 de julio de 2010 relativo a la persona y a la familia (arts. 234.1 a 234.14); Código de Derecho Foral de Aragón (arts. 303 a 315) de 22 de marzo de 2011; Ley 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, de Navarra; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, de Baleares. Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho, de la Comunidad Autónoma de Madrid; Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, del Principado de Asturias; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho, de la Comunidad Autónoma de Andalucía; Ley 2/2003, de 7 de mayo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma del País Vasco; Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley del Parlamento de la Comunidad Autónoma de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho; Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de la Comunidad Autónoma de Galicia; Ley 5/2012, de 15 de octubre, para la regulación de las Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Valencia.

<sup>30</sup> La situación de Valencia es especial ya que se encuentra en un proceso de desarrollo de sus derechos civiles forales o especiales no incorporados en su día a la correspondiente Compilación.

art. 149.1.8<sup>a</sup> introduce una garantía a la foralidad civil que se traduce en que no todas las comunidades autónomas tienen competencia para la legislación civil.

El Tribunal Constitucional (sentencia 93/2013, de 23 de abril) rechaza la impugnación global de los textos legales autonómicos por razón de competencia y entiende, por un lado, que las comunidades con Derecho foral pueden legislar sobre parejas de hecho toda vez que son una realidad distinta al matrimonio, y por tanto no están protegidas por la reserva competencial a favor del Estado y, por otro lado, considera que el legislador autonómico no crea una forma de matrimonio distinta a la prevista por el legislador estatal y puede regular determinados efectos jurídicos derivados de la relación, tanto en materia civil como función pública y régimen tributario.

Para las Comunidades Autónomas se excluye el ámbito competencial de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho por pertenecer a la materia regulada por el Derecho civil, a no ser que estos pactos se incluyan por la voluntad de los sujetos (art. 1.255 CC), en cuyo caso pueden ser objeto de inscripción registral, pero no como resultado de una regulación legal autonómica al no ser competentes sino como resultado de la libertad de pacto. Cuestión que sí pueden regular los territorios dotados de Derecho Civil propio, lo cual resulta discriminatorio respecto a la situación de las parejas no establecidas en estas zonas. Por consiguiente, para los territorios forales el límite es más abstracto en la medida en que su regulación es rechazable cuando produzca un desconocimiento de la libertad de decisión de los componentes de la pareja sin descender más, ya que tienen competencia para legislar sobre uniones de hecho.

A pesar de lo establecido, la legislación autonómica ha hecho un esfuerzo por asimilar las parejas de hecho al matrimonio, claramente dentro del ámbito administrativo (como el optar a una vivienda pública en igualdad de condiciones que el matrimonio, acoger a menores, ingresar en residencias públicas, permisos de trabajo en caso de hospitalización del otro), pero también atribuyéndole a las parejas una serie de efectos en las diversas relaciones jurídico-civiles en materias de convivencia (como la disolución de la relación establecida, el régimen económico, la responsabilidad conjunta frente a terceros, etc), todos ellos equiparables al matrimonio. Es en este intento donde el legislador autonómico se ha topado con las competencias exclusivas asumidas por el Estado y sobre las que no puede regular, originando una serie de pronunciamientos del Constitucional de suspensión de la normativa.

En definitiva, esta diversidad normativa ha acarreado tanto cierta desigualdad interregional como continuos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (tanto para la ley Valenciana, de la comunidad de Madrid o de Navarra) para anular las extralimitaciones materiales en la regulación de las Comunidades Autónomas, pues el contenido sustantivo de las uniones o parejas de hecho, es decir, la eficacia entre las partes, los derechos y deberes personales y patrimoniales que generan entre las mismas, constituyen materia propia de la legislación civil común. Otra de las características de esta regulación es que las normas se enmarcan en una amplia diversidad material, más allá del señalamiento de los diversos aspectos comunes que debe reunir cualquier unión de hecho. Así, la Ley de Parejas de Hecho andaluza, de 16 de diciembre de 2002, regula específicamente

una especial previsión para el caso de que alguno de los convivientes sufriera drogodependencia (art. 16).

Esta profusión legislativa y de intervencionismo orgánico del legislador autonómico contrasta con esa cierta anomia de estas uniones en el ordenamiento jurídico estatal. Es decir, la progresiva actividad legislativa del legislador foral y autonómico respecto a las parejas de hecho en las últimas décadas ha situado al legislador estatal en una situación en la que no se encontraba antes, pues ha venido a remarcar el mutismo con el que afronta el tema.

Visto el panorama y puesto que las Comunidades Autónomas han entrado a regular la materia, la cuestión ya no es tanto el pensar en lo complejo que resulta este campo normativo por tal dispersión de leyes, sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, que haya mecanismos jurídicos para proporcionar protección a la persona que queda perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica.

Es cierto que muchos de estos preceptos autonómicos anulados por el Constitucional persiguen la igualdad jurídica de las parejas casadas y no casadas buscando su equiparación en materias como la sucesoria<sup>31</sup>. Efectivamente, ha existido

<sup>31</sup> Sirva de ejemplo el art. 14 de la Ley 15/2012 de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana cuya aplicación se encuentra suspendida por el Constitucional al disponer una alteración del régimen de las legítimas y de la sucesión intestada del CC, para la que no es competente el legislador autonómico («Si durante la unión de hecho formalizada tuviere lugar la muerte o la declaración de fallecimiento de alguna de las personas convivientes, quien sobreviva ocupará en la sucesión la misma posición que corresponde legalmente al cónyuge supérstite»).

en los últimos tiempos un gran esfuerzo en la legislación especial común para equiparar estas situaciones convivenciales. Por ejemplo, en materia de alimentos, en la limitación de la disposición de la vivienda habitual, en el ejercicio de las acciones relacionadas con las declaraciones de incapacidad, prodigalidad, ausencia y fallecimiento, y en el desempeño de las funciones de tutela y de curatela, casos todos ellos donde se equiparan los derechos de la pareja (unión de hecho) y el cónyuge (matrimonio). Resulta ahora evidente que va llegando el momento en que también se haga lo propio en materia de sucesión mortis causa. Tanto la jurisprudencia como la legislación autonómica ha empleado el régimen del matrimonio para resolver aspectos tales como los alimentos, lo relativo a la vivienda familiar o la guarda y custodia de los hijos comunes; mientras que en aspectos tales como posibles derechos hereditarios del conviviente supérstite o bienes adquiridos constante la convivencia, se ha venido rechazando de forma generalizada la aplicación analógica del régimen matrimonial.

Si nos basamos en la tan aludida autonomía de la voluntad de los convivientes, fundamento básico para mantener intactos los derechos del libre desarrollo de la personalidad y de la intimidad personal, sea entonces ésta la que utilicemos para que existiendo instrumento de última voluntad (testamento) pueda ser declarado heredero universal la pareja superviviente. De tal forma que igual que el legislador en otros casos ha modificado la legislación para acercar a la unión de hecho a las consecuencias jurídicas matrimoniales, lo haga ahora también ampliando los derechos sucesorios actuales de la pareja de hecho.

Del mismo modo que apunta HERRERA DE LAS HERAS (y otros)<sup>32</sup>, tras la experiencia vivida llega el momento de regular a nivel del Código Civil común el pacto o contrato de unión civil que evite la disparidad de leyes autonómicas, los conflictos de competencia y la jurisprudencia muchas veces contradictoria. Consideramos necesaria, al igual que estos autores y tal y como hemos mantenido más arriba, una ley estatal, una ley de mínimos, que sienta las bases en esta materia y evite situaciones de desigualdad e inseguridad en algunos casos, instando la creación de un registro único con efectos jurídicos. Dejando al margen la parcela jurídico privada en la que cabe el acuerdo por aplicación del principio de autonomía de la voluntad, todo lo que trasciende a ella, por el carácter imperativo o público de la norma, quedaría a la discrecionalidad del legislador común el cual debería evitar, en la medida de lo posible, discriminaciones territoriales.

Una regulación autonómica o estatal no vulneraría la libertad de los convivientes, pues para estos aspectos que escapan de la autonomía de la voluntad ya no eran libres para decidir en este ámbito. El principio de libertad de pactos entre los convivientes debe entenderse referido al Derecho dispositivo, sin tener más libertad y autonomía que cualquier otra persona.

Pero aún es más llamativa esta falta de actividad legislativa estatal en materias sobre las que sólo el Estado resulta competente, pues en estos casos sí tiene consecuencias jurídicas dicha inactividad. En particular nos referimos al conflicto de leyes cuando, ante un mismo supuesto, resulten aplicables más de un

Derecho civil, sin que exista una norma de conflicto interregional que determine cuál es el Derecho aplicable<sup>33</sup>.

## II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS UNIONES DE HECHO: LA IMPORTANCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Mucho se ha hablado de las parejas de hecho tras las correspondientes regulaciones autonómicas y los respectivos pronunciamientos constitucionales, pero tras estas décadas de debate lo que sigue estando claro es que el mecanismo que han de utilizar estas uniones estables es el pacto para prever situaciones de crisis o simplemente para establecer su estatuto jurídico de convivencia.

Esta autonomía es predicable en aquellos ámbitos jurídicos donde está reconocida como principio atendiendo al art. 1.255 CC, no así en otros que de forma imperativa recoge el Código Civil y además asume el Estado sin que sea competente el legislador autonómico por cuanto supone, por ejemplo, una alteración del régimen de las legítimas y de la sucesión intestada del Código Civil.

Aunque en ocasiones los convivientes se convierten en destinatarios de normas jurídico públicas relativas al Derecho laboral y de la Seguridad Social, así como otras de naturaleza tributaria o administrativa, que son sectores del Derecho en el que aquel principio aparece vedado o cuando menos restringido y en los que suelen establecerse criterios de atribución de carácter más objetivo, la autonomía de la voluntad ha tenido y sigue teniendo un papel fundamental en la

<sup>32</sup> «Los derechos sucesorios...», ob. cit, p. 1.179 y 1.189.

<sup>33</sup> Aspecto que destaca CULEBRAS LLANA, I., *Las uniones no matrimoniales en el ordenamiento jurídico español*. Madrid. Sepin. 2017, p. 144.



regulación de las relaciones económicas y patrimoniales. El Tribunal Supremo viene basando sus resoluciones en dicha capacidad de autogobierno de los convivientes manifestada de forma expresa o incluso tácita, rechazando la aplicación analógica de la regulación del matrimonio y prefiriendo la aplicación supletoria de los Principios Generales del Derecho.

El reconocimiento de esta libertad personal tiene un doble trasfondo. Por un lado, es la justificación del reconocimiento jurídico de las uniones de hecho donde los convivientes pueden elegir uno u otro modelo de convivencia, esto es como pareja de hecho reglada o como pareja al margen de la normativa. Pero además, por otro lado, determina el régimen jurídico elegido voluntariamente cuyo contenido será el que se establezca a través de convenciones privadas, convirtiendo a los convivientes en protagonistas de las relaciones jurídico privadas.

Pero aun así, y tal y como hemos señalado más arriba, existiría una clara discriminación con otras formas de familia pues existen materias que están vetadas a los pactos entre los convivientes o que resultarían excesivamente difíciles o complejos. Cuestiones que no se refieren tanto al régimen económico de los convivientes, sino a beneficios civiles, sociales, tributarios, administrativos o de otra índole que no son percibidos por los convivientes, tal y como señala GÁLVEZ CRIADO<sup>34</sup>, como una intromisión en el libre desarrollo de su personalidad o en su forma de organizar sus relaciones económicas, sino todo lo contrario, como ventajas o derechos sociales (reconocimiento de pensión de viudedad a favor del conviviente superviviente en las mis-

mas condiciones que al cónyuge viudo o equiparación al matrimonio a todos los efectos laborales y tributarios) que les hacen equiparables a las parejas casadas.

El hecho de acudir a la inscripción registral para constatar la unión afectiva, demuestra ya la intención y necesidad que tienen esas personas de dotar a la relación de ciertos efectos jurídicos, ya que en caso contrario limitarían su relación al ámbito personal e íntimo. Esta conducta de exteriorizar jurídicamente una relación personal es lo suficientemente significativa para intentar cohesionar la normativización de esta relación jurídica.

Por el contrario, la inconstitucionalidad de varias normas autonómicas españolas reguladoras de la materia, la poca seguridad jurídica que las rodea y su trascendencia a otras esferas sociales y políticas permiten un análisis crítico del régimen jurídico actual e invitan a una regulación estatal para igualar en derechos a las parejas de hecho con los cónyuges.

Es cierto que no existiendo convenio no cabe aplicar por analogía el régimen económico matrimonial, pero ¿y si así se pacta?, ¿puede aplicarse este régimen económico cuando dos personas convivientes lo deciden así aunque no estén casados?<sup>35</sup>

A favor de una respuesta negativa podría aducirse que el art. 1345 CC supedita la existencia del régimen de gananciales a que se celebre el matrimonio o a que los cónyuges lo pacten posteriormente en capitulaciones. Sólo hay sociedad de gananciales cuando los partícipes están casados entre sí, por eso el régimen se

<sup>34</sup> «El principio general de libre desarrollo...», ob. cit., p. 1.818.

<sup>35</sup> Pregunta planteada en los trabajos de ANGUITA RÍOS, R.M., «Autorregulación de las relaciones patrimoniales durante la convivencia de las parejas de hecho», *Boletín de información. Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 2025, 2006, p. 4799.



extingue automáticamente cuando se disuelve el matrimonio (art. 1392.1º CC).

Una respuesta afirmativa podría argumentar que, cuando dos personas no casadas y convivientes deciden adquirir un bien en comunidad, pueden establecer libremente las normas o pactos por las que se regirá ese bien y otros adquiridos antes o después, pues el art. 392.2 CC permite que los pactos entre partícipes prevalezcan sobre las prescripciones legales de la comunidad ordinaria de bienes. Esta cuestión ya se recogía en dos sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1992 (RJ 4907) y 23 de julio de 1998 (RJ 6131), en las que, atendiendo a la autonomía de la voluntad y a la falta de normativa expresa que regule las relaciones económicas, se admitía el pacto entre los convivientes a favor de estos regímenes para que se les aplicara a sus relaciones patrimoniales<sup>36</sup>. Algunos autores también se han pronunciado al respecto, otorgando un carácter prioritario a lo que establezcan los interesados, ya se trate del régimen previsto para el matrimonio o cualquier otro<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Con las siguientes palabras lo establece la sentencia de 18 de mayo de 1992: «Pero ello no quiere decir que haya de rechazarse de plano la posible aplicabilidad de la normativa que disciplina el régimen ganancial matrimonial, si expresamente se pacta» lo que significaría plantearse la licitud de este pacto conforme al art. 1.255 CC. A este respecto hay que hacer constar la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, fechada el 7 marzo de 1988, de admitir este pacto. La sentencia de 23 de julio de 1998 lo expresa de la siguiente forma: «Sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por analogía *legis*, que aquí no se da, sino por analogía *iuris*, de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio, regula el citado Título del CC, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito, que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo».

<sup>37</sup> Mesa Marrero, C., *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*.

Bajo este planteamiento, si la pareja realiza un contrato para autorregular esta situación personal, se le abre ante sí un amplio abanico de posibilidades: sociedad civil, comunidad de bienes, sociedad de gananciales, separación o participación. Si, por el contrario, han guardado silencio al respecto, ya que no tenemos un régimen económico específico para las parejas de hecho, habrá que demostrar la cotitularidad de los bienes y la participación conjunta en las cargas para establecer un régimen comunitario, de lo que cabe reseñar la conveniencia notoria del pacto entre la pareja.

Normalmente, suele admitirse la existencia de una sociedad civil en aquellos casos en los que los convivientes realizan de manera conjunta actividades de carácter profesional, industrial o comercial y crean un patrimonio fruto de tales actividades. Por el contrario, suelen calificarse como comunidad de bienes aquellos otros casos en los que, en ausencia de las actividades antes citadas, se constata, no obstante, un claro esfuerzo común para crear un patrimonio o adquirir bienes concretos en común<sup>38</sup>.

Sobre estas cuestiones, la resolución de la DGRN 7 febrero 2013 (RJ 2013, 2908) estima que esa amplia posibilidad de pacto no supone que los convivientes puedan estar sometidos al régimen de gananciales: «no cabe aplicar el régimen económico matrimonial a quienes excluyen el matrimonio y, en consecuencia, no se pueden aplicar a la unión de hecho

Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 125 y 126 y Bustos Gómez-Rico, M. DE, «Las relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros», *Consecuencias jurídicas de la unión de hecho. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, p. 483.

<sup>38</sup> Criterios recogidos por GÁLVEZ CRIADO, A., «El principio general...», ob. cit., p. 1.814.

preceptos matrimoniales de la sociedad de gananciales». Además «el Registro de Parejas de Hecho es un Registro administrativo y por tanto su contenido no perjudica a tercero».

Efectivamente, estimo más apropiada la aplicación de otras figuras, como la comunidad de bienes o el contrato de sociedad civil, que recogen el espíritu de comunidad, antes que algunos de los regímenes específicos del matrimonio, y explico el porqué.

La sociedad de gananciales produce no sólo efectos económicos sino también una serie de derechos y deberes de carácter personal propios del matrimonio, y unas reglas de responsabilidad frente a terceros acreedores que en las uniones de hecho no pueden hacerse valer por la privacidad de estos pactos que no alcanzan ni al Registro Civil ni al Registro de la Propiedad, registros de carácter jurídico frente a la condición administrativa del de las parejas de hecho.

La opinión general es que tales pactos despliegan sus efectos en las relaciones internas entre los convivientes, sobre todo de cara a la extinción del régimen, que habrá de hacerse en términos económicos como si de cónyuges se tratara, pero no producen efectos frente a terceros, pues los convivientes habrán creado un pacto, pero no un régimen económico, que solamente puede establecer el legislador. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional inciden en la autonomía de la voluntad de estas personas en el sentido de privar de eficacia jurídica a los pactos que se refieran a materias propias del Derecho Civil, aunque ciertamente nada puede impedirles celebrarlos válidamente dentro de los límites generales señalados en el art. 1.255 CC.

SABATER BAYLE<sup>39</sup>, en su análisis de la STC de 11 de abril de 2013, aporta un dato más a tener en cuenta en la medida en que las regulaciones procedentes de parlamentos autonómicos carentes de competencias en materia civil no podrán atribuir eficacia jurídica a los pactos internos que en su caso hayan celebrado los convivientes, mientras que esta limitación no tendrá lugar en las Comunidades que ostentan dicha competencia siempre que la pareja se haya constituido por medio de la declaración expresa de su voluntad en este sentido. Con lo cual el interés por destacar esta libertad en la autorregulación de la pareja queda contrarrestado por las discriminaciones provenientes de la vecindad civil y su régimen legal aplicable, así como por el carácter interno del pacto.

En cualquier caso, y volviendo sobre el tema planteado líneas más arriba, aun pudiendo pactar algunos aspectos propios de la sociedad de gananciales, no creo que sea posible trasladar en bloque este régimen jurídico a las uniones extramatrimoniales. Lo propio en estos casos sería adoptar la forma de sociedad civil para hacer comunes las ganancias y las pérdidas se instrumenten también frente a terceros. De manera que es la sociedad civil la que contrata y responde con su patrimonio frente a terceros (y subsidiariamente, los socios o convivientes).

La jurisprudencia, aun reconociendo las recomendaciones del Consejo Europeo, considera que la aplicación de la normativa legal matrimonial debe ser restrictiva para las uniones de convivencia consolidadas a lo largo de los años y de actuaciones conjuntas creándose una vida comunal amplia. De lo que podemos

<sup>39</sup> «Autonomía de la voluntad y parejas estables...», ob. cit., pág. 8.

deducir que no cabe una remisión indiscriminada a los regímenes económicos matrimoniales, aunque sí tener en cuenta su particular regulación para aquellos casos que convencionalmente puedan pactarse aplicándose exclusivamente a la esfera interna de los convivientes.

A falta de una normativa positiva concreta y atendiendo a la mayor conflictividad que presentan estos casos de unión convivencial en el momento de crisis o ruptura, se ha generado una numerosa jurisprudencia con acogimiento de soluciones de comunidad de bienes o de sociedad irregular. Se ha efectuado, por tanto, un notorio esfuerzo para proporcionar remedio jurídico a las peculiaridades casuísticas, lo que ha dado lugar a diversas respuestas que llevan a la aplicación del principio de la buena fe y la sanción del abuso del derecho; a la doctrina del enriquecimiento injusto y la indemnización de daños y perjuicios con fundamento en el art. 1902 CC; a la aplicación analógica del art. 96, por lo que respecta al uso de la vivienda familiar y el principio de protección del conviviente más débil o del conviviente perjudicado, y a la del art. 97 CC para la pensión compensatoria.

Las soluciones jurisprudenciales han sido muchas, todas ellas dirigidas a la protección del más débil y, caso por caso, aplicar la norma más adecuada para la solución más justa. Esta situación, en la que la analogía se pone al servicio de la justicia material, produce una gran inseguridad jurídica sin una normativa estatal que dé un cierto grado de homogeneidad a las resoluciones judiciales.

La litigiosidad podría ser menor con una previsión individualizada de la gestión de las relaciones patrimoniales y de las consecuencias derivadas de la ruptura, de ahí la importancia del principio de autonomía de la voluntad en la mate-

ria que nos ocupa. Sin embargo, la conflictividad devendrá entonces no de la ausencia de pacto, sino de la precisión y reajuste a las circunstancias particulares de cada momento, es decir, de materializar esos pactos habida cuenta de las circunstancias particulares una vez producida la ruptura.

Los pactos más usuales que se incorporan a estos convenios se refieren a la pensión alimenticia, a la compensación o indemnización por convivencia, y a la liquidación del patrimonio común. En defecto de pacto, nada se dice en las leyes autonómicas sobre el ámbito personal, sólo sobre lo económico, para presumir, según cada ley, una especie de régimen de separación de bienes o de gananciales (ley vasca), una sujeción a los deberes de alimentos y de contribución proporcional al levantamiento de las cargas familiares, incluso imponiendo al respecto una responsabilidad conjunta y exigiendo, a veces, una cogestión de la vivienda común. Todo ello si se trata de una regulación foral porque la legislación común, según los últimos pronunciamientos judiciales, no puede imponer un régimen jurídico que atente contra el libre desarrollo de su personalidad.

En lo estrictamente económico, las posibilidades en Derecho común son muchas al amparo del art. 1.255 CC. La diversidad de pactos es amplia, por consiguiente. Son muchos los aspectos personales o patrimoniales que los convivientes pueden pactar. Por ello que más que hablar de los posibles pactos que pueden articular el régimen jurídico de la pareja quizá sea más efectivo referirse a los límites de esta libertad que vienen impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta. Así pues, no cabrían aquellos acuerdos que fuesen contrarios a las leyes, li-

mitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos; o aquellos cuyo objeto sea exclusivamente personal o que afecten a la intimidad de los convivientes de tal forma que alberguen conductas abusivas o contrarias a la buena fe. En definitiva, no caben pactos que coarten la libertad de los convivientes o sean contrarios a ese orden público integrado por las normas constitucionales que regulan los derechos fundamentales, en cuanto expresión del sistema de valores imprescindible en nuestro Ordenamiento<sup>40</sup>.

No hay para las uniones de hecho un reconocimiento constitucional expreso, aunque se amparen genéricamente en los arts. 10, 16 y 39 CE, ni un principio de reserva de ley que obligue a regularlas (como hace el art. 32.2 CE para la familia). Es, por tanto, una cuestión de política legislativa el legislar o no sobre ellas. De ahí la vitalización del principio de la autonomía de la voluntad para este modelo de familia y el peligro, en cierto modo, de que por vía jurisprudencial se llegue a crear un régimen completo para las parejas de hecho.

### III. ALGUNOS EFECTOS DE LAS UNIONES DE HECHO EN DISTINTOS ÁMBITOS TRAS SU RUPTURA

#### 1. VIVIENDA FAMILIAR

En este contexto se ha planteado la posible aplicación analógica de la normativa contenida en el Código Civil (arts. 96 y 1320) a las parejas no casadas, que no han previsto pactos en relación con su

ruptura y vivienda familiar, pues las consecuencias jurídicas derivadas de la ruptura son muy similares al plantearse las mismas necesidades para la pareja o para los hijos cuyos progenitores no mantienen un vínculo matrimonial.

Aunque la tendencia mayoritaria se orienta a la no aplicación de la normativa protectora de la vivienda familiar a las parejas de hecho, sin embargo, un sector de la doctrina y jurisprudencia ha considerado posible la aplicación analógica del art. 96 CC cuando existen hijos comunes, con base al principio de igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales (art. 108 CC y 14 CE). De no existir descendencia común, el criterio, sin embargo, ha sido desestimar la *analogía legis*, dada la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones de hecho que permitan dicha extensión normativa, y aceptar el recurso a la *analogía iuris*<sup>41</sup>, siempre que exista un perjuicio y un desequilibrio en la situación del demandante respecto del otro conviviente cuando cesa la convivencia en comparación con la situación existente antes de la ruptura que como tal justifique la atribución de uso de la vivienda como medida compensatoria por ser el interés más digno de protección.

Así pues, tras la evolución doctrinal y jurisprudencial sobre la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los convivientes, podemos afirmar que el punto de partida para dilucidar una solución u otra se encuentra en si existen hijos comunes o no. Tampoco podemos desconocer la existencia o no de un acuerdo previo o realizado con ocasión de la ruptura, expreso o tácito, aplicable

<sup>40</sup> Concepto del orden público que otorga PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> A., «Autonomía de la voluntad y derecho de familia», *La Ley*, Tomo 3, 2011, p. 1.799.

<sup>41</sup> En aplicación de los principios constitucionales de dignidad (art. 10 CE), de igualdad (art. 14 CE), y de protección de la familia (art. 39 CE).

en el caso de no tener descendencia, pues existiendo menores el pacto deberá ser examinado por el Juez para evitar que se pueda producir algún perjuicio.

En caso de no existir descendencia común tendríamos que acudir al régimen jurídico en el que se encuentra el inmueble. Si la vivienda donde habitaba la pareja fuese cotitularidad de ambos, acaecida la ruptura, ambos tendrían, en proporción a sus cuotas, derecho al goce de la finca común que podrían repartirse del modo en que cabe hacerlo tratándose de cualquier comunidad (ejercitando la acción de división o la venta de la correspondiente cuota y el posible ejercicio del retracto por la otra parte). Si la titularidad del inmueble, que constituye el hogar de la pareja, corresponde exclusivamente a uno sólo de los convivientes, el otro deberá desalojar la vivienda pues la convivencia *more uxorio* no genera un título legitimador que justifique que el conviviente no propietario pueda continuar en el uso de la vivienda, es decir, el hecho de la convivencia no le otorga ningún derecho sobre el inmueble que fue su hogar. Lo único que cabe en estos casos es acudir a una posible reparación económica como forma de evitar el enriquecimiento injusto (si se ha producido), o a una indemnización de los daños producidos. Por consiguiente, en estos casos no cabe la aplicación analógica del art. 96 CC de protección del conviviente de hecho más perjudicado por la ruptura.

Por el contrario, existiendo menores el criterio cambia y se aplica dicho precepto que establece, como regla general y taxativa, la atribución de la vivienda a los hijos y al cónyuge a quien se haya otorgado la guarda y custodia exclusiva. La atribución de la vivienda familiar en estos supuestos se rige por las mismas reglas que cuando se trata de una ruptura

matrimonial y siempre que la vivienda constituya el domicilio familiar, por lo que no cabe otorgar a los menores o a un conviviente el uso de una vivienda que no tenga dicha condición.

Ciertamente en estos casos no se trata de aplicar el art. 96 CC, sino la finalidad que persigue, que no es otra que hacer valer el principio de *favor filii* o de interés del menor, principio que rige en nuestro Ordenamiento en convivencia con los criterios de orden público que derivan de nuestro sistema constitucional que impide la discriminación por razón de filiación (art. 14 y 39 CE). Pues si es ya una realidad consolidada que la unión de hecho no es semejante al matrimonio y que por ello no le es aplicable por analogía su regulación, evitemos la confusión de acudir a la analogía en unos casos sí y en otros no, más aún cuando tenemos instrumentos legales suficientes que evitan una desigualdad de trato entre hijos habidos dentro y fuera del matrimonio. Si desde la Constitución de 1978 existe una equiparación íntegra de los hijos con independencia de su filiación, ya sea matrimonial, extramatrimonial, adoptiva o derivada de técnicas de reproducción asistida, no acudamos a la regulación específica de las crisis matrimoniales para protegerlos. Si la unión de hecho tiene una consideración diferente al matrimonio basada en la libertad, no penalicemos la libre ruptura que caracteriza esta convivencia.

La unión de hecho es una comunidad de vida totalmente admisible que como modelo familiar requiere de su protección en materias de derecho público o en aquellas que escapan de las facultades de autorregulación de los convivientes, manteniendo en lo demás la libertad de pacto entre sus miembros y el recurso al abanico de posibilidades que el Ordena-



miento jurídico le ofrece (comunidad de bienes, sociedad civil, enriquecimiento injusto, etc).

## 2. PENSIÓN DE VIUDEDAD

El Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social<sup>42</sup>, recoge en su art. 221 la pensión de viudedad para las parejas de hecho.

Es cierto que, tal y como señala BARCELÓN COBEDO<sup>43</sup>, la pensión de viudedad ofrece un diseño legal imperfecto consecuencia de combinar iniciativas novedosas, como es ésta de incluir a las uniones de hecho, con viejos esquemas más propios de una concepción de la pensión de viudedad que presume la situación de necesidad en la mera convivencia conyugal.

No entra dentro de nuestra disciplina realizar un análisis crítico de la regulación y la remodelación jurisprudencial de la pensión de viudedad, sino en revertir dicho estudio a la materia concreta que nos ocupa: la problemática actual de las uniones de hecho y las cuestiones interpretativas que plantea las exigencias legales para la percepción de dicha retribución.

A partir de 2007<sup>44</sup> se extiende la cobertura de la pensión a un nuevo sujeto beneficiario, nos referimos al unido al causante en el momento de su fallecimiento formando una pareja de hecho. Desde su

inclusión, este nuevo elemento subjetivo no ha estado exento de polémica dada la mayor rigidez con que se ha formulado en comparación con la situación equivalente en caso de matrimonio. Ciertamente no es obligatorio crear una determinada prestación para las parejas de hecho, pero si el Estado lo hace debe llevarlo a cabo de una manera compatible con el respeto al derecho de estas personas que conviven libremente. El régimen libremente creado tiene que fundarse en unas bases dotadas de una estricta y concreta razonabilidad, pero el excesivo rigor exigido para las parejas de hecho abre una sugerente vía para corregirlo. Efectivamente, parece necesario revisar el diferente régimen jurídico entre ambas situaciones, y que a continuación pasamos a describir; pues hace más beneficiada la posición del cónyuge superviviente para quien sigue operando la doble presunción de convivencia y de dependencia económica con el causante.

El art. 221.2 LGSS define la pareja de hecho como aquella que está constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho, además, deberá acreditarse, normalmente, mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Y tanto la mencionada inscripción o la formalización del correspondiente documento público deberán

<sup>42</sup> BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

<sup>43</sup> «La actualización del régimen jurídico de la pensión de viudedad. Cuestiones nucleares», *Trabajo y Derecho*, núm. 23, 2016, p. 1.

<sup>44</sup> Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE núm. 291, de 05 de Diciembre de 2007) con efectos a partir del 1 de enero de 2008.

haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante. Por consiguiente se requiere:

- Tratarse de una pareja de hecho estable. Para lo cual se establece una duración mínima de cinco años contados en los años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento del causante. Dentro de éstos están los dos de unión de hecho formalizada.
- Formalizada a través de registro o documento público con una anterioridad de dos años a contar desde la muerte de la pareja.
- No exista impedimento para formalizarse como matrimonio (las parejas de hecho no divorciadas de sus cónyuge no podrían tener acceso a la pensión) o pareja de hecho (por ej., existencia de una pareja de hecho formalizada y una nueva pareja de hecho con la misma pretensión sin haber disuelto la primera), lo cual resulta lógico si se mira desde el punto de vista de la incompatibilidad de los vínculos jurídicos, y ello aunque nada diga la ley sobre este respecto.
- Dependencia económica teniendo en cuenta el número de hijos menores pues son los que tienen derecho de orfandad excluyendo los mayores, aunque dependan del progenitor.

En el matrimonio, la situación de necesidad protegida (cubrir o sustituir la pérdida o disminución de los ingresos familiares consecuencia de la muerte del causante) se presume, no exigiéndose que dicha situación sea efectiva y real. Mientras que, tratándose de las uniones de hecho se requiere una mayor correlación entre la necesidad de protección y la

situación creada. A este respecto los porcentajes utilizados por el legislador (art. 221.1 LGSS) para medir dicho empobrecimiento resultan excesivos (inferior al 50 por 100 o al 25 por 100) especialmente si, además, se toma como parámetro temporal el año natural inmediatamente anterior al momento del fallecimiento<sup>45</sup>. De forma que desde la posición de pareja de hecho superviviente solo se podrá acceder a la pensión de viudedad cuando el fallecimiento represente un empobrecimiento del 51 por 100 de los ingresos de la unidad familiar medidos en el último año natural, o del 76 por 100 caso de que dicha unidad estuviese integrada por hijos con derecho a pensión de orfandad.

El diseño legal de la protección de las parejas de hecho en el ámbito de la Seguridad Social impone el cumplimiento de dos exigencias probatorias diferentes. Una material, referida a la convivencia como pareja de hecho estable durante un periodo mínimo de cinco años y otra formal, relativa a la constatación de la pareja con dos años de antelación al hecho causante, con un carácter *ad solemnitatem* como modo de verificar que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho.

Aunque expresamente se señala en el art. 221 los cinco años de convivencia, la percepción de la pensión no está destinada a todas las que superen dicho límite temporal, sino que se prevé en exclusivo beneficio de aquellas registradas con dos años de antelación y que hayan formalizado su relación vía notarial como

<sup>45</sup> En opinión de GALÁN DURÁN hubiera resultado una solución más acertada haber tomado como medida un período de tiempo más largo que haga depender la pensión de lo que es habitual («Comentario: Pensión de viudedad, situaciones de crisis matrimonial y parejas de hecho», *Revista de Derecho Social*, núm. 63, 2013, p. 187).

requisitos *ad solemnitatem* a efectos de la seguridad social. Es decir, la pensión de viudedad no está al alcance de todas las uniones de hecho, sino sólo de aquellas que han legalizado su realidad convivencial.

Mientras que en el matrimonio el derecho a la pensión de viudedad se adquiere desde la condición de cónyuge con independencia del tiempo previo de convivencia, cuando se trata de pareja de hecho se impone la prueba material de la convivencia estable y notoria que requiere de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento. Es decir, para las parejas de hecho no basta con su existencia, sino que debe tratarse de una convivencia consolidada. En cuanto al carácter notable, la jurisprudencia ha flexibilizado la acreditación de la convivencia y afirma que para su adveración puede acudir a cualquiera de los medios probatorios admitidos en derecho (STS 15 de noviembre de 2017, LA LEY 172244/2017), especialmente de carácter documental, que tenga fuerza suficiente para procurar convicción al respecto, sin que necesariamente haya de serlo por el certificado de empadronamiento.

La prueba formal de constatación de la pareja requiere de la combinación de dos elementos: publicidad y temporalidad. Solo se considera debidamente cumplida dicha exigencia cuando, de una parte, se haya inscrito en uno de los registros específicos existentes en las Comunidades autónomas o Ayuntamientos o se haya constituido en documento público, publicidad condicionada a la temporalidad de dos años.

En suma, si bien el régimen de las pensiones de viudedad se encuentra expuesto a constante revisión, para acceder a dichas prestaciones de la Seguridad Social será preciso (por ahora) acreditar la

convivencia en relación de pareja estable, mantenida con una antelación de cinco años, así como estar inscrita en algún registro administrativo con antelación mínima de dos años, o bien haber otorgado escritura pública con constancia de la voluntad, sin que el mero hecho de la convivencia o tener descendencia común sean suficientes para obtener la prestación.

Esta combinación de requisitos provoca, en muchas ocasiones, que el resultado final sea que, tratándose de parejas estables y notorias por haber acreditado debidamente tal exigencia en los términos descritos incluso con hijos en común, el incumplimiento del requisito formal de inscripción registral en tiempo decline su derecho a la pensión de viudedad, lo que resulta excesivamente riguroso si se compara con los parámetros que siguen rigiendo para el acceso a la pensión de viudedad en el supuesto de matrimonio.

En palabras de KAHALE CARRILLO<sup>46</sup>, lo que ha hecho el legislador es articular una pensión asistencial de viudedad en vez de una pensión contributiva de viudedad, dado que las exigencias para tener derecho a ello son muy duras al tener además que demostrar prácticamente una situación de pobreza extrema. Es decir, las exigencias van dirigidas a aquellas parejas supervivientes necesitadas que no tienen lo necesario para vivir.

Para ser coherente con la regulación del art. 220.1 LGSS (mantiene la pensión de viudedad para el cónyuge separado o divorciado «(...) siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el artículo siguiente), cuya inscripción en el registro de parejas

<sup>46</sup> «La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales», *Revista española del Derecho del Trabajo*, núm. 187, 2016, p. 20.

de hecho genera la extinción de la pensión de viudedad, hubiese bastado con exigir simplemente su formalización en escritura pública o inscripción registral para considerarlos como beneficiarios de la prestación económica. En tal sentido se les exigiría un requisito formal de constitución tanto para ser acreedoras de una prestación social que como derecho requiere de unas mínimas exigencias legales, como para no entrar en conflicto con los numerosos beneficiarios que precisamente no se inscriben para continuar siendo legítimos perceptores de ella. Pero claro, a esto contribuiría contar con un registro jurídico y no administrativo donde dejar constancia de la constitución formal de la pareja de hecho.

A partir de los cambios experimentados en la legislación social, la pensión de viudedad se puede causar desde la condición de cónyuge, que incluye la de los ex cónyuges aunque con mayores exigencias que anteriormente, y desde la situación de pareja de hecho. Aunque, eso sí, no desde la posición de ex miembro de una pareja de hecho.

Originariamente era suficiente con que pudieran probar que habían mantenido una relación matrimonial para que el ex cónyuge tuviera acceso a la pensión de viudedad. Tras la reforma de 2007, además de condicionar el reconocimiento del derecho a la pensión a que no haya contraído nuevas nupcias o no haya constituido una pareja de hecho, se incorpora el requisito de dependencia económica del beneficiario con el causante en el momento del fallecimiento por ser acreedor de una pensión compensatoria consecuencia de la crisis matrimonial.

Sin embargo, pese a esta previsión para el matrimonio, las parejas de hecho existentes pero disueltas antes del fallecimiento no tienen acceso a protección

alguna en términos de pensión de viudedad. Tal vez sea debido, seguramente, a que no hay previsión legal respecto de pensiones compensatorias en estos casos, aunque podría existir si ése es el acuerdo de la pareja de hecho ante la disolución o por decisión judicial al compensar el enriquecimiento injusto. Al fin y al cabo ambas, pensión compensatoria (compensa un desequilibrio económico originado por la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura) y compensación económica procedente del enriquecimiento injusto (compensa al conviviente que ha contribuido con su colaboración y trabajo no remunerado, bien a crear un patrimonio familiar del que, sin embargo, resulta titular el otro conviviente, bien a procurar un importante ahorro de gastos o costes) obedecen a un mismo fundamento.

Un tratamiento equitativo debería permitir acceder a la pensión si existiese esta compensación económica tras la ruptura y que dejaría de percibirse por el fallecimiento del ex conviviente deudor; siempre que se presentara prueba sobre su existencia. Aunque tal vez lo que procediera sería revisar si resulta acertado reconocer una pensión de viudedad en los supuestos de crisis matrimonial o de pareja.

El necesario cumplimiento acumulativo de varios requisitos, bastante rigurosos y alguno de ellos interpretado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de una forma muy restrictiva, permite afirmar que el acceso a la pensión de viudedad no se ha realizado por el legislador en condiciones de igualdad respecto del matrimonio, creando graves disfunciones entre situaciones sociales equivalentes en la actualidad. Esto debe llevarnos a buscar una unificación en el tratamiento de

los requisitos de la pensión de viudedad y no hacer diferenciaciones entre estas. Para ello es necesario un análisis transversal e integral de la tutela protectora del sistema de la Seguridad Social, pues no resulta coherente ser tan restrictivos a la hora de reconocer una pensión de viudedad en el marco de las parejas de hecho y seguir reconociendo la pensión de viudedad en casos de crisis matrimonial donde la convivencia no existe, incluso desde hace muchos años.

#### IV. SITUACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO EN OTROS PAÍSES. BREVE REFERENCIA AL SISTEMA JURÍDICO CHILENO

No se puede concluir este estudio sobre la realidad social y jurídica de las parejas de hecho sin hacer una breve reflexión sobre la situación de nuestro entorno, ya que no es un fenómeno circunscrito a nuestras fronteras sino todo lo contrario, lo extrapola. Esto nos lleva a referirnos a las legislaciones dentro de Europa y fuera de ella.

##### 1. LA SITUACIÓN EN EUROPA

La situación de los Estados miembros de la Unión Europea en torno a las parejas de hecho es muy desigual. Para su mejor entendimiento recogemos la clasificación que hace ESPADA MALLORQUÍN<sup>47</sup> que distingue entre cuatro grandes grupos. En primer lugar, los países escandinavos que han establecido una legislación muy similar en esta materia tomando como referencia al matrimonio; en segundo lugar, la regulación del dere-

<sup>47</sup> *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Navarra, Aranzadi, 2007, p. 147 y 148.

cho francés a través de los *Pacte Civil de Solidarité* como un acuerdo con efectos patrimoniales; en tercer lugar, el modelo anglosajón que se basa en decisiones jurisprudenciales y la aplicación por parte de los Tribunales del principio de equidad a las relaciones de hecho y, en último lugar, estarían otros modelos de reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho, por ejemplo, a través de legislación especial o parcial. En cualquier caso, como señala PELAYO OLMEDO<sup>48</sup>, son los efectos patrimoniales y sucesorios los que más importancia adquieren en dichas regulaciones.

En la mayor parte de las ocasiones el detonante que ha movido a los diferentes países a regular el régimen de las parejas de hecho ha sido, aparte de su presencia social, la falta de reconocimiento jurídico al matrimonio entre personas del mismo sexo. En casos como Holanda<sup>49</sup>, Suecia<sup>50</sup> o Dinamarca<sup>51</sup> fue un paso previo a su

<sup>48</sup> «Las leyes sobre parejas de hecho: Análisis comparado de la legislación existente en algunos países de la unión europea». *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI. XIII Congreso Internacional del Derecho de Familia*, LASARTE ÁLVAREZ/DONADO VARA/MORETÓN SANZ/YÁÑEZ VIVERO (Coords.), Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, Madrid, 2004, p. 18.

<sup>49</sup> Ley sobre uniones civiles que entró en vigor el 1 de enero de 1998. Con anterioridad se atendía a la ley de 16 de febrero de 1993, el contrato de vida en común o cohabitación.

<sup>50</sup> Su primera ley sobre el tema entró en vigor el 1 de enero de 1988 (ley del Hogar común de cohabitantes extramatrimoniales), a la que le siguió la Ley sobre Parejas Registradas de 1 de enero de 1995.

<sup>51</sup> La Ley 372 de 1 de junio de 1989 de Parejas Registradas fue la primera ley del mundo que permitía la inscripción a las parejas de hecho homosexuales. En los años sucesivos otros países escandinavos, como Islandia (Ley de 4 de junio de 1996), Noruega (Ley núm. 40, de 30 de abril de 1993) y Finlandia (ley de 9

noviembre de 2001) aprobaron leyes muy semejantes entre sí.



posterior admisión<sup>52</sup>. En estas legislaciones las uniones civiles registradas eran equiparadas al matrimonio porque no podían llegar a él, ya que la ley se lo impedía. Precisamente para dar respuesta a las parejas homosexuales fue por lo que se comenzó a regular una unión formalizada y registrada. Es lógico que las legislaciones que nacieron al albor de esta desigualdad en el acceso al matrimonio utilizaran la regulación matrimonial como régimen aplicable a las uniones registradas como tal, pues se les trataba como una relación análoga aunque de distinta naturaleza. Estos sistemas se caracterizan, por tanto, por tener un carácter alternativo al matrimonio y por tratar de garantizar a las parejas homosexuales, que no podían contraer matrimonio, el mismo régimen jurídico del que gozan las parejas de distinto sexo que deciden contraer matrimonio, aunque con algunas salvedades, por ejemplo, en materia de adopción de menores o el recurso como pareja a técnicas de reproducción asistida. Fue posteriormente, cuando la legislación sobre uniones de hecho ya estaba consolidada, cuando admitieron el matrimonio homosexual.

Así pues en países como Dinamarca, Holanda o Noruega se trata de un hecho fuertemente consolidado con legislaciones muy avanzadas, frente a Grecia, Austria, Irlanda o Suiza donde aún no existe una legislación a este respecto. La regulación es parcial o sectorial en Hungría, Alemania o España. No otorgan un régimen particular a las parejas registradas

las legislaciones de Bulgaria, Letonia, Lituania, Polonia, Rumanía y Eslovaquia<sup>53</sup>.

Curiosamente en Francia hasta hace poco se consideraban ilícitas este tipo de uniones, aunque para puntos muy concretos se daban soluciones legislativas y jurisprudenciales. Fue a partir del debate abierto en 1998<sup>54</sup> y la ley del año siguiente<sup>55</sup> cuando se presenta un nuevo pacto civil de solidaridad que iguala a las parejas de hecho con el matrimonio. A partir de entonces la unión de dos personas conoce al menos tres grados: el matrimonio, el pacto civil de solidaridad y el *concubinage*. Mientras el *concubinage* es una situación de hecho y las relaciones patrimoniales de la pareja se rigen por el derecho común, el pacto es un contrato concluido por dos personas físicas mayores del mismo o diferente sexo para organizar su vida en común.

Sobre este tipo de acuerdos, en España también hubo un proyecto de ley orgánica de contrato de unión civil publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados el 29 de septiembre de 1997<sup>56</sup>, contrato que se otorgaba ante notario y se inscribía en el Registro Civil pudiendo las partes establecer disposiciones sucesorias y adoptar cualquiera de los regí-

<sup>53</sup> Información obtenida de <https://europa.eu> (fecha de consulta 20/04/2018).

<sup>54</sup> Debate abierto consecuencia de la proclamación en París, el 15 de abril de 1998, del «Manifiesto en defensa del matrimonio republicano», firmado por 12.000 alcaldes franceses (luego se añadirían 6.000 más) que expresaban su repulsa a todo proyecto equiparador de las uniones homosexuales al matrimonio y manifestaban su propósito de «defender el matrimonio republicano» (V. TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A., «La institucionalización jurídica de las uniones homosexuales en España», *Diario La Ley*, tomo 4, 2001, p. 16).

<sup>55</sup> Aprobada en 13 de octubre de 1999.

<sup>56</sup> Acceso al texto en el enlace: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L6/CONG/BOCG/B/B\\_117-01.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L6/CONG/BOCG/B/B_117-01.PDF).

<sup>52</sup> Sobre la referencia al Derecho comparado v. el estudio de ALONSO HERREROS, D., «Algunas consideraciones...», ob. cit., p. 10 y ss.; y AZNAR DOMINGO, A / TRUJILLO GIL, D.A., «Uniones de hecho. Vicisitudes...», ob. cit., p. 6 y ss.

menes económicos previstos en el Código Civil para el matrimonio.

Destacable en esta referencia a otras legislaciones es la Ley belga de cohabitación legal de 1998, la Ley luxemburguesa de 2004 y la portuguesa de 2001 porque otorgan un estatuto jurídico propio. Todas ellas se caracterizan por reconocer un modelo de convivencia que no se basa en la integración afectivo-sexual de las personas, sino en la cooperación general para mejorar las condiciones de vida.

## 2. LA SITUACIÓN EN AMÉRICA LATINA. EL CASO PARTICULAR DE CHILE

En América Latina los países que han reconocido jurídicamente las uniones homosexuales son: Argentina, Colombia, México, Uruguay, Brasil, Ecuador y Chile. Aunque solamente en Argentina<sup>57</sup>, Uruguay<sup>58</sup>, Colombia y Brasil<sup>59</sup> es posible su matrimonio. Previo a este paso tan decisivo se había tratado, en la mayor parte de los países de América Latina, el concubinato, sobre todo a través de resoluciones de la jurisprudencia, aunque debido a su dispersión territorial y diversidad legislativa no en todos ellos el concubinato es entendido de la misma forma.

El concubinato es una relación de convivencia sentimental entre dos personas de las cuales una no puede legalmente contraer matrimonio o formar una pareja de hecho<sup>60</sup>. Sin embargo, y a pesar

de la falta de reconocimiento legal de la unión, no impedía la producción de ciertas consecuencias de necesario tratamiento jurídico, como el tema de los hijos que los Tribunales han atendido, al igual que para el reconocimiento de compensaciones económicas, en función de la intensidad de la convivencia.

Por el contrario, en Paraguay a las uniones de hecho entre un hombre y una mujer que voluntariamente viven juntos, en forma estable, pública y singular, y que pueden contraer matrimonio también se le conoce como concubinato, por lo que el término es aplicable a los casos en que ambos pueden contraer matrimonio sin tener impedimento alguno. La unión de hecho o concubinato está legislada en este país en la Ley 1/92, de Reforma parcial del Código Civil, en los artículos 83 a 94 estableciendo una graduación en función del tiempo o descendencia. La primera etapa llegaría al cumplir los cuatro años de convivencia o tener hijos en común. Cumplida esta fase se crea una comunidad de gananciales y en caso de crisis se distribuyen los bienes entre ambos. La segunda etapa sería después de diez años de unión de hecho convirtiéndose en matrimonio aparente. Es entonces cuando los concubinos pueden ir ante el encargado del Registro Civil o el Juez de Paz de la jurisdicción para inscribir la unión, equiparándose a un matrimonio legal tanto a efectos hereditarios como a la consideración de filiación matrimonial de los hijos.

El detenernos en el Ordenamiento jurídico de Chile se debe a su reciente regulación, que cuenta tan solo con tres años, y al significativo paso que ha supuesto para este país, tras largos debates legislativos, reconocer una unión familiar entre parejas del mismo sexo. Además consideremos acertado su análisis de referencia pues en estas líneas hemos apostado por

<sup>57</sup> Ley 26.618 de 15 de julio de 2010.

<sup>58</sup> Ley del matrimonio igualitario de 10 de abril de 2013.

<sup>59</sup> Legalizado desde el 14 de mayo de 2013

<sup>60</sup> V. BETTSCHEN CAPA, B/ JIMÉNEZ AGUILERA, F.M./ HERNÁNDEZ, V., «Derecho de los concubinos a obtener una indemnización derivada del fallecimiento de su pareja o de la ruptura de la relación», *Diario La Ley*, núm. 7491, 2010, p. 2

una necesaria respuesta del legislador común para dar virtualidad al régimen de la pareja de hecho como pacto de unión civil bajo unos mínimos y equiparando a las parejas con independencia de su vejez civil.

Hay que tener en cuenta que en la mayoría de países de América Latina no existen normas jurídicas que configuren o protejan específicamente a las uniones de hecho, por lo que reafirma nuestra propuesta de análisis.

La regulación de 2015 que estudiamos en este epígrafe ha significado un gran avance para un país de corte legislativo conservador. Aprobar una ley sobre el acuerdo de unión civil que busca otorgar estabilidad y certeza jurídica a un contrato que produce efectos tanto patrimoniales (se decanta por el régimen de separación de bienes sin perjuicio del pacto a favor de la comunidad) como personales (concretados en la ayuda mutua después de ser reducidos tras los proyectos iniciales) es significativamente meritorio.

Así pues, actualmente en Chile podemos encontrar un régimen matrimonial altamente protegido, de carácter heterosexual y con acceso restringido a su disolución<sup>61</sup>; y, paralelamente, otro régimen con mayor facilidad de disolución al que pueden tener acceso parejas tanto del mismo como de diferente sexo.

Con anterioridad a la nueva previsión legal del acuerdo de unión civil la jurisprudencia se enfrentada a la ausencia de un régimen legal especial aplicable a los problemas suscitados, fundamentalmente, a raíz de la terminación de la

unión de hecho, aplicando para ello los principios generales del derecho de las obligaciones. Así, a través de un razonamiento íntegramente «obligacional», los tribunales se preguntaron acerca de la causa generadora de alguna obligación jurídica donde la unión de hecho, por sí misma, no constituía fuente de obligación jurídica alguna entre sus integrantes. En otras palabras, la unión de hecho como tal era irrelevante para el derecho chileno, por lo que se buscaron otras causas concretas surgiendo, entonces, la comunidad no convencional, la sociedad de hecho y la prestación de servicios no remunerados como categorías útiles para lograr aquello que la unión de hecho, por su naturaleza, no podía producir; esto es, el reparto de las utilidades patrimoniales habidas durante la vida en común<sup>62</sup>.

Este acuerdo de unión civil (anteriormente conocido también como pacto de unión civil, acuerdo de vida en pareja y acuerdo de vida en común<sup>63</sup>) es, según la legislación chilena, un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Este artículo primero de la ley núm. 20.830 que crea el acuerdo de unión civil, promulgada el 13 de abril del 2015 y que entró en vigor en octubre, además de definir lo que se entiende por unión civil también matiza que su celebración confiere un determinado

<sup>62</sup> V. el estudio de TURNER SAELZER, S., «La unión de hecho como institución del derecho de familia y su régimen de efectos personales», *Revista Ius et Praxis*, año 16, n° 1, 2010, p. 88.

<sup>63</sup> La terminología en otros países latino americanos ha sido variada aunque en la misma línea: convivencia homosexual y unión civil (Argentina), pacto civil de solidaridad y sociedad de convivencia (México) o unión concubiniaria (Uruguay).

<sup>61</sup> Toma como base la Ley del Matrimonio Civil promulgada en mayo del 2004 que establece en su art. 1 que «el matrimonio es la base principal de la familia». Ley reciente si atendemos a que fue la que incorporó el divorcio como disolución del vínculo.

estado civil, el de conviviente civil, además de crear una relación de parentesco por afinidad entre los familiares de los convivientes.

Es significativa la designación por la que finalmente se decanta la ley, unión civil antes que vida en pareja, lo cual ya evidencia un deseo de aportarles un estado civil, de normalizar esta unión, de otorgarle unas consecuencias jurídico-privadas reglamentadas sin dejar todo el peso en la autonomía de la voluntad.

La opción seguida en este país ha sido la de hacer partícipes a los miembros de la unión de muchos de los aspectos recogidos para el matrimonio: materia sucesoria, presunción de paternidad, compensación económica, entre otros derechos que recoge legalmente para los convivientes en el mismo sentido que lo hace para los cónyuges.

Tal y como queda configurado legalmente, las principales características de este acuerdo son: 1) Confiere el estado civil de convivientes civiles; 2) Los contrayentes pasan a ser considerados por la ley como parientes; 3) Se deben ayuda mutua y quedan obligados a solventar los gastos de su vida en común. Sin embargo, no consagra el derecho de alimentos recíproco entre los convivientes civiles<sup>64</sup>; 4) En caso de inhabilidad de los padres para cuidar un hijo o hija, el conviviente tendrá la misma preferencia que los abuelos o que otros parientes consanguíneos, para que se le otorgue el cuidado personal; 5) el conviviente tiene acceso al sistema de salud; 6) Para los efectos laborales, el conviviente civil pasa a tener los mismos derechos que un cónyuge; 7) Es

procedente la compensación económica si se cumple con las exigencias establecidas por la ley (para ello se remite a los arts. 62 a 66 de la Ley núm. 19.947 sobre Matrimonio Civil); 8) El régimen de bienes puede ser de comunidad o de separación total de bienes<sup>65</sup>; 9) Se aplica la normativa de los bienes familiares establecida en materia de matrimonio; 10) En materia hereditaria, el conviviente es heredero del otro de la misma forma y con los mismos derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente; 11) En materia penal se reconoce legitimación activa al conviviente civil para reclamar la indemnización de perjuicios derivada de un hecho ilícito de un tercero, en caso de fallecimiento de su pareja o cuando ésta se encuentre imposibilitada para ejercer por sí misma las acciones pertinentes.

El sistema se sustenta en una declaración expresa y formal de los convivientes, quienes deben manifestar inicialmente su voluntad para incorporarse al régimen jurídico que el legislador pone a su disposición. Para la legislación chilena la constancia en documento público e inscripción es obligatoria, dotando de carácter constitutivo a dichos requisitos: del acuerdo de unión civil se levanta un acta y se inscribe en un registro único, nacional y público (al igual que los matrimonios). Lógicamente este carácter formal es el que se mantiene también para su disolución donde la manifestación de voluntad debe efectuarse a través de escritura pública o de acta otorgada ante oficial del Servicio de Registro Ci-

<sup>64</sup> No hay opinión unánime al respecto de hasta dónde se ha de extender la ayuda mutua que proclama el art. 14 de la Ley 20830 que crea el Acuerdo de Unión Civil.

<sup>65</sup> La regla general es que los convivientes civiles tendrá una separación de bienes, salvo que manifiesten su voluntad de someterse a un régimen especialísimo de comunidad de bienes (al que también se le aplica las disposiciones del cuasicontrato de comunidad), expresándolo en el acta levantada por el oficial del Registro Civil (art. 15 de la Ley chilena).

vil e Identificación y notificarse, por receptor judicial, dentro de los veinte días hábiles siguientes al otro conviviente<sup>66</sup>. Tanto para su constitución como para su extinción el único registro hábil para su constatación es el civil, por lo que hay un sistema único que permite saber con certeza quienes han suscrito este contrato.

Este tipo de leyes que rompen con el encuadre social de la realidad jurídico-familiar tácitamente aceptada ven la luz bajo los debates que denotan una clara preocupación por las discusiones morales provocadas por los cambios que abandonarán más que por la precisión de la técnica jurídica empleada. En este sentido hay que tener en cuenta que esta ley otorga una serie de consecuencias jurídicas a la unión homosexual, consecuencias que en algunas ocasiones aún hemos sido incapaces de reconocer en España, caso de los derechos sucesorios. Así, el art. 16 LAUC reconoce al conviviente civil los mismos derechos que al cónyuge sobreviviente en la sucesión testada e intestada.

Por establecer un paralelismo con los distintos contenidos que hemos tratado en este trabajo podemos apreciar que también el régimen jurídico chileno establece una pensión de viudedad al conviviente civil sobreviviente, siempre y cuando el acuerdo de unión tenga un año de vigencia o tres años si es que el acuerdo se celebró siendo el causante pensionado de vejez o invalidez.

Pero al igual que pasa en España con la legislación autonómica y los pronunciamientos jurisprudenciales, tanto del constitucional como de órganos inferiores, la ley chilena tampoco logra integrar

cabalmente en su ordenamiento jurídico a este nuevo tipo de relación familiar, al quedar los convivientes civiles excluidos de importantes prestaciones sin justificación aparente.

Es destacable el carácter igualitario con el que se alza la ley de Acuerdo de Unión Civil al permitir acceder a esta figura jurídica a cualquier pareja sin distinción de sexo. Aspecto que no deja de ser loable. Son muchas las cuestiones que no abarca esta ley por topar con otros cuerpos normativos que mantienen una clara desigualdad entre los cónyuges. Por ejemplo, contempla la presunción de paternidad en los mismos términos que para el matrimonio (trescientos días siguientes desde la ruptura de la unión civil) regulado en el art. 184 CC chileno (remisión que hace el art. 21 LAUC). El hijo tendrá una filiación determinada desde su nacimiento, sin que tenga que producirse el reconocimiento o la declaración conforme que sería necesario en la legislación española. Pese a este reconocimiento, se sigue manteniendo en el Código Civil que, expirada la unión civil, «la mujer que está embarazada no podrá contraer matrimonio con un varón distinto ni celebrar un nuevo acuerdo antes del parto, o, no habiendo señales de preñez, antes de cumplirse los doscientos setenta días subsiguientes a la expiración del acuerdo», al objeto de evitar la confusión de paternidades. Evidentemente se trata de una falta de reconocimiento de la igualdad y libertad de la mujer y de remarcar los fines reproductivos con los que aún se siguen viendo el matrimonio.

Con esta regulación, en Chile se genera una apertura a nuevas formas de concebir la familia, pero preservando de la discusión el auténtico debate de fondo sobre el acceso al matrimonio igualitario. Tampoco permite a todas las personas

<sup>66</sup> La terminación del acuerdo de unión civil se puede deber a: muerte natural o presunta, matrimonio de los convivientes entre sí, mutuo acuerdo, voluntad unilateral o, declaración judicial de nulidad.



decidir sobre regular o no jurídicamente sus relaciones de pareja pues establece como impedimento para su celebración la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto o un acuerdo de unión civil vigente. Esto, en la práctica, impide que parejas de hecho que desean formalizar su unión lo puedan hacer debido a la falta de cumplimiento de requisitos formales y prácticos que les permitan acceder a su regulación, siendo muy común que los cónyuges (separados de hecho desde hace mucho tiempo) no tengan contacto o conocimiento de la situación o domicilio del otro, lo cual es de suma relevancia al tiempo de intentar la acción de divorcio unilateral pues si bien dicha legislación exige tres años de cese ininterrumpido de la convivencia para dar lugar a éste, sin necesidad de expresar causa, la regla de competencia obliga a demandar ante el Tribunal de Familia del domicilio del demandado y notificarlo personalmente para poder dar curso a la demanda, lo que traba notoriamente la accesibilidad a dar término al matrimonio por esta vía y, por consiguiente, la formalización de un nuevo matrimonio o un acuerdo de unión civil con la pareja actual.

Considero que el principal problema de esta ley es que al acuerdo de unión civil no se le ha visto con la suficiente autonomía para emprender una regulación propia, distinta e independiente, sino que en todo momento ha habido una confrontación con el matrimonio: que si era una degradación del matrimonio, que si era el primer paso para lograr la consagración legislativa del matrimonio entre personas del mismo sexo, etc. De tal manera que se ha establecido una regulación paralela al matrimonio otorgándole los mismos efectos que hasta entonces eran privativos de éste y que han dejado de serlo, pues ahora los comparte con el acuerdo de unión civil.

## V. CONCLUSIONES

El rechazo al compromiso y a la formalidad que implicaba el matrimonio, muy especialmente el católico, indisoluble, fue motivando una mayor aceptación de las parejas de hecho, cuya incrementada aprobación social fue derribando los muros que impedían su amplio reconocimiento. Y así, aunque fracasaron los intentos de regular estas uniones a nivel nacional, las distintas Autonomías fueron aprobando textos legales, definiendo estas parejas a través de sus requisitos formales y dotándolas de distintos derechos por razón de su nexo, de tal manera que se ha producido una institucionalización de estas uniones.

Durante mucho tiempo el peso del debate ha recaído sobre la posible equiparación entre la unión matrimonial y la unión extramatrimonial para poder así hacer extensibles las normas reguladoras del matrimonio a los efectos jurídicos que ocasiona las parejas de hecho. Los esfuerzos de leyes autonómicas por asemejar la unión matrimonial con las uniones de hecho unidos a la amplia jurisprudencia dictada en la materia han motivado que, cada vez con más frecuencia y amplitud, se aproximen la situación matrimonial y la paramatrimonial, o al menos se pueda decir que convergen en una misma dirección. El Tribunal Constitucional viene estableciendo que matrimonio y unión de hecho son realidades distintas, por lo que un tratamiento jurídico diferenciado no sería inconstitucional, como tampoco lo sería la equiparación de determinados efectos.

En cualquier caso, se debe tomar en consideración que el matrimonio es una institución constitucionalmente reconocida y garantizada, pero la unión de hecho no es una situación ilícita ni ju-

rídicamente irrelevante. Por eso, no parece posible una equiparación absoluta entre matrimonio y unión de hecho, pero tampoco sería constitucional la norma que impidiera la creación de familias de hecho o la que discriminara arbitrariamente entre familia de hecho y familia matrimonial.

Quedan claros dos mínimos exigibles por el constitucional. Por un lado, la necesaria manifestación expresa para formar una pareja de hecho y, por otro lado, el carácter eminentemente dispositivo que debe regular la materia. Ni la consideración como pareja estable, ni la asignación de un estatuto jurídico compuesto por derechos y deberes, puede quedar al margen de la voluntad de los miembros de la pareja.

Las regulaciones autonómicas han estado especialmente «estigmatizadas» por la competencia sobre legislación civil y, en menor medida, sobre la ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE). De manera que las distintas leyes autonómicas que se han venido aprobando desde el año 1998 (trece en la actualidad), lo han sido a los más variados efectos (civiles, sociales, tributarios, administrativos, etc.) y con distintos objetivos, según los casos, lo que ha provocado un grave problema de igualdad entre los derechos y obligaciones atribuidos a los miembros de la pareja entre unas Comunidades Autónomas y otras.

Con la nueva doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español nos encontramos en un momento clave que el legislador estatal debería aprovechar para proporcionar una solución jurídica más adecuada y proporcionada a las exigencias de nuestra realidad social. Después de este análisis de la situación actual de las parejas de hecho, se hace necesaria una regulación estatal básica en esta

materia que intente dar respuesta a las principales controversias surgidas en el seno de una pareja que ha decidido no acudir al matrimonio, pero que necesita la protección de las normas y una cierta seguridad jurídica.

Por consiguiente, habría que reforzar a las parejas de hecho mediante una legislación común de mínimos sobre aquellos aspectos que quedan fuera de su autorregulación y a través de un registro jurídico, pues los existentes de carácter administrativo territorial solo suponen en realidad un modo de documentar oficialmente la manifestación de las declaraciones realizadas por los propios interesados, en el que la función de las personas encargadas de recogerlas o emitir eventuales certificados queda prácticamente limitada a exigir la presentación de prueba de la residencia, ya sea mediante certificado de empadronamiento en el municipio o incluso por declaración de testigos.

Una regulación actual que atienda a las parejas de hecho del siglo XXI se diseña bajo esa regulación de mínimos y potenciando el modelo basado en la libertad de las partes y la libre determinación de las reglas que deben regir sus relaciones personales y patrimoniales.

Los pronunciamientos del Constitucional ahondan en esta idea de que el libre desarrollo de la personalidad impide una regulación legislativa sobre aspectos de su autonomía, aun siendo de carácter dispositivo, porque en defecto de pacto se les impondría una normativa sin haberla aceptado previamente. En consecuencia, y a partir de los pronunciamientos del este Tribunal, podemos afirmar que todo pacto, incluido el de renuncia de derechos, constituye la concreción de la autonomía de la voluntad (y libre desarrollo de la personalidad de los convivientes) y que deberá ser respetado como regla.

Por ello, la mejor forma de dar certidumbre y solucionar sus conflictos es a través de la autorregulación de las cuestiones económicas y patrimoniales durante su convivencia y para liquidarlas tras su extinción. Nadie mejor que ellos conoce sus circunstancias actuales y sus previsibles necesidades futuras. Ahora bien, para conseguir este objetivo hay que ser flexible tanto en la forma de conclusión de los pactos (validez de los acuerdos recogidos en documento público, privado o verbal, incluso los tácitos o derivados de *facta concludentia*), como en el momento de su celebración (con carácter previo o simultáneo a la constitución de la unión de hecho, durante su vigencia, o incluso una vez producida su extinción).

En contraposición a esta libertad de pacto y falta de concreción legislativa sobre el contenido de los mismos está la litigiosidad que sobre dichos acuerdos puede existir. Ya no tanto sobre su cumplimiento, que así exige el principio *pacta sunt servanda* y la seguridad jurídica, sino sobre la precisión o el rigor con el que debe ser aplicado cuando las circunstancias, entre el momento del pacto y aquel en el que este debe ser aplicado, se han modificado.

Ya sea en unos casos por la naturaleza jurídica del vínculo familiar basado en el libre desarrollo de la personalidad o en otros casos por el mayor rigor en la constatación de la existencia de la unión de hecho para acceder a determinadas prerrogativas, el caso es que el matrimonio y la pareja de hecho no juegan con las mismas condiciones, como claramente se ha podido observar en el apartado correspondiente a la pensión de viudedad, donde se ha de acreditar la existencia, la convivencia duradera y la insuficiencia de ingresos de la pareja superviviente, mientras que ni la dependencia económica del cón-

yuge fallecido ni la temporalidad son requisitos necesarios para acceder a la pensión de viudedad en caso de matrimonio. Pero además estas repuestas se disfrazan en válidas justificaciones basadas en la diferencia de trato ante situaciones distintas o en evitar que situaciones fraudulentas lleguen a generar prestaciones a cargo de la Seguridad Social, desconociendo e ignorando sus derechos a un trato igualitario, libre de toda discriminación.

La labor del Derecho de Familia no es la de estructurar normativamente un modelo de vida sobre otros, sino la de tutelar en un plano de igualdad y respeto otras formas de concebir la convivencia familiar, dentro de las limitaciones existentes en el Ordenamiento jurídico y respetando la libertad de cada persona.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, J., «Un disputado premio de lotería (Unión *more uxorio*)», *Diario La Ley* (sección Columna), núm. 7428, 2010, pág. 1.
- ALONSO HERREROS, D., «Algunas consideraciones sobre los registros de uniones civiles de hecho», *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 36, 2001, pp. 1-18.
- ANGUITA RÍOS, R.M., «Autorregulación de las relaciones patrimoniales durante la convivencia de las parejas de hecho», *Boletín de información. Ministerio de Justicia e Interior*. Núm. 2025, 2006, pp. 4793-4805.
- AZNAR DOMINGO, A. / TRUJILLO GIL, D.A., «Uniones de hecho. Vicisitudes y fragmentación normativa», *Actualidad Civil*, núm. 12 (diciembre), 2017, pp. 1-35.
- BARCELÓN COBEDO, S. (2016). «La actualización del régimen jurídico de la pensión de viudedad. Cuestiones nucleares». *Trabajo y Derecho*, núm. 23 (noviembre), págs. 1 a 39.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La legislación autonómica sobre parejas de hecho», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2016, pp. 1-3.
- BETTSCHEM CAPA, B/ JIMÉNEZ AGUILERA, F.M./ HERNÁNDEZ, V., «Derecho de los concubinos a obtener una indemnización derivada del fallecimiento de su pareja o de la ruptura de la relación», *Diario La Ley*, núm. 7491, 2010, pp. 1-9.
- BUSTOS GÓMEZ-RICO, M. DE, «Las relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros», *Consecuencias jurídicas de la unión de hecho. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, pp. 478-499.
- CULEBRAS LLANA, I., *Las uniones no matrimoniales en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Sepin, 2017.
- ESPADA MALLORQUÍN, S., *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*. Navarra, Aranzadi, 2007.
- GALÁN DURAN, C., «Comentario: Pensión de viudedad, situaciones de crisis matrimonial y parejas de hecho», *Revista de Derecho Social*, núm. 63, 2013, pp. 163-198.
- GÁLVEZ CRIADO, A., «El principio general de libre desarrollo de la personalidad y los pactos entre convivientes tras la STC 93/2013, de 23 de abril», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 750 (julio), 2015, pp. 1.807-1.858.
- HERRERA DE LAS HERAS, R. / MARTÍNEZ RUANO, P/ PAÑOS PÉREZ, A., «Los derechos sucesorios en las parejas de hecho. Especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional de 93/2013, de 23 de abril», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 749, 2015, pp. 1173-1195.
- KAHALE CARRILLO, D.T., «La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales», *Revista española del Derecho del Trabajo*, núm. 187, 2016, pp. 1-20.
- LORENZO-REGO, I., «Hacia la codificación de la pareja estable», *Actualidad Civil*, núm. 19, 2010, p. 1-13.
- MESA MARRERO, C., *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 120-146.
- MONEDERO RIBAS, M., «Otras fórmulas de convivencia en el Código Civil de Cataluña. La convivencia estable en pareja. Las relaciones convivenciales de ayuda mutua», *Actualidad Civil*, núm. 2, 2013, pp. 149-182.
- PARRA LUCÁN M.<sup>a</sup> A., «Autonomía de la voluntad y derecho de familia», *La Ley*, Tomo 3, 2011.
- PELAYO OLMEDO, J.D., «Las leyes sobre parejas de hecho: Análisis comparado de la legislación existente en algunos países de la unión europea». *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI. XIII Congreso Internacional del Derecho de Familia*. LASARTE ÁLVAREZ/DONADO VARA/MORETÓN SANZ/YÁÑEZ VIVERO (Coords.), Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, Madrid, 2004.
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M/ CASADO CASADO, B., «Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspectos registrales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685 (septiembre-octubre), 2004, pp. 2307-2376.
- SABATER BAYLE, E., «Autonomía de la voluntad y parejas estables. Algunas reflexiones sobre la reciente doctrina constitucional», *La Ley Derecho de familia*, núm. 5, 2015, pp. 1-16.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A., «La institucionalización jurídica de las uniones homosexuales en España», *Diario La Ley*, tomo 4, 2001, pp. 1-26.
- TURNER SAELZER, S., «La unión de hecho como institución del derecho de familia y su régimen de efectos personales», *Revista Ius et Praxis*, año 16, n° 1, 2010, pp. 85-98.

