

Una propuesta de regulación de una ley estatal de parejas de hecho

MARÍA SERRANO FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

RESUMEN

La generalización de las parejas de hecho, como modelo de convivencia sin vínculo matrimonial, plantea la necesidad de dotar a esta figura de una regulación jurídica. Ciertamente, la amplitud actual en la configuración del matrimonio conlleva que una gran parte de la doctrina afirme que la decisión de constituir una pareja de hecho responde, en la mayoría de las ocasiones, a la voluntad de sustraerse a toda norma que regule su convivencia. No obstante, en este artículo se defiende que en las uniones de hecho existe una voluntad de estabilidad y de asunción de compromisos mutuos, si bien al margen del matrimonio; por ello es preciso que el legislador estatal aborde su institucionalización jurídica, atribuyendo a los convivientes un conjunto de derechos y deberes recíprocos. El presente trabajo analiza cuál podría ser el contenido de esa ley, utilizando para ello criterios de distinto carácter. En primer lugar, el marco constitucional, en la medida que el artículo 39 CE garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. En segundo lugar, realizando un estudio comparativo de las parejas de hecho y del matrimonio a fin de determinar si la regulación de ambos modelos de convivencia debe ser equivalente o, por el contrario, es legítimo establecer diferencias entre la familia matrimonial y no matrimonial que resulten razonables y acordes con el principio de igualdad proclamado en el texto constitucional.

Desde estos planteamientos, se propone un estatuto jurídico de las parejas de hecho distinguiendo dos aspectos diferentes: en primer lugar, se analiza la validez y eficacia de los posibles pactos suscritos entre los convivientes. Por otro lado, se plantea la cuestión de si al margen de la voluntad de los convivientes, e incluso contra su voluntad el legislador debe establecer un estatuto imperativo que afecte a las uniones de hecho, de forma semejante a lo que sucede en el matrimonio.

PALABRA CLAVE*Parejas de hecho.*

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El libre desarrollo de la personalidad como fundamento para el reconocimiento de las parejas de hecho.*—III. *La protección de la familia: su marco constitucional.*—IV. *Posible estatuto jurídico de las parejas de hecho.* 4.1 Concepto y requisitos de las parejas de hecho. 4.2 Estatuto jurídico de las parejas de hecho. 4.2.a) Planteamiento. 4.2.b) Admisibilidad de los pactos entre los convivientes. 4.2.b)1 Pactos entre los convivientes de contenido personal. 4.2.b)2 Pactos entre los convivientes de contenido patrimonial. 4.2.c) Regulación aplicable en defecto de pacto. 4.2.c)1 Planteamiento. 4.2.c)2 Régimen imperativo: estatuto personal de los convivientes. 4.2.c)3 Régimen supletorio. 4.2.d) Reconocimiento de los llamados derechos sociales. 4.2.e) Derechos sucesorios.

I. INTRODUCCIÓN

Afirma Flaquer¹ que en los últimos treinta años las familias del mundo occidental han experimentado notables cambios², los cuales no son más que un reflejo de las profundas transformaciones de los cimientos sobre los que se asienta nuestra sociedad. En España, y de modo semejante a otros países de nuestro entorno, se ha producido lo que este autor denomina la *segunda transición familiar* caracterizada por la desinstitucionalización del matrimonio; es decir, la desmonopolización de éste como forma de legitimación de la convivencia. En ese contexto surgen nuevos modelos familiares³ entre los que cabe destacar las llamadas parejas de hecho⁴,

¹ «El ocaso del patriarcado» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 4, 2001, p. 9.

² Entre dichos cambios cita este autor el aumento de la esperanza de vida, el retraso de la edad del primer matrimonio, el descenso de la nupcialidad y la fecundidad, el incremento de la tendencia a la cohabitación así como el número de hijos extramatrimoniales, la intensificación de la tasa de separaciones y divorcios y el aumento del número de segundas o ulteriores nupcias; todo ello ha traído consigo el crecimiento de nuevos tipos de hogar como los unipersonales (formados por personas solas) o los compuestos por familias monoparentales o reconstituidas.

³ Entre esos nuevos modelos cita ALONSO PEREZ, «La familia entre el pasado y la modernidad», *Actualidad Civil*, 1998-1, pp. 25 ss., la familia nuclear, la familia recompuesta y la familia monoparental».

⁴ La bibliografía española sobre parejas de hecho es muy extensa. Entre la más significativa cabe citar: ÁLVAREZ LATA: «La pareja de hecho: perspectiva jurisprudencial» en *Derecho Privado y Constitución* 12, 1998, pp. 7 ss. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ: *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Valencia, 2002, y «La aplicación de las leyes de parejas no casadas por parte de los Tribu-

caracterizadas por ser una convivencia estable sin vínculo matrimonial⁵.

Respecto de este nuevo tipo de familia, es sabido que nuestro ordenamiento jurídico carece de una ley a nivel general que establezca un estatuto jurídico de las parejas de hecho, aunque son muchas las Comunidades Autónomas que cuentan con una regulación más o menos extensa de esta realidad social, y existe una jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitu-

nales», *Revista de Derecho Privado* sept.-oct. 2004, pp. 527-572. BAYOD LÓPEZ: «Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 626, 1995, pp. 129 ss. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «Las parejas de hecho», *Aranzadi Civil*, 1992, pp. 13 a 27. GARCÍA RUBIO: *Alimentos entre cónyuges y convivientes de hecho*, Madrid, 1995. GAVIDIA SÁNCHEZ: *La unión libre (El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Valencia, 1995 y «Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones matrimoniales (La unión libre en la jurisprudencia I y II)», *Aranzadi Civil*, 2002. GONZÁLEZ PORRAS: *Curso de Derecho civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, 4.ª edición, Valencia, 2005; LACRUZ BERDEJO: Convivencia «more uxorio»: Estipulaciones y presunciones, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo I, Madrid 1990, pp. 1061 ss., y *Elementos de Derecho Civil IV*, 2.ª edición, revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, Madrid, 2005, LLEBARIA SAMPER: *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, 1997. MARTINELL-ARECES (coord): *Uniones de hecho*, Lérida, 1998. MARTINEZ DE AGUIRRE: *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid, 1996, «Las uniones de hecho: Derecho aplicable», *Actualidad Civil*, 1999, IV, pp. 1098 y «Acuerdos entre convivientes more uxorio», *Revista de Derecho Privado*, nov. 2001, pp. 841 a 874. MESA MARRERO: *Las Uniones de Hecho. Análisis de las Relaciones Económicas y sus Efectos*, 3.ª edición, Navarra, 2006. O'CALLAGHAN MUÑOZ (dir.): *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998. PÉREZ UREÑA: *Uniones de hecho: estudio práctico de sus efectos civiles*, Madrid, 2000; PANTALEÓN PRIETO: «La autorregulación de la unión libre», *Poder Judicial*, núm. 4, p. 122 ss. y Voz Compañero/compañera, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, p. 1160. REINA-MARTINELL: *Las uniones matrimoniales de hecho*, Madrid, 1996. RUBIO TORRANO: «¿Nueva jurisprudencia sobre uniones de hecho?», *Aranzadi Civil*, núm. 19, 2006, p. 11 ss. ROCA TRÍAS: *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999; «Familia, familias y derecho de familia», en *Anuario de Derecho Civil*, 1990, tomo XLIII, núm. 4, pp. 1055 y «El régimen económico de la pareja de hecho» en *Las Uniones de hecho*, edición coordinada por Sánchez González, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz y Departamento de la Mujer del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, 1995. TALAVERA FERNÁNDEZ: *La unión de hecho y el Derecho a no casarse*, Granada, 2001; TORRES LANA: «De nuevo sobre relaciones patrimoniales entre parejas no casadas» en *Aranzadi Civil*, 1993, pp. 2416 ss. TORRES MUÑOZ: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ante las uniones de hecho», *Revista General del Derecho*, 648, sept. 1998, pp. 10625 ss. VALPUESTA FERNÁNDEZ: «La institucionalización jurídica de la pareja de hecho. Registro de Parejas de Hecho», en *Las Uniones de hecho*, edición coordinada por Sánchez González, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz y Departamento de la Mujer del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, 1995. VALLADARES RASCÓN: «El Derecho a contraer matrimonio y la Constitución», *Aranzadi Civil*, 2005, pp. 2063 ss. VERDA Y BEAMONTE: «Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica!», *Actualidad civil*, 2001-1, pp. 59 ss. VILLAGRASA ALCALDE (coord.): *El Derecho Europeo ante la Pareja de Hecho*, Barcelona, 1996.

⁵ En el mismo sentido SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga: «Constitución y parejas de hecho» en *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 58, enero-abril 2000, pp. 45 ss. señala que durante mucho tiempo se ha presentado a la familia como una realidad convivencial fundada en el matrimonio indisoluble y heterosexual, encerrado en la seriedad de la finalidad reproductora. Pero tal estructura familiar se revuelve sobre sus más sólidos cimientos con la aparición de nuevas fórmulas de convivencia.

cional que ha abordado sus posibles consecuencias. Si bien es verdad que el Derecho va remolque de la realidad social y que no siempre tiene que dar una respuesta jurídica a todos los comportamientos individuales o colectivos, cabe preguntarse si verdaderamente es necesaria la elaboración de una Ley estatal que regule a las parejas de hecho o, por el contrario, este nuevo modelo de convivencia aún no goza de un consenso tal que permita configurarla como una alternativa socialmente aceptable del matrimonio, de modo que éste debe seguir siendo el único tipo de familia dotada de regulación legal. Y en el caso de estimar la conveniencia de su regulación, la cuestión entonces a resolver es cuál podría ser su régimen jurídico, habida cuenta de la disparidad de las soluciones jurídicas que se han dado.

Desde nuestro punto de vista, la respuesta a estos interrogantes exige, como punto de partida, contemplar el fenómeno de la convivencia *more uxorio* desde diversas perspectivas. Para ello, en primer lugar, se habrá de partir de los datos sociológicos sobre esta realidad social, que nos permitirán apreciar si ésta responde a un fenómeno minoritario, o por el contrario, expresa un nuevo modelo de familia lo suficientemente generalizada como para que la sociedad española perciba que se está produciendo una falta de adecuación entre esa realidad y la legislación positiva. Y este punto de partida tiene sentido por cuanto la familia o las familias tienen carácter prejurídico, pues surgen y se desenvuelven en la sociedad, siendo así que al Derecho le corresponde elaborar la respuesta jurídica conforme al sistema imperante, de acuerdo con los valores constitucionalmente consagrados

En segundo lugar, se habrá de valorar las consecuencias del vacío legal que supone la ausencia de una normativa general sobre la materia, y considerar si el mismo no está generando inseguridad jurídica a los que optan por este tipo de convivencia; inseguridad jurídica que se acentúa en nuestro país por la proliferación de una normativa autonómica con una regulación muy dispar. En todo caso, en el análisis que se haga y en la reflexión que se siga con la elaboración de una propuesta, se deberá contar con las aportaciones jurisprudenciales en la resolución de los conflictos planteados por las parejas de hecho, así como con los datos normativos que nos aportan las diferentes regulaciones autonómicas.

Y en última instancia, como hemos apuntado, se deberán tener muy presentes los preceptos constitucionales referidos a la familia, pues de ellos se habrá de extraer los argumentos de fondo que nos guíen en la búsqueda de soluciones a la situación planteada.

En definitiva, se pretende ofrecer una serie de datos de distinto carácter –sociológicos, legales y jurisprudenciales así como constitucionales–, de los que obtener los argumentos que sustenten la propuesta que este trabajo quiere hacer: nos encontramos ante un nuevo modelo de familia y en tal sentido merecedora de una ley general que defina su estatuto jurídico.

Comenzando por el dato sociológico, es un hecho notorio el aumento del porcentaje de parejas que en España conviven sin estar casadas. Así hasta 1980, la convivencia no matrimonial no superaba el 0,37 por 100. En 1991 dicha proporción se había incrementado, aunque la cifra no era aún muy relevante: en torno al 1,27 por 100. Un año después esas uniones representaban el 1,65 por 100. En cambio, el barómetro del mes de diciembre del 2005 publicado por el CIS (estudio núm. 2.630) revelaba que, en dicho año, los que convivían en pareja representaba el 18,2 por 100 de la población. Este incremento del número de uniones de hecho se ha acompañado de una aceptación de este modelo de convivencia, que se concibe como una forma válida de establecimiento de un proyecto de vida en común. Ello queda acreditado si se consulta el barómetro de junio 2004 del CIS, en el cual ante la pregunta de si sería para los españoles un problema grave que un hijo varón conviviera en pareja sin estar casado, sólo un 10,6 por 100 contestaba que sí frente a un 86,8 por 100 que se pronunciaba negativamente. Curiosamente, cuando la pregunta se refería a si era un problema grave que una hija suya conviviera sin estar casada, el porcentaje de personas que respondían afirmativamente se incrementaba hasta un 11,5 por 100. Por otra parte, el hecho de que dos personas convivan juntas sin estar casadas era valorado como un dato muy positivo por el 6,2 por 100 de la población, mientras que un 40,8 por 100 lo calificaba de positivo. Por el contrario, el 15,5 por 100 lo consideraba un hecho negativo y sólo el 2,2 por 100 lo calificaba de muy negativo.

Los porcentajes expuestos nos revelan que la sociedad española ya no identifica la familia con aquella que tiene su origen exclusivamente en el matrimonio, sino que admite la existencia de otros modelos entre los que se encuentran aquellos que excluyen la forma matrimonial para la regulación de sus relaciones afectivas; nos referimos a las parejas de hecho que responden a la unión de dos personas del mismo o diferentes sexo, en convivencia estable, con un proyecto de vida en común, pero sin vínculo formal. Este nuevo tipo de familia presenta, sin embargo, una peculiaridad cual es demandar los efectos jurídicos propios de la institución matrimonial cuando ven lesionados sus intereses. Sucede entonces, que la ausencia de regulación ha conllevado que sean los Tribunales de

justicia los que a la vista de los conflictos de intereses planteados han tenido que ofrecer soluciones con los concretos mecanismos que le proporciona el sistema de fuentes.

Junto a estos datos sociológicos existen otros de carácter legislativo que nos demuestran que el legislador estatal, en el ámbito de relaciones jurídicas no estrictamente familiares, ha publicado numerosas normas que han tenido en cuenta a las parejas de hecho para reconocerles algunos efectos similares a los del matrimonio⁶; en otras palabras, que no estamos ante una situación desconocida para él, pues ha reconocido este tipo de convivencia cuando ello le ha interesado para la consecución de los objetivos propuestos en diferentes leyes incluyendo, en tales casos, en el supuesto de hecho a la convivencia *more uxorio* junto al matrimonio. A ella se refiere con distintas expresiones, como *convivencia marital*, o *situación de hecho asimilable al matrimonio*, pero todas tienden a reflejar la realidad social de las parejas de hecho. Y esto es importante, porque el tratamiento que se les da en las diferentes disposiciones legislativas la equiparan al matrimonio, si bien es cierto que los efectos que se derivan de esa convivencia no se refieren a las rela-

⁶ Sin pretender realizar una enumeración exhaustiva podemos señalar que en materia penal, el artículo 23 del Código Penal considera circunstancia agravante o atenuante tanto la condición de cónyuge como de persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad; igualmente, el artículo 454 declara exento de las penas impuestas a los encubridores a los cónyuges o personas unidas por análoga relación de afectividad. En materia procesal, también se equipara al cónyuge con persona unida por análoga relación de afectividad a efectos de poder instar el procedimiento de *habeas corpus*. En materia civil, el artículo 101 CC declara como causa de extinción de la pensión compensatoria, contraer el acreedor un nuevo matrimonio o vivir maritalmente con otra persona. A su vez, el artículo 320 CC establece que el juez podrá conceder la emancipación a petición de los hijos cuando quien ejerciera la patria potestad contrajera nupcias o conviviera maritalmente con persona distinta del otro progenitor. Por su parte, la disposición adicional 3.^a de la Ley de 1987 que regula la adopción dispone que las referencias de esta ley en orden a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor, serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida por de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal. De igual modo, la Ley de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida permite que el consentimiento a la fecundación con contribución del donante sea prestado por el marido y por varón no casado. En materia de arrendamientos urbanos, el artículo 16 de la LAU de 24 de noviembre de 1994 concede el derecho de subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento a favor de la persona que hubiera convivido con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, dos años antes de su fallecimiento si no hubiera existido descendencia. O la reciente Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la cual dispone en su artículo 1 que «La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Por el contrario, la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, sobre Familias Numerosas equipara a las familias numerosas, a los efectos de la Ley, a las familias monoparentales, ya sean de origen, ya sean derivadas de la ruptura de una separación matrimonial o por fallecimiento de uno de los progenitores, así como a las familias reconstituidas, pero no a las uniones de hecho (arts. 1 y 2 de la ley).

ciones entre los convivientes y de éstos frente a terceros, consecuencias típicas de la unión conyugal, sino a otros en los que la familia es el supuesto de hecho de unos efectos que no se pueden calificar estrictamente de familiares.

En este contexto, no podemos dejar de considerar un dato que puede ser revelador de la posición del legislador respecto a la familia, y que nos da cuenta de cómo su visión de la misma se ha ampliado conforme las exigencias sociales lo han ido reclamando. Hacemos referencia a aquellas disposiciones que extienden los derechos y deberes propios de la unión conyugal más allá de la familia tradicional nuclear; entre las mismas cabe citar la Ley 21/1987 sobre Adopción, que contempla la posibilidad de que sea la llamada familia extensa la que se ocupe del menor a través del acogimiento familiar, o la reciente Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, en cuya Exposición de Motivos se reconoce expresamente que son las familias, en especial las mujeres, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes. Precisamente, y en la medida que sobre la familia recae esa función de cuidado de menores de edad o personas dependientes, es por lo que la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras, arbitra una serie de medidas para facilitar el desempeño de dichas tareas, tales como la regulación de los permisos por adopción o acogimiento familiar; la reducción de la jornada o la excedencia para atender al cuidado de familiares que por razón de la edad, enfermedad o accidente no puedan valerse por sí mismos, etc. Situación que plantea el interrogante de si responde al propósito reconocer la realidad social o, más bien, pretende hacer recaer sobre los hombros de los particulares el coste social.

Siguiendo con datos de carácter legislativo pero centrando ahora nuestra atención en la legislación autonómica, es un hecho conocido que la consagración legal de las parejas de hecho en el Derecho español ha venido de la mano de los ordenamientos jurídicos de las Comunidades Autónomas⁷. Ahora bien, el contenido de

⁷ Pionera fue, en este sentido, la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de parejas de Cataluña que ha sido además el único texto legal que ha diferenciado, a efectos de regulación, las uniones estables heterosexuales de las homosexuales; la Ley 3/2005, de 8 de abril, modifica dicha legislación en lo relativo a permitir la adopción por parejas homosexuales. Además de Cataluña, las CC. AA. de Aragón (Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativas a parejas estables no casadas, modificada por la Ley 2/2004, de 3 de mayo), Navarra (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad de parejas estables), Valencia (Ley 1/2001 de 6 de abril por la que se regulan las uniones de hecho), Islas Baleares (Ley 18/2001, de 19 de diciembre de Parejas Estables), Madrid (Ley 11/2001, de 19 de diciembre de Uniones de Hecho), Asturias (Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables), Andalucía (Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de

estas leyes autonómicas es muy diverso⁸, de modo que las leyes de Cataluña, Aragón, Navarra, Baleares o el País Vasco en desarrollo de las competencias legislativas reconocidas en la Constitución y en sus respectivos Estatutos de Autonomía, recogen un nuevo tratamiento jurídico, un verdadero *status* para las parejas no casadas. El resto de las leyes elaboradas por las Comunidades Autónomas que no tienen reconocida competencia para legislar sobre materia civil, según el artículo 149.1.8 CE, tienen trascendencia en cuanto a sus previsiones administrativas, pero por lo que se refiere a los efectos civiles o bien hay que considerar sus disposiciones claramente inconstitucionales, o bien interpretarlas como meras repeticiones de principios generales o doctrinas jurisprudenciales existentes sobre la materia. Sucede, además, que dichas legislaciones autonómicas no acogen un concepto uniforme o estándar de pareja de hecho a la que aplicar sus disposiciones, lo cual determina que algunas parejas estén protegidas en unas leyes, pero no en otras. Tampoco existen coincidencias en la posible aplicación retroactiva o no de las nuevas normas o en la elección del punto de conexión elegido por cada legislador, pues en unos casos se habla de la vecindad civil de uno de los integrantes de la pareja, incluso de la vecindad administrativa, mientras que en otros se exige además el cum-

Hecho), Canarias (Ley 5/2003, de 6 de marzo, de regulación de las Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias), Extremadura (Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura), País Vasco (Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho) y Cantabria (Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria). Sobre la constitucionalidad de dichas leyes, véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «La competencia para legislar sobre parejas de hecho» en Cuadernos de Derecho Judicial, Constitución y Relaciones Privadas, tomo XI, 2003, pp. 97 ss. Por su parte, GARCÍA RUBIO: «Parejas de hecho y lealtad constitucional» en Estudios de Derecho civil en homenaje a al profesor Francisco Javier Serrano García, coord. Teodora Torres García, Secretariado de Publicaciones e Intercambio, Universidad de Valladolid, 2005, pp. 35 ss., aborda el tema desde otra perspectiva: la inconstitucionalidad que a su juicio supone este silencio del legislador estatal, no tanto por su negativa a establecer un estatuto material de las parejas de hecho cuanto por la omisión de normas que son de su competencia exclusiva, como las procesales y las destinadas a resolver los conflictos de leyes internos, omisión impide el despliegue de la eficacia plena de las normas promulgadas por el legislador autonómico competente. Se trata de un comportamiento que la autora no duda en calificar de deslealtad constitucional.

La Comunidad Autónoma de Galicia ha optado por una fórmula diversa y en lugar de publicar una ley sobre parejas de hecho ha equiparado, a todos los efectos, matrimonio y convivencia *more uxorio*. Así, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, establece en su Disposición Adicional Tercera que «A todos los efectos de aplicación de la presente Ley se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo cual se extiende, por tanto, a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que esta Ley reconoce a los cónyuges».

Respecto al conocimiento que la sociedad española tiene de dichas leyes autonómicas cabe destacar que en el ya citado estudio del CIS, el 50,3 por 100 de la población española conocía en junio del 2004 que algunas CC. AA. tenían ya aprobadas Leyes de Parejas de Hecho frente al 38,2 por 100 que desconocía tal circunstancia. Ahora bien, cuando la pregunta era si sabían si en su Comunidad Autónoma había una ley de este tipo sólo el 22,2 por 100 afirma conocer la existencia de dicha norma frente a un 54,1 por 100 que lo desconocía.

⁸ AMUNÁTEGUI, «La aplicación de las leyes...», *op. cit.*, p. 528.

plimiento de la formalidad de la inscripción constitutiva en el registro de parejas correspondiente y, finalmente, en otras se silencia esta cuestión. Todo ello, no sólo hace difícil la aplicación de la normativa autonómica, sino que además ha generado un importante debate en la doctrina sobre la constitucionalidad de las mismas y la inseguridad que genera esta pluralidad de disposiciones⁹. Esta diversidad legislativa que existe a nivel autonómico representa, sin duda, otro dato que avala la conveniencia de que exista una Ley a nivel estatal que regule las parejas de hecho. El argumento no es sólo que existan ya numerosas leyes autonómicas sobre parejas de hecho con un contenido diverso, sino que además es previsible que las CC. AA. que aún no han publicado sus propias leyes sobre esta materia terminen haciéndolo a corto plazo. Situación ésta que nos parece que va en contra de los principios de igualdad y seguridad jurídica proclamados en la Constitución española.

Desde otra perspectiva, como ya se ha apuntado, la generalización de la pareja de hecho como forma de convivencia unida a su falta de regulación a nivel estatal ha propiciado una jurisprudencia que ha efectuado un notorio esfuerzo para proporcionar remedios jurídicos a las cuestiones concretas que se han ido suscitando, lo que ha dado lugar a soluciones diversas no necesariamente reñidas entre sí¹⁰. Ciertamente, las cuestiones que con más frecuencia se han planteado en el Tribunal Supremo se refieren a las consecuencias de la disolución o ruptura de la convivencia y a la reclamación del perjudicado frente a la situación que se le plantea. En tales casos, como reconoce la jurisprudencia, se pretende evitar un perjuicio a la parte más débil de la relación acudiendo a soluciones jurídicas que si no están expresamente recogidas en el Derecho positivo, derivan de sus principios generales. En concreto, se ha estimado en alguna ocasión la existencia de una responsabilidad extracontractual, un enriquecimiento injusto, o se ha aplicado por analogía la pensión compensatoria del artículo 97 CC, incluso, se ha identificado un principio general cual es la protección del conviviente perjudicado¹¹.

⁹ Ídem. Esta autora señala que el análisis de las distintas compensaciones y pensiones previstas por las diversas leyes resultan ser, en la práctica, más estrictas y restringidas al quedar sometidas a unos rígidos parámetros de aplicación, que las indemnizaciones que puedan derivarse de acudir a la doctrina general que hoy por hoy permite invocar el Tribunal Supremo. En consecuencia, concluye esta autora, puede ser más beneficioso para uno de los miembros de la pareja que se le aplique, no el Derecho que le corresponda según su vecindad civil, sino el reconocido por los tribunales para los que ostentan vecindad de Derecho común y carezcan de regulación específica aplicable.

¹⁰ STS de 17 de junio 2003.

¹¹ STS de 10 de marzo de 1998, comentada por DEL OLMO GARRIDO: «La atribución judicial de la vivienda familiar en los supuestos de ruptura de las uniones de hecho». Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 10 de marzo de 1998, en *Revista de Derecho Privado*, feb. 2000, pp. 155 a 174.

En el ámbito del Derecho Comparado, también surgen datos que nos proporcionan argumentos para defender la necesidad de publicar una ley estatal. Al respecto, basta mirar a los países de nuestro entorno cultural para comprobar que lo que está sucediendo en la sociedad española no es más que la copia, aunque con algunos años de retraso, de un fenómeno perfectamente implantado otras sociedades donde la institución matrimonial, en cuanto modelo de convivencia, no posee ya una posición de monopolio. En los últimos años y a fin de dar una respuesta jurídica a dicha realidad social, varios países han promulgado leyes relativas a las uniones de hecho o se disponen a hacerlo, atribuyendo a la convivencia *more uxorio* unos efectos similares al matrimonio¹². Por su parte, la Unión Europea ha pedido a los Estado de la Comunidad que regulen las uniones de hecho homosexuales y heterosexuales. En este contexto podemos citar la Recomendación de 7 de mayo de 1988 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Esta-

¹² Así y sin ánimo de ser exhaustivos podemos citar en, primer lugar, a Dinamarca país pionero en aprobar en el año 1989 una Ley sobre el Registro de Parejas de Hecho; la Ley noruega es de 1993, mientras que Suecia, aprobó su ley sobre esta materia en 1994, entrando en vigor en enero de 1995 y en Islandia la Ley es de 1996. Holanda fue el primer país en admitir el matrimonio entre homosexuales. Efectivamente, la Ley de 1998 en la cual se regulada las uniones de hecho fue modificada en el año 2001 para aprobar el matrimonio homosexual; en los EE. UU. es de destacar la Ley sobre Uniones Civiles del Estado de Vermont. Pero no sólo en los países nórdicos se ha producido un reconocimiento jurídico de las uniones de hecho; así, la Constitución de Brasil de 1988 reconoce a las uniones de hecho en su artículo 226, párrafo tercero, el cual dispone que «Para los efectos de la protección del Estado es reconocida la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar». En Paraguay, el Código Civil que entró en vigor el 1 de enero de 1987 contemplaba en el capítulo X la unión de hecho y la Ley de reforma parcial del Código Civil de 1 de diciembre del 1991 la define en su artículo 83. En Bolivia, el Código de Familia, reformado por la Ley núm. 996 de abril de 1988, reconoce al concubinato efectos similares al matrimonio. En Argentina la Ley 1004 sobre Uniones Civiles promulgada en el año 2003 crea el Registro Público de Uniones Civiles Sin embargo, las soluciones propuestas por estas normativas se caracterizan por su diversidad de contenidos. Así, como señalan RODRÍGUEZ, BAEZ PEÑA, SCOTTI Y MEDIDA (Calvo Caravaca y Castellanos Ruiz Directores): «Las uniones de pareja a la luz del Derecho Internacional Privado Argentino», en *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*; Madrid, 2004, p. 655 ss., por un lado se pueden diferenciar aquellas legislaciones sobre la materia que sólo se ocupan de las uniones homosexuales. Entre ellas cabe mencionar la normativa adoptada por Dinamarca, Noruega, Islandia. La doctrina ha denominado a estas legislaciones que reservan sus disposiciones a las personas del mismo sexo «modelo nórdico». En cambio, otras legislaciones han optado por regular en un mismo cuerpo normativo a las uniones homosexuales y heterosexuales, como la Ley holandesa o la Ley sobre Uniones Civiles del Estado de Vermont, aprobada en el año 2000. Sobre esta cuestión, véase igualmente, GARCÍA CANTERO: «¿Qué familia para el siglo XXI?», *Revista de Derecho Comparado*, núm. 9, Derecho de Familia I, Buenos Aires, pp. 16 ss, y TALAVERA FERNÁNDEZ: «Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España», en *Cuadernos «Bartolomé de las Casa» núm. 10, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casa»*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1999. Últimamente, QUIÑONES ESCÁMEZ: *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 2007, realiza en el capítulo un amplio estudio del reconocimiento de la pareja de hecho Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, El salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela, EE. UU., Canadá Sudáfrica, Israel y Australia.

dos miembros, la cual se refirió a la validez de los contratos entre personas que viven juntas como parejas no casadas y sus disposiciones testamentarias; la Resolución 28/1994 del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 sobre la igualdad de derechos de los homosexuales en la Comunidad Europea, así como la Resolución de 16 de marzo de 2000 el Parlamento de la Unión Europea que aprobó la parte del informe sobre derechos humanos en la Unión Europea que recomienda el reconocimiento de las uniones de hecho, incluso las que se formen entre personas del mismo sexo. Por último y en materia del derecho a adoptar por parejas homosexuales, hay que tener en cuenta la Resolución del Parlamento Europeo de 4 de septiembre del 2004.

La exposición realizada demuestra que aunque nos encontramos ante un tema que ya es posible calificar de «clásico», aún son muchos los interrogantes que plantea la situación de las parejas de hecho. Ello creemos que justifica el presente trabajo cuyo objetivo no es realizar un estudio exhaustivo sobre esta materia, sino determinar cuál debe ser el modelo de esa futura regulación utilizando, al respecto, argumentos de distinta naturaleza.

En primer lugar, el marco constitucional en la medida que el artículo 39 de la Constitución española garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia; en consecuencia, la protección de este nuevo modelo de familia deriva de exigencias constitucionales. Ahora bien, como hemos apuntado, las reivindicaciones de las parejas de hecho en lo relativo al reconocimiento de derechos ha tomado como paradigma la institución matrimonial. Por ello, en segundo lugar, es preciso realizar un análisis comparativo de las parejas de hecho y del matrimonio a fin de determinar si su naturaleza, y por tanto su estatuto jurídico, deben ser equivalentes. En otras palabras, si el hecho de que convivan en nuestra sociedad distintos modelos de familia exige una igualdad de trato de todas ellas o, por el contrario, es legítimo establecer diferencias entre la familia matrimonial y la no matrimonial que resulten razonables y acordes con el principio de igualdad proclamado en nuestro texto constitucional.

II. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO FUNDAMENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS PAREJAS DE HECHO

La extensión de esta práctica en la sociedad actual parece exigir del legislador español una regulación que dé respuestas a las aspi-

raciones de los convivientes las cuales, como hemos visto, son muy similares a las que se plantean en el matrimonio con las diferencias lógicas que se derivan de su carácter aformal. Sin embargo, la pretensión de que este modelo de convivencia se equipare a la unión matrimonial, en lo referente a los efectos que genera, no deja de producir una cierta perplejidad en la doctrina por cuanto quienes reclaman dicha equiparación son, precisamente, quienes han excluido el matrimonio en su convivencia¹³. Es más, sería posible incluso plantearse si una ley sobre parejas de hecho que fijara los requisitos de su constitución y le dotara de una efectos típicos no implicaría, en cierta modo, desnaturalizar esta figura.

En efecto, la pareja de hecho responde a una situación fáctica que se caracteriza porque sus protagonistas se sustraen voluntariamente al cauce legalmente establecido para institucionalizar su relación. El motivo de esta elección parece radicar en que dicho modelo de convivencia permite decidir, sin ningún tipo de exigencias formales, si se quiere constituir una pareja o romper la convivencia y, en general, al deseo de prescindir de la regulación del matrimonio. Como señala Lacruz¹⁴, los convivientes no quieren estar casados *por conservar su libertad*: la de extinguir la unión en el momento que lo deseen y sin responsabilidad. Es verdad que ambas uniones son disolubles, pero la pareja de hecho lo es por la mera voluntad de uno de sus componentes, que da por disuelta la unión con su ausencia y sin que sea preciso una resolución judicial que decreta la extinción de la misma. Todo ello se produce, además, en un ordenamiento jurídico que se caracteriza no sólo por dotar al matrimonio de una regulación basado en los principios de laicidad e igualdad entre los cónyuges, sino también por permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁵.

¹³ Dichas reclamaciones producen igualmente una cierta perplejidad entre los jueces encargados de resolver las pretensiones indemnizatorias que surgen tras la ruptura unilateral de la pareja. En concreto, la STS 12/9/2005 afirma que los convivientes han aceptado crear una unión al margen del matrimonio legalmente establecido, que sí crea derechos y obligaciones durante su vigencia y al término de la misma. Añadiendo en el FD 3.º que debe huirse de la aplicación por «analogía legis» de normas propias del matrimonio como son los artículos 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que desea su continuidad. *Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio.*

¹⁴ LACRUZ: «Convivencia *more uxorio*...», *op. cit.*, p. 1066, y *Elementos IV, op. cit.*, p. 297.

¹⁵ Así, la ya citada STS de 12 de septiembre de 2005 deniega la indemnización por ruptura unilateral de una unión de hecho que había durado diecinueve años. En sus Fundamentos Jurídicos se afirma que *hoy por hoy, con la existencia del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren en absoluto contraer matrimonio con sus consecuencias*. En opinión

Esta amplitud en la configuración del matrimonio conlleva que la mayor parte de la doctrina¹⁶ afirme que la decisión de constituir una pareja de hecho responde a la voluntad de sustraerse a la disciplina matrimonial y no a la concurrencia de un impedimento legal para contraerlo¹⁷; en otras palabras, lo que se pretende con dicha unión es la ausencia de toda norma que discipline dicha convivencia. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, ésta es la conclusión que se obtiene si se observa *a grosso modo* el fenómeno de la convivencia *more uxorio*, pero un análisis más pausado de esa realidad nos revela que esta doctrina eleva a categoría general lo que no es más que un supuesto concreto. En efecto, como apunta Talavera¹⁸ cuya opinión compartimos en este punto, si se les preguntara a los que constituyen pareja de hecho si quieren que el Derecho regule esta forma de convivencia, otorgando a sus miembros una serie de beneficios tales como la pensión de viudedad o la pensión compensatoria, su respuesta en la mayoría de las ocasiones sería afirmativa. Lo demuestra el hecho de que cuando la pareja se deshace como consecuencia de la decisión unilateral o del fallecimiento de uno de sus miembros, «el otro», que hasta ahora siempre ha sido la mujer, acude a los Tribunales de Justicia demandando tales beneficios; en otras palabras, solicita que el Estado le conceda aquello a lo que cree tener derecho.

Este razonamiento nos permite llegar a una primera conclusión: no todos aquellos que constituyen una pareja de hecho lo hacen por los mismos motivos. Así, como apuntaba Lacruz existe un porcentaje de uniones de hecho que eligen este modelo de convivencia por la facilidad en su constitución y su disolución, pero ignorando que las consecuencias de la ruptura no van a ser equivalentes a las del matrimonio. Otros, por el contrario, conviven en pareja con una clara voluntad de estabilidad y la asunción de ciertos compromisos mutuos, si bien no desean enmarcar esa comunidad de vida dentro de la específica regulación civil de una unión conyugal. Ahora bien,

de RUBIO TORRANO, *op. cit.*, p. 12 dichas afirmaciones serían difícilmente imaginables sólo hace unos meses en un contexto normativo anterior a las recientes reformas del Código Civil.

¹⁶ Atribuyen la decisión de constituir una pareja de hecho al deseo de no vincularse jurídicamente entre otros, ALONSO PÉREZ: *op. cit.*, p. 26 ss., BERCOVITZ: «La competencia para legislar...», *op. cit.*, pp. 104 y 105; GÓNZALEZ PORRAS: *op. cit.*, p. 262 ss. MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*...», *op. cit.*, pp. 845 y 846; ROCA: Familia, familias y derecho de familia, *op. cit.*, p. 1077, y VALPUESTA FERNÁNDEZ: «La institucionalización jurídica...», *op. cit.*, 57.

¹⁷ MESA MARRERO: *op. cit.*, pp. 24 ss., distingue dos grandes tipo de causas que originan la unión de hecho: la primera, bajo la denominación de *Uniones creadas por causas ajenas a la voluntad de la pareja*, incluye la concurrencia de impedimentos legales, motivos culturales, sociales o religiosos y motivos económicos; la segunda englobaría todas las uniones creadas por el rechazo de la pareja hacia el matrimonio.

¹⁸ *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, *op. cit.*, p. 4 y 45 y 46,

como afirma Talavera¹⁹ estas parejas desean mantenerse al margen del matrimonio, pero no al margen del Derecho; esto es, quieren normalizar jurídicamente su relación, lo cual exige por parte del Estado el reconocimiento jurídico de su propia especificidad, que no consiste en no ser una institución jurídica, sino en no ser un matrimonio.

Teniendo presente que existen distintas razones por las cuales dos personas constituyen una unión de hecho, parece razonable que el legislador español proporcione soluciones distintas a situaciones que, aunque aparentemente iguales, obedecen a motivaciones diferentes; ahora bien, en nuestra opinión, ello no quiere decir que la solución tenga que ser, ante esta disparidad de supuestos, su no regulación.

El argumento para mantener tal afirmación reside en que esta opción de pareja se asienta en un derecho fundamental, como es el del libre desarrollo de la personalidad que legitima la opción de convivir sin estar casados²⁰. Por ello se afirma que la unión de hecho tiene que partir para su regulación *de un principio esencial de rango constitucional, como es la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico –art.1.1 de la Constitución–, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para su realidad y efectividad –art. 9.2 de la Constitución–, y justifica que el Título relativo a los derechos y deberes fundamentales tenga como pórtico la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los otros derechos de los demás –art. 10.1 de la Constitución*²¹.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Desde esta perspectiva defiende SERRANO: «La familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano. Lectura sintomal de la separación sistemática entre matrimonio y familia en la Constitución española de 1978», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, El Derecho y la familia*, núm. 4, 2001, pp. 57-59, que el principio del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el artículo 10 debe interpretarse en el sentido de permitir y amparar cualquier opción individual de desarrollo personal al margen de la familia matrimonial. Y no vale, añade este autor, contraponer a esta afirmación los artículos 32 y 39 del texto constitucional. El artículo 32 ha de ser leído como reconocimiento del derecho a formular una opción individual sobre la base de la cual se busca en el matrimonio el pleno desarrollo de la personalidad, sin que puedan concurrir interferencias sociales o estatales. Ahora bien, su mera formulación como derecho al matrimonio implica que necesariamente existe un derecho al no matrimonio; *un derecho a la diferencia*. Ello no debe ser interpretado como un intento de acabar con el matrimonio, sino estrictamente una adecuación de su papel en el conjunto del ordenamiento jurídico, compartiendo el espacio de lo normativo con un nuevo modelo de familia emergente, cuya raíz no será el consentimiento formalmente prestado por los cónyuges, sino la unidad de convivencia y asistencia de padres e hijos. Por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «Las uniones de hecho: Derecho aplicable», *op. cit.*, p. 1102, señala que cuando dos convivientes optan libremente por no casarse lo que están ejerciendo es el contenido negativo del derecho a contraer matrimonio, que es el derecho a no contraerlo.

²¹ STS 12 de septiembre de 2005, FD 2.º

En consecuencia, en este contexto la libertad significa permitir que los individuos puedan optar por cualquier medio para formar una familia que les posibilite el libre desarrollo de su personalidad, solución que también garantiza el respeto a su dignidad personal.

Ahora bien, más allá del libre ejercicio de este derecho fundamental, que en ningún caso debe coartarse, del mismo surge una realidad que se pretende que sea jurídica y de la que se espera un tratamiento diferenciado. Un tratamiento que no se agota en garantizar los derechos fundamentales de los convivientes en las relaciones de pareja, sino que supone algo más, la imposición de deberes y derechos entre ellos; es lo que hemos llamado la *dimensión institucional* de la manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad en lo que concierne a la opción de una convivencia *more uxorio*²².

Desde esta perspectiva, el establecimiento de un régimen jurídico de las parejas de hecho implica no sólo admitir la validez de los acuerdos suscritos entre los convivientes que tengan por finalidad regular su convivencia o las consecuencias derivadas de un eventual ruptura; conlleva pronunciarse a favor de que el legislador español asuma el reconocimiento de un estatuto jurídico personal para cada uno de los miembros de la pareja, con sus derechos y obligaciones. El problema que se plantea entonces es determinar si la invocación de ese derecho al libre desarrollo de la personalidad que fundamenta la licitud de otras formas de convivencia, distintas del matrimonio, permite establecer un modelo jurídico de relación aunque los convivientes no lo quieran o no lo asuman en su totalidad, o por el contrario, son otros los valores o principios los que se han de invocar para justificar tal regulación. La respuesta a estas cuestiones exige tener en cuenta otras disposiciones constitucionales; en concreto, aquellas que se refieren específicamente a la familia, a fin de encontrar las claves que apoyen nuestra pretensión de dotar de un estatuto jurídico a esta figura. Sólo así estaríamos en condiciones de abordar el segundo de los problemas planteados cual es determinar el elenco derechos y deberes recíprocos que genera tal modelo de convivencia.

²² Señala TALAVERA: *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, op. cit., p. 5, que hablar de institucionalización jurídica de la unión de hecho supone situarla en el plano de los derechos y eso requiere un fundamento básico. Ahora bien, el derecho fundamental que justifica tal institucionalización no es para este autor el artículo 39 CE, sino el artículo 32 que regula el *ius connubii*. Precisamente, en su obra Talavera argumenta que la existencia de un derecho fundamental a vivir en pareja sin casarse, alternativo al *ius conubii*, es el que justifica que los convivientes deban disponer de un marco jurídico institucional necesario para poder ejercitar ese derecho, sin discriminación frente a los que contraen matrimonio.

III. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA: SU MARCO CONSTITUCIONAL

El punto de encuentro entre familia y Derecho, que en la formación de los Estados liberales se radicó en los Códigos Civiles²³, hay que buscarlo en la actualidad en los distintos textos constitucionales²⁴. La asunción de la familia por las Constituciones supone una manifestación de la importancia que la misma tiene para el modelo de sociedad que se quiere, y responde a la necesidad de identificar el tipo o tipos de familias que se protegen e imponer los criterios que deben regir las relaciones entre sus miembros. Se trata, pues, de reconocer una realidad preexistente como es la familia y modelarla jurídicamente de acuerdo con los principios que informan la organización política y social en el plano constitucional²⁵. Desde esta perspectiva, Roca²⁶ señala que la protección de la familia es una exigencia del Estado social de Derecho, porque la protección implica la necesidad de identificación del sujeto a proteger, especialmente cuando se trata de establecer un sistema de asistencias. Por ello, las normas de Derecho de familia no constitu-

²³ ROCA: «*Globalización y Derecho de familia*», *op. cit.*, p. 27, afirma que los Códigos europeos regularon la constitución de la familia sobre la base del matrimonio; establecieron un sistema de seguridad para evitar la ruptura *ab libitum* y construyeron un sistema basado en la autoridad de uno de sus miembros, el padre, quién decidía tanto en el aspecto familiar (patria potestad), como en el aspecto matrimonial (relaciones entre cónyuges). Sin embargo, la necesidad de aplicar en el reservado ámbito familiar los derechos reconocidos en las Constituciones obligará a una reforma en profundidad de los viejos Códigos, y al mismo tiempo, legitiman la intromisión de los poderes públicos en el hasta ese momento reservado ámbito familiar. Por su parte, señala TALAVERA: «Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales...», *op. cit.*, pp. 11 a 15 y *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, *op. cit.*, p. 19, que cuando se observa el devenir histórico, desde el *connubium* romano hasta su actual regulación constitucional y legal, resalta con claridad que la *causa de que aquello que entendemos por matrimonio se hubiera revestido de con un traje institucional –determinadas exigencias en cuanto a las formas de celebración y, desde muy pronto, su inscripción en registros– y se le hubiera consagrado como el único modo de que una convivencia marital produjera efectos en el ámbito público* estaba motivado por la conciencia (presente en todos los momentos histórico, pero especialmente desde el nacimiento del «nuevo orden» tras la revolución francesa y la implantación de la familia burguesa), de que toda la serie de derechos y deberes que surgen de una relación marital –entre los cónyuges, de los padres en relación con los hijos y del Estado en relación con el núcleo familiar– no pueden considerarse de ámbito exclusivamente privado y dejarse al arbitrio de los particulares, sino que deben ser regulados y protegidos en el ámbito de lo público, del *ius cogens*. Así pues, la protección y garantía de determinados derechos impulsaron desde el primer momento a la dogmática civilista a defender y justificar el modelo matrimonial como la única figura apta para general derechos y obligaciones propios de la convivencia marital y a exigir su pública regulación sustraída de la voluntad de las partes.

²⁴ VALPUESTA FERNÁNDEZ: «La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el Derecho», en *Revista de Derecho Comparado*, núm. 9, Derecho de Familia I, p. 96, Buenos Aires.

²⁵ Ídem, p. 96

²⁶ *Familia y cambio social*, *op. cit.*, pp. 66 a 68.

yen una intrusión en los exclusivos intereses particulares, sino que son consecuencia del modelo de protección a la familia que se deduce de las disposiciones constitucionales, caracterizado por configurarse como un *sistema mixto* que distribuye determinadas funciones entre el Estado y los particulares²⁷. De acuerdo con el mismo, al Estado le corresponde establecer un sistema que permita a los ciudadanos gozar de la plenitud de sus derechos fundamentales y de la implementación de sus derechos sociales y al grupo familiar le corresponde prestar determinados servicios asistenciales basados en el principio de solidaridad.

Con independencia de alguna experiencia anterior, el tratamiento constitucional de la familia se inició de forma muy significativa con las Constituciones del Estado social y, más concretamente, con la Constitución de Weimar que indudablemente influyó en los sucesivos textos²⁸. A partir de ese momento el encuentro ente familia y Derecho hay que buscarlo en las distintas Cartas Magnas.

Tras la Constitución de Weimar²⁹, hay que detenerse en las Constituciones normativas que surgen tras la Segunda Guerra Mundial, señaladamente la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución italiana. Por su parte, la Constitución española de 1978 proclama en el artículo 32.1 que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica; el artículo 39 garantiza la protección social económica y jurídica de la familia.

La interpretación de estos preceptos planteó, inicialmente, la cuestión de cual era el modelo familiar recogido en nuestro texto constitucional. La primera posibilidad consistía en defender que la Constitución acogía un modelo familiar basado exclusivamente en el matrimonio, razón por la cual el artículo 39 no incluía a las pare-

²⁷ Ello no significa, añade esta autora que el Estado actúe cuando los particulares no lo hagan o lo hagan más, lo cual es propio de un sistema liberal, sino que se actúa conjuntamente distribuyendo las áreas de actividad.

²⁸ LUCAS VERDÚ: «*La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*», Madrid, 1987, p. 150.

²⁹ Concretamente, el art. 119 establecía que *El matrimonio como fundamento de la vida de la familia, de la conservación y del crecimiento de la nación se halla bajo la protección especial de la Constitución. Descansa en la igualdad jurídica de ambos sexos.* Añadiendo que era misión del Estado y de los Municipios velar por la conservación de la pureza, sanidad y fomento social de la familia. Las familias de numerosa prole tienen derecho a ser auxiliadas para aliviar sus cargas. Por su parte, el artículo 120 calificaba la educación de la prole, para que ésta alcance su plena capacidad corporal, espiritual, y social como el deber más importante y un derecho natural de los padres. Por último, el artículo 121 protegía la situación de los niños nacidos fuera del matrimonio los cuales debían disfrutar, en virtud de la legislación, de las mismas condiciones para su desarrollo corporal, espiritual y social de aquellos que hayan nacido dentro del matrimonio. La Constitución española de 1931 siguió ese precedente afirmando que la familia se halla bajo la salvaguarda del especial del Estado. Además establecía la obligación de los padres de alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos, bajo la vigilancia del Estado que asumía subsidiariamente esa obligación.

jas estables en su ámbito de protección³⁰. La segunda tesis, por el contrario, sostenía que el artículo 39 no puede desproteger las nuevas realidades familiares como la convivencia de parejas no casadas, de forma que la normativa desarrollada para la protección de la familia debía alcanzar también a las llamadas parejas de hecho.

Hoy, sin embargo, dicho debate puede entenderse superado pues la mayor parte de la doctrina, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional defienden que el artículo 39 CE protege a la familia en forma genérica; es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio como por la unión de hecho. Precisamente, afirma Serrano³¹, la separación sistemática entre el matrimonio (art. 32, sección segunda del capítulo segundo del título I, bajo la cobertura de las garantías del art. 53.1) y familia (art. 39, capítulo tercero del título I, bajo la cobertura de las garantías del art. 53.3) es un síntoma de la mutación del concepto social y jurídico de familia y, en consecuencia, no es un dato accidental fruto de la imprecisión lingüística, sino un dato relevante que conecta con la tendencia internacional hacia la ampliación de la noción jurídica de familia. Como pone de manifiesto Gimeno Sendra³², al igual

³⁰ Ésta fue la solución adoptada por la STC 184/1990, de 15 de noviembre. El supuesto de hecho parte de una convivencia extramatrimonial entre dos personas durante cerca de cuarenta años y la denegación de la pensión de viudedad, solicitada por la mujer al INSS tras el fallecimiento del varón en 1987, por faltar los requisitos exigidos por la normativa aplicable al caso que exigían: ostentar la condición de viudo, o bien no haber podido contraer matrimonio con anterioridad a la Ley 30/1981 y haberlo contraído con posterioridad una vez desaparecida la causa que lo impedía. En sus Fundamentos de Derecho, la Sala afirma que el no reconocimiento legal del derecho a la pensión de viudedad a favor de las uniones no matrimoniales no vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad contemplado en el artículo 10.1 CE, que sólo podría reputarse conculcado si el legislador impidiera la convivencia de hecho, o le impusiera sanciones legales. En cuanto al artículo 39 CE, que proclama el principio de protección a la familia, se afirma que la protección al que se refiere dicho precepto podría alcanzar en principio tanto a la familia matrimonial como a la no fundada en el matrimonio, pero es claro que dicha norma no postula por sí sólo una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39 CE, aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio (art. 32 CE). Desde esta perspectiva se plantea la sentencia si la concreta medida recogida en el artículo 160 LGSS (pensión de viudedad al cónyuge superviviente), vulnera o no el artículo 14 por excluir de su alcance a las uniones de hecho. Pues bien, tras declarar en su FJ3 que el matrimonio y la convivencia matrimonial no son situaciones equivalentes, admite la posibilidad de que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida. En definitiva, el hecho de que en la actualidad no se reconozca al superviviente de la unión estable de hecho una pensión de supervivencia no lesiona en sí mismo el artículo 14 CE ni tampoco en su conexión con el artículo 39.

Por su parte, los Magistrados Rodríguez Bereijo y Gabaldón López formularon sendos votos particulares a la STC 47/1993, de 8 de febrero, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 58 LAU de 1964. En dichos Votos Particulares los citados magistrados discrepan de la sentencia y hacen suyos los argumentos contenidos en la STC 184/1990.

³¹ *Op. cit.*, p. 47.

³² Afirmaciones contenidas en el Voto Particular formulado a la citada sentencia 184/1990, en el que discrepa de las afirmaciones contenidas en su FJ 3 conforme a las

que el Convenio de Derechos Humanos, también nuestra Constitución protege no sólo a la familia como institución jurídica, sino a la familia como institución natural, por lo que, junto a la familia matrimonial, también han de merecer protección constitucional esa nueva realidad social que representan las denominadas «uniones conyugales de hecho»³³. En la misma línea la STC 222/1992 afirma que nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una y otra institución (arts. 32 y 39) sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia, protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado, y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modelos que convivencia que la sociedad expresa.

En conclusión, de la interpretación del artículo 39 de la CE realizada por el Tribunal Constitucional se desprende que no existe una identificación entre familia y matrimonio, de modo que pueden existir otros modelos al margen de la institución matrimonial. Con respecto a los rasgos que deben caracterizar a las familias que debe ser objeto de protección ex artículo 39, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala que entre sus miembros han de existir relaciones que responden a los principios de protección y solidaridad³⁴. Esta doctrina implica, pues, que más allá de los requisitos que deben reunir los diferentes tipos de familia amparadas constitucionalmente, las relaciones que se establezcan entre sus miembros han de estar basadas en los principios señalados. En definitiva, que esta nueva realidad que ha surgido en la sociedad española ha de tener unos rasgos característicos a fin de poder gozar de la protección del Estado. Precisamente, la necesidad de que estos valores de solidaridad y ayuda mutua estén presentes en el grupo familiar será uno de los argumentos que nos ha de servir para defender la

cuales las denominadas uniones conyugales carecen de protección constitucional alguna.

³³ En contra de esta opinión mayoritaria se manifiesta TALAVERA: *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, op. cit., p. 100 ss., señala que un elemento esencial en la noción de familia es la existencia de una relación de jerarquía y dependencia dentro del grupo. Dicha familia puede tener un origen matrimonial o no matrimonial y así distingue entre familia matrimonial y familia de hecho. Pero para este autor el matrimonio o la unión de hecho sin descendencia no es familia, razón por la cual critica la afirmación contenida en la STC 222/1992 de que la unión de hecho debe ser conceptuada como familia al objeto de merecer la protección de los poderes públicos ex artículo 39. Todo ello le lleva a este autor a concluir (p. 123) que la fundamentación de una institucionalización jurídica de la unión de hecho, concepto que no es sinónimo al de familia de hecho, radica en el artículo 32 y no en el 39.

³⁴ En la tantas veces citada STC 222/1992 la familia se define como un marco de solidaridades y dependencia.

existencia de un estatuto mínimo e imperativo que regula las relaciones entre los convivientes.

Ahora bien, junto al artículo 39 CE tenemos el artículo 32 que se refiere específicamente al matrimonio, lo que nos obliga a plantearnos la relación de uno y otro desde la perspectiva de las parejas de hecho. Como ya se ha apuntado, dichos preceptos constitucionales están ubicados en secciones distintas, lo que supone un nivel diferente de eficacia. Así, el artículo 32 está colocado sistemáticamente en el título I, sección II, denominado *De los derechos y deberes de los ciudadanos*. Por tanto, sí existe un derecho subjetivo a contraer matrimonio y una garantía institucional en el sentido de que se obliga a la existencia de esta figura jurídica. Por el contrario, el artículo 39 está situado en el capítulo III del título I «*De los principios rectores de la política social y económica*» los cuales, según el artículo 53.3, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sin embargo, sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollan. Precisamente, con fundamento en esa distinta ubicación, el Tribunal Constitucional ha señalado que en la Constitución de 1978 el matrimonio y la convivencia matrimonial no son realidades equivalentes, de forma que cabe admitir diferencias legítimas de tratamiento entre unas familias y otras; dichas diferencias tendrían como único límite las exigencias derivadas del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 CE y que con ello no se coarte, más allá de lo razonable, la libertad de opción de quien decide mantener una convivencia *more uxorio* con otra persona. Desde dichos planteamientos, el TC no detecta ninguna incoherencia en el hecho de negar una pensión de viudedad al miembro superviviente de una unidad de convivencia no matrimonial, salvo en el caso de aquellas parejas que no pudieron contraer matrimonio por haber fallecido uno de los integrantes, casado a su vez, antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, y reconocer a la vez el derecho del conviviente a subrogarse en el contrato de arrendamiento de la vivienda habitual del que era titular el miembro de la pareja fallecida. Así, en el primer caso, la diferencia de tratamiento jurídico entre unas familias y otra no se considera irrazonable de acuerdo con los parámetros del artículo 14, mientras que en el segundo caso el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la norma que niega a las parejas no casadas un derecho que reconoce expresamente a las casadas³⁵.

³⁵ MARTÍN VIDA: «El concepto constitucional de familia a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, El Derecho y la familia*, núm. 4, 2001, p. 408.

Ciertamente, el artículo 39 de la Constitución, por su colocación sistemática en el capítulo III carece de eficacia directa, de forma que su incumplimiento por los poderes públicos no puede fundamentar una pretensión judicial exigiendo su aplicación, como sí ocurre para el matrimonio. Se ha de estar, pues, a la ley que lo desarrolle y ello depende de la iniciativa del legislador y su sensibilidad respecto a las reivindicaciones de los ciudadanos. En línea de principio se puede afirmar que no existe un derecho constitucionalmente protegido a exigir el reconocimiento jurídico de esa realidad familiar; a que dicho modelo de convivencia se convierta en una familia jurídica. No obstante, numerosos instrumentos internacionales han reconocido derechos vinculados a la familia. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 16 establece que las personas tienen el derecho de casarse o formar una familia y se reconoce a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y, en consecuencia, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Por su parte, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 consagran dicho derecho en términos semejantes³⁶. Pero además, en la familia están presentes otros principios constitucionales como el principio de igualdad, el libre desarrollo de la personalidad o el de la libertad ideológica reconocidos tanto en dichos instrumentos internacionales como en la Constitución española³⁷. En consecuencia, el nexo de unión que existe entre la protección de la familia y el respeto a los derechos fundamentales determina que la eficacia inicialmente prevista en el artículo 39 adquiera una dimensión mucho mayor. Existe pues un primer argumento que apoya la pretensión de dotar de regulación jurídica a esa realidad social.

En segundo lugar, la exigencia que debe hacerse al Estado en el sentido de que esta práctica social se convierta en una realidad jurídica tiene como fundamento su identificación como familia, de

³⁶ También los artículos 1, 2, 7 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos II, V, VI de la Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 11, 17 y 24 de la Convención Americana de sobre Derechos Humanos. Sobre esta cuestión, véase RODRÍGUEZ, BAEZ PEÑA, SCOTTI Y MEDIDA, *op. cit.*, pp. 655 ss.

³⁷ Desde estos planteamientos, señala LACRUZ: *Elementos, op. cit.*, p. 29, que se está imponiendo progresivamente en la doctrina española la idea de que la familia no es tanto una institución preeminente y cuyo interés deba primar frente al de sus componentes, sino que, aun sin desconocer su valor trascendente, no pasa de ser el marco idóneo, pero sólo instrumental, respecto de la persona de sus miembros y los derechos fundamentales de éstos, de forma que estos últimos son más valiosos y deben triunfar cuando entran en conflicto con los intereses del grupo. Añade este autor que la potenciación de los valores personales de la CE (la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales que le son inherentes) hacen de la propia persona el centro de su proyección jurídica y de la correspondiente protección. En cuanto a otros derechos y valores jurídicos (no fundamentales) puede triunfar el interés de la familia sobre el de sus miembros.

acuerdo con la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional. En tal sentido, el deber que tienen los poderes públicos de proteger a la familia (*ex art. 39 CE*) es lo que justifica, con las matizaciones que haremos más adelante, que el Derecho imponga un modelo jurídico de relación como expresión de lo que se considera que es «justo», aun cuando los convivientes no lo quieran en su totalidad.

Es verdad que se podría argumentar, en contra de la aplicación de un estatuto imperativo, que el sometimiento al mismo requiere del consentimiento de los miembros de la pareja, y precisamente el carácter aformal de este tipo de relación excluye o, al menos no presupone necesariamente ese consentimiento, e incluso puede ser que manifiesten su voluntad en contra. Con independencia de que más adelante abordemos este último supuesto, nos parece que la raíz de la argumentación no debe situarse en la voluntad o consentimiento de los convivientes, sino en el alcance del mandato constitucional de la protección de la familia.

Al respecto, puede ser ilustrativo de todo cuanto venimos afirmando la comparación entre matrimonio y pareja de hecho. El matrimonio requiere un acto formal en el que la imposición de su régimen jurídico deriva de la voluntad libremente expresada de los contrayentes, aunque las consecuencias jurídicas del matrimonio no dependan, en lo que respecta a las relaciones personales, de la disposición de los cónyuges sino de lo previsto por el legislador. Por el contrario, en la pareja de hecho su naturaleza eminentemente fáctica hace difícil que el legislador subordine la imposición de un estatuto jurídico a la prestación de un consentimiento; por ello, se debe considerar otro tipo de argumentos, fundamentalmente que el Estado no hace sino dar protección a este nuevo tipo de familia; protección que tendría como presupuesto que dicha convivencia resulte debidamente acreditada. No obstante y como ya se ha apuntado, la respuesta del ordenamiento tiene que ser distinta en aquellos supuestos en los que existe una manifestación libre y consciente de los convivientes bien de excluir cualquier regulación del Derecho, bien de dotar de un régimen jurídico propio a su relación de pareja. En el primer supuesto, parece que el legislador no podría entrar a regular una situación cuando los sujetos protagonistas han exteriorizado una voluntad contraria al sometimiento a dicho régimen jurídico; en el segundo debería respetar la validez del acuerdo suscrito por los convivientes, siempre que el mismo no sobrepase los límites impuestos a la autonomía de la voluntad.

En definitiva, la distinta naturaleza que tiene el matrimonio y la pareja de hecho conlleva que el reconocimiento jurídico de una y otra institución deban tener presupuestos diversos: mientras que en

el matrimonio es el consentimiento libremente prestado por los contrayentes lo que somete a éstos a la disciplina matrimonial, en la pareja de hecho es la mera convivencia lo que determina la aplicación del régimen jurídico, de forma que el consentimiento tendría que ser prestado para excluir dicha regulación.

Por último, como ya se ha hecho referencia, estamos ante un modelo de convivencia diferente a la matrimonial, pero esta nueva realidad social es considerada hoy por el Estado como otro tipo de familia a la hora de asignarle determinadas funciones.

Efectivamente, en nuestra Constitución la familia constituye un sistema complementario de la actividad pública en lo que se refiere a la prestación de servicios. Típico de este modelo denominado *mixto*, es que al Estado le corresponde establecer el sistema que permita a los ciudadanos gozar de la plenitud de sus derechos fundamentales y de la implementación de los derechos sociales, y al grupo familiar le corresponde prestar determinados servicios asistenciales basados en el principio de solidaridad. Es, precisamente, en el marco de ese deber de prestar asistencia a los miembros de la familia impuesta por el Estado a los particulares donde se ha de ubicar la regulación del Código Civil relativa a las relaciones paterno-filiales, los alimentos entre pariente, las pensiones y los alimentos en casos de separación y divorcio, etc.³⁸. Es más, ya hemos visto cómo en los últimos años el legislador español ha superado la tradicional equiparación que existía en nuestro ordenamiento entre familia y matrimonio, asignando a los distintos modelos de familia presentes hoy en la sociedad, y no sólo a la familia matrimonial, esa labor de prestación de servicios asistenciales. Así la disposición adicional tercera de la ya citada Ley de Adopción equipara la unión de hecho al matrimonio al efecto de reconocerle la función de familia, al permitir que sean adoptantes no sólo los cónyuges sino los integrantes de una pareja de hecho y, en consecuencia, asuman el cuidado de los hijos adoptados. También cualquier tipo de familia, y no sólo la que tiene su origen en el matrimonio, puede acogerse a las medidas previstas por el legislador para la conciliación de la vida personal y familia; e igualmente, y como ya se ha señalado, son las familias en general las que asumen el cuidado de las personas dependientes³⁹.

De igual modo, también en la legislación autonómica se pone de manifiesto esta tendencia de hacer recaer sobre la pareja de hecho la prestación de servicios asistenciales basados en el princi-

³⁸ ROCA: *Familia y cambio social*, op. cit., p. 68.

³⁹ Según señala la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, las personas dependientes constituyen hoy un colectivo que supera los 6,6 millones de personas, representando el 16,6 por 100 de la población.

pio de solidaridad. Así, la Ley 3/2005 de 8 de abril además de derogar el artículo 6 de la Ley catalana de uniones estables de parejas que únicamente permitía adoptar conjuntamente a los miembros de la pareja heterosexual, ha dado nueva redacción a los artículos 115 y 117 del Código de Familia (arts. 1 y 2 Ley 3/2005). La finalidad de dicha modificación es permitir que la pareja de hecho, con independencia de su orientación sexual, adopte conjuntamente (art. 115 del Código de Familia), o que uno de los miembros de la pareja adopte a los hijos de la persona con la que convive (art. 117 del Código de familia). Por su parte, el artículo 7 de la Ley 10/1998 de uniones estables de pareja de Cataluña, respecto de las pareja de hecho heterosexuales, establece en materia de tutela que si uno de los miembro de la pareja es declarado incapaz, el conviviente ocupa el primer lugar en el orden de preferencia fijado para el nombramiento de tutor; igual derecho reconoce el artículo 25 en relación a las parejas homosexuales. Además la citada Ley reconoce a los convivientes la posibilidad de solicitar la reducción de un tercio o de la mitad de la jornada de trabajo por incapacidad física del conviviente y mientras conviva (art. 27.c); reducción de la jornada que se sobreentiende que es para cuidar al miembro de la pareja declarado incapaz. La Ley 6/1999 de 26 de marzo, de Aragón, relativa a parejas estables no casadas permite la adopción conjunta por parejas no casadas (art. 10⁴⁰); además, establece que en caso de declaración judicial de ausencia (art. 11), o cuando uno de los miembros de la pareja sea declarado judicialmente incapaz (art. 12) el otro será designado representante del ausente, u ocupará el primer lugar en el orden de preferencia para la delación dativa de la tutela. Con respecto a Navarra, la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio no sólo permite que los miembros de la pareja formalicen conjuntamente acogimientos o adopciones (art. 8), sino que expresamente se prevé que los miembros de la pareja estable se equiparen a la situación de los cónyuges en cuanto a la aplicación de las disposiciones relacionadas con la tutela, la curatela, la incapacitación, la declaración de ausencia y la declaración de prodigalidad. Una norma similar se contiene en el artículo 7 de la Ley 18/2001 de Baleares sobre parejas estables. Por último, la Ley 2/2003 de 7 de mayo del País Vasco, permite a los miembros de la pareja estable formalizar acogimientos de menores de forma conjunta (art. 7), así como adoptar con iguales derechos y deberes que las parejas unidas en matrimonio (art. 8).

⁴⁰ En su redacción original, el artículo 10 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, establecía que las parejas estables no casadas heterosexuales podían adoptar conjuntamente. La Ley 2/2004, de 3 de mayo, ha dado una nueva redacción al citado artículo 10 de la Ley 6/1999 según el cual «Las parejas estables no casadas podrán adoptar conjuntamente».

A la vista de lo expuesto cabe concluir que de acuerdo con ese sistema mixto diseñado por la Constitución, el grupo familiar desempeña esa función de prestación de servicios asistenciales que el Estado le ha asignado. Función que es asumida por las parejas de hecho al mismo nivel que las familias matrimoniales en la medida que, como hemos tenido ocasión de comprobar, y fundándose en el derecho a la reagrupación familiar, el legislador atribuye bien a uno de los cónyuges, bien al conviviente la función de ser tutor, curador o representante del ausente.

Esta equiparación del matrimonio y las parejas de hecho en funciones típicamente familiares plantea la duda de si la ausencia de una normativa que regule las relaciones de los convivientes no supone un incumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia. Y en efecto, así debe ser valorado, pues el sólo la recepción de esta figura dentro de nuestro ordenamiento jurídico estableciendo un conjunto de derechos y deberes para los convivientes daría respuesta a ese mandado del artículo 39 CE; dicho precepto, ordena a los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia lo que a nuestro parecer incluye la exigencia de su reconocimiento jurídico como realidad familiar en la medida que sin regulación no hay protección efectiva.

Apuntando ya lo que podría ser el estatuto jurídico de las parejas de hecho, cabe afirmar que el mismo debería tener como finalidad primordial establecer las normas que regulen la convivencia de la pareja de hecho mientras la misma subsista. Normas que, como tendremos ocasión de exponer en las páginas siguientes, deberían estar inspiradas en los principios de igualdad, respeto y ayuda mutua entre los convivientes. En segundo lugar, en dicha ley deberían abordarse las consecuencias derivadas de la disolución de la pareja, a fin de impedir que alguno de los miembros de la pareja resultara perjudicado como consecuencia de una ruptura unilateral, o del fallecimiento de su conviviente⁴¹. El carácter tuitivo de dicha regulación no es sino la consecuencia, por un lado, de los principios que inspiran nuestra Constitución en el marco de un Estado social de Derecho y, por otro, de los fines que tales uniones asumen en tanto constitutivas de familias.

Ahora bien, una vez expuestos los principios básicos que deben estar presentes en dicha regulación, es necesario dar un paso más

⁴¹ MARTIN CASAL: «Informe de Derecho Comparado sobre la regulación de la pareja de hecho», *Anuario de Derecho Civil* 1995, tomo IV, p. 1800, afirma que ningún intento de regulación debe pretender reproducir en pequeña escala la normativa matrimonial. En su opinión, lo que se debe procurar es resolver los graves problemas que se presentan fundamentalmente en el momento de la ruptura de la pareja y proteger a la parte más débil sea quien sea, pero que por lo general suele ser la mujer.

en el sentido que es preciso delimitar la extensión con la que debe regularse esta nueva realidad social; dicho de otro modo, se trata de enumerar el conjunto de derechos y deberes recíprocos que deben reconocerse a los miembros de la pareja. No es ésta una cuestión fácil como lo demuestra el hecho de que aquellas Comunidades Autónomas que tienen competencia legislativa han abordado la regulación de las parejas de hecho de desigual forma. En efecto, el examen de dichas disposiciones nos revela que no existe un concepto uniforme de este tipo de relación válido para todas ellas y su régimen jurídico tampoco es similar; así, a título de ejemplo, algunas permiten adoptar a las parejas homosexuales, mientras que otras reconocen este derecho exclusivamente a las parejas heterosexuales; algunas reconocen derechos sucesorios al conviviente supérstite y otras no. Por su parte, Galicia se ha separado del modelo seguido por las otras leyes autonómicas y, como si el asunto no tuviera mayor trascendencia, ha equiparado matrimonio y convivencia *more uxorio* en la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006. Como resultado de dicha equiparación se declara expresamente que se extiende a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que dicha Ley reconoce a los cónyuges.

Además del estudio de la legislación autonómica sobre parejas de hecho, hay otro dato que nos ha de servir en nuestra tarea de delimitar el alcance que debe tener la futura ley estatal. En efecto, como ya se ha dicho, las reivindicaciones de las parejas de hecho en lo relativo al reconocimiento de derechos ha tomado como paradigma la institución matrimonial. Por ello, es preciso realizar un análisis comparativo de las parejas de hecho y del matrimonio a fin de determinar si su naturaleza, y por tanto su estatuto jurídico, deben ser equivalentes. En otras palabras, si el hecho de que convivan en nuestra sociedad distintos modelos de familia exige una igualdad de trato de todas ellas o, por el contrario, es legítimo establecer diferencias entre la familia matrimonial y la no matrimonial que resulten razonables y acordes con el principio de igualdad proclamado en nuestro texto constitucional.

IV. POSIBLE ESTATUTO JURÍDICO DE LAS PAREJAS DE HECHO

4.1. Concepto y requisitos de las parejas de hecho

El debate en torno a los cauces por los cuales debe discurrir la futura ley sobre parejas de hecho exige elegir entre dos modelos

contrapuestos. El primero toma como punto de partida la identificación de las parejas de hecho como un nuevo tipo de familia, según la doctrina del Tribunal Constitucional, lo cual supone su equiparación en derechos y deberes a la familia que tiene su origen en el matrimonio; esto es, el estatuto legal de todos los modelos de familias presentes en nuestra sociedad debe ser el mismo. La tesis contraria admite que el grado de protección de las diversas familias puede ser distinto, con el sólo límite de la equiparación entre los hijos; desde estos planteamientos, se defiende que las uniones de hecho constituyen un modelo de familia que merece una protección acorde con esa determinación de no vincularse. En apoyo de de esta opinión se argumenta que los miembros de una pareja de hecho eligen prescindir del cumplimiento de las formalidades propias del matrimonio, rechazan someterse al estatuto legal de esta institución y quieren que dicha unión pueda disolverse por la mera voluntad de sus miembros, sin acudir a procedimiento legal alguno. Nos encontramos, pues, por propia elección de sus protagonistas ante una situación fáctica basada en la mera convivencia.

Como puede apreciarse, la respuesta a esta cuestión está íntimamente ligada con el contenido y la extensión de la ley que en el futuro regule esta cuestión. En efecto, si las parejas de hecho constituyen una realidad equivalente al matrimonio entonces el estatuto de la familia debe ser único en todos los ámbitos, sin diferenciar entre forma matrimonial y mera convivencia; desde estos planteamientos la futura ley debería regular ampliamente las consecuencias de este tipo de unión. Parece evidente que admitir esta tesis conllevaría una modificación sustancial del Derecho de familia tal y como está configurado en el Código Civil. En tal sentido, afirma Roca⁴² que si queremos que la ley se adapte a todas y cada una de las posibles formas familiares presentes en la actual sociedad, no tenemos más remedio que usar un sistema de legislación que tenga una base distinta de la que hasta ahora se ha utilizado: en vez de buscar regulaciones pormenorizadas de todas y cada una de las instituciones familiares, hay que encontrar una base distinta plural. Ese denominador común es, en opinión de la autora, el previo reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo en tanto que miembros del grupo familiar y, a la vez, la efectividad de estos derechos en este tipo de relaciones.

La tesis contraria consiste en defender que estamos ante dos modelos de familia y, por tanto, que el grado de protección de una

⁴² «Globalización y Derecho de familia. Los trazos comunes del Derecho de familia en Europa», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 4, 2001, p. 41.

y otra pueda ser distinto en la medida que no son realidades equivalentes. Es decir, la constitución de una familia sin utilizar el recurso al matrimonio responde a una elección de los interesados que el ordenamiento jurídico debe respetar; en consecuencia, los poderes públicos deberían acordar una forma de protección en virtud de la obligación que aparece en el artículo 39 CE, pero sin llegar a la plena equiparación con las parejas matrimoniales, pues ello conllevaría una imposición por parte del Estado que vulneraría los derechos de los propios interesados⁴³. Pronunciarse a favor de esta tesis exige determinar cual es ese nivel mínimo de protección que debe ser asumido en todo caso por el legislador español.

No obstante, antes de abordar la cuestión relativa al estudio de las coordenadas por las que debería discurrir la futura ley general en los términos ya expuestos, es preciso definir que se entiende por pareja de hecho y que requisitos se exige en general para su existencia⁴⁴.

Es de todos conocidos que las parejas de hecho han sido objeto de regulación a nivel autonómico. Pues bien, algunas de estas leyes definen la pareja de hecho como la unión libre y pública de dos personas mayores de edad, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual⁴⁵. Otras, como por ejemplo, la Ley catalana, aragonesa, navarra o la del País Vasco incluyen en la definición, además, la exigencia de que los miembros de la pareja no tengan vínculos de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo o, en ocasiones el tercer grado⁴⁶ y siempre que ninguna de ellas esté unida por vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

Por su parte, la Proposición de Ley de medidas para la igualdad jurídica de las parejas de hecho define a ésta en su artículo 2 como *la unión libre, estable, pública, y notoria de una relación de afecti-*

⁴³ ROCA: *Familia, familias y derecho de la familia*, op. cit., p. 1078. En el mismo sentido, entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE: *Diagnóstico*, op. cit., pp. 147 ss., y TALAVEIRA: *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, op. cit., pp. 4 ss.

⁴⁴ La mayor parte de la bibliografía que existe sobre las parejas de hecho hace alusión a los requisitos que son necesarios para su existencia. Abordan especialmente esta cuestión, entre otros, MESA MARRERO, op. cit., pp. 33 ss; BLANCO PÉREZ-RUBIO (op. cit., p. 102 ss.) o PÉREZ UREÑA (op. cit., pp. 15 ss.) que aporta una notable jurisprudencia sobre el tema.

⁴⁵ Así, por ejemplo, el artículo 1 de la ley valenciana; artículo 1 de la ley de las Islas Baleares; artículo 3 de la Ley andaluza, artículo 1 de la Ley canarias; artículo 2 de la ley extremeña.

⁴⁶ Restringen el impedimento de parentesco al segundo grado la ley de Navarra; Aragón, Asturias Andalucía, el País Vasco y Cantabria. Por el contrario, otras leyes como las de Valencia, Baleares, Canarias, Madrid o Extremadura prohíben que puedan formar pareja estable los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del tercer grado.

*vidad similar a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipados, sin vínculo de parentesco en primer y segundo grado de consanguinidad, siempre que ninguno de ellos esté unido por vínculo matrimonial en vigor, a otra persona, salvo en los supuestos que la ruptura de ese vínculo sea imposible por causas ajenas a su voluntad. Se entenderá que la unión es estable cuando haya durado al menos un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia*⁴⁷.

El Tribunal Supremo, en lo relativo a los caracteres que deben estar presentes en esta nueva realidad social señala, en su Sentencia de 18 de mayo de 1992 que «*la convivencia more uxorio ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida amplia, intereses y fines en el núcleo mismo del hogar*».

El análisis de las disposiciones legales autonómicas sobre parejas de hecho coincide sustancialmente con la descripción del TS acerca de que elementos son jurídicamente relevantes para caracterizar una convivencia *more uxorio*. Ambas nos ponen de manifiesto que han de exigirse, al menos, los siguientes requisitos:

a) Coexistencia diaria: sin duda, el requisito primordial de la unión de hecho es la convivencia que supone la creación, por parte los miembros de la pareja, de una comunidad de vida estable y duradera, semejante a la surgida del matrimonio⁴⁸. Característico de la unión de hecho es, pues, que los miembros de la pareja tienen un proyecto de convivencia común, pero no un compromiso de continuidad, sino de estabilidad y fidelidad. Acorde con la importancia de este requisito, la mayoría de las leyes autonómicas exige la convivencia para reconocer la existencia de una pareja de hecho a lo que se añade, en ocasiones, la necesidad de que la pareja haya convivido como mínimo un período de tiempo determinado.

⁴⁷ Idéntica es la definición contenida en la Proposición de Ley presentada por el GP de Coalición Canaria. Por el contrario, en la presentada por el Grupo Socialista del Congreso se exige un período mínimo de convivencia de dos años, salvo que exista descendencia común en cuyo caso basta la mera convivencia.

⁴⁸ Sin embargo, advierte MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «Las uniones de hecho: Derecho aplicable», *op. cit.*, p. 1100, que a medida que se ha ido produciendo una cierta intervención legislativa precisamente para atribuir determinados efectos jurídicos a las uniones de hecho, se ha producido un fenómeno de progresiva juridificación de dichas uniones respecto a su constitución y existencia. De este modo, la convivencia va perdiendo importancia a favor de un acto de voluntad de los convivientes, o de quienes aspiran a serlo, dirigido bien a constituir la unión bien a acogerse al régimen jurídico predispuesto legalmente para ella.

b) La exigencia de un período de convivencia encuentra su explicación al examinar el segundo requisito que ha de concurrir en la unión de hecho: la estabilidad en la medida que entre los miembros de la pareja existe un proyecto de vida en común. Así, la exigencia de que sea una unión estable impide considerar como pareja de hecho las relaciones ocasionales o esporádicas.

En relación con el requisito de la estabilidad, se pregunta Talavera⁴⁹ el fundamento de su exigencia a fin de calificar jurídicamente una convivencia *more uxorio*, cuando su referente inmediato –el matrimonio– no exige tal voluntad para su plena eficacia, pues basta cumplimentar válidamente la forma establecida. En opinión de este autor, su razón de ser es que el Derecho presume que quien contrae matrimonio ha decidido iniciar una relación estable y duradera en el tiempo, por lo que la decisión de constituir la exige una forma específica y la de disolverla está sometida a un proceso judicial en el que deben garantizarse los derechos legítimos de ambas partes de la relación. Por el contrario, se presupone que la unión libre es una situación provisional, que se constituye con plazo de caducidad, indeterminado en el tiempo, pero cierto en su terminación. De ahí, añade este autor, que no requiera formalidades de constitución –como algo que es provisional y privado no pretende relevancia pública–, ni tampoco de disolución –como algo privado no pretende consecuencias jurídicas–. Por ello, la única prueba de que no es una relación esporádica entre dos personas, sino que tiene voluntad de permanencia y estabilidad es el transcurso del tiempo.

Pero, como ya se ha dicho, la pareja de hecho se configura como una alternativa al matrimonio y en tal sentido la decisión de dos personas de compartir un proyecto de vida en común conlleva una vocación de estabilidad semejante a la que existe en el matrimonio. Ahora bien, su carácter aformal puede hacer difícil la prueba de su existencia y en atención de ello se equipara voluntad de compromiso con la observancia de un período mínimo de convivencia.

En relación con el requisito de la estabilidad, la normativa autonómica permite que esa voluntad de permanencia pueda quedar demostrada por otros medios, como la existencia de descendencia común, ya que la decisión de tener hijos biológicos, o la de adoptarlos conjuntamente pone de manifiesto que entre los miembros de la pareja existe un proyecto de vida conjunto.

Por último, en relación con este requisito cabe igualmente añadir que algunas leyes de las Comunidades Autónomas no exigen el

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 29.

transcurso de un determinado período de tiempo, ni la existencia de descendencia común si los convivientes han manifestado su voluntad de constituir una pareja mediante escritura pública. En esta hipótesis, dicha declaración expresa cumpliría la función de probar que existe un proyecto de vida en común con vocación de estabilidad⁵⁰.

A la vista de lo expuesto y por razones de seguridad jurídica parece aconsejable que el legislador estatal exigiera un período mínimo de convivencia, entre uno y dos años, como forma de acreditar el requisito de la estabilidad. Por las razones ya apuntadas ese período mínimo no sería necesario si existieran hijos comunes. Constituye, sin embargo, una opción de política legislativa considerar que existe una unión estable cuando se ha otorgado documento en el que conste la voluntad de constituir una pareja.

c) En tercer lugar, como señala el Tribunal Supremo, la convivencia *more uxorio* deber ser practicada de forma externa y pública, con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados. Es precisamente esa voluntad de que la sociedad conozca y acepte que existe una comunidad de vida, aun sin haber formalizado dicha unión, lo que permite excluir del concepto de parejas de hecho a las relaciones secretas u ocultas.

Dicho requisito está plenamente justificado en la medida que nos encontramos ante un modelo de familia que tiene un origen fáctico: su existencia no deriva de un procedimiento legalmente establecido como sucede en el matrimonio, sino de la mera convivencia. Por ello, que dicha convivencia sea pública y notoria se

⁵⁰ Así la ley catalana respecto a las parejas de hecho heterosexuales exige un período de convivencia de dos años, salvo que exista descendencia común, en cuyo caso es suficiente la mera convivencia, o se hayan manifestado su voluntad de constituirla mediante escritura pública; igualmente la ley aragonesa exige un período de convivencia de dos años salvo que han manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública. El artículo 3.2 de la ley del Principado de Asturias exige un período de convivencia de un año, salvo en los supuestos que tengan descendencia común que bastará la mera convivencia, o que se haya expresado la voluntad manifestada de constituir pareja de hecho, o se hayan inscrito en el Registro de Uniones. Por su parte, el artículo 4 de la ley de Cantabria considera que la unión es estable cuando se den alguno de los siguientes requisitos: un período mínimo de convivencia de un año; tener descendencia común, natural o adoptiva o documento público en el que conste la voluntad de constituir pareja de hecho. La legislación Canaria exige igualmente un período mínimo de convivencia de un año, con la única excepción que haya descendencia común. Por último, las leyes de Navarra, Valencia, Madrid y Extremadura también exigen el plazo de un año.

Al margen de la legislación autonómica existen en nuestro ordenamiento jurídico otras disposiciones que exigen que la convivencia *more uxorio* dure un período de tiempo determinado; así la LAU de 24 de noviembre de 1994 (arts. 12 y 16 y DT 2.ª.7), la Ley de 11 de diciembre de 1995, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual (art. 2.3.a) y la ley de 8 de octubre de 1999 de solidaridad contra las víctimas del terrorismo (art. 3) reconocen derechos a las parejas, en su respectivos ámbitos, siempre que la convivencia haya durado al menos dos años, salvo que haya existido descendencia común, en cuyo caso es suficiente la mera convivencia.

configura como un requisito imprescindible por ser precisamente lo que da certeza de su existencia; existencia que lógicamente es presupuesto previo al reconocimiento de efectos jurídicos.

d) En cuarto lugar, dicha relación de afectividad debe ser análoga a la conyugal. Ciertamente, este requisito no es exigido de forma unánime por la doctrina española que se ha pronunciado sobre esta cuestión. Como ya se ha apuntado, algunos autores defienden que el marco legal de las parejas de hecho debe ser el Derecho contractual privado, no el Derecho de familia. Sin embargo, como advierte Talavera⁵¹ lo esencial para la existencia de una convivencia afectiva es que la dimensión sexual esté incluida dentro de esa comunidad de vida que comparten los integrantes de la pareja. En consecuencia, la falta de esa dimensión sexual conlleva que no constituyen parejas de hecho las diversas formas de convivencia (en sentido amplio, los contratos de cohabitación civil), que sólo tiene por finalidad constituir un medio recíproco de auxilio y compañía⁵². El fundamento último de esta forma de convivencia radicaría en su utilidad social, dada las relaciones de solidaridad que existe entre los miembros que la integran, pero el tipo de afectividad que preside uno y otro modo de convivencia es diferente; en consecuencia, al no ser situaciones equivalentes no deben regularse en un mismo texto legal.

e) La monogamia es la quinta nota característica que debe exigirse a una convivencia *more uxorio*. Se trata de un requisito imprescindible vinculado a nuestra raíz cultural de forma que, en

⁵¹ *Op. cit.*, p. 51.

⁵² En esta línea la Proposición de LO del Grupo Popular define *el contrato de unión civil* como aquél en el que dos personas físicas mayores de edad acuerdan convivir y prestarse ayuda mutua. Por su parte, la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, de Uniones Convivenciales de Ayuda Mutua, del Parlamento de Cataluña señala en su Preámbulo que al margen del matrimonio y las uniones estables de pareja, la sociedad catalana de hoy presenta otras formas de convivencia de ayuda mutua, especialmente en lo referente a personas mayores que intentan poner remedio a sus dificultades. En este contexto, dicha ley es aplicable a las relaciones de convivencia de dos o más personas (cuatro como máximo) en la misma vivienda habitual que, sin ser una familia nuclear comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, siendo la distribución económica igual o desigual, o si la carga económica es asumida por un conviviente y el trabajo por otro etc. Se trata, de una previsión equiparable a la que en Francia se ha hecho con la Ley 99-994, de 15 de noviembre de 1999 relativa al PACS (*Pacte civil de solidarité*), abierto a toda clase de parejas, si bien sometidos a estricto requisitos de celebración y cuyos limitados efectos deben ser concertados expresamente en el momento de su celebración. En cuanto a la naturaleza jurídica de este Pacto Civil de Solidaridad, señala RODRÍGUEZ, BÁEZ PEÑA, *op. cit.*, p. 659, que las más prestigiosa doctrina francesa se ha dividido entre quienes ven en la unión civil un simple contrato en la que medita que el PACS se define como «*un contrat conclu para deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commun*», y quienes hacen hincapié en el aspecto personal de la institución con el argumento de que sus normas se encuentran en el título II del CC relativo a los derechos de las personas; finalmente, hay quienes desde una posición intermedia consideran que se trata de un contrato cuyo objeto es organizar la vida en común de la pareja.

nuestra opinión, la sociedad no aceptaría que se reconociera legalmente a unas relaciones afectivas en las que no se exigiera la exclusividad. Por otra parte, en aquellos países donde se admiten, las relaciones poligámicas responden a una situación de discriminación para la mujer que resulta incompatible con nuestra Constitución. En consecuencia, este elemento deriva no sólo de la analogía que existe entre el matrimonio y la convivencia *more uxorio*, sino sobre todo del hecho de que la exigencia de exclusividad en las relaciones afectivas forma parte del orden público. Por este motivo, nuestro ordenamiento jurídico no admite que puedan existir en España modelos familiares poligámicos aunque los mismos sean válidos en otros países. Así, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España dispone en su artículo 17.1.a) que el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a su cónyuge siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se hay celebrado en fraude de ley. Y añade el legislador que *En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial*. Por ello, la monogamia constituye un requisito que de ningún modo puede ser obviado por el legislador español.

Aun cuando estrictamente hablando no pueden definirse como relaciones poligámicas, las legislaciones autonómicas prohíben constituir una pareja de hecho a aquellos que están ligados por vínculo matrimonial, o que han formado ya una unión estable con otra persona; no obstante, alguna de estas regulaciones excluyen de dicha prohibición los supuestos en que uno o ambos de los convivientes, aunque unidos por un vínculo matrimonial anterior, están separados judicialmente. Respecto de las personas que ostentan la nacionalidad española, dicha excepción podría estar justificada en la legislación anterior, pero no en la actual ya que la Ley 15/2005 permite obtener el divorcio a los tres meses de contraído matrimonio y sin alegar causa alguna. Sin embargo, cabría pensar en la posibilidad de que esta normativa se aplicara a los nacionales de otros países en una hipótesis similar a la prevista en el artículo 107.2 CC. Dicho precepto señala que la separación o el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común en dicho momento y, en su defecto, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de s cónyuges reside habitualmente en España. Pero añade que *en todo caso se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España*,

si las leyes antes citadas no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público. Por tanto, la ley española sobre parejas de hecho podría ser aplicada a los nacionales de otros países residentes en España, cuya ley personal no les permitiera disolver el vínculo matrimonial o lo hiciera en términos discriminatorios o contrarios al orden público.

Con respecto a los llamados impedimentos de parentesco, también parece evidente que no podrán constituir pareja de hecho los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción sin límite de grado y los colaterales hasta el segundo grado. El fundamento radica en que nos encontramos ante un modelo de convivencia con una relación de afectividad análoga a la conyugal a la que afectan, por tanto, los impedimentos matrimoniales fundados en principios de orden público; en efecto, dichos impedimentos están basados en razones culturales y de moral social por lo que se deben extender a todo tipo de pareja. Por el contrario entendemos que cabe admitir que se permitiera constituir parejas de hecho a los parientes colaterales de tercer grado; impedimento que, como es sabido, tiene en el matrimonio una naturaleza dispensable (art. 48.2 CC).

f) El último elemento que caracteriza a la convivencia *more uxorio* es la falta de toda formalidad, en el sentido de envoltura externa o constancia de la unión. Como es sabido, el consentimiento matrimonial es formal, reglado, genera un vínculo legal y se constituye en un solo acto. Por el contrario, como señala Talavera⁵³, en la pareja de hecho existe un consentimiento continuado, que ha de reiterarse permanentemente para mantener en vigor la convivencia marital. Por ello, cuando falta la renovación diaria de ese compromiso de convivencia por parte de uno o de ambos miembros, la pareja se disuelve automáticamente, sin observar ninguna de las formalidades previstas para el matrimonio.

Sin embargo, dicha falta de formalidad en su constitución y disolución puede dificultar, en ocasiones, la prueba de la existencia de una pareja de hecho. Por ello, algunas leyes autonómicas exigen con carácter constitutivo la inscripción en un Registro de Parejas creado al efecto⁵⁴. Dichos Registros tienen carácter administrativo y a juicio de Valpuesta Fernández⁵⁵ tienen escasa virtualidad jurídica, careciendo, en todo caso, de la que pretendidamente se le quieran atribuir. El argumento es que un Registro municipal sólo se

⁵³ *Op. cit.*, pp. 46 y 47.

⁵⁴ Así, por ejemplo, el artículo 3 de la del de valenciana; el artículo 1.2 de la ley de las Islas Baleares; el artículos 1 y 3 de la ley de la Comunidad de Madrid; el artículo 2.3 de la ley de Extremadura o el artículo 3 de la ley vasca.

⁵⁵ «La institucionalización jurídica...», *op. cit.*, pp. 63 ss.

puede crear en el ejercicio de competencias que le son propias y sobre los efectos de la pareja de hecho carece por completo de atribuciones. Añade esta autora que se podría pensar que de dicha inscripción se deriva una presunción de convivencia que puede ser alegada en otros ámbitos del Derecho, pero dicha presunción no se deriva de dicho Registro, sino del Padrón municipal⁵⁶.

En consecuencia, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^a de la CE, sólo una Ley estatal podría crear un Registro que generara efectos típicos de la publicidad. Ahora bien, se pregunta Valpuesta qué consecuencias se derivarían de la inscripción en tales Registros: si una presunción de convivencia de naturaleza *iuris tantum*, un efecto de oponibilidad de lo inscrito, o incluso sería posible de dotarle de una eficacia más sustantiva parecida a la fe pública registral.

En su opinión, de tal Registro no se podría derivar una presunción *iure et de iure* de la realidad allí proclamada, a semejanza de la fe pública registral, pues tal solución iría en contra de la naturaleza fáctica de la unión de hecho, requiriéndose además la concurrencia de unos requisitos que nos llevarían a un matrimonio paralelo. Por el contrario, sí cabría la posibilidad de que dicho Registro pudiera tener una eficacia de oponibilidad frente a terceros, bien de los pactos que para regular sus relaciones hubieran celebrado los convivientes, bien de los efectos que frente a terceros se le reconociera a tal situación. Por último, de tales Registros se podría derivar una presunción de convivencia que habría de tener naturaleza *iuris tantum*, pudiendo ser desvirtuada mediante prueba en contrario de que no existe tal convivencia o que ésta ya ha finalizado al tiempo que se quiere hacer valer, con lo que tendría el efecto de invertir la carga de la prueba para el que niegue tal realidad⁵⁷.

⁵⁶ Ídem, p. 64; de dichos Registro sí se puede extraer una presunción de hecho, no jurídica, a valorar por el Juez junto a los demás elementos de prueba. De igual modo, cabe que de la inscripción en dichos Registros administrativos se derivara una presunción de convivencia *iuris tantum* que podría ser tenida en cuenta por los Ayuntamientos para el ejercicio de sus propias competencias, tales como la prestación de ayuda familiar o la concesión de viviendas de protección oficial.

⁵⁷ Para todo ello, en opinión de esta autora, se debe regular el acceso al Registro mediante la declaración libre y consciente de cada uno de los miembros de la pareja que deberá sufrir, al menos, un control negativo de que dicha situación o es contraria al Derecho por vulnerar algunas de sus normas. Asimismo, se debe permitir la cancelación del asiento a instancias de cualquiera de los convivientes, sin más requisitos que la simple declaración de que aquélla ha finalizado. En todo caso, advierte VALPUESTA, se debe tener en cuenta la doble realidad que supone, de un lado, una convivencia que existe mientras se mantiene, y de otro un asiento registral que permanecerá vigente hasta que no se cancele, sin que se tenga medios para constatar si efectivamente ambas coinciden, porque se pueden propiciar conductas fraudulentas que persigan configurar en el Registro una situación que no existe en realidad con la finalidad de obtener alguno de los beneficios que se le atribuyera a la pareja de hecho.

Una vez delimitados los requisitos imprescindibles para que exista pareja de hecho, el siguiente paso será determinar cuál podría ser el contenido de las relaciones personales y patrimoniales de una convivencia *more uxorio*.

4.2 Estatuto jurídico de las parejas de hecho

4.2.a) PLANTEAMIENTO

Abordamos en este epígrafe la cuestión relativa a la determinación del régimen jurídico de las parejas de hecho; esto es, el conjunto de derechos y deberes que debe reconocerse a las mismas. Pero, en íntima conexión con este tema está el de la elección del modelo que ha de seguir el legislador cuando decida promulgar una ley sobre parejas de hecho.

Al respecto, y como ya se ha apuntado, cabría optar entre dos modelos contrapuestos. El primero parte de la equiparación entre el matrimonio y la pareja de hecho con el argumento de la indudable semejanza entre ambos tipos de familia, pues en uno y otro supuesto se crea una convivencia estable, con actuaciones, intereses y fines comunes⁵⁸. Es más, el acercamiento entre ambas familias es la lógica consecuencia de lo que se ha denominado «vaciado de los contenidos institucionales del matrimonio». Como consecuencia de dicho fenómeno, se afirma que la función que tradicionalmente el legislador había asignado al matrimonio desde el punto de vista institucional, sería prácticamente nula en la actualidad puesto que apenas existen verdaderos principios y obligaciones que proteger en cuanto típicos de esa clase de matrimonio diseñado por el legislador⁵⁹. Su significado y sentido habría que buscarlo

⁵⁸ En tal sentido, ya se han citado las cada vez más numerosas leyes que en nuestro ordenamiento jurídico tienen en cuenta a las parejas de hecho a efectos de equipararlas al matrimonio: emplean expresiones tales como «persona con quien conviviera de forma estable en análoga relación de afectividad», o «convivencia marital o situación de hecho asimilable».

⁵⁹ Los siguientes indicadores apoyan la afirmación de que esa función institucional que tenía el matrimonio se ha ido vaciando progresivamente de contenido:

Primero, desaparece con la Ley 15/2005 toda idea de separación sanción basada en la conducta culpable de uno de los cónyuges. Coherentemente, con esta nueva concepción de la separación desaparecen de algunos preceptos del Código Civil determinados efectos jurídicos asociados a ese juicio de culpabilidad respecto de la conducta de uno de los cónyuges; así, en la legislación anterior el cónyuge superviviente perdía su condición de legitimario si los cónyuges estaban separados; no obstante, se conservaba dicho derecho si el cónyuge superviviente estaba separado por culpa del difunto. Además, el viudo recuperaba su condición de legitimario si entre los cónyuges separados hubiera mediado perdón o reconciliación. En la regulación actual, introducida por la Ley 15/2005 desaparece la referencia a estar separado por culpa del difunto; igualmente desaparece la expresión perdón que denotaba una cierta culpabilidad en el otro cónyuge.

hoy en su dimensión operativa; es decir, una regulación legal que cada vez se manifiesta más como un sistema de garantías y presunciones que aseguran la tutela de ciertas cuestiones dentro del Derecho de Familia. De ahí que *ya no tenga sentido hablar de protección institucional del matrimonio, pues en la práctica su función es meramente instrumental*. Desde unos planteamientos similares, Torrent⁶⁰ reconoce que desde el punto de vista jurídico-formal matrimonio y unión de hecho no son exactamente iguales, pero cumplen idénticos fines y en virtud de la progresiva privatización del matrimonio ambos siguen unas vías paralelas que tienden a converger. Por ello, en su opinión, este nuevo tipo de familia basada en la amplísima libertad civil de los ciudadanos trasciende el tipo conocido hasta ahora y, en aras del principio de igualdad, debe tener la misma protección la familia matrimonial que la de hecho, que es lo que preconiza el artículo 39⁶¹.

Desde una perspectiva diferente señala Bercovitz⁶² que el reconocimiento por las leyes autonómicas de las parejas de hecho supone, en realidad, la admisión por aquéllas de nuevas clases de matrimonios, distintos del regulado por nuestro Código Civil y los Derechos civiles forales, tanto en lo relativo a la forma y requisitos de celebración, como en su contenido personal, o en sus causas de extinción. Ello determina que en su opinión tales leyes deban ser consideradas inconstitucionales. De igual modo, y en la medida que nuestra Constitución permite la pluralidad en las formas de celebración del matrimonio, pero no en sus efectos, señala Bercovitz que no parece posible, sin una reforma constitucional previa,

Segundo, con respecto a la regulación del divorcio desaparece igualmente la necesidad de invocar causa alguna para disolver el matrimonio. En consecuencia, tras la reforma del 2005 se decretará judicialmente el divorcio una vez transcurridos tres años desde la celebración del matrimonio. Como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley el ejercicio del derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud. Así, pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que se pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales y sin que el juez pueda rechazar la petición salvo por motivos personales.

Tercero: se produce una mitigación del deber de fidelidad que, aunque sigue vigente (art. 68 CC), es algo casi simbólico desde la supresión de los tipos delictivos basados en su infracción.

⁶⁰ «Las uniones de hecho, nueva tipología de la familia», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II (González Porras y Méndez González coord.), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de publicaciones, Universidad de Murcia 2004, pp. 4810.

⁶¹ Se trata, por otra parte, de una opción mayoritariamente aceptada por la sociedad española; así, en el citado Estudio núm. 2568, barómetro de junio 2004 publicado por el CIS, y ante la pregunta de si la futura Ley de Parejas de Hecho debía reconocer los mismos derechos y obligaciones que tiene los matrimonios, un 74,8 por 100 contestó afirmativamente, frente a un 17,6 por 100 que se mostró contrario a dicha equiparación

⁶² «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», *op. cit.*, p. 128.

proceder a legislar sustancialmente sobre el estatuto de las parejas de hecho. El argumento que fundamenta su afirmación está en que ello conllevaría, en última instancia, reconocer nuevas clases de matrimonio distintos del regulado en nuestro CC. Solución que sería inconstitucional, ya que Texto Fundamental sólo permite una única clase de matrimonio. Por ello, en el actual marco constitucional, sostiene este autor que la única posibilidad que tiene el legislador estatal *es reconocer a las parejas de hecho como nuevas formas de contraer matrimonio, sometiéndolas al mismo régimen jurídico de aquél*. Sólo así se respetaría el sistema matrimonial de nuestra Constitución, con una sola clase de matrimonio y una pluralidad de formas para contraerlo, entre las que se encontraría las parejas de hecho⁶³.

Sin embargo, y aun cuando esta opción se pudiera justificar en atención a que ambos modelos cumplen funciones de familia, a la misma se le puede objetar que no respeta el favor constitucional de que goza el matrimonio, al que no cabe equiparar la unión extra-matrimonial⁶⁴. En efecto, como es sabido, la Constitución española reconoce entre *los derechos y deberes de los ciudadanos* el derecho a contraer matrimonio, con la protección que le depara el artículo 53.1. Pero, como señala Valpuesta Fernández⁶⁵, supone aún más, que el matrimonio se ha constitucionalizado como una institución jurídica que debe asumir el legislador ordinario y preservar de los ataques que pudiera sufrir. Se opera así una garantía del instituto por parte del legislador constituyente que impone al constituido proceder a su regulación respetando su contenido esencial. Ello implica no sólo fijar un modelo de matrimonio que sea acorde con los valores constitucionales y las convicciones sociales imperantes, sino también garantizar su vigencia en el plano jurídico, la cual quedaría entredicho si se propiciara su obsolescencia

⁶³ En apoyo de esta solución está el hecho de que a juicio de este autor matrimonio y unión de hecho son relaciones que derivan de negocios jurídicos que tiene la misma naturaleza. Por si esto suscitara alguna duda la regulación autonómica sobre parejas de hecho han copiado los artículos 46 y 47 CC a la hora de establecer los requisitos subjetivos de la misma. Por lo que se refiere a la forma exigida para sus reconociendo en dichas leyes, existe sin duda una mayor permisividad en comparación al matrimonio. No obstante, como ya se ha señalado, determinadas normas establecen como presupuesto previo al reconocimiento de las parejas de hecho su inscripción en un Registro Público, de tal manera que cabe hablar de una inscripción registral constitutiva. Es verdad, que donde las diferencias entre matrimonio y pareja de hecho alcanzaban mayor relevancia en los supuestos de extinción o disolución. Distinción que, a nuestro juicio, ha quedado hoy muy atenuada tras la reforma llevada a cabo por la Ley Todo ello, lleva a Bercovitz a concluir que el reconocimiento por las leyes autonómicas de las parejas de hecho supone en realidad nuevas clases de matrimonio, distintas del matrimonio regulado en nuestro Código Civil y, por ello, inconstitucionales.

⁶⁴ LACRUZ BERDEJO: «Convivencia more uxorio...», *op. cit.*, p. 1062.

⁶⁵ «La institucionalización jurídica de la pareja...», *op. cit.*, pp. 56 y 57; también PANTALEÓN PRIETO: *op. cit.*, pp. 1160 y 1161.

permitiendo que con una práctica social más favorable se alcanzara las mismas consecuencias reservadas para el matrimonio.

Desde el punto de vista institucional el matrimonio constituye un estado de la persona del que se deriva un estatuto jurídico concebido en atención a unos requisitos que se le exigen y un modelo diseñado. Estatuto jurídico que se caracteriza por un entramado de derechos y deberes entre los cónyuges que se proyectan también frente a terceros, y que tiene su sentido en el compromiso solemne de los cónyuges sobre un determinado proyecto de vida en común, que se configura en el Código Civil. De ello, se deduce, en palabras de Valpuesta, que el régimen matrimonial en toda su dimensión no es una consecuencia necesaria de toda unión de pareja, sino la configuración de un modelo querido así por el legislador ⁶⁶.

En consecuencia, traspasar sin más el régimen del matrimonio a la pareja de hecho conlleva no sólo imponerles un estatuto que ellos mismos han rechazado sino también el riesgo de crear una especie de matrimonio de segundo orden ⁶⁷, el cual no requiere celebración, ni la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente, vulnerándose de este modo toda la disciplina del contrato matrimonial, al hacerla innecesaria.

De igual modo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también es contraria a equiparar matrimonio y pareja de hecho. Así, la tantas veces citada sentencia de 11 de noviembre de 1990 (STC 184/1990), afirma que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia matrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución y el derecho del hombre y la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y en el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada

⁶⁶ En parecidos términos HERNÁNDEZ RUEDA: *Tendencias actuales del Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 114, afirma que el matrimonio nace de un acuerdo de voluntades de los contrayentes, tras cumplir los requisitos solemnes legalmente establecidos, y nada de esto ocurre en las uniones de hecho. Además, una vez generado el llamado *status* matrimonial las consecuencias vienen marcadas por la Ley, no por la voluntad de las partes, como ocurre habitualmente en el caso de las parejas de hecho. Por su parte BLANCO PÉREZ-RUBIO (*op. cit.*, p. 98) señala que la convivencia de hecho no comparte con el matrimonio sus caracteres esenciales. Así, el acto con el que se da vida al matrimonio es presupuesto de un complejo unitario de derechos y obligaciones que forman un *unicum* inseparable, un estatuto que no puede modificarse en los aspectos esenciales por la autonomía privada.

⁶⁷ «Convivencia *more uxorio*...», *op. cit.*, p. 1835.

en el matrimonio. Como es sabido, partiendo de este planteamiento se ha negado la pensión de viudedad al miembro superviviente de una unión de hecho. Por el contrario, en la también conocida STC 222/1992, el Alto Tribunal se mostró favorable a equiparar la familia matrimonial y la no matrimonial en lo relativo al reconocimiento del derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento de la vivienda habitual de la que era titular el conviviente fallecido⁶⁸.

En relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta muy significativa la evolución de su doctrina en esta materia. Así, inicialmente, la ya citada Sentencia de la Sala 1.^a del TS de 22 de julio de 1993 del TS, fundándose en las considerables diferencias que existe entre ambas figuras, denegó la aplicación analógica a estas uniones de las normas establecidas para la regulación de los regímenes matrimoniales⁶⁹. Posteriormente, la importante STS de 10 de marzo de 1998 colma las lagunas legales existentes en relación con las uniones de hecho, en lo relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar, mediante la creación de un principio general consistente en la protección del conviviente perjudicado⁷⁰. Un paso más en esta evolución representa la STS de 27 de marzo del 2001 en la que la actora solicita el pago de una indemnización por ruptura unilateral de una convivencia *more uxorio* fundamentando su pretensión en la aplicación analógica del artículo 97 CC⁷¹. En su resolución, si bien el Tribunal invoca el ya citado principio general de protección al conviviente perjudicado por la situación

⁶⁸ El argumento, en este caso, es que el derecho de subrogación establecido en el artículo 58 LAU a favor del cónyuge que conviviera con el inquilino fallecido protege a la familia en sentido amplio, tal como la entiende el artículo 39.1 CE y no sólo a las uniones matrimoniales, ya que su *ratio legis* es el hecho de la convivencia y no la existencia de un vínculo matrimonial; sin que la diferencia de trato, por consiguiente, tenga un fundamento razonable, en atención al sistema de valores de la Constitución.

⁶⁹ STS de 30 de diciembre de 1994. Con anterioridad, también se habían pronunciado en contra de la aplicación analógica de las normas previstas en el CC para el matrimonio las SSTS de 21 de octubre y de 11 de diciembre de 1992, 11 de diciembre; de 18 de febrero y 22 de julio de 1993 o de 11 y 20 de octubre de 1994. Posteriormente también rechazan el recurso a la analogía las STS de 18 de marzo de 1995 y de 16 de diciembre de 1996.

⁷⁰ La Sala 1.^a del TS (FD 3) justifica dicha solución argumentando que se trata de una situación que es de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por la ley ni, desde luego, por la costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del Derecho.

⁷¹ El Juzgado de Primera Instancia, entendiendo que se daban todos los requisitos que integran la figura del enriquecimiento sin causa fija a favor de la actora una indemnización de 10 millones de pesetas. La Audiencia por el contrario considera que «la única vía admitida por el Tribunal Supremo para conseguir una indemnización en las uniones de hecho, semejante a la pensión del artículo 97 es recurrir a la figura del enriquecimiento sin causa. Pero como la actora no acudió, como fundamento de su pretensión a dicha figura, sino que solicitó la aplicación analógica del artículo 97 del CC, «no procede entrar a resolver el fondo del tal petición por razones de principio dispositivo y rogación que rige en la materia.

de hecho, como fundamento de su decisión de conceder a la actora la indemnización solicitada, afirma no obstante que «con todo no debe rechazarse como argumentación jurídica, fundante de la indemnización compensatoria, la aplicación analógica del Derecho» (FD 7.º). Pocos meses más tarde, en su sentencia de 5 de julio de 2001, el TS y ante un caso idéntico al anterior –reclamación de una pensión compensatoria– la Sala afirma que «Ante la ausencia de normativa reguladora de las parejas de hecho, salvo las ya citadas excepciones de concretas Autonomías, ha de acudirse a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del Derecho, y precisamente en estos casos de uniones de hecho *more uxorio* encuentra su semejanza en su disolución y final por la voluntad unilateral de una de las partes, con alguno efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código Civil y así, su artículo 97 atribuye al cónyuge al que tal contingencia produzca un desequilibrio económico con relación al otro y que implique un empeoramiento con relación a su situación anterior al matrimonio, el derecho a una pensión». De no ser así, el Tribunal Supremo considera que ello conduciría inexorablemente a que los españoles no pertenecientes a alguna autonomía que haya legislado en este punto, hayan de utilizar el argumento del enriquecimiento injusto o sin causa, que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista. Por ello, estima la Sala que se puede utilizar la analogía en situaciones, como en el caso enjuiciado, en la que se da el requisito de la identidad de razón, concluyendo el Tribunal que el precepto de aplicación es el artículo 97 del Código Civil, a través de la analogía⁷².

Desde nuestro punto de vista, expresa muy bien la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo sobre esta cuestión las afirmaciones contenidas en la STS de 17 de enero del 2003 cuando pone de manifiesto que «esta Sala ha declarado reiteradamente que no es aplicable a la unión de hecho la regulación del régimen económico matrimonial. Aplicando los principios generales del Derecho ha declarado la atribución de la vivienda familiar al conviviente más débil y, recientemente, ha aplicado por analogía la pensión compensatoria del artículo 97 CC. *En definitiva, no se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar un perjuicio injusto para el más débil*»⁷³. Sin

⁷² En el mismo sentido resuelve la STS de 16 de julio de 2002.

⁷³ Si analizamos la legislación autonómica observamos que no todas ellas persiguen claramente la equiparación entre matrimonio y unión de hecho. Así, mientras las leyes de Andalucía o de Cantabria manifiestan que su finalidad extender a estas uniones afectivas los beneficios que el ordenamiento jurídico autonómico en su conjunto confiere expresa-

embargo, la STS de 12 de septiembre de 2005 supone un cambio en esa tendencia hacia una progresiva protección al conviviente perjudicado como consecuencia de la ruptura unilateral de la misma. En su FD 2.º se afirma que para el estudio de las pretensiones indemnizatorias en caso de ruptura unilateral hay que traer a colación, antes que nada, las siguientes pretensiones: a) Las que tienen como principio la regla general de negar efecto económico alguno a favor de uno de los miembros de la pareja para el caso de ruptura. A falta de pacto entre los miembros de la unión, cada uno asume las consecuencias económicas de la ruptura porque, si libre fue la unión, igualmente libre tiene que ser la ruptura para cualquiera de ellos. Y añade que sentando esta doctrina general, se fomentaría con ello la madurez y autorresponsabilidad en la toma de decisiones y se afrontaría una realidad social huyendo de soluciones paternalistas y de principios generales fáciles en su formulación, pero de muy difícil fundamentación legal y constitucional, por no decir francamente inconstitucionales y legales. Cuando se afirma como principio general en esta materia el del favorecer al miembro «más desprotegido», se omite preguntarse: ¿más desprotegido por qué o por quién? Dicho de otra forma, si la protección en la que se está pensando es la que brinda el régimen jurídico del matrimonio y este régimen se excluyó consciente y voluntariamente, ¿dónde está la «desprotección» que jurídicamente hay que remediar?⁷⁴.

mente a las uniones matrimoniales, otras leyes, como la valenciana o la madrileña afirman en sus Preámbulos que «el matrimonio y las uniones de hecho, por tratarse de instituciones distintas, obedecen a opciones y planteamientos personales que requieren el respeto a la diferencia tanto en el plano social como en el jurídico». En ambos casos el propósito del legislador autonómico no es el de equiparar en derecho y obligaciones a una y otra forma de familia sino la de ser un mecanismo equilibrador e igualitario para aquellas personas que por el libre ejercicio de sus opciones están o pudieran sentirse discriminadas. Dicha legislación pretende pues introducir así una mayor seguridad jurídica que permita evitar situaciones de igualdad. Todo ello, además, con la suficiente flexibilidad, de modo que los preceptos de dichas leyes puedan encajar en las diferentes configuraciones legislativas que alternativamente adopte la ley civil estatal, ya sea en su configuración como unión personal civil, ya sea en su conceptualización afectiva o cuasiconyugal. Parece que con la exclusiva finalidad de poner fin a situaciones de desigualdad se publicaron también otras leyes como la de Canarias o la de el País Vasco.

⁷⁴ Acorde con esta argumentación y ante la posible aplicación analógica del artículo 97 CC, el Tribunal considera que la compensación que se puede conceder en los supuestos de ruptura requiere básicamente que se produzca un desequilibrio que se mide en relación con el otro cónyuge y que implica un empeoramiento en relación con la situación anterior. Con respecto a estos rasgos definitorios de la causa de la compensación se pregunta el Tribunal hasta qué punto son proyectables sobre una convivencia *more uxorio* en la que, por hipótesis, ninguno de sus miembros se obligaron o vincularon a una vida en común. A juicio de la Sala y en defecto de pacto, sólo en el supuesto de que por la vía de los «facta concludentia» se pueda deducir que hubo ese proyecto de vida en común y que se ha producido lo que se denomina la «pérdida de oportunidad» nos encontraríamos ante un soporte que vendría, de algún modo a sustituir el concepto de empeoramiento que ha de calificar el desequilibrio. A continuación se analizan si se dan los presupuestos para aplicar

Ciertamente como ha puesto de manifiesto la doctrina, la publicación de una ley que regulara exhaustivamente los requisitos y efectos de la convivencia *more uxorio* implicaría desnaturalizar el matrimonio, creando uno de segundo orden fuera del marco del artículo 32 Constitución Española. Con ser importante, éste no es el único obstáculo a dicha equiparación; otro argumento que apoya la distinción entre ambas figuras es su diversa configuración, ya que entre ellas existen importantes diferencias tales como la ausencia de formalidades para la constitución y disolución del matrimonio⁷⁵, no exigibles para las parejas de hecho, así como la existencia de una serie de derechos y obligaciones entre los cónyuges que no afecta a los convivientes de una pareja.

En otro orden de ideas se podría afirmar que es una opción legislativa válida aquélla que únicamente reconociera eficacia a los pactos suscritos entre los miembros de la pareja, pero sin establecer una regulación supletoria. Sin embargo, a esta tesis cabría objetarle que la convivencia *more uxorio* no tiene una naturaleza exclusivamente contractual, pues, entre sus miembros existe un *affectio maritalis* semejante al que está presente en el matrimonio; es más como ya se ha dicho, el legislador debe partir de la base de que está regulando un nuevo modelo de familia presente en la sociedad y en tal sentido que debe configurarla jurídicamente de forma que en las relaciones entre los sujetos que la integran estén basadas en esos principios de protección y solidaridad invocados por el Tribunal Constitucional. Atribuirle una naturaleza exclusivamente contractual no parece coherente con esa doctrina mantenida por nuestro Alto Tribunal. Otros autores como Roca⁷⁶ se pronuncian a favor de que el legislador español opte por una regulación destinada a resolver situaciones concretas, las que con más frecuencia se producen en la práctica, ofreciendo soluciones al conflicto de intereses presente en cada supuesto, de un modo semejante al matrimonio.

Desde estos planteamientos y como solución intermedia cabría defender otro modelo de regulación consistente en otorgar un estatuto mínimo a las parejas de hecho, pero sin llegar a equiparar familia matrimonial y no matrimonial. Ahora bien, ¿qué aspectos

la doctrina del enriquecimiento sin causa, la cual permitiría otorgar a la demandante una indemnización. Al respecto, hay que tener en cuenta que la sentencia dictada por la AP de Burgos confirmaba la del Juzgado de Primera Instancia atribuyendo a la demandante una indemnización de 19 millones de pesetas. El TS considerando que no se dan tales presupuestos casa y anula la sentencia de la Audiencia y deja sin efecto la indemnización que se había concedido a la actora. Analizaremos las razones aducidas por la Sala así como el Voto particular de que fue objeto más adelante.

⁷⁵ Como ya se ha señalado, es precisamente en dicho dato donde GAVIDIA: «Analogía entre matrimonio y unión libre...», *op. cit.*, p. 34, fija la diferencia fundamental entre matrimonio y unión de hecho.

⁷⁶ *Familia y cambio social...op. cit.*, p. 128.

del estatuto jurídico del matrimonio debemos trasladar a la regulación sobre parejas de hecho?

Al respecto, autores como Valpuesta Fernández⁷⁷ señalan que no todas las normas que contemplan la institución matrimonial responden a una misma finalidad: así, mientras que algunas tratan de proteger el vínculo matrimonial de modo que no podrían ser aplicable a las parejas de hecho, otras, por el contrario, aunque tengan en cuenta el matrimonio u otras relaciones familiares, sus efectos o consecuencias jurídicas se refieren al reconocimiento a sus miembros de determinados derechos sociales y consideran a los ciudadanos destinatarios últimos de tales derechos. De esta perspectiva, esta autora defiende que las normas que permiten el disfrute de derechos sociales no corresponden estrictamente a la disciplina familiar, por lo que el principio de igualdad debe presidir el tratamiento que se le depare a uno y otro modelo de familia.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista el estudio de la cuestión relativa al posible estatuto jurídico de las uniones de hecho exige distinguir dos planos muy distintos: en primer lugar, es preciso analizar la validez y eficacia de los posibles pactos suscritos por los convivientes en el que se determine el régimen jurídico de su relación o las consecuencias derivadas de la ruptura de la pareja; acuerdos que podrían versar sobre aspectos personales y/o patrimoniales de la convivencia. Y, en segundo lugar, determinar si en ausencia de un convenio de estas características, o cuando el mismo sea deficiente, es posible fijar el contenido de un régimen jurídico básico aplicable a todas las parejas. Será esta última cuestión la que abordaremos con más detenimiento; por el contrario, no analizaremos en profundidad el estudio del régimen convencional de las parejas de hecho, ya que el objeto del presente trabajo es otro. En efecto, se trata de examinar, por un lado, si en defecto de acuerdo entre los convivientes, el legislador estatal debe establecer un régimen supletorio y cual sea la extensión de éste. Por otro lado, si al margen de la voluntad de las partes, e incluso aún contra su voluntad, el legislador debe establecer un estatuto imperativo que afecte a las parejas de hecho, de forma semejante a lo que sucedió al matrimonio.

4.2.b) ADMISIBILIDAD DE LOS PACTOS ENTRE LOS CONVIVIENTES

En una primera aproximación al tema, cabe afirmar que la existencia de acuerdos entre los miembros de una pareja que tengan por finalidad regular su convivencia, así como las consecuencias

⁷⁷ «La encrucijada de la familia...», *op. cit.*, pp. 109 y 110.

derivadas de su ruptura no deberían plantear especiales problemas; los mismos serían válidos al amparo del artículo 1255 CC, sin más límites que los contenidos en dicho precepto. Al respecto, y como pone de manifiesto Martínez de Aguirre⁷⁸, la existencia de tales pactos simplificarían buena parte de los problemas y ofrecería una respuesta rápida y eficaz a la pregunta de cual es el régimen jurídico al que someter dicha unión, al paccionado, sin más límites que los genéricos del artículo 1255⁷⁹, de forma que las reglas legales aplicables desempeñarían un papel meramente supletorio. Esta solución se presenta además como la preferida por la doctrina⁸⁰, la jurisprudencia y las recientes leyes autonómicas que regulan la materia, de tal manera que en cada uno de estos ámbitos se destaca la importancia de la autorregulación de la relación por los propios interesados⁸¹.

En lo relativo a la naturaleza jurídica de tales acuerdos, sin duda nos encontramos ante un negocio jurídico de Derecho de Familia⁸²; esto es, un acto de autonomía privada dirigida a determinar el contenido de una relación jurídica.

El examen de la estructura de ese negocio familiar exige que nos detengamos, en primer lugar, en el elemento subjetivo. Como es sabido y respecto a la capacidad para contraer matrimonio, el

⁷⁸ «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», *op. cit.*, p. 842.

⁷⁹ Por tanto, apunta este autor, quedarían fuera de tales pactos por ir en contra de tales límites los convenios en que una de las prestaciones consista en los servicios sexuales de una parte a la otra; también aquéllos en los que se subordina la convivencia a una prestación económica o los acuerdos que pudieran provocar el incumplimiento de obligaciones legales de índole familiar, o que tuvieran por objeto establecer una duración mínima de la convivencia.

⁸⁰ En el mismo sentido MARTÍN CASAL, *op. cit.*, 1880 señala que se debe buscar el reconocimiento más amplio posible a los acuerdos y convenios entre los interesados, siempre que sus disposiciones no sean ilícitas, discriminatorias o gravemente perjudiciales para uno de los convivientes. Por su parte, MESA MARRERO: *op. cit.*, pp. 82 ss., señala que la posibilidad de que los convivientes autorregulan ciertos aspectos de su relación es, sin duda, una forma adecuada para resolver los intereses de la pareja mientras dura la convivencia. Pero además, la autonomía de la voluntad en la unión de hecho se revela como un sistema aconsejable para solucionar los conflictos que puedan surgir al concluir la vida en común. También se pronuncian en favor de dichos pactos, PÉREZ UREÑA, *op. cit.*, pp. 66 ss. entre otros, GONZÁLEZ PORRAS: *op. cit.*, p. 276 y ROCA: «El régimen económico de las parejas de hecho» *op. cit.*, p. 38, admiten igualmente dicha posibilidad aunque parece ceñirla a los pactos que versan sobre aspectos patrimoniales de la convivencia.

⁸¹ Sin embargo, y como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE: *ídem. op. cit.*, p. 846, razones probablemente ligadas a esa caracterización de las uniones de hecho como descomprometidas son las que explicarían que estos pactos, tan recomendados por la doctrina, buscados por la jurisprudencia y avalados por las leyes sean tan escasamente aplicados por quienes realizan una relación de convivencia extramatrimonial. Así, señala este autor que cabría hablar de la existencia, en términos generales, de una cierta contradicción, casi psicológica, entre la decisión de mantener la propia relación al margen del Derecho y la de someterla al mismo por medio de unos pactos que detallaran minuciosamente el régimen jurídico de dicha convivencia; más habitual es que se pacten las consecuencias de la ruptura, bien en el momento inicial de la relación, bien sobre todo al producirse dicha ruptura.

⁸² Véase al respecto, DIEZ-PICAZO: «El negocio jurídico de Derecho de Familia», Separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 213, 1962, pp. 771-792.

Código Civil dispone que pueden contraer matrimonio no sólo los mayores de edad, también los menores emancipados en incluso los mayores de catorce años con dispensa judicial (arts. 46 y 48.2). Pero cuando se trata de establecer la capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales, el artículo 1329 CC establece que el menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones matrimoniales, pero necesitará el concurso y el consentimiento de sus padres o tutores salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación.

Por su parte, las diversas leyes autonómicas sobre parejas de hecho no acogen un criterio uniforme en lo relativo a la capacidad de los convivientes para regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivados de la convivencia, así como sus respectivos derechos y deberes. Sólo las Leyes de Cataluña y Aragón, ambas en su artículo 1º, restringen la posibilidad de convivir *more uxorio* a las personas mayores de edad; las restantes leyes autonómicas permiten que puedan constituir una unión de hecho tanto los mayores de edad como los menores emancipados.

De acuerdo con lo expuesto y en lo relativo a la capacidad que debe exigirse a los convivientes, nos parece que dado que dichos acuerdos pueden tener un contenido muy amplio que abarque tanto los aspectos personales como patrimoniales de su relación, el legislador debe exigir que únicamente puedan suscribirlos los mayores de edad. Lógicamente, los convivientes han de prestar su consentimiento con consciencia y libertad, aplicándose a este negocio familiar el régimen de los vicios del consentimiento previsto en el Código Civil (art. 1255).

En general, en el ámbito de los negocios jurídicos de Derecho de Familia la representación resulta inadmisibles. La razón es que para que ésta exista se precisa que el acto cuyos efectos jurídicos se van a producir en la esfera del representado lo forme, con su voluntad, el representante⁸³. Nada de esto parece que pueda suceder en los acuerdos suscritos por los convivientes, en los que es la voluntad del representado la que forma el acto de tal manera que el representante se limitaría a transmitirla; por ello, estaríamos en todo caso ante la figura del *nuntius* o mensajero, esto es, ante un mero portador de la voluntad ajena.

Con carácter previo al análisis del posible contenido de este negocio familiar, vamos a detenernos brevemente en el examen de la forma que debería revestir tales acuerdos. Al respecto, señala Díez-Picazo⁸⁴ que en el ámbito de los negocios jurídicos de Dere-

⁸³ Ídem, *op. cit.*, p. 783.

⁸⁴ Ídem, *op. cit.*, p. 784.

cho de Familia cabe hablar de un principio de solemnidad, frente al principio de libertad de forma que domina el resto del Derecho Privado; así, como es sabido, el matrimonio es un acto formal, el cual requiere además como requisito de validez la intervención de los órganos del Estado. De acuerdo con su configuración como negocio jurídico familia ¿deben los pactos de los convivientes someterse a unos requisitos de forma semejantes a los previstos para el matrimonio? Una vez más observamos que la legislación autonómica no da una respuesta única al interrogante planteado, ya que tres son las soluciones propuestas. La primera de ellas admite que dichos negocios adopten cualquiera de las formas admitidas en Derecho: oral o escrita, en documento público o privado. Responden a este modelo la Ley de Cataluña (art. 3), de las Islas Baleares (art. 4) y de Canarias (art. 4). La segunda exige que tales pactos consten en documento público o privado, de forma que parece excluirse la forma verbal; en ese sentido se pronuncian las legislaciones de Navarra (art. 5.1) y de Asturias (art. 5). Por último, el modelo mayoritariamente acogido por la legislación autonómica es aquél que atribuye a tales acuerdos un carácter formal, exigiendo que los mismos consten en escritura pública; adoptan dicha solución las Leyes de Aragón (art. 5), Valencia (art. 4), Madrid (art. 4), Extremadura (art. 6), el País Vasco (art. 5) y Cantabria (art. 8).

Desde nuestro punto de vista, el problema de la forma exige diferenciar dos aspectos. El primero se refiere a la eficacia de tales pactos en lo relativo a las relaciones personales o patrimoniales entre los convivientes. En ese ámbito interno parece lógico que dichos acuerdos sean válidos cualquiera que fuera la forma en la que se hayan celebrado. Por el contrario, si se quiere que dichos pactos accedan al Registro creado al efecto, a fin de que sean eficaces frente a terceros, debe exigirse la forma escrita y probablemente el otorgamiento de escritura pública. Por último, cabe añadir que no es posible que tales acuerdos quedaran sometidos a condición, término o modo.

4.2.b).1 Pactos entre los convivientes de contenido personal

Abordando el posible contenido de ese negocio familiar al que hemos hecho referencia, es preciso analizar, en primer lugar, la validez de aquellos acuerdos que regulen las relaciones personales entre los convivientes. La cuestión se centra, pues, en determinar si los miembros de una pareja puedan pactar y con iguales efectos el contenido personal del matrimonio previsto en los artículos 66 a 68 CC: igualdad, respeto, ayuda mutua, actuación en interés de la

familia, convivencia, fidelidad y socorro mutuo, así como compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado de familiares y personas dependientes⁸⁵.

En relación con dicha cuestión, el estudio de la legislación autonómica sobre parejas de hecho nos revela que los preceptos respectivos contienen una fórmula muy general, en la que se afirma que los miembros de la pareja estable pueden regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, sin precisar más. No obstante, algunas de estas disposiciones expresan el disfavor con que el legislador autonómico acoge los acuerdos que tengan por finalidad regular aspectos personales de la convivencia. Así, el artículo 4.4 de la Ley de Madrid dispone que serán nulos y carecerán de validez los pactos contrarios a las Leyes, limitativo de la igualdad de derechos que corresponda a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos. *Asimismo serán nulos los pactos cuyo objeto sea exclusivamente personal* o que afecten a la intimidad de los convivientes. Por su parte, el artículo 8 de la Ley de Canarias afirma categóricamente que *en ningún caso se inscribirán los pactos cuyo objeto sea exclusivamente personal* o atenten a la esfera de la intimidad de los convivientes. Por último, el artículo 6 de la Ley de Extremadura después de afirmar que los miembros de la pareja de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que tengan por conveniente para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese, prohíbe con una precepto muy similar al ya transcrito de la legislación madrileña los pactos cuyo objeto sea exclusivamente personal.

De igual modo, la doctrina española se muestra en general muy reticente a admitir los pactos que regulen las relaciones personales entre los miembros de la pareja de hecho⁸⁶, limitando además su eficacia a una declaración de buenas intenciones sin relevancia jurídica. Los argumentos que se alegan para justificar esta opinión son de índole diversa⁸⁷. Desde un punto de vista dogmático, se afirma que el único cauce institucional previsto por nuestro Ordenamiento jurídico para contraer unas obligaciones que afectan tan directamente al ámbito de la libertad personal es el matrimonio;

⁸⁵ Deberes introducidos en el artículo 68 CC por la Ley 15/2005 por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

⁸⁶ Así MESA MARRERO: *op. cit.*, p. 89, señala que los pactos celebrados por los convivientes deben tener por objeto la reglamentación de sus intereses patrimoniales durante la convivencia. Esto supone excluir un convenio que verse sobre los aspectos personales pues se trata de relaciones que quedan fuera de la disponibilidad de las partes. En el mismo sentido se pronuncia PANTALEÓN PRIETO: *op. cit.*, p. 1160.

⁸⁷ Seguimos, en lo relativo a las objeciones que plantean tales pactos a MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», *op. cit.*, pp. 858 ss.

fuera de ese cauce no es posible contraerlos con eficacia jurídica. Con estos planteamientos Lacruz⁸⁸ sostiene que no puede mediar entre los convivientes obligaciones conyugales, las cuales únicamente pueden ser objeto del contrato matrimonial. En su opinión, sólo a través de ese contrato cabe constituir en obligación la fidelidad, la ayuda o el socorro mutuo, e incluso, el deber de respeto plantea en el matrimonio problemas distintos o impensables en cualquier otra situación. Reconoce este autor que la unión libre no excluye el respeto entre los convivientes, o la fidelidad que voluntariamente se guarden y que representa un compromiso y una obligación moral entre ellos, o la ayuda mutua; es más, lo usual que es que practiquen, al menos tendencialmente tales comportamientos, pero fuera de toda obligación y en general del campo de lo jurídico. De este modo, la promesa relativa al cumplimiento de tales deberes no sería vinculante, sirviendo únicamente de causa a la indemnización que *voluntariamente* prestase uno de los convivientes al otro por incumplimiento del contrato, en particular a la disolución de la convivencia. A juicio de este autor, sólo sería posible contratar con el conviviente prestaciones laborales de ayuda y cooperación en las que quedaría ausente el elemento personal y afectivo que connota el socorro y la ayuda mutua de los esposos⁸⁹.

La falta de eficacia jurídica de dichos pactos vendría igualmente motivada por razones de tipo funcional. Así se argumenta que puesto que es de esencia en las uniones no matrimoniales su libre disolubilidad sin necesidad de causa que lo justifique, para eludir las obligaciones contraídas mediante estos acuerdos bastaría con romper la convivencia, lo que pueden hacer los convivientes cuando quieran y *ad nutum*. De ahí que la eficacia vinculante de un compromiso que pueda ser libremente abandonado es prácticamente nula⁹⁰. En definitiva, la eficacia de tales convenios se limitarían a prever las consecuencias de un eventual ruptura de la relación; pero entonces lo regulado no sería la convivencia, sino la no-convivencia⁹¹.

⁸⁸ «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», *op. cit.*, pp. 1063 y 1064 y *Elementos de Derecho privado IV*, *op. cit.*, pp. 296 ss. En el mismo sentido se pronuncia GONZÁLEZ PORRAS: *op. cit.*, p. 275

⁸⁹ No obstante, en opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», *op. cit.*, p. 861 han de considerarse válidos y eficaces, en términos generales, los pactos sobre alimentos entre los convivientes lo cuales se configurarían como una concreción de contenido patrimonial del deber de socorro.

⁹⁰ Sin perjuicio de las matizaciones que haremos más adelante, una excepción a la falta de eficacia de tales pactos sería el que versara sobre la obligación de socorro y ayuda mutua la cual tiene como concreción patrimonial, la obligación de prestarse alimentos entre los convivientes.

⁹¹ Apunta MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», *op. cit.* p. 859, que cabría intentar proporcionar juridicidad a tales deberes indirectamente, a través de pactos de contenido patrimonial dirigidos a sancionar el incumplimiento de los

Este planteamiento en torno a la validez y eficacia de los pactos suscritos por los convivientes que regulara los aspectos personales de su convivencia⁹², aun compartiéndolo, nos parece que debe ser objeto de algunas matizaciones. Así, en cuanto a la naturaleza jurídica de los deberes conyugales, cabe afirmar que éstos tienen igualmente un carácter incoercible de modo que su cumplimiento no puede ser impuesto por la fuerza, pues ello implicaría una lesión al derecho de libertad personal que ostentan los cónyuges. Pero además, tras la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, se plantea la duda de qué tipo de sanciones genera su incumplimiento. En efecto, a tenor de la regulación contenida en la Ley de 7 de julio de 1981, la principal consecuencia del incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes del matrimonio residía en la posibilidad de ser alegado como causa de separación o divorcio, atribuyéndose la legitimación únicamente al cónyuge no infractor, lo que era considerado como una manifestación del divorcio-sanción. La citada Ley 15/2005 permite a los cónyuges solicitar la separación y el divorcio sin necesidad de alegar causa alguna. Como señala la Exposición de Motivos de la citada Ley, *la manifestación de voluntad de extinguir el matrimonio es motivo suficiente para la disolución del vínculo*. A juicio de un sector de la doctrina, dicha reforma legal que ha suprimido las causas de separación y divorcio ha vaciado de contenido jurídico a los deberes conyugales, que pasan a ser considerados a partir de ahora meras obligaciones de carácter moral o ético. Ello sin perjuicio de que, por ejemplo, ante la petición de custodia de los hijos o de custodia compartida pueda tener relevancia acreditar si se han incumplido tales deberes.

En definitiva, la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 15/2005 determina que, en la práctica, el incumplimiento de los deberes conyugales produzca unas consecuencias jurídicas muy similares al incumplimiento de aquellos acuerdos entre los convivientes que tuvieran un contenido personal. Desde luego, subsiste

mismos; así, por ejemplo, una cláusula penal o cualquier otra indemnización ligada al incumplimiento de estos deberes. Pues bien, en su opinión dichos pactos serían nulos de pleno derecho porque introducen una limitación a la libertad personal que el ordenamiento sólo consiente a través del cauce matrimonial; otra razón que justificaría su ilicitud es que mediante tales pactos los deberes resultarían de mejor condición en las uniones no matrimoniales que en el matrimonio pese a que, en este último caso, son deberes de origen legal y no convencional.

⁹² Desde luego los convivientes podrían suscribir pactos que tuvieran por objeto excluir algunos de estos deberes, tales como el acuerdo que autorizara la infidelidad recíproca de los convivientes, o eximiera a los convivientes de actuar en interés de la familia o de no socorrerse o ayudarse o incluso, que derogaran entre ellos el principio de igualdad o respeto mutuo. Sin embargo, parece evidente que tales pactos serían ilícitos por contravenir los límites impuestos en el artículo 1255 CC.

una diferencia basada en la distinta configuración de una y otra forma de convivencia. El matrimonio es un acto jurídico, de tal forma que el incumplimiento de los deberes conyugales es jurídicamente relevante en el sentido que es preciso disolver formalmente el vínculo matrimonial. Frente a ello, se dice que las uniones no matrimoniales se disuelven por el mero acuerdo de uno o ambos de los convivientes.

Sin embargo, en las uniones de hecho reguladas por la legislación autonómica *cesación* de la convivencia y *extinción* no siempre coinciden, puesto que la extinción legal de la pareja exige además del cese efectivo de la convivencia conyugal (situación fáctica), que la misma tenga una duración mínima determinada, a lo que se añade, en ocasiones, la obligación de cancelar la inscripción⁹³. Si a este dato unimos la simplificación de los trámites procesales para obtener la separación o el divorcio, la consecuencia es que las notas que distinguían ambos tipos de uniones quedan aún más desdibujadas.

A modo de conclusión cabe afirmar que la validez de los acuerdos suscritos por los convivientes que tengan un contenido personal debe conectarse con la cuestión relativa a la admisión del principio de autonomía de la voluntad en este ámbito⁹⁴. Como es sabido, tradicionalmente se ha limitado la eficacia de dicho principio al Derecho Patrimonial, pues la naturaleza imperativa de las normas que regulan el Derecho de Familia determina que, en su mayoría, las mismas sean indisponibles para los particulares. Sin embargo, la reforma del Código Civil de 7 de julio de 1981 supuso claramente una ampliación de la autonomía privada en el ámbito familiar; en tal sentido ya no se discute tanto la existencia de tal principio en esta rama del Derecho como la cuestión relativa a sus límites. Lógicamente, se trata de una problemática que excede con

⁹³ Período que se fija en un año en la mayoría de las leyes (Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Cantabria, Cataluña, Navarra). Por el contrario la legislación de Canarias Madrid, Valencia, establecen un período de seis meses. Además algunas leyes autonómicas (Cataluña, Aragón, Navarra, Baleares, Asturias, Canarias, Extremadura, Cantabria) establecen que los miembros de la pareja están obligados a dejar sin efecto la escritura pública que en su caso hubieran otorgado; por su parte, las Leyes de Valencia (art. 6.2), Asturias (art. 4.2), Extremadura (art. 5.2) o el País Vasco (art. 19) o Cantabria (art. 13) establecen que los miembros de la pareja de hecho está obligados, aunque sea separadamente, a solicitar la cancelación de la inscripción de la unión; en parecidos términos la ley madrileña (art. 6.2) dispone que la cancelación de la pareja de hecho podrá efectuarse a instancias de uno solo de los miembros. La Ley Andaluza de Parejas de Hecho, por su parte, sin precisar a instancias de quién señala que acreditada la disolución se procederá a la cancelación de la correspondiente inscripción en el Registro de Parejas de Hecho (art. 12.4); en parecidos términos se manifiesta el artículo 10 de la Ley de Canarias.

⁹⁴ Sobre esta cuestión véase AGUILAR RUIZ Y HORNERO MÉNDEZ: «Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial», Separata de *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57 (enero-marzo 2006).

creces el objeto de este trabajo. Baste, por tanto, señalar que los acuerdos suscritos por la pareja de hecho destinados a regular su convivencia no podrán sobrepasar los límites que, con carácter general, impone a la autonomía privada el artículo 1255 CC. Además, adquiere especial importancia en este ámbito el respeto a la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales. Por ello, no cabría admitir la validez de aquellos convenios que implicaran una situación de dependencia de uno de los convivientes respecto del otro, o una limitación de sus derechos.

En lo relativo a la eficacia de tales acuerdos, desde nuestro punto de vista el legislador debería sancionar el incumplimiento de las obligaciones de carácter personal asumidas por los convivientes en el convenio, a fin de no restarles eficacia en el plano jurídico. Ciertamente y a diferencia de lo que sucede con las obligaciones que tiene una naturaleza patrimonial, no sería posible exigir el cumplimiento *in natura*; sin embargo, su incumplimiento puede ser valorado por el juez a la hora de resolver otro tipo de reclamaciones, como la relativa a la custodia de los hijos comunes o la pretensión de una indemnización tras el cese de la convivencia.

4.2.b).2 *Pactos entre los convivientes de contenido patrimonial*

A diferencia de lo que sucedía con los acuerdos suscritos por los integrantes de una pareja de hecho destinados a regular aspectos personales de su relación, la mayor parte de la doctrina que se ha pronunciado sobre esta cuestión señala que la existencia de pactos que regulen los aspectos patrimoniales de la convivencia constituye un instrumento eficaz para solucionar los futuros conflictos que puedan surgir entre los miembros de la pareja, sobre todo en el momento de ruptura de la convivencia. Como es sabido, éste es también el criterio seguido por los Tribunales de justicia y tales pactos han sido igualmente admitidos por la legislación autonómica sobre parejas de hecho⁹⁵. En lo relativo a la extensión de los mismos, probablemente, como apunta Martínez de Aguirre⁹⁶ lo más coherente con el carácter aformal de la convivencia *more uxorio* es que se establezca un sistema de relaciones patrimoniales sencillo y ligero, limitado a resolver las cuestiones más urgentes y

⁹⁵ Artículo 3 de la Ley catalana; artículo 5 de la Ley de Aragón; artículo 5 de la Ley de Navarra; artículo 4 de la Ley valenciana; artículo 4 de la Ley de las Islas Baleares; artículo 4 de la Ley madrileña; artículo 5 de la Ley de Asturias; artículos 7 y 10 de la Ley andaluza; artículo 7 de la Ley canaria; artículo 6 de la Ley de Extremadura; artículo 5 de la ley vasca y artículo 8 de la ley de Cantabria.

⁹⁶ «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», *op. cit.*, p. 873.

relevantes que se susciten desde el punto de vista patrimonial, pero sin la pretensión de establecer un régimen patrimonial global.

Respecto a cuáles podrían ser esos acuerdos concretos, la doctrina cita, entre otros, los relativos al régimen de gastos durante la convivencia, el sistema al que quedan sometidas las adquisiciones de bienes que realicen los convivientes, el otorgamiento de facultades de representación, recíprocas o no, en materia patrimonial así como su extensión y límites; reglas sobre la liquidación de la convivencia en caso de ruptura de la relación, etc.

La enumeración del posible contenido de dichos pactos nos revela que los mismos están destinados, en primer lugar, a regular las cuestiones de índole económica que pueden surgir en el seno de la pareja de hecho mientras dura la convivencia; dentro de los mismos tendrán una especial importancia los relativos al modo de contribuir a las cargas familiares, entendiendo por tal el conjunto de gastos realizados para cubrir todas las necesidades inherentes al grupo familiar, no atribuibles especialmente a alguno de sus miembros; entre dichas cargas se han de incluir los gastos originados por el sostenimiento de la familia, la alimentación, educación y asistencia médica de los miembros del grupo familiar, etc.

En segundo lugar, dichos pactos podrán tener por objeto convenios relativos al modo de liquidar la convivencia. Teniendo presente que las cuestiones que con más frecuencia se han planteado ante los Tribunales de justicia son las que se refieren a la consecuencias de la ruptura de la unión de hecho y la reclamación de uno de ellos frente a la situación planteada, es previsible que dichos acuerdos puedan contener el compromiso de no reclamar al otro el pago de una compensación económica, o establecer unos criterios que permitan fijar el importe de la misma a favor de uno o de ambos miembros de la pareja, así como la duración temporal de la misma; igualmente, también podrán llegar a acuerdos sobre el modo de distribuir los bienes en cuya adquisición hayan contribuido ambos⁹⁷.

Una vez más hay que tener presente que dicho poder de autorregulación de los convivientes no es absoluto, sino que tales pactos tendrán que respetar unos límites que podríamos agrupar en tres categorías⁹⁸: en primer lugar, tales acuerdos no podrían ir en contra de la ley, la moral o el orden público según dispone con carácter general el artículo 1255 CC; en segundo lugar, habrán de respetar los límites derivados de la proyección de los derechos fundamentales de la persona, como la libertad o igualdad de los convivientes.

⁹⁷ En el mismo sentido MESA MARRERO: *op. cit.*, p. 94.

⁹⁸ Seguimos en este punto la exposición realizada por AGUILAR RUIZ y HORNERO MÉNDEZ: *op. cit.*, pp. 22 ss., en lo relativo a los límites al poder de autorregulación de los cónyuges a la hora de elaborar pactos de renuncia previa a la pensión compensatoria.

En tercer lugar, las exigencias derivadas de la naturaleza contractual de ese tipo de pactos: consentimiento libre y voluntario, objeto y causa lícitos.

Queda una última cuestión que debe abordarse en relación con tales acuerdos y es el relativo a la forma que deben revestir y su posible eficacia frente a terceros. En principio, cabría admitir la validez de los acuerdos a los que lleguen los miembros de una pareja de hecho, cualquiera que sea la forma en la que se hayan celebrado. Ahora bien, como señala Martínez de Aguirre⁹⁹, la forma de estos acuerdos está estrechamente ligada a su publicidad y ambas a su eficacia frente a terceros. Añade este autor que las diferencias entre el matrimonio y la unión de hecho en torno a esta cuestión son más que evidentes. En efecto, la publicidad de las reglas por las que se rigen los aspectos patrimoniales de un matrimonio se articula en torno a un complejo sistema del que forman parte la publicidad legal de que goza el régimen supletorio, aplicable en defecto de pacto, la exigencia de escritura pública para otorgar capitulaciones matrimoniales (art. 1327 CC), la indicación del régimen en el Registro Civil y, en su caso, la constancia en los Registros de la Propiedad y Mercantil; de esta forma el tercero siempre puede tener acceso no sólo al régimen económico del matrimonio, sino también a otros acontecimientos influyentes sobre el vínculo que pueden afectar a dicho régimen. Nada de esto sucede respecto a los pactos suscritos por la pareja de hecho: ni hay publicidad de la situación de la convivencia, ni de los acuerdos por lo que se rige. Es más, la libre disolubilidad de la unión, sin una resolución judicial que la decreta conlleva un alto grado de inseguridad acerca de la vigencia o no del régimen pactado. Por otra parte, dichos acuerdos y a diferencia de lo que sucede en el matrimonio, no tienen acceso al Registro Civil o Mercantil; en cuanto al Registro de la Propiedad podrá acceder al mismo conforme a las reglas generales. Esto quiere decir, añade Martínez de Aguirre, que la publicidad y efectos frente a terceros de los pactos entre los convivientes se rigen por los artículos 1218 y 1227 CC¹⁰⁰. A tenor de lo dispuesto en dichos preceptos los acuerdos suscritos por la pareja de hecho serán eficaces frente a terceros mediante su elevación a escritura

⁹⁹ «Acuerdos entre los convivientes..., *op. cit.*, pp. 853 ss.

¹⁰⁰ El primero de estos artículos dispone que «Los documentos públicos hacen prueba, aún contra terceros, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.

También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubieran hecho los primeros».

Por su parte, el artículo 1227 señala que «La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio».

pública. Sin embargo, y en comparación con el matrimonio, los terceros pueden desconocer si subsisten o no tales pactos, e incluso, la unión regida por ellos. Ello determina que el déficit de publicidad conlleve un déficit de protección de los terceros.

La situación que hemos descrito en lo relativo a la dificultad de los terceros para conocer el contenido y la pervivencia de tales acuerdos implica que la ley estatal debe establecer un régimen de publicidad de tales convenios, a fin de proteger a los terceros que entran en relación con una unión de hecho.

4.2.c) REGULACIÓN APLICABLE EN DEFECTO DE PACTO

4.2.c).1 *Planteamiento*

Abordaremos, a continuación, el segundo de los interrogantes planteados que tiene por objeto estudiar el posible régimen jurídico de la unión de hecho en los supuestos en que los integrantes de una pareja no suscriban ningún tipo de acuerdo. Dicha cuestión debe, a su vez, desdoblarse en dos aspectos. En el primero de ellos se pretende analizar la posibilidad de que el legislador pueda imponer a los convivientes un conjunto de derechos y deberes de contenido personal, así como la naturaleza de las normas que establecieran dicho estatuto. El segundo, por su parte, y ante la eventualidad de que los integrantes de una unión de hecho no suscribieran ningún convenio sobre el modo de regular su convivencia o las consecuencias derivadas de la ruptura, se analizará el posible contenido del régimen supletorio previsto por el legislador.

4.2.c).2 *Régimen imperativo: un estatuto personal de los convivientes*

De acuerdo con lo expuesto, analizaremos en primer lugar una cuestión que nos parece de enorme importancia cual es determinar si la ley debe establecer un conjunto de disposiciones imperativas aplicable a la pareja de hecho, semejante a la disciplina matrimonial aunque de contenido menor. Pues bien, respecto a la existencia de un posible estatuto personal de los convivientes, la mayoría de los autores que se han pronunciado sobre esta cuestión defienden que no es posible imponer a los miembros de la pareja de hecho un conjunto de deberes similares a los que existen en el matrimonio; se argumenta, en apoyo de dicha opinión, que es necesario respetar la decisión personal de convivir sin formalizar jurídicamente su

unión, de forma que lo contrario sería someter a los interesados a unos efectos que ellos mismos han excluido¹⁰¹.

Posiblemente, lo resbaladizo del tema explique que las distintas Proposiciones de Ley sobre Parejas de Hecho no entren a regular el ámbito personal de los convivientes; o quizá la razón sea que los conflictos que en la práctica se producen afecten más bien al aspecto patrimonial¹⁰².

Desde mi punto de vista, el problema que ahora abordamos exige analizar el fundamento de los efectos personales del matrimonio, a fin de determinar si dicho fundamento estaría igualmente presente en la pareja de hecho. En tal sentido, se afirma¹⁰³ que alguno de los efectos del matrimonio son típicos del estatuto matrimonial y, por tanto, sólo serán exigibles a quienes ostentan la condición de cónyuge: eso sucede con la obligación de vivir juntos y de guardarse fidelidad. Pues bien, en relación con tales deberes es verdad que la unión de hecho tiene una naturaleza eminentemente fáctica, al estar basada en la mera convivencia, sin vínculo formal. De igual modo, esa informalidad se proyecta en el momento de su disolución; por lo tanto, podría parecer que no es acorde con la naturaleza de esta figura exigir a los miembros de la pareja el cumplimiento de dichos deberes. Sin embargo, en mi opinión, las características típicas de este modelo de convivencia determinan que el deber de vivir juntos, más que una obligación, se configura como un elemento esencial sobre el que se sustenta el concepto de unión de hecho. En efecto, según ya se ha expuesto, el primer requisito

¹⁰¹ LACRUZ: «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», *op. cit.*, pp. 1063 y 1064, y *Elementos de Derecho privado IV*, *op. cit.*, p. 296. ROCA: «El régimen económico de las parejas de hecho», *op. cit.*, p. 36. GAVIDIA: «Analogía entre el matrimonio y la unión libre...», *op. cit.*, p. 40, por su parte señala que el legislador, con base a los artículos 9.2 y 39.1 CE, puede regular las uniones libres imponiendo a los convivientes un estatuto, con independencia de que éstos lo consientan. La cuestión se centra pues en determinar cuáles de los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges enuncrados en los artículos 67 y 68 CC requieren constitucionalmente una declaración de voluntad formal de asumirlos. En opinión de este autor mientras el deber de socorro y ayuda mutua y el de actuación en interés de la familia pueden ser impuestos a los convivientes aunque éstos no lo consientan. No así el deber de vivir juntos que no resultaría incompatible con la libre ruptura de las uniones. En lo relativo al deber de fidelidad, este autor considera que tiene poco sentido imponerlo en unas uniones que pueden excluirlo con la libre ruptura.

¹⁰² Durante la VI Legislatura, el Grupo Parlamentario Popular presentó la Proposición de Ley Orgánica de Contrato de Unión Civil cuyo artículo 1.1 lo define como aquel en el que dos personas físicas mayores de edad acuerdan convivir y *prestarse ayuda mutua*. En opinión de GAVIDIA: «Analogía entre el matrimonio...», *op. cit.*, p. 40, nota 46 los artículos 3 y 8 de la ley catalana, los artículos 5.3 y 13 de la ley aragonesa y el artículo 5.3 de la ley de Navarra imponen una serie de deberes a los convivientes aunque éstos no lo consientan. De igual modo, HERNÁNDEZ IBAÑEZ. «Una aproximación a la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja de Cataluña», *Actualidad Civil* 1999, pp. 584 ss, afirma que en cuanto a los efectos o relaciones personales pueden regular lo que deseen, así como sus derechos y obligaciones, que por lo tanto queda al arbitrio de lo que la pareja estable considere más adecuado para su caso.

¹⁰³ GAVIDIA: «Analogía entre el matrimonio...», *op. cit.*, p. 40.

que ha de concurrir en la pareja de hecho es precisamente la convivencia que supone la creación, por parte de los miembros de la misma, de una comunidad de vida estable y duradera. En consecuencia, si los miembros de la pareja no conviven, consecuencia natural de ese proyecto de vida común, difícilmente puede estimarse que exista una unión de hecho. En lo relativo al deber de fidelidad en cuanto deber conyugal, afirma López de la Cruz¹⁰⁴ que el mismo debe entenderse no tanto como un deber de exclusividad en las relaciones íntimas, sino como manifestación de lealtad y de confianza, que veta comportamientos ofensivos o denigrantes hacia el otro, añadiendo que la infracción de dicho deber, en sí mismo considerado, carece de consecuencias jurídicas. Pero si se concibe el matrimonio como un proyecto de vida en común entonces, la fidelidad sexual es una consecuencia de dicho proyecto. A nuestro juicio, dichas afirmaciones son igualmente válidas en la pareja de hecho y en ese sentido cabría afirmar que existe un deber de fidelidad entre los convivientes.

Por su parte, el artículo 66 del Código Civil proclama que *los cónyuges son iguales en derechos y deberes*, añadiendo el precepto siguiente que *los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente*. ¿Se pueden exigir tales deberes a los miembros de una pareja de hecho, o por el contrario, se trata de deberes típicamente matrimoniales? Desde nuestro punto de vista es evidente que, de acuerdo con los principios de protección y solidaridad que debe presidir las relaciones del grupo familiar, dichos deberes deben imponerse a los convivientes en la futura regulación legal; ello con carácter imperativo y sin posibilidad de que los miembros de una pareja lo excluyan mediante pacto. Las razones que justifican tal afirmación es que tales deberes no derivan del matrimonio, sino del texto constitucional, estando ligados a la condición de persona. ¿Y el deber de socorro y ayuda mutua? El mismo implica una estrecha colaboración entre los cónyuges en dos sentidos: contribución al sostenimiento y subsistencia de la familia y asistencia y auxilio recíprocos, de tal forma que ambos cónyuges se proporcionen las prestaciones y cuidados necesarios¹⁰⁵. Según hemos puesto de manifiesto, la mayor parte de la doctrina defiende que el mismo sólo tiene sentido cuando hay un vínculo jurídico que una a la pareja¹⁰⁶; por tanto, en defecto de pacto, no sería exigible a los convi-

¹⁰⁴ «La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas», artículo pendiente de publicación en la RDP.

¹⁰⁵ LOPEZ DE LA CRUZ: *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁶ LACRUZ: «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», *op. cit.*, pp. 1063 y 1064, y *Elementos de Derecho privado IV*, *op. cit.*, p. 296, y ROCA: «El régimen económico de las parejas de hecho», *op. cit.*, p. 36.

vientes. Aun admitiendo que aquí la solución no es tan clara como en el supuesto anterior, en la medida que dicho deber no está fundado en un precepto constitucional, dicha tesis doctrinal es, en mi opinión, discutible. A la misma se le podría objetar que la indudable calificación de familia que tiene hoy la pareja de hecho, tal como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, justifica que defendamos que el legislador estatal debiera incluir, mientras dura la convivencia, un derecho/deber recíproco de ayuda basado igualmente en el principio de solidaridad que debe presidir las relaciones familiares, o al menos, que su inclusión en dicho estatuto mínimo una opción por la que pudiera decantarse nuestro legislador. ¿Qué argumentos sostienen esa imposición, entre los derechos y deberes de los convivientes?

A mi entender esta solución es la más coherente con el Estado social que proclama nuestra Constitución. Efectivamente, como ya se expuso al hacer referencia al marco constitucional, la asunción de la familia por las Constituciones supone una manifestación de la importancia que la misma tiene para el modelo de sociedad que se quiere, y responde asimismo a la necesidad imponer los criterios que deben regir las relaciones entre sus miembros. En otras palabras, la familia, en cuando realidad preexistente, ha de amoldarse a los principios que informan la organización política y social en el plano constitucional. Pues bien, en el contexto del artículo 39 CE el Estado establece un sistema de protección a la familia cuyo fundamento está en que el individuo pueda desarrollar en ella sus derechos fundamentales y donde los particulares presten servicios asistenciales en el ámbito del grupo familiar. Es más, sabemos ya que el Tribunal Constitucional ha definido a la familia como un «marco de solidaridades y dependencias»; esto es, una relación afectiva basada en criterios de protección y solidaridad entre sus miembros. ¿Cómo defender entonces que la pareja de hecho es un modelo de familia protegida por el Estado *ex* artículo 39 CE aun cuando no exista entre sus miembros un deber recíproco de ayuda mutua y de actuación en interés de la familia?

Ahora bien, como apunta Roca¹⁰⁷, la familia no tiene en sí misma un valor legal superior y distinto del que se atribuye a los individuos que forman parte de ella. Por ello, los poderes públicos asumen la protección del grupo familiar en la medida que dentro del mismo se cumplen unas necesidades sociales evidentes. Pero esa protección no se realiza al grupo familiar en cuanto tal, sino en tanto que permite que los respectivos individuos obtengan la satisfacción de sus intereses individuales. Desde estos planteamientos,

¹⁰⁷ «Familia, familias y derecho de familia, *op. cit.*, p. 1067 ss.

Roca afirma que la Constitución Española no coloca al grupo familiar en una posición de poder frente a sus componentes¹⁰⁸. Ello significa, que en aquellos casos en que se produce un conflicto entre el interés familiar y el individual, prevalece este último, pues, lo que se protege es el ejercicio de los derechos fundamentales de los individuos que forman parte de la familia. En este contexto, el llamado interés familiar se entiende únicamente como la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sin que en ningún caso se pueda hablar de unos intereses específicos del grupo por encima de sus integrantes.

Somos conscientes que defender la existencia de un conjunto de normas de carácter imperativo aplicable a la pareja de hecho supone vaciar de contenido el estatuto matrimonial; sin embargo, aún más grave parece afirmar que la pareja de hecho es un nuevo tipo de familia presente en nuestra sociedad y luego no ser consecuente con dicha afirmación, pretendiendo que dicho modelo tiene una naturaleza puramente contractual en el sentido de que sus efectos serán únicamente los que establezcan los integrantes de la pareja. En definitiva, para entender que nos encontramos ante una familia merecedora de la protección del Estado lo fundamental es constatar que existe entre los sujetos que los integran unas relaciones basadas en criterios de solidaridad y protección. Ello conlleva que entre sus miembros deben existir unos deberes de ayuda mutua y de actuación en interés de la familia.

Íntimamente relacionado con la cuestión relativa a la imposición de un estatuto personal a los convivientes, en virtud del cual se imponga a sus integrantes unos deberes en los términos ya examinados está el problema de determinar las consecuencias jurídicas que generaría el incumplimiento de los mismos. Al respecto, y aún cuando nos encontramos antes deberes que tiene un fuerte contenido ético siendo imposible exigir su cumplimiento en forma específica, se trata de comportamientos que merecen una respuesta sancionadora por parte del legislador en la medida que su incumplimiento atentaría contra la dignidad de la persona. Es decir, no respetar al otro conviviente teniendo hacia él una conducta vejatoria, negarle el socorro o la ayuda en los casos en que ésta sea necesaria, o hacer prevalecer el interés propio basado en una decisión arbitraria y en contra del interés familiar genera sin duda un daño que debe ser reparado.

¹⁰⁸ Ello, en opinión de esta autora se deduce del artículo 32 CE que basa las relaciones matrimoniales en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges y en el artículo 14 CC donde se establece el principio de igualdad de las personas.

A modo de conclusión, cabe señalar que nos parece conveniente, por las razones expuestas, que el legislador estatal se planteara establecer un estatuto personal de carácter imperativo que rigiera la convivencia *more uxorio*. Ahora bien, también hay que valorar como una opción posible que la futura norma, en la línea de los Proyectos de Leyes anteriores, decidiera prescindir del mismo y establecer únicamente reglas patrimoniales; en tal caso desde nuestro punto de vista nos encontraríamos ante norma incompleta en la medida que se publicaría en un momento en el que ya se ha consolidado constitucionalmente la configuración de la pareja de hecho como un nuevo modelo de familia.

4.2.c).3 Régimen supletorio

Con respecto a la segunda de las cuestiones planteadas y a la vista de lo expuesto en las páginas precedentes es evidente que la futura ley estatal debe reconocer, con valor de principio general, la validez de los acuerdos suscritos por los convivientes en orden a regular sus relaciones personales y patrimoniales. Las cuestiones relativas al posible contenido de dichos pactos, así como la validez y eficacia de los mismos han sido ya examinadas.

En defecto de dichos pactos, sin duda la norma debería contener un régimen supletorio. En lo relativo al alcance de la regulación prevista por el legislador estatal, ciertamente cabría plantearse si el primer aspecto que debería contemplar estas disposiciones, que tienen un valor subsidiario respecto de las previsiones de los convivientes, son las relativas al establecimiento de un conjunto de derechos y deberes de carácter personal, similares a los que existen en el matrimonio. No obstante, ya se ha dicho que la proyección de los derechos fundamentales sobre las relaciones de pareja determina que los principios de igualdad y de respeto mutuo deben imponerse a los miembros de la pareja de hecho con carácter imperativo y sin posibilidad de que sus integrantes excluyan tales deberes por medio de pacto. Por ello, el régimen supletorio debería centrarse en enumerar un conjunto de reglas de carácter patrimonial.

Dicha regulación supletoria viene exigida por el hecho de que el proyecto de vida en común que supone una convivencia *more uxorio* genera unas necesidades de los miembros de la pareja similares a las que existe en el matrimonio, tales como la vivienda, atenciones ordinarias de la familia, obligaciones para con los hijos comunes o no que convivan en el hogar familiar, etc. Como ya se ha apuntado, la regulación de tales cuestiones puede ser resuelta por los integrantes de la unión de hecho mediante pacto pero, en

ausencia de los mismos, parece que la ley general debiera prever un régimen dispositivo que fije las actuaciones básicas en este ámbito. Dicha normativa debe tener presente que estamos ante un modelo de familia y, por tanto, sus reglas deberán estar basadas en la solidaridad y ayuda mutua que caracteriza las relaciones entre los miembros de la pareja, arbitrando mecanismos que protejan los intereses de cada uno de los integrantes de la pareja, especialmente cuando alguno de ellos pudiera estimarse que se halla más necesitado de protección.

Conviene advertir, no obstante, que en ningún caso se pretende que dicha normativa sea equiparable a los preceptos del Código Civil relativos a los regímenes económicos matrimoniales. Se configuraría, más bien, como un conjunto de reglas destinadas a regular las cuestiones de índole económica que pueden surgir en el seno de la pareja de hecho mientras dura la convivencia. En segundo lugar, dichos pactos podrán tener por objeto convenios sobre el modo de liquidar ésta.

En consecuencia, mientras la unión de hecho subsiste dicha regulación tendría por finalidad principalmente delimitar no sólo qué gastos deben ser considerados comunes, sino también de la forma en que se ha de contribuir al sostenimiento de los mismos. Se pretende con ello evitar conflictos mientras subsiste la pareja. Por otra parte, el estudio de la legislación autonómica nos revela que la misma es bastante coincidente en este extremo, estableciendo que dichas normas regirán en ausencia de pacto entre los convivientes.

De acuerdo con lo expuesto, dicha normativa supletoria debería contener, al menos, los siguientes aspectos:

1.º Que los miembros de la pareja contribuirán al mantenimiento de la familia y a los gastos comunes.

2.º Se considerarán gastos comunes los necesarios para el sostenimiento de la familia incluyendo en tal concepto los hijos, comunes o no, que convivan con ellos.

3.º Se reputará como contribución a los gastos comunes el trabajo doméstico, así como la colaboración personal o profesional no retribuida o con retribución insuficiente a la profesión o empresa del otro miembro.

4.º En lo relativo a la cuantía con que cada miembro de la pareja ha de contribuir a dichos gastos, dicha contribución debe ser proporcional a los ingresos de los convivientes o, en su defecto, a sus respectivos patrimonios. El argumento es que dicha solución parece la más justa y en tal sentido se recoge en la normativa autonómica.

5.º En defecto de pacto, cada conviviente conservará la propiedad, el disfrute y la administración de sus bienes así como los que adquiera durante la convivencia.

En segundo lugar, dicho régimen supletorio debería establecer un conjunto de reglas destinadas a liquidar la convivencia, una vez que se produce la ruptura de la pareja de hecho. En relación con el alcance de las mismas, el examen de la legislación autonómica nos revela que sus disposiciones en esta materia no son sino aplicaciones concretas del principio de enriquecimiento injusto, de forma que lo que se pretende es que la extinción de la vida en pareja no de lugar a un quebranto de una de las partes en comparación de la otra. Por esta razón, autores como Bercovitz¹⁰⁹ defienden que no es preciso la publicación de una ley, al ser suficiente la jurisprudencia actualmente existente, la cual aplicando dicha doctrina, ha llegado a resultados ciertamente positivos¹¹⁰. No obstante y como vamos a intentar justificar a lo largo de las líneas siguientes, dicha solución resulta insuficiente pues habrá supuestos en los que no se den los presupuestos del enriquecimiento sin causa y, sin embargo, deba reconocerse una compensación económica a uno de los convivientes. Iniciaremos nuestra argumentación con un análisis de la citada STS de 12 de septiembre de 2005, así como de los Votos Particulares que se formularon a la misma¹¹¹. A fin de resolver el

¹⁰⁹ «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», *op. cit.*, p. 101.

¹¹⁰ Así, la SSTS de 11 de diciembre de 1992 y 27 de marzo del 2001 aceptaron como fundamento de la procedencia de la indemnización el principio general de prohibición del enriquecimiento injusto. Por su parte, la STS de 17 de enero del 2003 afirma que la parte más débil es la mujer no sólo en este caso sino en todos los que han llegado a la Sala, añadiendo en el último párrafo del FD 4 que si bien no se aprecia la existencia de una comunidad, *se ha de otorgar a la demandante la indemnización correspondiente a la ruptura de la convivencia, evitando así el perjuicio injusto que sin causa ha sufrido. Lo cual se relaciona con la institución que es expresión de un principio general del Derecho, del enriquecimiento injusto. En consecuencia, acuerda otorgar como compensación el valor del tercio de los bienes relacionados como patrimonio adquirido durante la convivencia.* De igual modo en la STS de 17 de junio del 2003 queda acreditada una convivencia *more uxorio* durante cincuenta y tres años que se extingue por fallecimiento del varón, el cual muere intestado resultando heredero universal de sus todos sus bienes su hermana. Según se declara en el FD Tercero, la demandante se dedicó en exclusiva a la atención del conviviente fallecido y del hogar familiar prestándole total ayuda material y moral lo que repercutió positiva y significativamente en la formación del patrimonio de aquél, al tiempo que acarreó un desentendimiento de su propio patrimonio, pues tal dedicación no sólo no le supuso ninguna retribución o compensación económica, sino que le impidió obtener beneficios privativos mediante el desarrollo de otra actividad en provecho propio. Señala el Tribunal que de la composición fáctica expresada se desprende una situación de enriquecimiento injusto y considera que la indemnización debe ser fijada en la cuarta parte de todos los bienes de los que era propietario el Sr. C. De igual modo, la STS de 23 de noviembre de 2004 concede a la mujer una compensación estimada en el tercio de los bienes existentes al tiempo del fallecimiento del conviviente varón.

¹¹¹ Los hechos fueron los siguientes: el demandado tenía cincuenta y dos años de edad y la demandante cincuenta y uno. La actora era funcionaria, con la categoría de ordenanza, de la Junta de Castilla-León y además percibía una pensión de un Estado extranjero.

problema fundamentado en la disolución de una unión de hecho, la Sala afirma que debe aplicarse la figura del enriquecimiento injusto, el cual siempre servirá como cláusula de cierre. Sin embargo, en el caso enjuiciado se estimó que la mujer, en razón de la convivencia, no había perdido un puesto de trabajo, ni había visto disminuidas sus retribuciones. Tampoco sufría una minusvalía o enfermedad alguna. E incluso aportó a la comunidad la carga del cuidado y educación de dos hijos, provenientes de su matrimonio. Por ello, y en relación con los requisitos exigidos por la jurisprudencia para aplicar la doctrina del enriquecimiento sin causa, el Tribunal Supremo entiende que en el presente caso falta el primero de ellos en la medida que no se puede hablar de un empobrecimiento de la parte actora; la circunstancia de que la parte demandada ha visto aumentado su patrimonio de una manera moderada, no aparece como falto de causa; al contrario, según afirma la Sala el mismo obedece al acierto en el desenvolvimiento de su actividad-un servicio de ambulancias.

Concluye la Sala afirmando que ni por la técnica del enriquecimiento injusto, ni por la fuerza expansiva del Derecho que permite la aplicación del artículo 97 CC puede estimarse la pretensión indemnizatoria de la parte actora por lo que procede absolver de la pretensión de indemnización realizada. Dicha sentencia fue objeto, en primer lugar, de un Voto Particular formulado por el Magistrado O'Callaghan y que se centra precisamente en la negativa a conceder la indemnización a la mujer, la cual había sido estimada por la sentencia de instancia. En el Voto formulado se afirma, en primer lugar, que respecto a las uniones de hecho la doctrina jurisprudencial ha sido reiterada y ha mantenido una unidad de criterio en su esencia,

Al tiempo de constituirse la pareja de hecho ninguno de sus miembros estaba ligado a vínculo matrimonial alguno. La convivencia duró diecinueve años y durante la misma vivieron con la pareja los dos hijos habidos por la actora con anterioridad a la unión de hecho así como el hijo común. La demandante, además de pedir la guardia y custodia del menor, solicita una pensión mensual para éste y el uso y disfrute de la vivienda familiar. Asimismo reclama que se estime disuelta la sociedad o comunidad habida y la condena al demandado a efectuar las operaciones de partición al 50 por 100. Subsidiariamente, para el caso que no se aprecie la existencia de comunidad, la demandante solicitaba el pago de un indemnización de 70 millones de pesetas por el enriquecimiento sin causa obtenido por el conviviente varón. Y, en el supuesto de que no se concedieran los pedimentos anteriores, que se le otorgue la misma cantidad como indemnización por 19 años de convivencia y los perjuicios que la ruptura le supone. El demandado formuló reconvencción solicitando la guardia y custodia del hijo menor una pensión alimenticia y el abandono inmediato de la vivienda cuya propiedad le pertenecía. El Juez de Primera Instancia además de atribuir la guardia y custodia del menor a la madre y fijar una pensión alimenticia a cargo del padre de 70.000 pesetas. Fija una indemnización a favor de la demandante de diecinueve millones de pesetas y ordena por último el abandono de la vivienda por parte de la actora. La Audiencia, desestimando el recurso de apelación interpuesto, confirmó la sentencia recurrida. El TS estimando parcialmente el recurso de casación interpuesto casa y anula la sentencia en lo relativo a la indemnización concedida a la demandante.

con divergencias en sus matices. Siempre, reiteradamente ha buscado evitar el perjuicio injusto y proteger al que aparezca perjudicado (SSTS 10 marzo 2001, 17 de enero 2003, 23 de noviembre 2004), en el sentido de que *una persona, tras una larga convivencia, no puede quedar apartada de todo beneficio económico o aumento patrimonial que se haya producido durante la misma; en otras palabras, a la inversa: tras la convivencia, no puede uno de los convivientes retener para sí todo beneficio o aumento de patrimonio que se ha producido. En ningún caso se admite que se valoren las aportaciones económicas de cada uno, ya que no puede desconocerse la realidad del valor del trabajo doméstico y dedicación a la familia que ha realizado uno de ellos. Aquí está el quid de la cuestión: los temas que han llegado a casación no son otros que las consecuencias que produce para uno de ellos la ruptura de la relación; y este «uno de ellos» siempre ha sido la mujer, por lo menos hasta ahora.*

En las sentencias de instancia se considera que la contribución de la actora, muy prolongada en el tiempo pues ha durado 19 años, *tiene que tener una valoración económica cuando esta situación de estabilidad a la que la demandante ha contribuido eficientemente se ha roto por finalización de la convivencia entre los litigantes (sentencia de primera instancia, fundamento segundo), lo que crea razones de justicia y equidad para indemnizar a la persona que se ha dedicado de una manera singular e intensa a la familia, en perjuicio de su promoción personal y profesional (sentencia de segunda instancia, fundamento sexto in fine).*

Concluye el Magistrado afirmando que se deben aceptar dichos pronunciamientos. La mujer en la unión de hecho debe recibir una compensación económica que no la deje apartada del beneficio económico y aumento patrimonial producido durante la larga convivencia; no se trata, pues, de si ella ha hecho aportaciones económicas o si ha sufrido un empobrecimiento, sino que aquella convivencia en la que ha habido importantes aumentos patrimoniales y a la que ella ha dedicado su trabajo y atención en el hogar, no le dejen al margen de todo el beneficio económico para quedar exclusivamente para la otra parte convivente. Y ello se basa en el principio general del conviviente perjudicado.

El segundo Voto Particular, formulado por los Magistrados Ferrándiz Gabriel y Roca Trías¹¹² se centra en diferenciar, como

¹¹² El mismo fue formulado por los Magistrados Ferrándiz Gabriel y Roca Trías los cuales comienzan por afirmar que, aun reconociendo que matrimonio y unión de hecho no son situaciones iguales, consideran que en ciertos casos pueden aplicarse a la unión de hecho reglas relativas a los efectos de la ruptura matrimonial y, más concretamente las que regulan el derecho a una pensión compensatoria, sin necesidad de utilizar las reglas del enriquecimiento injustificado, que no siempre será el remedio más adecuado para solucionar el problema planteado. Añaden los citados Magistrados que el artículo 97 CC contem-

instituciones que parten de presupuestos distintos: la pensión compensatoria y el principio del enriquecimiento sin causa¹¹³. Y se añade que aunque pueden existir casos en los que la convivencia ha producido un enriquecimiento que pueda calificarse de injustificado, no deben confundirse los dos institutos: La compensación por el perjuicio que la ruptura produce en una de las partes de la unión no trata de compensar el aumento patrimonial experimentado por uno de los patrimonios, sino que se refiere sólo a la comparación entre la situación mantenida durante la convivencia y la que produce la ruptura de la misma. Concurriendo estos requisitos podría aplicarse a la ruptura de la pareja de hecho por analogía con el régimen previsto para la ruptura del matrimonio en el artículo 97 CC. En cambio, el enriquecimiento injustificado supone un aumento patrimonial en uno de los convivientes a costa del otro y puede llegar a producirse si concurren los requisitos que esta Sala ha exigido de forma uniforme y reiterada en numerosa jurisprudencia¹¹⁴.

Por su parte, las Leyes de Cataluña (art. 3.1), de Navarra (art. 5.3), y de las Islas Baleares (art. 4.1) acogen el criterio de atribuir a las uniones de hecho unos efectos mínimos los cuales se aplican al margen de la voluntad de las partes. En efecto, aunque tales disposiciones admiten, como principio general, que mediante pactos se regulen las compensaciones económicas que convengan para el caso de cese de la convivencia, se añade que dichos acuerdos han de respetar el mínimo de derechos regulados, los cuáles son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles. En lo relativo a cuales son esos derechos mínimos, en todos los casos y con una redacción muy similar el

pla como supuesto de hecho la realidad de la ruptura de una relación estable permitiendo, en ese reducido ámbito, afirmar la similitud relativa que justifica el método de la integración, sin necesidad de sostener la semejanza entre dos instituciones que son distintas en abstracto y, normalmente en la voluntad de los propios interesados. De ahí que aplicar una regla prevista para las consecuencias de la ruptura matrimonial, como es la pensión compensatoria, no significa aplicar analógicamente las reglas del matrimonio, ni tampoco las del enriquecimiento injustificado. Se afirma por último que la compensación está presente en otras disposiciones del Código como el artículo 98 o el artículo 1438 CC.

¹¹³ Para que se dé la primera se exige la cesación de la convivencia, el posible perjuicio que esta cesación produce en una de las partes de la relación ya sea matrimonial o no matrimonial y, por último, la comparación de la situación resultante con la existente durante el matrimonio o la convivencia de hecho. Por el contrario, son requisitos del enriquecimiento injustificado: primero, el aumento del patrimonio del enriquecido; segundo, el correlativo empobrecimiento del actor; tercero, la falta de causa que justifique el enriquecimiento y, por último, la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de tal principio. Los requisitos del enriquecimiento difieren pues sustancialmente de los que el Código exige en los artículos 97 y 1438 para que pueda operar la compensación

¹¹⁴ Sin embargo, y a diferencia del supuesto anterior este Voto Particular discrepa únicamente de la argumentación contenida en el sentencia en la medida que podría llevar a la interpretación de que la Sala Primera del TS usa como términos equiparables la compensación y el enriquecimiento injustificado, siendo así que deben ser distinguidos, pero se está de acuerdo con el fallo por considerar que de las pruebas aportadas en los autos no puede deducirse que concurren los requisitos para otorgar la compensación pedida.

legislador autonómico establece dos: el primero, se refiere a la compensación económica que puede exigir aquel conviviente que, sin retribución o con retribución insuficiente, ha trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, siempre que por este motivo se haya generado una situación de desigualdad entre ambos patrimonios que implique un enriquecimiento injusto. El segundo tiene por objeto la pensión económica que cualquiera de los miembros de la pareja puede reclamar al otro, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento en alguno de los casos siguientes: *a)* si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos; *b)* si el cuidado de los hijos comunes a su cargo le impidiera la realización de actividades laborales o las dificultara seriamente (arts. 13 y 14 de la Ley de Cataluña, art. 5 de la Ley Navarra y art. 9 de la Ley de las Islas Baleares).

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, y de acuerdo con la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo¹¹⁵ en torno a la naturaleza de la pensión compensatoria regulada en el artículo 97 CC, es claro que nos encontramos no ante unos preceptos de derecho imperativo, sino de derecho dispositivo, de forma que los convivientes pueden renunciar a ellos anticipadamente, sin perjuicio del control que en su caso realizara el juez en el supuesto de que dicho acuerdo fuera denunciado por alguno de los convivientes.

Por ello, y en caso de que los integrantes de la pareja nada hubieran establecido al respecto, el legislador estatal debiera recoger dos derechos que responden a presupuestos diferentes¹¹⁶. El primero tendría por finalidad posibilitar que uno de los miembros de la pareja participara en los incrementos patrimoniales experimentados por el otro, siempre que el demandante hubiera participado en la obtención de los mismos, bien con su dedicación al hogar, bien con su colaboración en los negocios familiares.

Analógicamente a lo previsto en el artículo 97 CC, el segundo de ellos permitiría reclamar una pensión cuando tras el cese de la convivencia uno de los integrantes de la misma, debido a una serie de circunstancias a valorar por el legislador, tales como la duración de la convivencia, la edad del demandante, tener a su cargo hijos comunes, etc., experimentara, como consecuencia de la ruptura, un empeoramiento de la situación mantenida durante la convivencia¹¹⁷.

¹¹⁵ Sobre esta cuestión es significativa la STS de 2 de diciembre de 1987. Sobre el carácter dispositivo de la pensión compensatoria véase AGULAR RUIZ y HORNERO MÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 11 ss.

¹¹⁶ Sobre esta cuestión véase MIQUEL, *op. cit.*, 1802-1805.

¹¹⁷ GAVIDIA: Analogía entre el matrimonio y la unión de hecho», *op. cit.*, pp. 17, 41, 60 y 72, afirma que el principio de libre ruptura de las uniones, que para este autor tiene carácter esencial impide que se pueda imponer a los convivientes prestaciones a favor del

4.2.d) RECONOCIMIENTO DE LOS LLAMADOS DERECHOS SOCIALES

Abordamos aquí la cuestión relativa a si debe incluirse dentro de la futura ley estatal el reconocimiento a los miembros de la pareja de los llamados derechos sociales. Pues bien, mucho menos problemático desde un punto de vista doctrinal resulta hoy defender que los derechos sociales deben atribuirse no sólo los que están unidos por vínculo matrimonial, sino también a los miembros de una pareja estable¹¹⁸. Ciertamente, un planteamiento diferente ha sido el adoptado por el TC el cual no ha desarrollado una línea jurisprudencial uniforme en lo relativo a equiparar matrimonio y convivencia *more uxorio* cuando se trataba del disfrute de bienes o derechos.

En efecto, en materia de pensión de viudedad la regla general contenida en el artículo 160 LGSS exigía a los beneficiarios de la pensión la condición legal de viudo en sentido estricto¹¹⁹. Basándose en dicho requisito, el TC ha negado sistemáticamente la pensión de viudedad al conviviente supérstite, por faltar el requisito de la previa existencia del vínculo matrimonial, cuando no habían contraído matrimonio una vez desaparecida la causa que se lo impedía. Sin embargo, existen opiniones que discrepan de dicha doctrina jurisprudencial y que apunta en el sentido antes expuesto: el disfrute de los derechos sociales, en la medida que responden a la idea de garantizar asistencia a las personas ante situaciones de necesidad, deben hacerse extensivo también a los miembros de una unión de hecho¹²⁰.

otro en caso de ruptura que impliquen tener que pagar algo más que el enriquecimiento que el deudor obtuvo a costa del otro y que no hubiera sido compensado de otra forma previamente; se trata de un límite impuesto al legislador y a los tribunales. Por ello se muestra contrario a reconoce a uno de los miembros de la pareja el derecho a usar la vivienda tras la separación si no hay hijos comunes (similar al art. 96 CC) o una pensión compensatoria análoga a la prevista en el artículo 97 para el matrimonio. Es más, a su juicio considera nulo en base a los artículos 6.2 y 1255 del CC, cualquier pacto entre los convivientes por el cual alguno de ellos, o ambos, asuman el compromiso de pagar al otro prestaciones para el caso que decida romper dicha unión, si los mismos implican tener que pagar más de la cifra a la que asciende el enriquecimiento injusto.

¹¹⁸ Sin embargo, en la citada encuesta mientras un 37,8 por 100 se mostraba favorable a reconocer a las parejas de hecho el derecho a la pensión de viudedad, el 50,3 por 100 se mostraba contrario a dicho reconocimiento.

¹¹⁹ No obstante, dicha regla admitía una excepción contenida en la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 reguladora de los procesos de separación nulidad y divorcio que permitía pedir pensiones de viudedad, basada en la mera convivencia matrimonial, a aquellos que no hubieran podido contraer matrimonio por impedirselo la legislación vigente hasta la fecha pero hubieran vivido como tal, acaeciendo el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta ley.

¹²⁰ En la esta línea, la ya citada STC 184/1990, contiene un Voto Particular emitido por el Magistrado López Guerra quien afirma que *si las prestaciones de la Seguridad Social se configurasen como elementos naturalmente integradores del régimen del matrimonio, o como técnicas de protección de la institución matrimonial, no cabría duda que el*

Como es sabido, el Alto Tribunal ha mantenido una jurisprudencia contraria cuando se ha pronunciado sobre la posible inconstitucionalidad del antiguo artículo 58 LAU que, en cuanto manifestación del derecho a la vivienda, otorgaba el derecho de subrogación arrendaticia, en caso del fallecimiento del arrendatario, a favor del cónyuge, descendiente, ascendiente y hermanos que habían convivido con el difunto dos años antes de su fallecimiento. La tantas veces citada STC 222/1992, de 11 de diciembre, declara la inconstitucionalidad del artículo 58.1 con la argumentación de que la diferenciación que introduce entre el miembro superviviente de la *pareja* matrimonial y el que lo sea de una unión de hecho no sólo carece de un fin aceptable, sino que va en contra de los fines o mandatos presentes en la norma fundamental¹²¹. En dicha sentencia se opta por preferir al conviviente por encima de los hijos pue-

legislador podría, legítimamente, excluir de tales prestaciones a los ciudadanos no casados, y en el presente supuesto podría excluir de las pensiones previstas en el artículo 160 Ley General de la Seguridad Social a los supervivientes de uniones de hecho. Pero no resulta de los mandatos constitucionales que el sistema de prestaciones de la Seguridad Social tenga como objeto configurar el régimen de la institución matrimonial, ni proteger tal institución: lo que prevé el artículo 41 de la Constitución es un «régimen público de la Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad». Añade el Magistrado López Guerra que la Sentencia de la que disiente viene a reconocer explícitamente que el fin de la norma en cuestión es compensar frente a un daño, y afrontar unas repercusiones económicas negativas, como son las causadas por el fallecimiento de uno de los miembros de la unión matrimonial. Pero en el supuesto de uniones estables, tal daño se produce con independencia de que exista o no vínculo matrimonial. Se da así, en sentido lato, una situación de necesidad, en los términos del artículo 41 CE; situación que afecta tanto al superviviente de una unión matrimonial como al de una unión de hecho. Y ello, no obstante, el artículo 160 LGSS establece una diferencia de trato entre situaciones idénticas de daño económico. Concluye, por tanto, López Guerra su argumentación afirmando que se produce una vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CE al no haber una justificación razonable, sino opuesta a las previsiones constitucionales, de la diferencia de tratamiento. Igualmente, las STC 29/1991, 31/1991 y 38/1991 de 14 de febrero contienen Votos particulares que se adhieren al contenido en la sentencia 184/1990.

¹²¹ Dicha sentencia contiene, igualmente, dos Votos Particulares de los Magistrados Rodríguez Bereijo y Gabaldón López quienes consideran que de la Constitución (arts. 14 y 39.1) no se deriva un derecho a la equiparación a efectos de subrogación en el contrato de arrendamiento, de la unión de hecho *more uxorio* con el matrimonio, que convierta en inconstitucional –por discriminación arbitraria y no razonable– la diferenciación establecida por el legislador en el artículo 58 LAU. Argumentan los Magistrados que matrimonio y convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes y no puede extraerse la necesidad de equiparación de trato siempre y a todos los efectos entre familia matrimonial y extramatrimonial merced a una aplicación expansiva del principio de igualdad máxime cuando, como en el caso enjuiciado, se pretenda tal equiparación sólo en lo relativo a beneficios o ventajas que se derivan de su régimen jurídico, pero no en los inconvenientes (cargas y deberes). Puede, por tanto, el legislador diferenciar legítimamente entre una y otra siempre que exista una justificación objetiva y razonable. En consecuencia, se afirma que en nada ha vulnerado el artículo 14 CE las resoluciones judiciales al distinguir en su aplicación del artículo 58 ambas situaciones pues el diferente tratamiento ante la Ley no puede tacharse de arbitrario, irrazonable o carente de justificación atendiendo a la finalidad de la norma (que tiene un claro fundamento en la protección a la familia constituida mediante vínculo matrimonial); dicha diferencia de trato que además en nada atenta al libre desarrollo de la personalidad.

tos que estos quedaban por detrás en el orden de prelación del artículo 58¹²². La actual LAU de 24 de noviembre de 1994, en su artículo 16 ha dispuesto la subrogación *mortis causa* no sólo en favor del cónyuge supérstite, sino que ha extendido dicho beneficio a la persona que hubiera convivido en análoga relación de afectividad a la conyugal y con independencia de su orientación sexual.

De igual modo, resulta significativo que todos los Proyectos de Ley que sobre parejas de hecho han presentado los distintos Grupos Parlamentarios¹²³ propugnaran la modificación de la Ley General de la Seguridad Social, a fin de que se extendiera al conviviente de hecho el derecho del cónyuge a percibir una pensión de viudedad. Por su parte, la Proposición de Ley Orgánica de Contrato de Unión Civil, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, reconoce el auxilio por defunción e indemnización por accidente de trabajo no sólo al cónyuge superviviente, sino también a la persona vinculada al fallecido por un contrato de unión civil; por el contrario, el derecho a una pensión para el contratante superviviente se condiciona a que hayan transcurrido tres años desde la formalización del contrato, y siempre que en el mismo se reconocieran a favor del conviviente derechos sucesorios con idéntico alcance al establecido en el Código Civil a favor del cónyuge.

Por último existe otro dato legislativo que sirve como argumento a favor del reconocimiento al miembro supérstite de una unión de hecho la pensión de viudedad. Se trata de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social. En dicho texto se reconoce al sobreviviente de una pareja de hecho no sólo el auxilio por defunción, o una indemnización en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también una pensión vitalicia de viudedad siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 174.1 de la ley. A tales efectos se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos

¹²² En la misma línea las STC 47/1993 y 155/1998; en ambos casos, tras el fallecimiento del titular del contrato, se había denegado al conviviente supérstite el derecho a continuar en el uso de la vivienda arrendada. En estos dos pronunciamientos, el Tribunal Constitucional resuelve anular las Sentencias dictadas en juicios de desahucio correspondientes.

¹²³ Así el artículo sexto de la Proposición de Ley sobre medidas para la igualdad jurídica de las parejas de hecho se denomina «Modificaciones de la Ley General de la Seguridad Social», propugna el reconocimiento a las parejas de hecho de un auxilio por defunción (art. 173); de la pensión de viudedad (art. 174) y de una indemnización a tanto alzado en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional (177.3). Similar contenido tiene los artículos 9 a 12 de la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista; artículos 31 a 35 de la Proposición de Ley de 10 de abril de 1997 presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya y los artículos 9 a 11 de la Proposición de Ley de 14 de abril del 97 presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria.

para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los Registro específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia, mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

A la vista de lo expuesto, y con el argumento de que el disfrute de los derechos sociales no es connatural al matrimonio, ni tiene por finalidad proteger la institución matrimonial, parece que carecería de justificación no extender el reconocimiento de los mismos a los miembros de la pareja de hecho, máxime cuando existe un mandato constitucional de proteger a la familia, sea ésta del tipo que sea. Sin embargo, en nuestra opinión el reconocimiento de tal derecho debe supeditarse el que se acredite un período mínimo de convivencia.

4.2.e) DERECHOS SUCESORIOS

A la pregunta de si deben reconocerse derechos sucesorios a los miembros de una pareja de hecho, la doctrina no ha dado una respuesta unánime ¹²⁴; por su parte, las leyes autonómicas han adoptado diverso criterio, pues sólo la legislación de Cataluña, respecto de las parejas homosexuales, Aragón, Navarra y Baleares concede a los convivientes derechos sucesorios en la herencia de otro.

La cuestión nos parece que debe resolverse teniendo presente, por un lado, la configuración como familia de las uniones de hecho, y por otro, si la noción de familia forma parte de la garantía institucional de la herencia, de modo que constituye un límite para el

¹²⁴ Afirma ROCA: «El régimen económico de las parejas de hecho», *op. cit.*, p. 37, que no existe ningún tipo de sucesión entre los convivientes al margen del nombramiento voluntario, como heredero o legatario. Cita esta autora la sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 310 de 1989 que entendió que no podía declararse la inconstitucionalidad de las normas del Código civil que admitían la sucesión intestada sólo entre los cónyuges por considerar que el derecho a suceder no se incluye entre los derechos fundamentales y por ello el legislador tiene una amplia libertad para configurar el derecho de sucesiones como más le convenga. A favor de su reconocimiento se muestra HERNÁNDEZ RUEDA: Tendencias actuales en el Derecho de familia, *op. cit.*, p. 120.

legislador ordinario privar de la herencia a uno de los modelos de familia presentes en la sociedad. Desde estos planteamientos y sólo en el supuesto de que no existiera una objeción, desde el punto de vista constitucional, a la falta de reconocimiento de derechos sucesorios al conviviente supérstite, se podrían analizar las distintas opciones posibles, argumentando las razones que nos hacen preferir una concreta solución.

Al respecto, señala López y López¹²⁵ que la garantía institucional de la herencia lo que expresa de una manera primaria es la preservación de un ámbito de poder al individuo sobre los bienes, más allá de la muerte, de forma que sin la existencia de ese poder individual la garantía quedaría aniquilada. Como tal garantía institucional está dirigida principalmente al legislador, es preciso extraer de la regulación de la herencia qué determinaciones son esenciales y cuáles no. En lo que a nosotros nos interesa, señala este autor que la decisión acerca de qué reglas fundamentales del Derecho hereditario moderno gozan de un aseguramiento constitucional tienen que ser tomada por referencia a la garantía constitucional de otras instituciones del Derecho Privado: la propiedad y la familia. Respecto este último aspecto —el enlace de la garantía de la herencia con la familia— se afirma que el Derecho sucesorio ha sido históricamente un Derecho de tradición familiar, lo cual explica la existencia de un principio de vinculación familiar del patrimonio a la hora de la sucesión mortis causa¹²⁶. Desde estos planteamientos se afirma que, desde el instante en que la garantía institucional de la herencia supone que ha de existir siempre un ámbito de tránsito de bienes a causa de muerte entre particulares, que esos destinatarios sean familiares del causante responde a dicho principio de vinculación familiar. Sin embargo, reconoce López y López que más allá de dichas afirmaciones quedan en pie incertidumbres que afectan al entendimiento de la garantía institucional en esa vertiente de vinculación a la familia. Incertidumbres que inciden sobre la determinación de lo que resulta disponible por el legislador ordinario a la hora de configurar el Derecho de Sucesiones; así surgen preguntas tales como ¿cuál es el círculo de familiares que necesariamente

¹²⁵ «La garantía institucional de la herencia», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, mayo-agosto 1994, pp. 29 ss.

¹²⁶ En su opinión, y atendiendo siempre a lo que se ha denominado el rostro histórico del Derecho de sucesorio de nuestro país, la vinculación familiar del patrimonio hereditario incluye las siguientes cosas: a) La posibilidad de destinar bienes fuera del círculo familiar; b) la necesidad de que ciertos parientes perciban una parte de la herencia, aunque el causante no haya dispuesto tal percepción en caso de testar (lo que llamamos legítima); c) la posibilidad, salvando un mínimo igualitario, de disponer dentro del círculo familiar, desiguando a los destinatarios (la mejora); d) en caso de que el causante no disponga de los bienes o parte de ellos vayan a un círculo parental determinado por ley (sucesión *ab intestato*); ídem, pp. 54 y 55.

han de recibir parte del as hereditario? ¿hasta dónde debe llegar, en términos de círculo familiar, el llamamiento en defecto de disposición del causante?

La dificultad de responder a tales interrogantes reside, en primer lugar, en que no existe en la Constitución española una garantía institucional de la familia¹²⁷. Hay un mandato constitucional dentro de los principios rectores de la política social y económica para la protección de la familia (art. 39), pero una garantía institucional como tal, en opinión de este autor, no se encuentra en todo el texto. En segundo lugar, el tema se complica porque utilizar cánones sociológicos comporta el peligro de una cierta arbitrariedad, máxime cuando en la sociedad española probablemente no hay una única percepción de lo que son vínculos familiares.

Teniendo presente que al legislador ordinario no le vinculan más que determinaciones de mínimos, cabría decir que el mínimo de familia que nuestra sociedad considera tal es el formado alrededor de la pareja, sus descendientes, y sus ascendientes, y tal vez de forma mucho más tenue, los hermanos de ambos integrantes de aquélla. Con estas premisas, no indiscutibles, añade López y López probablemente se podría formular la propuesta de que *más allá de los descendientes, los ascendientes y los cónyuges nada impediría al legislador suprimir cualquier llamamiento forzoso. En lo relativo al orden de llamamiento ab intestato es posible configurar un sistema que sólo se extienda al primer grado.*

El interrogante es entonces si el legislador estatal debe equiparar la familia matrimonial y la no matrimonial en materia de derechos sucesorios, por imperativo de ese principio de vinculación familiar del patrimonio, a la hora de ordenar la sucesión *mortis causa*. Desde un punto de vista constitucional, no existe más que la garantía institucional del matrimonio y la prohibición de discriminación de los hijos por razón de su nacimiento. A ello debe añadirse que la doctrina del TC en esta materia parte de la afirmación de que matrimonio y unión de hecho no son instituciones equivalentes y, en consecuencia, uno y otro modelo de familia pueden tener un distinto nivel de protección. Es más, el reconocimiento constitucional de la institución matrimonial que se refleja en el artículo 32 de la Constitución supone una protección reforzada del matrimonio en relación con otras estructuras familiares¹²⁸.

Ciertamente, el Derecho de Sucesiones tiene un «rostro histórico», entendiendo por tal el núcleo básico que ha pervivido a lo largo de los tiempos, que para la jurisprudencia constitucional

¹²⁷ En contra GARCÍA RUBIO: *op. cit.*, p. 36.

¹²⁸ Ídem, p. 37.

supone la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. A la vista de dicha definición nos parece que, hoy por hoy, sería una opción perfectamente constitucional que el legislador ordinario no atribuyera derechos sucesorios a los miembros de una pareja de hecho en la medida que la atribución de los mismos, en mi opinión, no forma parte de la vinculación familiar del patrimonio en la sucesión *mortis causa*; es decir, de ese rostro histórico del Derecho de sucesiones que el legislador ordinario debe preservar. Otra cosa que es el reconocimiento de tales derechos sea una decisión posible y legítima.

Será, por tanto, un opción del legislador incluir o no derechos sucesorios a favor del conviviente supérstite. ¿Cuál es entonces la solución más razonable? La respuesta a dicho interrogante no parece fácil. Por una lado, es evidente que la convivencia *more uxorio* representa cada vez más otro modo de constituir una familia, asentándose en la sociedad española la percepción de que es una alternativa perfectamente válida al matrimonio. Además, algunas leyes autonómicas han regulado esta cuestión en el sentido de equiparar matrimonio y pareja de hecho. Sin embargo, desde nuestro punto de vista el legislador español debe mostrarse cauto en una materia que al menos en lo referente a la subsistencia y cuantía de la legítima, es hoy objeto de un fuerte debate doctrinal. Por otra parte, el no reconocimiento de derechos sucesorios nos parece la solución más coherente con la tesis de no equiparación entre matrimonio y unión de hecho, y del reconocimiento a ésta de un nivel mínimo de protección basado en unas relaciones basadas en los principios de solidaridad y protección de sus miembros. Por último, siempre existiría la posibilidad de otorgar testamento a favor del otro miembro de la unión de hecho, nombrándolo heredero o legatario.

El examen de la jurisprudencia nos revela que cuando la pareja de hecho se extingue por fallecimiento de uno de sus miembros, el TS acude a la doctrina del enriquecimiento sin causa para reconocerle una compensación al conviviente supérstite. Así, en el caso enjuiciado por la STS de 17 de junio de 2003, se había producido extinción de la unión de hecho por muerte de uno de sus miembros tras cincuenta y tres años de convivencia. Ante la ausencia de testamento se abre la sucesión intestada resultando heredera una hermana del fallecido. La actora reclama la totalidad del haber hereditario que aparece relacionado en la demanda, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados de los cincuenta años de dedicación al conviviente fallecido; en su defecto, se reclama una pensión compensatoria por aplicación analógica

del artículo 97¹²⁹. Interpuesto el recurso de casación, la Sala reconoce que el fallecido llegó a formar a lo largo de su vida un importante patrimonio, mientras que ella se dedicó al cuidado y atención de la pareja, no teniendo ninguna otra ocupación de modo que al fallecer su compañero «terminó la vida familiar acomodada que había llevado, quedando en una situación de grave deterioro económico». La Sala entiende que se dan los presupuestos necesarios para aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto¹³⁰. Ello es así en la medida que se ha producido un enriquecimiento en el patrimonio del fallecido que genera una obligación resarcitoria ya nacida en vida del mismo, y en absoluto compensada. No se hace referencia a ningún derecho sucesorio ni se toma en cuenta el enriquecimiento de la demandada. En consecuencia, fija la indemnización en la cuarta parte de todos los bienes de que era propietario el fallecido, sin incluir los bienes inmuebles sitos en la provincia de Palencia.

Por su parte, en el caso enjuiciado por la STS de 23 de noviembre de 2004 los hechos fueron similares: cesación de la unión de hecho por fallecimiento del conviviente varón tras diecisiete años de convivencia. La actora solicitaba la declaración de existencia de una comunidad de bienes y en consecuencia la división del patrimonio común correspondiéndole el 50 por 100. Subsidiariamente, y en base a la acción ejercitada de enriquecimiento injusto reclamaba a los hijos del conviviente fallecido, en su calidad de herederos abintestatos, una compensación en cuantía equivalente al valor de la mitad de los bienes adquiridos constante la unión extramatrimonial. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia desestimaron la pretensión de la actora. El TS, por su parte, alega en el FD 2 que la cuestión clave que queda planteada es que tras una larga convivencia no puede quedar una de las partes en una situación desfavorable respecto de la otra, en el sentido de que todos los bienes hayan sido formalmente adquiridos por uno solo,

¹²⁹ La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara el derecho de la actora a percibir en concepto de indemnización un porcentaje del 75 por 100 de todos los bienes de que era propietario el fallecido con excepción de los bienes inmuebles ubicados en la localidad de Guardo (Palencia), que procedían de la herencia familiar. La sentencia de la Audiencia revoca la anterior y absuelve a la demandada de todos los pedimentos de la actora.

¹³⁰ Advierte la sentencia que el enriquecimiento se produce no sólo cuando hay un aumento de patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio. El empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente tal situación. La causa añade la sentencia, no es otra cosa que un concepto válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado.

como si el otro no hubiera colaborado con su atención personal y colaboración en trabajo fuera o dentro de casa. La sentencia del TS niega la existencia de comunidad de bienes, pero considera aplicable la doctrina del enriquecimiento injusto, en virtud del cual concede una compensación consistente en el tercio del valor de los bienes.

En conclusión, nos encontramos que el TS a fin de evitar que tras el cese de la unión de hecho uno de los integrantes de la pareja quede apartado de todo aumento patrimonial que se haya producido durante la misma, habiendo colaborado en la obtención de dicho beneficio a veces sólo con su trabajo doméstico y su dedicación a la familia, otras incluso mediante la colaboración en dichos negocio aplica la doctrina del enriquecimiento injusto como concepto válvula. En virtud del mismo y en relación con los presupuestos exigidos por la jurisprudencia para la aplicación del mismo estima: primero que se ha producido un incremento patrimonial que sólo beneficia a uno de los integrantes de la pareja puesto que los bienes constan exclusivamente a su nombre. Segundo, a pesar de que el otro ha contribuido a la obtención de dicho incremento patrimonial queda al margen de toda participación en los mismos. Tercero, la falta de causa se estima como carencia de razón jurídica que fundamenta tal situación. En consecuencia acudiendo al principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento sin causa concede una compensación destinado a resarcir el perjuicio experimentado por el conviviente supérstite.