

## XII.5- ANÁLISIS DE CIERTAS CUESTIONES QUE SE HAN PRESENTADO, RECIENTEMENTE, SOBRE LAS PAREJAS ESTABLES. UNA ESPECIAL REFERENCIA A LA LLAMADA “PENSIÓN DE VIUDEDAD”.

María Pilar Ferrer Vanrell

Tras la lectura pausada del minucioso estudio sobre las parejas no matrimoniales que realiza el Académico D. Carlos Jiménez Gallego, poniendo de relieve las principales dudas que plantea la actual regulación, poco queda por decir, más que agradecer la información tan completa que nos proporciona.

El tema es de sumo interés y requiere un debate que no se puede apartar de la realidad social a la que va dirigida; porque la situación convivencial comparte un amplio espacio, en nuestra sociedad, con la situación matrimonial como fundamentos de convivencia y para formar una familia, que la Constitución ampara (art. 39) Ahora bien, en esta materia, cuando las regulaciones de la convivencia de parejas no casadas son rígidas, incluso más que la regulación del matrimonio, como ocurre con la Ley balear 18/2001, no atienden a las necesidades de una situación que, *per se*, quiere quedar al margen de tal rigidez; no en vano se ha denominado a tal convivencia parejas “de hecho”, en contraposición a las de derecho. También es cierto que, tales parejas, cuando cesa la convivencia, acuden a los Tribunales de Justicia para solucionar los problemas que han derivado de tal convivencia, porque, generalmente, de las relaciones de pareja deriva, mayoritariamente, que uno de los miembros es el más vulnerable y queda afectado por la relación, como ocurre con el matrimonio. Y hay que tener en cuenta que de estas relaciones pueden verse afectadas terceras personas como son los hijos fruto de tales uniones.

En definitiva, comparto y suscribo las palabras, de la ponencia, del Sr. Jiménez Gallego que transcribo:

*En definitiva*

*La ley balear 18/2001 es inconstitucional en muchas materias. Es desafortunada en otras muchas. Es poco clara y contradictoria en sí misma, máxime desde la reforma de 2009. Estas críticas pueden hacerse también de otras leyes autonómicas pero la ley balear, y es triste reconocerlo, ocupa un lugar en el podio de ganadores. Es una razón que a nuestro juicio exige una reforma urgente y profunda. Además, aunque esto es una opinión más personal, realiza una equiparación excesiva al matrimonio, que debiera ser también corregida, aunque sólo fuera, que no lo es, para evitar la inconstitucionalidad. El TC no llegó a decirlo respecto de la ley navarra, pero la cuestión puede replantearse con cada ley autonómica.*

Tras este introito, pasaré a dividir este comentario, que emito de forma apresurada, en dos parte diferenciadas; por una parte trataré de las situaciones que hoy, tras 14 años de vigencia de la Ley 18/2001, se ha planteado en la sociedad y que la ley debe dar respuesta, y lo concretaré a dos hitos importantes, la Ley 13/2005 y la Sentencia del TC 40/2014 sobre inconstitucionalidad del apartado 5 del art. 174, 3 LGSS. Estas dos cuestiones son de sumo interés, por lo que presentaré, a modo de fundamentación de las propuestas, un breve análisis. Seguidamente, como segundo apartado, trataré de comentar algunas cuestiones de las interesantísimas propuestas en su brillante ponencia que formula el Académico D. Carlos Jiménez Gallego.

**Sumario:**

- I.- Razones, para el análisis de la regulación de las Parejas Convivientes no casadas, fundadas en la Ley 13/2005 y en las Sentencias del TC, especialmente por razón de la pensión de viudedad.
- II.- Comentarios a algunas cuestiones en relación a la ponencia que presenta el Académico D. Carlos Jiménez Gallego.

# I.- Razones, para el análisis de la regulación de las Parejas Convivientes no casadas, fundadas en la Ley 13/2005 y en las Sentencias del TC, especialmente por razón de la pensión de viudedad.

## 1º La Familia y su evolución.

La familia como elemento básico del Derecho está mutando hacia un concepto más amplio como es la convivencia fundado, en parte, en el proceso evolutivo y también propiciado por determinadas modificaciones legislativas.

Tradicionalmente, el matrimonio y el parentesco otorgaban unos efectos jurídicos de carácter familiar, que hoy quedan desplazados, o mejor, adicionados a otros conceptos que encuentran su fundamento, principalmente, en la convivencia, siendo el matrimonio una de sus posibles formas<sup>1</sup>.

La convivencia otorga consecuencias jurídicas a:

- a) Los núcleos de convivencia fundados en el matrimonio, la llamada familia tradicional.
- b) Los núcleos de convivencia en pareja. Las uniones *more uxorio*; pareja de hecho; o Parejas estables que, en Baleares, están reguladas por la Ley 18/2001 de Parejas Estables.

Esta convivencia de pareja estable existe junto a otra convivencia de pareja de hecho que no están sometidas a la Ley 18/2001 y de la que deriva otras consecuencias.

- c) Otros nuevos núcleos convivenciales en los que, la convivencia, otorga *ex lege* derechos y deberes de carácter familiar.

Entre estos nuevos núcleos, de los que derivan derechos y deberes de carácter familiar, podemos citar, los acogimientos familiares, tanto de menores (art. 173.1 CC, acogimiento menores); como de personas mayores (en las CCAA donde lo tienen regulado (por ej. Ley Foral de Navarra 34/2002, de 10 de diciembre; y en Cataluña Ley 14/2010 de 27 de mayo, de acogida familiar de menores, arts. 125 y ss.; y Ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre de acogida de personas mayores; Ley 19/1998, de 28 de diciembre sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua), vigente hasta el 1 de enero de 2011, fecha de su

---

1.- Puede consultarse en FERRER VANRELL, M. P., “Las nuevas situaciones convivenciales como fuente de relaciones de carácter familiar. El concepto de familia”. *Revista Jurídica del Notariado*, nº 55, 2005.

derogación, y que se sustituye por Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, y se regula en su Título IV del Libro II.

El concepto de familia no lo procura la Constitución, su artículo 39 reconoce a la familia como un bien constitucionalmente protegible; es un principio rector que tendrá que informar la legislación positiva y la actuación de los poderes públicos. Por otra parte, el matrimonio está colocado, sistemáticamente, en el artículo 32, como un derecho constitucional<sup>2</sup> dentro del Título Primero de los derechos y deberes fundamentales.

Los modelos constitucionales de familia y matrimonio, como instituciones, fueron un importante punto de debate entre los constituyentes.

El modelo constitucional inicial de la familia, en el Anteproyecto de la vigente Constitución<sup>3</sup>, era la fundada en el matrimonio<sup>4</sup>, ya que era el matrimonio el fundamento para “crear una relación estable de familia” (artículo 27 proyectado, actual artículo 32). Fruto del consenso, el texto aprobado por el Pleno de la Comisión Constitucional (BOC de 1 de julio de 1978), quedan suprimidos (en el proyectado artículo 30.1) los términos referentes a la familia del artículo 27.

## **2º La heterosexualidad como requisito del matrimonio, fundamento de las leyes de Parejas convivenciales no casadas.**

El matrimonio se concibió para los constituyentes con los presupuestos de heterosexualidad y de igualdad; el matrimonio constitucional era el de

---

2.- En el capítulo II, la sección 1ª regula *de los derechos fundamentales y de las libertades públicas* (arts. 15 a 29); la sección 2ª *de los derechos y deberes de los ciudadanos*, es donde se ubica el artículo 32. En opinión de ESPIN CÁNOVAS, Diego, es dudoso “el acierto sistemático de estas instituciones tradicionales del Derecho Privado. El artículo 32, sede del matrimonio, origen secular de la familia, podría haberse incluido en el capítulo III del mismo título (“Principios rectores de la política social y económica”), aproximándolo al artículo 39, sobre protección de la familia, de los hijos, iguales ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil, etc.” En Comentarios a la Constitución Española, dirigidos por Oscar ALZAGA VILLAMIL, Madrid 1984, pág. 453.

3.- Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 18 de abril 1978.

4.- El artículo 27.1 del Anteproyecto de la Constitución española (BOC de 5 de enero de 1978), decía “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia”, fue modificado en el Informe de la ponencia (BOC de 1 de julio de 1978), quedando redactado por esta en los siguientes términos “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia”.

hombre con mujer en un mismo plano de igualdad según la redacción del artículo 27.1<sup>5</sup> del Anteproyecto de Constitución (de 5 de enero de 1978). Al texto del artículo 27.1 propuesto, los Grupos Parlamentarios Comunista y Socialista formularon sendos votos particulares; el GP Comunista propuso como redacción “el matrimonio se basa en la plena igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges”<sup>6</sup>; por su parte el GP Socialista presentó como texto alternativo la siguiente redacción: “Toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y su sexualidad: a contraer matrimonio, a crear en libertad relaciones estables de familia y a decidir, libremente, los hijos que desea tener, a cuyo fin tiene derecho a la información necesaria y a los medios que permitan su ejercicio”<sup>7</sup>. Estas dos redacciones alternativas propuestas, la primera escueta, la segunda farragosa, ya apuntaban a dejar abierta la posibilidad para que la Constitución amparara el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas aprobó el Dictamen, el 1 de julio de 1978, quedando redactado el artículo 30.1 (artículo 27.1 del Anteproyecto) “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio”. La misma redacción pasó al Proyecto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 24 de julio de 1978.

En el Senado, las enmiendas formuladas iban dirigidas a omitir la palabra “hombre y mujer”; don Luís María Xirinacs<sup>8</sup> (GP Mixto) en la enmienda n° 465 propuso su sustitución por “toda persona”; por su parte, la enmienda n° 25, formulada por los GP Progresistas y Socialistas Independientes, proponían la modificación por el término “los cónyuges”. Finalmente el texto del artículo 32.1 (artículo 30.1 anterior) quedó aprobado por el Senado el 13 de octubre de 1978 con la reacción siguiente: “el hombre y la mujer, tienen derecho a contraer matrimonio, basado en la igualdad jurídica de los cónyuges”. La redacción definitiva del artículo 32: “el hombre y la mujer, tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” se aprobó por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 31 de octubre de 1978.

---

5.- Ver en nota 4 el texto del artículo 27.1. del Anteproyecto de la Constitución.

6.- Por don Raúl Morodo, en la fase de enmiendas al Anteproyecto, se presentó la enmienda n° 479 de adhesión a los votos particulares del GP comunista y también del GP Socialista.

7.- Don Francisco Letamendía (Grupo Mixto) presentó la enmienda n° 64, de adhesión al voto particular formulado por el GP Socialista.

8.- Manifestó, en defensa de la enmienda, que existen actualmente “nuevas formas de matrimonio y de relaciones no matrimoniales con una intensidad y extensión tales que de no tenerlo en cuenta margina a una gran cantidad de personas”.

El rechazo a las enmiendas propuestas al texto constitucional, presentadas por grupos parlamentarios minoritarios, es reflejo evidente de la voluntad del legislador constituyente, que concibió la institución del matrimonio como la unión de hombre con mujer<sup>9</sup>.

Esta concepción constitucional tuvo su reflejo en la doctrina jurisprudencial sobre la transexualidad<sup>10</sup> ya que el Tribunal Supremo, en los supuestos de reasignación de sexo por intervención quirúrgica y posterior modificación por sentencia de la inscripción en el Registro civil, se mostraba contrario a la autorización del matrimonio del transexual porque el sexo cromosómico (que permanece inalterable) seguía siendo el mismo sexo originario. El fundamento<sup>11</sup> de la imposibilidad para contraer matrimonio era que el matrimonio entre personas del mismo sexo no estaba permitido.

La Dirección General de los Registros y del Notariado mantenía la imposibilidad de autorizar el matrimonio de un transexual<sup>12</sup>; posteriormente lo ha autorizado en los casos que se hubiera reasignado un nuevo sexo quirúrgicamente y constara inscrito en el Registro civil. El argumento que ha mantenido para fundamentar el cambio de criterio es: “si el cambio de sexo se ha producido, los sexos de ambos contrayentes son distintos y cada uno de ellos, al prestar el consentimiento, ha tenido en cuenta el diferente sexo del otro”<sup>13</sup>. El fundamento para autorizar el matrimonio seguía siendo el de la heterosexualidad.

La imposibilidad constitucional de contraer matrimonio, personas del mismo sexo, del que pudieran derivar los derechos y deberes propios de la relación matrimonial, tanto en el ámbito de los efectos inter vivos, como los efectos sucesorios, determinaron la necesidad de regular las relaciones convivenciales *more uxorio*, que podían establecerse con independencia del sexo, con el fin de poder otorgar aquéllos derechos patrimoniales y sucesorios a las parejas homosexuales.

---

9.- Los argumentos jurídicos sobre el presupuesto constitucional de la heterosexualidad del matrimonio puede consultarse en FERRER VANRELL, MARÍA PILAR, “Las nuevas situaciones convivenciales...”, cit., pág.51 y ss.

10.- Ver GOMEZ LAPLAZA, M. CARMEN, “La transexualidad”. *Aranzadi civil* n° 1/2004. Editorial Aranzadi, Pamplona 2004. FERRER VANRELL, MARÍA PILAR, “Las nuevas situaciones...” cit., pág. 54 y ss.

11.- Se inicia esta doctrina del Tribunal Supremo con las sentencias de 2 de julio de 1987; 15 de julio de 1988; 3 de marzo de 1989 y 19 de abril de 1991.

12.- Resolución 215/1988, de 21 de enero.

13.- RDGRN de 31 de enero de 2001, FJ 6°. RDGRN de 24 de enero de 2005.

Este núcleo convivencial reclamaba una consideración específica porque aún tratándose de una institución distinta al matrimonio requería efectos semejantes a los que de esta institución derivan.

Estas uniones estables de parejas han tenido un reconocimiento autonómico<sup>14</sup> pero no estatal. Las leyes de parejas estables han otorgado a los convivientes, en mayor o menor medida dependiendo de cada legislador autonómico, unos derechos a semejanza de los que derivan de la relación matrimonial, paliando así la imposibilidad constitucional de contraer matrimonio las personas que son del mismo sexo, imposibilidad que hoy está superada a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, Ley que no tiene tacha de inconstitucional, ex STC 198/2012 de 6 de noviembre.

### **3º. La finalidad de las leyes autonómicas de parejas estables a partir de la ley 13/2005. Los distintos fundamentos de la regulación de la institución del matrimonio y de la convivencia en pareja estable.**

#### **3. 1. - Finalidad de regular el hecho de la convivencia en pareja.**

La finalidad de las distintas regulaciones de parejas convivenciales *more uxorio* ha sido: 1) por una parte, dotar de efectos patrimoniales a semejanza de los que derivan del matrimonio a aquellas parejas heterosexuales que unían sus vidas al margen del derecho, pero que la propia realidad demostraba que, al tiempo de la ruptura de la convivencia, acudían a los Tribunales de Justicia para reclamar derechos económicos derivados de la propia situación de convivencia porque la vida en común había supuesto un perjuicio en sus intereses patrimoniales.

La normativa autonómica, iniciada por la Llei de Catalunya 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estable de parella, (LUEP catalana, que hoy se ha modificado y la regula el Codi Civil de Catalunya, en los arts. 234-1 y ss), en mayor o menor medida, otorgó unos derechos económicos semejantes a los que la pareja matrimonial puede reclamar a la ruptura y otros derechos de carácter sucesorio; incluso, algunas leyes, como es la balear, han equiparado, en materia sucesoria, la situación convivencial a la matrimonial, dando al conviviente supérstite el mismo tratamiento que da la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears al cónyuge viudo.

---

14.- Actualmente son 13 las leyes autonómicas que regulan las relaciones de pareja estable.

2) Por otra parte, y muy principalmente porque así se determina en la Exposición de Motivos en la mayoría de leyes autonómicas, las normas reguladoras de la pareja estable pretendían dotar a la pareja homosexual de un estatuto patrimonial semejante al patrimonial-matrimonial, al que no podían acceder por entender vetado por la Constitución.

Este efecto era la verdadera razón de las leyes autonómicas reguladoras de la convivencia *more uxorio*. La decisión de la pareja heterosexual, de querer quedar al margen de la regulación matrimonial, era totalmente libre y voluntaria; cuestión distinta es que, posteriormente, reclamaran efectos patrimoniales derivados de aquella relación a la que no habían querido someterse cuando constataban que su situación patrimonial era injusta, como puede ocurrir al finalizar la convivencia. Los Tribunales de Justicia tuvieron que paliarla, mayoritariamente y en la medida que se cumplieran los requisitos, por la vía del enriquecimiento sin causa.

Por el contrario, aunque la decisión de la pareja homosexual de iniciar una convivencia era, también, una decisión voluntaria; no lo era la decisión de que su convivencia y sus efectos quedaran al margen del derecho. Es así que, ante la imposibilidad de contraer matrimonio con el fin de quedar sometidos al régimen patrimonial matrimonial, las leyes reguladoras de la unión de pareja estable tuvieron como finalidad primordial otorgar un estatuto jurídico a la pareja homosexual semejante al matrimonio, como es el que ofrece la Ley 11/2001 del Parlamento balear.

La posterior Ley 13/2005, modificadora del Código civil en materia del derecho a contraer matrimonio influirá, de forma importante, sobre las distintas leyes autonómicas reguladoras de las uniones de pareja y será menester abordar una revisión sobre su propia finalidad.

El Ministro de Justicia, del primer Gobierno del Presidente Rodríguez Zapatero, en su primera comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados anunció una ley que regule las parejas de hecho mediante “la aprobación de un nuevo marco legal para las parejas que deseen formalizar su convivencia”.

Algunos Grupos Parlamentarios, minoritarios, ya presentaron distintas proposiciones para la regulación estatal de las parejas estables. El GP catalán de Convergencia i Unió presentó una proposición de ley sobre uniones estables de pareja (nº de expediente 122/000012); el GP de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, sobre igualdad jurídica para las parejas de hecho (nº de expediente 122/000034); y el GP Mixto de Igualdad jurídica para las uniones de hecho (nº de Expediente 122/000044).

Estas proposiciones recibieron la aprobación a la tramitación parlamentaria por el Pleno del Congreso el 29 de junio de 2004. En el debate, el portavoz socialista Sr. Pedret recordó que pronto se aprobará una modificación del

matrimonio para dar cabida a las personas del mismo sexo y que esto cambiaría la regulación de las parejas de hecho “porque no se trata ya de amparar a aquellos que queriendo casarse no pueden, sino de ver la situación que debe regularse, pero de forma distinta, de aquellos que pudiendo casarse no quieren, sea cual sea la causa (...)”.

Esta argumentación del Sr. Pedret denota, claramente, la intención de diferenciar la regulación del matrimonio de las parejas estables como dos instituciones distintas que deben ampararse en una distinta y específica regulación jurídica.

Parecidas argumentaciones se pusieron de manifiesto por los representantes de los grupos parlamentarios en el debate que, de forma acumulada, se llevó a efecto sobre las anteriores citadas proposiciones de ley de parejas estables (Congreso, nº 21, de 29 de junio de 2004); entre tales argumentaciones pondremos de relieve la expuesta en el debate por el Sr. Cerdá Argent porque delimita, muy claramente, el cambio que se producirá desde la perspectiva jurídica al institucionalizar dos tipos de convivencia cuyo nacimiento respondía a fundamentos muy diferenciados.

Esta intención diferenciadora de estas instituciones la expone, claramente, el Sr. Cerdá Argent del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, en el antes mencionado debate, al decir: “Vale la pena aclarar por nuestra parte que es esta relación basada en la unión estable o pareja de hecho la que pretendemos regular y dotar de seguridad jurídica en esta proposición de ley. En ningún caso es nuestra intención que la regulación de la pareja de hecho y su acceso al Registro Civil impida o menoscabe el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo. Creemos que son dos modelos diferentes de regular la convivencia de dos personas: el de las parejas de hecho y el del matrimonio (...) insistiremos en que ambas situaciones sean debidamente regladas como expresión del derecho a la libertad de establecer una convivencia basada en la unión estable o pareja de hecho y el del derecho de cualquier persona a acceder al matrimonio, independientemente de su orientación sexual, así como el derecho a la adopción”, mas adelante añade “(...) existe un auténtico derecho a convivir en pareja sin casarse”. Sigue: “(...) Nos encontramos, pues, ante una nueva institución que se interconecta con el resto de instituciones y con el resto del ordenamiento jurídico (...); es esencial delimitar que la unión de hecho englobe tanto una orientación homosexual como heterosexual, sin ninguna clase de distinciones ni trato diferenciado”.

### **3.2.- La Ley 13/2005 y la desaparición del requisito de la heterosexualidad en las relaciones de pareja matrimonial.**

Con la entrada en vigor de la Ley 13/2005, podemos aportar dos conclusiones:

a) *La desaparición del requisito de la heterosexualidad en las relaciones de pareja.*

La primera conclusión que podemos extraer, de la Ley 13/2005, es que la heterosexualidad deja de ser un requisito, ni siquiera un elemento a tener en cuenta, en las relaciones de pareja, sea matrimonial sea de uniones no matrimoniales, tal como regularon las leyes de parejas convivientes; y como elemento de constitución de un núcleo familiar.

Se puede decir que, con la entrada en vigor de la Ley 13/2005, se ha homologado la pareja homosexual en su relación convivencial a imagen de la familia matrimonial tradicional, esto es, pareja e hijos.

Mientras que las leyes autonómicas que regulan las parejas estables respondían o tenían su fundamento, precisamente, en las relaciones convivenciales *more uxorio* de aquellas parejas que no podían casarse por razón de sexo, y su finalidad fue dotarlas de efectos esencialmente económicos, como es el efecto sucesorio o el compensatorio a la disolución de su relación; la nueva modificación legislativa persigue, simplemente, la desaparición de todo vestigio que incida en la razón de sexo a la hora de configurar la institución del matrimonio.

Así, en la Ley 13/2005, la supresión del presupuesto de la heterosexualidad para contraer matrimonio y permitir, en consecuencia, que cualquier pareja matrimonial pueda adoptar hijos (art. 175,4 Cc), ha supuesto un distinto trato respecto a las parejas convivenciales al no haberse modificado el Código civil en esta cuestión. Es así que algunas leyes autonómicas de parejas estables, procedieron a modificar su regulación permitiendo que la pareja homosexual estable, también pueda adoptar al igual que la heterosexual, en coherencia con la nueva Ley 13/2005 y neutralizar, así, cualquier tipo de distinción basada en la dualidad de sexos.

b) *La relajación en la juridicidad de la regulación matrimonial frente al auge en la regulación de las parejas de hecho.*

La segunda conclusión es la relajación en la juridicidad de la institución del matrimonio frente al auge en la regulación de las parejas *more uxorio*.

Inicialmente, las uniones convivenciales de hecho nacieron como contestación a la propia institución matrimonial y sólo pretendían constituir su convivencia totalmente al margen de la legalidad vigente; al margen de cualquier norma reguladora.

Mientras se debilita la regulación en materia de matrimonio dando una mayor entrada a la autonomía de la voluntad de la pareja; aquellas situaciones de hecho que los propios miembros de la pareja pretendían mantener al margen del derecho, se regulan jurídicamente dando efectos, en principio, no queridos.

Las últimas reformas del matrimonio, especialmente en la Ley 15/2005, de separación y divorcio, demuestran la evolución en este sentido. La propia Exposición de Motivos pone de relieve esta nueva concepción. Frente a la situación surgida por Ley 30/1981, reguladora del divorcio como un medio de disolución del matrimonio, que se concebía como un sistema de solución extrema a las situaciones de crisis, por lo que exigía una rígida y minuciosa regulación. La EM de la Ley 15/2005 argumenta que la disolución de la situación matrimonial en la Ley 30/1981 era, “el último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que (...) su reconciliación ya no era factible. Por ello se exigía la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal, o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, una suerte de pulso impropio tendido por la Ley a los esposos, obligados bien a perseverar públicamente en su desunión, bien a renunciar a tal expresión reconciliándose. En ningún caso, el matrimonio podía disolverse como consecuencia de un acuerdo en tal sentido de los consortes”. Precisamente esta vía consensual es la perseguida por la nueva ley frente a la rígida regulación anterior, y justifica la Exposición de Motivos en estos términos “la reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio”, añadiendo “(...) así, el ejercicio del derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de alguna causa, pues la causa determinante no es mas que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación”. Es la justificación del llamado, coloquialmente, “divorcio exprés”.

Por otra parte, frente al despojo de la juridicidad en las relaciones matrimoniales, las parejas que no querían someterse a las reglas jurídicas del matrimonio y pretendían una convivencia al margen del derecho, se encontraron atrapadas en una avalancha normativa de sus relaciones convivenciales, que cada vez va siendo más rígida; es buen ejemplo la puesta en comparación de la Ley 11/2001, de parejas estables de Baleares, en relación a la que fue la primera ley de parejas estables, la LUEP catalana. La única salvedad la podemos encontrar en que la rigidez de la LPE balear es colofón de la exigencia que se impone a los miembros de la pareja de la necesidad de prestar, expresamente, el consentimiento para quedar sometidos a la propia ley y su necesaria constitución registral, a modo de un pseudomatrimonio, porque en muy poco difiere la constitución de la pareja estable balear al matrimonio civil; por el contrario la derogada LUEP catalana se aplicaba, incluso, al margen de la voluntad de los convivientes, porque la sola convivencia, si cumplen las condiciones del artículo 1 de la LUEP, determina su sometimiento; y, posteriormente, el Codi civil de Catalunya ha seguido la misma opción (apartados a) y b) del art. 234-1).

Esta cuestión no es baladí, porque, por una parte, las regulaciones rígidas, como la balear, está regulando un pseudomatrimonio civil, cuestión que entiendo es desaconsejable, porque no se trata de formular un matrimonio de segunda clase, que por otra parte es inconstitucional desde el ámbito de la competencia legislativa (STC 93/2013, de 23 de abril) como indicaremos más adelante; por otra parte hay que tener presente que la aplicación automática que hacen ciertas leyes que regulan la pareja de hecho, por el hecho de la convivencia, puede prestar buena ayuda cuando uno de los miembros de la pareja –que está dispuesto a compartir una relación estable de pareja, incluso fundar una familia– no quiere someterse a las obligaciones y derechos que derivan de tal convivencia. En este sentido, creo que es otorgar a la persona más vulnerable de la pareja unos derechos que le resultarían muy difíciles de reclamar. En tales casos entiendo que estas leyes basadas en un tiempo de convivencia, o en el hecho de tener hijos, responden al principio “no ir contra sus propios actos”.

Frente al descenso en la intensidad reguladora de las relaciones del matrimonio, se ha producido un aumento en la ordenación jurídica de las relaciones convivenciales de hecho que, inicialmente, pretendían quedar al margen del derecho.

#### **4º Estudio del fundamento de las leyes sobre parejas estables.**

##### **4º1.- El fundamento de la constitución de la pareja estable. La anomia en el ámbito de la legislación estatal suplido por la doctrina jurisprudencial. Los cambios de criterio jurisprudencial.**

Cuando al cese de la convivencia, las parejas acudían a los Tribunales si de la misma había surgido una situación patrimonial perjudicial para alguno de sus miembros, lo hacían con la pretensión de demandar su resarcimiento. Los Tribunales de Justicia tuvieron que solventar estas cuestiones ante la ausencia de ley específica reguladora de tales convivencias.

La situación de anomia en la que se encontraba y se encuentra la relación de la pareja de hecho, en el ámbito de la legislación estatal, ha sido suplida por la doctrina jurisprudencial dictada en la resolución de los pleitos interpuestos por la pareja al tiempo de su ruptura. Se suplicaba la aplicación de las normas propias del matrimonio dada la analogía con la pareja de hecho. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha ido cambiando de criterio a lo largo de estos años que ha fundamentado en los propios cambios legislativos, el primero por la “afloración” de las leyes reguladoras en múltiples Comunidades Autónomas, que incidían en la situación de igualdad de los españoles (art. 14 CE); posteriormente en la propia supresión de la traba que impedía poder contraer matrimonio las parejas del mismo sexo.

a) *Primer criterio jurisprudencial seguido: imposible aplicación analógica de las normas patrimoniales del matrimonio a las relaciones de pareja estable.*

El criterio jurisprudencial, en efecto, ha variado. Inicialmente la doctrina jurisprudencial negó toda posibilidad de aplicar, analógicamente, las normas del matrimonio para solventar las cuestiones patrimoniales de la pareja de hecho, derivadas de la convivencia porque ésta había determinado un grave perjuicio patrimonial a alguno de sus miembros, con base en que matrimonio y unión convivencial de pareja “son realidades distintas”. Así lo declaró el Tribunal Constitucional<sup>15</sup> en Sentencias 184/1990, de 15 de noviembre diciendo que no son realidades equivalentes el matrimonio y la convivencia extramatrimonial<sup>16</sup>, por lo que cabe otorgar por parte de los poderes públicos un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales<sup>17</sup>. Posteriormente, la Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre, que reitera en Sentencia 47/1993, de 8 de febrero; también, 29/1992, de 9 de marzo; 6/1993, de 18 de enero; 66/1994, de 28 de febrero; 155/1998, de 13 de julio, entre otras.

Este razonamiento del TC, de entender que matrimonio y pareja convivencial son realidades distintas, se ha ido repitiendo en otras Sentencias, por ej. la de 28 de febrero de 1994 y la de 17 de febrero de 1998, entre otras, como en el Auto TC 204/2003, que en su FJ3º, dice “sin que las uniones no matrimoniales –que no constituyen una institución constitucionalmente garantizada– gocen de esa protección”; aunque también ha declarado, que la Constitución protege no sólo a la familia matrimonial, sino a la familia

---

15.- También por Auto 156/1987, de 11 de febrero; 222/1994, de 11 de julio.

16.- Es la primera que inicia una doctrina de no considerar discriminatoria la situación legislativa que permite denegar la pensión de viudedad al miembro supérstite de una pareja de hecho. Le siguen las STC 29/1991; 30/1991; 31/1991; 35/ 1991; 38/1991; 77/1991,66/1994; Auto TC 232/1996, ATC 204/2003; entre otras, que exigen el vínculo matrimonial para la pensión de viudedad.

La citada STC 184/1990 en su FJ3º dice: “el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (artículo 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (artículo 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay derecho constitucional expreso a su establecimiento”.

Posteriormente, en Sentencia de 14 de febrero de 1991, declaró, en el mismo sentido, que el matrimonio goza de reconocimiento constitucional expreso en el artículo 32, por esto implica un régimen jurídico diferenciado no aplicable a las parejas no casadas.

17.- En su FJ2º, dice “no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales”.

como realidad social, “entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho afectiva y estable de una pareja”.

Por su parte el Tribunal Supremo ha declarado, también, que no cabe la aplicación analógica del régimen económico matrimonial a las parejas estables, en Sentencias de 18 de mayo de 1992; de 22 de julio de 1993; de 27 de mayo de 1994; de 30 de diciembre de 1994; de 16 de diciembre de 1996; de 27 de mayo de 1998; de 17 de enero de 2003 entre otras, precisamente por tratarse de “realidades distintas”.

*b) Cambio de criterio jurisprudencial: aplicación analógica de las normas del matrimonio a la pareja estable, fundamentado en la anomia.*

La falta de regulación de las situaciones de parejas estables, a nivel nacional, determina que se produzcan desigualdades que la Constitución no ampara.

Por esta razón, posteriormente, el Tribunal Supremo cambió de criterio entendiendo que el artículo 97 CC era aplicable, por analogía, a las situaciones de ruptura de la pareja de hecho que finalizaba su convivencia. Destacaremos la Sentencia de 5 de julio de 2001, justificando tal aplicación en el FJ5º sobre la base que “ante tal anomia, 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 algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código Civil y así su art. 97 atribuye al cónyuge (...)”. Finaliza justificando tal criterio en que “otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictada Ley de parejas de hecho, pudiendo acudir a dicha específica normativa o tener que debatirse con la anomia general en la materia, lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad de los españoles (...)”.

Fundamenta el cambio de criterio en el principio de igualdad de los españoles, que en este caso se produciría como consecuencia de la existencia de las distintas leyes autonómicas reguladoras de la convivencia estable de pareja y la situación de anomia<sup>18</sup> en el ámbito estatal.

*c) Nuevo cambio de criterio jurisprudencial: vuelta al principio que impide la aplicación analógica de las normas del matrimonio a la pareja*

---

18.- Ver el estudio de GINEBRA MOLINS, M.E., “La regulación de las parejas de hecho como manifestación del “desarrollo” del derecho civil: la superación de la “anomía”. Un caso de trasplante jurídico. *Estudios en Homenaje del Profesor Lluís Puig Ferriol*. Barcelona 2005.

*estable, fundamentado en la libertad constitucional para contraer o no matrimonio.*

Después del cambio de doctrina jurisprudencial concerniente a la aplicación por analogía de las reglas de ámbito patrimonial del matrimonio a la pareja estable se produce, de nuevo, otro cambio de criterio del Tribunal Supremo, volviendo al primitivo que determinaba la falta de identidad entre matrimonio y pareja convivencial. La razón que justifica esta nueva corriente de opinión se fundamenta en la promulgación de la ley 13/2005 de modificación del Código civil que permite declarar, en la Sentencia de 12 de septiembre de 2005, que el matrimonio y la unión estable de pareja son “realidades distintas”, así en su FJ3º motiva el fundamento de la decisión en que “es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tienen nada que ver con el matrimonio –Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990 (RTC 1990, 184) y la 222/1992 (RTC 1992, 222) por todas–, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”; es por lo que el Tribunal Supremo justifica la no aplicación analógica de los artículos 97; 96 y 98 del CC y, también, por entender que “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”.

#### **4º.2.- La libertad constitucional de contraer o no matrimonio. La importante cuestión de la posible invasión de la esfera de decisión personal.**

La base de la distinción entre matrimonio y pareja conviviente no es tanto la forma de convivencia o de relaciones personales entre la pareja porque, no en vano, se ha calificado esta convivencia de *more uxorio*; no se discute el aspecto fáctico de relación de pareja. La distinción que se apunta es simple, una relación convivencial quiere quedar amparada por el derecho y por ello contrae matrimonio, porque su finalidad es la creación de una pareja y familia regida, en todos los ámbitos, por el ordenamiento jurídico; y la otra, la llamada pareja de hecho o estable, pretende crear unas relaciones personales y patrimoniales de pareja y de familia al margen de esta regulación.

Las parejas heterosexuales y homosexuales (a partir de la Ley 13/2015) que deciden no contraer matrimonio e iniciar una convivencia *more uxorio* manifiestan, tácitamente, su voluntad de no querer someterse a las obligaciones y derechos dimanantes de la relación matrimonial.

El derecho, siempre respetuoso con la autonomía de la voluntad de las partes, debería evitar toda intervención en esta decisión, porque si el legislador, en actuación de su política legislativa, decide tomar en consideración este supuesto de hecho otorgándole unos derechos y unas obligaciones que no pretendían asumir, está invadiendo su esfera de decisión personal. No debería imponerse un régimen análogo al matrimonial contra la voluntad de los propios afectados.

Es más, no sólo no debería imponerse al margen de la voluntad sino, incluso, no debería regularse la situación convivencial que han creado al margen del derecho. Con las leyes autonómicas de parejas estables se ha pretendido otorgar efectos jurídicos a la relación convivencial de aquellos que querían quedar al margen del derecho, incluso someténdolos a una rigurosa sujeción jurídica, como es el caso de nuestra Ley balear 18/2001. Esta sujeción jurídica implica unos derechos y obligaciones que, en parte pueden ser queridos por la pareja, y en parte no; por lo que esta Ley está impidiendo a la pareja regular los derechos y obligaciones que con base en la autonomía de su voluntad quieren establecer.

Esta ley, como otras autonómicas, tiene un especial fundamento, la razón era dotar de un estatuto jurídico a la pareja que por razón de sexo no podía contraer matrimonio. A partir de 2005, decae su principal fundamento, y las leyes que sometieron a la pareja conviviente a una regulación rígida, deberían modificarse, dando unas reglas para que las partes puedan regular a su voluntad sus relaciones convivenciales. Como también evitar que se produzcan casos de consecuencias dañinas, en el ámbito patrimonial, no deseables, como son los supuestos de enriquecimiento injusto de uno de los convivientes a consta del otro. Esta cuestión es importante cuando uno de los miembros de la pareja no quiere someterse al derecho y la otra parte resulta dañada dada su vulnerabilidad.

La libertad constitucional de contraer o no contraer matrimonio conlleva que las consecuencias de esta convivencia se adapten a la voluntad manifestada y no pueden otorgarse los mismos derechos y obligaciones establecidos para el matrimonio a quienes pudiendo contraerlo, libremente, deciden iniciar una convivencia no matrimonial.

La pareja heterosexual no pretendía ni pretende regular jurídicamente su convivencia porque opta por establecer su relación al margen del derecho; en tanto que la pareja homosexual sólo podía establecer su relación convivencial al margen del matrimonio, porque le era vetado; por lo que las leyes autonómicas de parejas estables se convirtieron en el elemento necesario para alcanzar un estatuto jurídico análogo al matrimonial.

Ahora bien, con independencia de la libertad para contraer o no matri-

monio, existe una realidad: de ambas formas de convivencia puede derivar la formación de una familia que el legislador tiene la obligación de amparar (art. 39 CE). En este sentido la STC de 23 de abril de 2013.

#### **4º.3.- La Ley 13/2005 y la necesaria reforma de las Leyes reguladoras de las Parejas Estables.**

*a) Las pautas de regulación de la convivencia de las parejas no casadas.*

Las leyes autonómicas de parejas estables requieren una adaptación a la nueva realidad social y, especialmente, a las directrices jurisprudenciales últimas.

Desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005 se ha constatado, en las decisiones jurisprudenciales, el inicio de un claro cambio ideológico en las uniones no matrimoniales, entendiendo que matrimonio y pareja estable son realidades diferentes.

Esta nueva concepción se tendría que plasmar en una ley estatal de parejas convivientes que alcance a unificar la forma de constitución de la pareja, para que deriven los efectos jurídicos que la ley estatal y las leyes autonómicas, de los territorios con competencia en derecho civil propio, les atribuyan en el ámbito patrimonial.

A efectos de la atribución de la “pensión de viudedad” ya se ha unificado a nivel estatal por el art. 174 de la LGSS. Sería deseable que las legislaciones autonómicas sigan la línea marcada por el TC, en cuanto a la forma de constitución, para poder alegarlos a la hora de reclamar la “pensión de viudedad”. Esta cuestión es importantísima, por lo que supone, en caso de fallecimiento de uno de los convivientes, que la familia que han formado pueda seguir manteniéndose.

En lo demás, quizá sería necesario regular unas normas amplias para que sea la pareja quien pueda ordenar su convivencia; regulación que podría alcanzar tanto en el ámbito patrimonial *inter vivos*, como *mortis causa*.

O bien, otra opción, a debatir, podría ser la asimilación de tales efectos patrimoniales a los que produce el matrimonio, especialmente, en derecho sucesorio.

Si no se aboga por la asimilación de los efectos patrimoniales que produce el matrimonio, se tendría que abandonar, muy especialmente, las regulaciones de la convivencia que son extremadamente rígidas y totalmente contrarias a la necesidad demandada, como es la ley balear reguladora de las parejas estables; porque la ley balear impone a la pareja conviviente, mayores obligaciones que a la pareja matrimonial.

Esta cuestión ya fue propuesta, anteriormente, en un debate en el Congreso de los Diputados.

Si recordamos el debate por el Pleno del Congreso de 29 de junio de 2004, al que se procedió de forma acumulada sobre las proposiciones de ley sobre la igualdad de las parejas de hecho presentadas por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (nº ex. 122/000024); por el Grupo Parlamentario catalán Convergència i Unió (nº ex. 122/000012); por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (nº ex. 122/000034); y por el Grupo Parlamentario Mixto (nº ex. 122/000044).

Este debate se produjo antes de la tramitación de la ley 13/2005, que modifica el Código civil en materia al derecho a contraer matrimonio, aunque ésta ya se había anunciado; es por esto que tanto el Grupo Parlamentario Popular como el Grupo Parlamentario Socialista traen a colación en este debate de parejas estables la oportunidad o no del matrimonio entre homosexuales, unos rechazándolo, otros aprobándolo.

Unos (el GP Popular, cuya fijación de postura corrió a cargo del diputado Sr. Torme Pardo) insisten en seguir el ejemplo de Francia y Alemania, que regulan el pacto civil de solidaridad (Francia) y la ley alemana de comunidad registrada, manifestando que son eficaces instrumentos para dar cobertura a la pareja homosexual sin necesidad de reformar la institución matrimonial en su presupuesto de la heterosexualidad. El GP Socialista y su diputado Sr. Pedret i Grenzner encargado de fijar la posición de su Grupo, después de iniciar su parlamento refiriéndose al matrimonio entre personas del mismo sexo dijo, siguiendo a León Gambeta<sup>19</sup>, que “con estas iniciativas que debatimos ahora y que hemos debatido anteriormente vamos a crear iguales al reconocer los mismos derechos al conjunto de los ciudadanos sin distinción de su orientación sexual”; respecto a las proposiciones que se debaten, indica que votarán a favor de las cuatro presentadas, pero advierte que el Gobierno Socialista presentará “un proyecto de ley sobre la situación de las parejas de hecho”, añadiendo, “esto cambia totalmente el concepto de lo que debe regularse en el caso de las uniones de hecho o parejas estables o cualquiera que fuera el nombre, porque no se trata ya de amparar a aquellos que queriendo casarse no pueden sino ver la situación que debe regularse, pero de forma distinta, de aquellos que pudiendo casarse no quieren, sea cual sea la causa, y a los que no podemos casar por vía de imposición legal”.

Es evidente que las leyes autonómicas de parejas estables requieren una regulación en una dirección distinta a la que emprendieron los Parlamentos Autonómicos; y muy especialmente la Ley balear 18/2001.

---

19.- En alusión a la frase de este parlamentario de la III República francesa, al manifestar que la auténtica democracia no es la que reconoce a los iguales sino la que crea a los iguales.

En este sentido son elocuentes las palabras del diputado de Esquerra Republicana Sr. Cerdá i Argent<sup>20</sup>, manteniendo que “no debemos pretender crear un segundo matrimonio o un matrimonio de segundo grado (...) carece, pues, de sentido que intentemos imponer legalmente deberes en el ámbito personal de la convivencia. Carece por completo de sentido que se establezcan otras medidas sobre la vida en común de ayuda mutua o en el ámbito de las uniones estables (...). Las disposiciones legales (...) podrían afectar exclusivamente a tres aspectos: el patrimonio, la sucesión y la posible indemnización por ruptura de la convivencia”. Más adelante añade “Esquerra Republicana pretende dejar patente que nos encontramos ante una nueva institución. Esta nueva institución de las uniones estables o parejas de hecho debe interconectarse con el resto de instituciones jurídicas manteniendo una relación de coherencia”.

Es cierto que una cosa es el modelo familiar constitucional<sup>21</sup>, que es el basado en el matrimonio y otra es la protección constitucional<sup>22</sup> de la familia que debe alcanzar, también, a la creada por una relación afectiva y estable de pareja que la Constitución protege, art. 39 CE<sup>23</sup>; esto confirma que se debe proceder a su regulación, si bien escueta dando un gran margen a la autonomía de la voluntad, porque la pareja por expresa voluntad quiere quedar al margen del derecho, por lo que se debe respetar al máximo su decisión.

---

20.- En el debate al que hemos hecho alusión.

21.- ROCA TRÍAS, E., *Familias, familia y Derecho de Familia*. ADC 1990, pág.1057, entiende que “la Constitución protege una familia histórica, en un momento concreto, lo que no significa que se excluya, a este nivel, la posibilidad o incluso la necesidad de proteger a familias formadas de otra forma o con caracteres distintos a las que existen en un momento histórico determinado”. Cita a Díez Picazo, que “liga el problema al que se viene denominando *concepto prejurídico de familia* y que, por tanto, los constituyentes hablaban de una familia concreta a la que el Estado debía ofrecer, por una parte, un sistema de regulación mínimo (el artículo 32 CE) y, por otra parte, una protección especial (artículo 39 CE).”

22.- Ver entre otros, DÍEZ PICAZO, L. *Familia y Derecho*, en *Familia y Derecho*. Cívitas. Madrid 1984, pág.21. FOSAR BENLLOCH, *La Constitución Española de 1978 y la unión libre*, RJC 1982-4, pág. 117 y ss. GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V., *La unión libre: Familia, no matrimonio*. La Ley (diario 11 de junio de 2004) n°6038. y *Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales*. Aranzadi Civil 2002-I, pág. 2363.

23.- La realidad es que los poderes públicos no han equiparado la familia que surge del matrimonio a la que surge de la relación convivencial de pareja, al existir grandes diferencias, por poner un ejemplo, me referiré a la materia de fiscalidad y Seguridad Social. Un reciente Auto del TC de 9 de marzo de 2004, por el que se declara la inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el juzgado de lo Social n° 25 de Barcelona, sobre el artículo 174.1 de la Ley General de Seguridad Social, que exige el requisito de vínculo conyugal para acceder a la pensión de viudedad, reproduce, en su FJ 3º, la doctrina constitucional en los

Es evidente que no es fácil encontrar la justa medida en el alcance de una futura ley estatal de parejas estables; sin embargo el principio o criterio que debe presidir la regulación es la necesidad de potenciar y respetar al máximo la autonomía de la voluntad<sup>24</sup> de los miembros de la pareja, con la finalidad que sean ellos, en su caso, quienes regulen los aspectos económicos de su convivencia; como, también, mantener la equiparación en el ámbito sectorial de aquellos aspectos de derecho privado y de derecho público que afecten a la pareja.

Podría ser, también, motivo de reflexión orientar una futura regulación hacia una meta mucho más abierta, que ordenara jurídicamente las bases de organización voluntaria de cualquier tipo de convivencia fundamentada en relaciones “quasi-familiares”, sin ceñirse, exclusivamente, a relaciones de pareja *more uxorio*, sino que alcanzara, incluso, a cualquier relación convivencial afectiva, como son las relaciones de ayuda mutua o el acogimiento de personas mayores reguladas por algunas leyes autonómicas<sup>25</sup>.

#### **4º.4.- Otros problemas que presenta la unión de pareja no matrimonial. La llamada “pensión de viudedad”.**

Muchos son los problemas que se han planteado en los últimos años, tanto respecto a los distintos derechos y obligaciones de las parejas, dependiendo del derecho que les ampara, como consecuencia de las distintas regulaciones autonómicas de pareja; como de la forma de entenderse constituida la pareja. Algunas cuestiones que han provocado distintos pronunciamientos por parte de los Tribunales de Justicia, están en relación a la discutida pensión de “viudedad” del conviviente supérstite. Este tema no

---

términos siguientes: “las amplias atribuciones del legislador para configurar legalmente el derecho a la pensión y establecer las condiciones que han de acreditarse para causar derecho a la misma, entre ellas la del vínculo matrimonial legítimo, sin que suponga una vulneración de los preceptos constitucionales, puesto que la unión de hecho no es una realidad equivalente al matrimonio y de realidades distintas puede el legislador extraer consecuencias distintas reconociendo una superior protección a las uniones bajo vínculo matrimonial legítimo, dentro de su amplia libertad de decisión”.

24.- Ahondando en la opinión de libertad de configuración de la relación de pareja de hecho, la STS 611//2005, de 12 de septiembre, en el voto particular formulado por D. José Ramón Ferrándiz Gabriel y Dña. Encarnación Roca Trías, en su FJ3º, dicen: “la falta de igualdad entre matrimonio y la unión de hecho conlleva que los convivientes no gocen de régimen económico matrimonial, a no ser que pacten cualquier tipo de sistema al amparo del artículo 1255 Código civil (LEG 1889,27), de acuerdo con la libertad que tienen, no sólo para constituir la unión, sino también para atribuirle los efectos que consideren más convenientes”.

25.- Ley Foral Navarra 34/2002, de 10 de diciembre de acogimiento familiar de personas mayores; Ley catalana 11/2001 de 13 de julio, de acogida familiar de personas mayores; Ley catalana 19/1998 de 28 de diciembre sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua.

es baladí, porque una familia surgida de la convivencia en pareja no casada que puede encontrarse, 1) bien porque no alcance a entender las consecuencias jurídicas que produce su forma de convivir, 2) bien porque uno de sus miembros que ha fundado una familia al margen del derecho, no quiere legalizar su situación constituyéndose en pareja estable por su “equiparación” al matrimonio, que, al fallecimiento de uno de los convivientes, no pueda reclamar la llamada “pensión de viudedad”, regulada en el art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social.

**Esta imposibilidad de reclamar la pensión no se funda en que a las parejas de hecho no les puede corresponder tal pensión de viudedad, que la ley ampara, sino que el fundamento de la denegación de tal pensión se funda en la forma de constituirse en pareja, porque es distinta según las distintas leyes autonómicas. Por esta razón, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional el párrafo quinto del apartado tercero del artículo 174 y ha establecido los requisitos para poder optar a la “pensión de viudedad”.**

## **II. Comentarios a algunas cuestiones en relación a la ponencia que presenta el Académico**

**D. Carlos Jiménez Gallego.**

### **Presupuesto:**

Antes de presentar algunos comentarios en relación a la ponencia del Sr. Jiménez Gallego, y como resumen de la parte expositiva y a tener en cuenta por su importancia, es necesario hacer notar para el debate en el seno de la Comisión de Derecho Privado que no estamos tanto ante una forma de regular las relaciones de pareja de matrimonial, sino ante la pareja convivencial no casada como forma de crear una familia.

El artículo 39.1 CE establece que “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 se refiere a la familia creada por la pareja de hecho; es una familia amparada en el marco de nuestro derecho constitucional. Aunque el TC ha dicho que pareja de hecho y matrimonio son realidades distintas y pueden protegerse de forma distinta y con mayor intensidad la relación matrimonial a la convivencial, porque el matrimonio es una institución garantizada jurídicamente por la Constitución (art. 32), no empece para decir que de ambas convivencias, o que tales relaciones, son formas de familia y por esto dignas de protección. El legislador, en cumplimiento del art. 39.1 CE debe proteger a la familia, surgida de cualquiera de las relaciones posibles, ya sea fundada en el matrimonio, ya sea fundada en un relación de hecho.

Por esto, como presupuesto, entiendo que las acotaciones que se presentan y el debate a realizar debe ir encaminado, no tanto a regular una relación de pareja no casada, que debería dejarse al arbitrio de los convivientes, sino una relación marco de una familia, porque pueden verse afectados muchos intereses dignos de protección. Las partes más vulnerables integradas en esta forma de familia requieren de la misma protección que la anclada sobre el instituto del matrimonio.

### **Comentarios a la ponencia:**

No entraré en el abanico de cuestiones, interesantísimas, que plantea la ponencia del Sr. Jiménez Gallego, sino que plantearé unas acotaciones para que puedan ser objeto de debate en la Comisión de Derecho Privado,

#### *1º Competencia para legislar en materia de parejas de hecho.*

Entiendo que, a partir de la Sentencia del TC 93/2013, de 23 de abril, sobre la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio para la igualdad de las parejas estables, no hay objeción para legislar en esta materia.

La Sentencia citada del TC dice que **no** se trata de un supuesto de desarrollo por conexión con el matrimonio, con base en el art. 32 CE, ya que son realidades distintas. Por tanto, su fundamento competencial no está fundado en el art. 32 CE; sino el art. 39 de la Constitución.

Por tanto, el legislador autonómico con competencia en derecho civil no puede crear una forma de matrimonio distinta al regulado en la Constitución, o una institución a semejanza del matrimonio porque podría ser tachado de inconstitucional, por vulnerar el art. 149.1.8 CE; sino que en ejercicio de su competencia legislativa actúa con base en el art. 39 CE, desarrollando las políticas familiares. En definitiva, son instrumentos que pretenden proteger a ciertos tipos de familias basadas en las relaciones de convivencia. No se trata de ejercitar la competencia legislativa que otorga el art. 149.1.8 Cc, regulando una nueva forma de matrimonio, como en cierta manera hace la ley balear 18/2001 de parejas estables, que es materia de exclusiva competencia estatal, sino de desarrollar la competencia exclusiva, asumida por la CA, en el art. 30.16 EAIB.

La única objeción que se puede sugerir es que no se regula una relación paramatrimonial, o sea, una forma de matrimonio, sino que la regulación de la convivencia en pareja es una realidad distinta, que tiene su fundamento en la formación de una pareja o grupo familiar, fundado en una relación convivencial a la que se debe dar protección por mandato constitucional (ex art. 39 CE), especialmente por si, a consecuencia de esta relación, puede resultar afectada alguna parte más vulnerable.

Estos puntos son los que se deben desarrollar para ofrecer un marco jurídico en el que pueda ampararse el perjudicado por la relación.

## *2º Inscripción constitutiva.*

La Ley 18/2001, establece que sólo se puede constituir la pareja estable mediante la inscripción en el Registro Autonómico de Parejas Estables, cumpliendo los requisitos y formalidades que establece dicha Ley.

En la mayoría de leyes autonómicas sobre parejas de hecho, la forma de constitución de pareja de hecho o estable, no apuestan por la inscripción constitutiva. Se alega que no es un modelo propio para las situaciones convivenciales de pareja no casada<sup>26</sup>; además que el porcentaje de inscripciones, en aquéllos Registros donde es preceptiva la inscripción para constituirse en pareja, son mínimas. Se aboga por parte de la doctrina, incluso en los casos en que se establece un modelo formalizado de constitución de la pareja, que se establezca una regulación adicional tendente a conjugarla con modelos no formalizados.

Además, se objeta que el sistema formalizado no es el adecuado para regular este tipo de uniones de pareja, porque consiste en crear un modelo de unión análogo al matrimonio pero de “segunda clase”. En este sentido, poca diferencia existe respecto a acudir al Registro civil para contraer matrimonio, a acudir al Registro de PE autonómico para constituirse en pareja.

La inscripción en el Registro Autonómico de Parejas estables requiere el cumplimiento de una serie de requisitos que regula la Ley y el Decreto 112/2002, de 30 de agosto, modificado por el Decreto 140/2002 de 13 de diciembre, el Decreto 184/2003 de 21 de noviembre y la Resolución de 30 de octubre de 2002, que incluye el modelo. Además debe unirse la declaración de la pareja de someterse expresamente a la ley balear de Parejas Estables. Suscribo totalmente, las objeciones o advertencias del Sr. Jiménez Gallego en

---

26.- “un tercer modelo, el de pareja inscrita o formalizada en documento público, parte de una declaración expresa de los convivientes quienes manifiestan así su voluntad de que la relación de convivencia que les une pase a regirse por un régimen jurídico que el legislador pone a su disposición (,,). Es un modelo que ha sido esencial en la lucha del movimiento gay para alcanzar progresivamente mayores cotas en el reconocimiento de las parejas homosexuales y ha constituido, y no sólo en España, el último baluarte en el que se han parapetado muchos legisladores para contener las aspiraciones de plena igualdad matrimonial de dicho movimiento. Por el camino, y con el pretexto de una pretendida no discriminación de las parejas heterosexuales, ha arrastrado al legislador a una regulación de las parejas heterosexuales que tal vez no era necesaria y que además, plantea una serie de problemas difíciles de resolver” MARTÍ CASALS, Miquel, “El derecho a la “convivencia anómica en pareja”. ¿Un nuevo derecho fundamental? Indret 3/2013.

cuanto a la posible interpretación que este sometimiento no debe entenderse que evita la aplicación de las reglas de Derecho Internacional Privado, en las cuestiones de conflicto de leyes. La CA no tiene competencia para legislar en esta materia exclusiva del Estado. En todo caso se trata de un sometimiento respecto de los aspectos de la ley que admiten sean reguladas por la autonomía de la voluntad.

En materia sucesoria, será de aplicación, como dice el Sr. Jiménez Gallego, las normas de conflicto estatales, y, a partir del 17 de agosto de 2015, el Reglamento Sucesorio Europeo. No se trata de normas de derecho disponible, salvo la previsión de poder elegir la ley aplicable si se hace constar en testamento, como dice Jiménez Gallego.

Esta cuestión de inscripción constitutiva es imprescindible enlazarla con el punto 3º, y también con el 5º, respecto a la exigencia del Tribunal Constitucional para reclamar la llamada “pensión de viudedad”, según la Sentencia 40/2014, de 11 de marzo, que declara inconstitucional el párrafo 5º del apartado 3 del art. 174,3 de la LGSS.

*3º. La constitución de la pareja. La Sentencia del TC 40/2014, de 11 de marzo,*

De la antes citada Sentencia 40/2014 del TC, en la que declara inconstitucional el párrafo 5º del apartado 3 del art. 174,3 de la LGSS, tiene que derivar un nuevo planteamiento sobre la modificación de la forma de constituirse en pareja que regula la Ley 18/2001, dando entrada a las posibilidades que establece el TC para entender que existe pareja a efectos de reclamación de la “pensión de viudedad”, porque es un tema importante, y no dejar a parejas, de las que puede existir algún miembro más vulnerable, en situación de imposibilidad de plantear reclamación sobre tal “pensión de viudedad”.

*a) Inconstitucionalidad del párrafo 5º, del art. 174,3 LGSS y nueva redacción del párrafo 4º del citado art. 174,3 LGSS.*

- Supresión por inconstitucional del pár. 5º.
- Nueva redacción del párrafo 4º.

Art. 174,3, pár. 4.

*“A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, 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 registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”.*

*b) Requisitos para reclamar la llamada “pensión de viudedad”.*

De la Sentencia 40/2014, podemos extraer los requisitos que exige el TC para poder reclamar la “pensión de viudedad” por parte del miembro supérstite de la pareja.

**Requisitos:**

- convivencia de 5 años, demostrable por cualquier medio de prueba, inmediatamente anteriores a la muerte del causante.
- Dependencia económica del causante (menos del 50% de la suma de los propios y los del causante; o bien salario y medio del mínimo interprofesional).
- Constatación formal, doble opción:
- Inscripción como pareja en cualquier Registro específico existente.
- o constitución de pareja en documento público; en ambos casos con dos años de antelación al fallecimiento del causante.

**Propuesta:**

- doble modalidad de constitución de la pareja, a elección voluntaria, de acuerdo con el criterio del Tribunal Constitucional:
  - mediante la inscripción en el Registro Autonómico de Parejas Estables; o cualquier Registro Municipal específico.
  - Constituirse en Pareja Estable mediante declaración en documento público.

Se propone incluir la constitución en documento público, para no dejar al margen de poder solicitar tal pensión de viudedad a parejas que, huyendo de la forma civil de celebración del matrimonio (Registro civil), se ven abocadas a pasar por un tipo análogo de constituirse en pareja (aunque de segundo rango), mediante la inscripción en un Registro Autonómico de Parejas. Con esta doble opción, constituirse ante el Registro de Parejas, o constituirse ante el

Notario, dan cabida a muchas parejas que huyen de la constitución pseudomatrimonial.

Propuesta a debatir y enlazando con el anterior apartado 2º sobre inscripción constitutiva si a efectos, sólo, de la ley balear se puede abrir a una tercera modalidad, que en algunas leyes autonómicas se ha previsto, como ya se ha indicado anteriormente, que es la convivencia continuada o el hecho de tener hijos en común, ya que ambos requisitos implican estabilidad, admitiendo la declaración en contrario, es decir, cabe la posibilidad de poder declarar no aplicables las normas previstas por el legislador. Es el llamado modelo factual o de pura convivencia, que, por otra parte, pretende otorgar seguridad a los miembros vulnerables de parejas de hecho que siendo, en efecto, parejas convivientes no casadas, uno de ellos no quiere someterse a ningún tipo de obligación derivada de la relación. Esta figura es propia del *common law*, como Australia o Nueva Zelanda, Escocia y Gales, Inglaterra, Canadá<sup>27</sup>.

En Cataluña, como sistema más moderno, se ha optado por este modelo<sup>28</sup>, junto al de formalización en escritura pública (apartado c) del art. 234-1 CCC), así ha incorporado (por Llei 25/2010, por el que se aprueba el Libro II de persona y familia) al Codi Civil de Catalunya, estos supuestos como constitutivos de pareja de hecho los determinan los apartados a) y b), del art. 234-1 CCC.

Este requisito no daría opción, por si solo, a solicitar la pensión de viudedad, pero si daría opción a la aplicación voluntaria de la ley autonómica de Parejas estables, porque cabe “acuerdo de exclusión de la ley aplicable” (opt-out agreement), (ex arts. 234-5 y 234-6 CCC).

---

27.- MARTÍ CASALS, Miquel, “El derecho a la “convivencia anómica en pareja”. ¿Un nuevo derecho fundamental? Indret 3/2013.

28.- MARTÍ CASALS, Miquel, “El derecho a la “convivencia anómica en pareja”. ¿Un nuevo derecho fundamental? Indret 3/2013, dice “Una versión más moderna de este modelo, que entre nosotros inspira la actual regulación del Código civil de Cataluña (arts. 234-5 y 6 CCCat), permite que los convivientes puedan excluir el régimen aplicable predispuesto por el legislador (*opt-out agreement*). Se trata de un acuerdo entre los convivientes, cuya validez está sujeta a unos determinados requisitos de capacidad de las partes y de contenido y forma, que se formaliza con anterioridad a la convivencia, durante la misma o una vez ha concluido y que establece que las disposiciones legales que regulan los efectos de la convivencia de hecho no se aplicarán a las partes. Tal acuerdo ‘que en Cataluña se equipara a los capítulos matrimoniales’ puede limitarse a excluir el régimen que resulta aplicable, sin más, o puede ir más allá y prever un régimen distinto. En este último caso, puede abordar de manera global todos los aspectos económicos o tener un efecto más limitado y referirse a determinados bienes y derechos que tengan un significado especial para uno de los convivientes”.

Incluso se puede dabatur, si a semejanza del derecho francés, sería conveniente proponer dos tipos de regulaciones, al modo del *pacte civil de solidarité* arts. 515-1 a 515-7 Cod. Civ francés.), y del *concubinage*, (art. 515-8 Cod. Civ francés.) como situación más atenuada, reguladora de la situación de hecho.

#### **4º Cuestión sobre la vecindad civil, del art. 2.2 LPE.**

Comparto la idea del Sr, Jiménez Gallego en cuanto a la interpretación de la “vecindad civil” en la Ley 18/2001. La ley no lo utiliza para resolver conflicto de normas, sino como criterio de aplicación de la propia ley que debe ceder cuando se presente un conflicto de normas, por ej, en materia sucesoria.

Bien es cierto que la ley del territorio es la ley vigente y como ley vigente es de aplicabilidad inmediata por el juez, aunque puede ocurrir que por las normas de conflicto, en su caso, se debe aplicar otra norma no vigente en el ámbito territorial pero aplicable al caso.

La Sentencia del TC 93/2013, de 23 de abril, sobre la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio para la igualdad de las parejas estables, por el contrario, entiende que la materia conflictual en la aplicación de las distintas legislaciones coexistentes en el territorio nacional, es materia de exclusiva competencia del Estado (FJ6º). En este punto, tener en cuenta lo aportado por el ponente JIMÉNEZ GALLEGO y el comentario a la Sentencia que declara inconstitucional el art. 2.3 de la Ley de Parejas de Navarra, artículo de redacción semejante al art. 2.1 LPE, que realiza COCA PAYERAS<sup>29</sup>.

Propuesta: eliminar, como ha hecho Cataluña, la referencia a la vecindad civil, que nada aporta.

#### **5º Los requisitos de condición y temporalidad.**

En cuanto al requisito de temporalidad en la constitución de pareja; ni someter a condición su constitución, son propios de la institución matrimonial.

La ley balear, como se desprende de la EM, se redacta como una figura análoga al matrimonio, aunque el TC se ha pronunciado en el sentido que se tratan de dos realidades distintas.

---

29.- “Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad”. Revista de Derecho Civil, nº 1 (enero-marzo 2014), pág. 35 y ss.

Por esto se ha añadido la imposibilidad de constituirse en pareja estable de forma temporal; ni sujeta a condición, por tratarse de situaciones que coartan la “estabilidad” que pretende la ley balear, a semejanza del matrimonio.

Ahora bien, la regulación de la pareja conviviente para dotarla de efectos jurídicos, requiere una cierta estabilidad. No todas las relaciones fugaces podrían tener cabida en relaciones de parejas de hecho o estables. Para otorgar derechos y obligaciones requiere que estemos ante una convivencia estable de pareja, por esto, las leyes del territorio español o extranjero que regulan las relaciones de convivencia en pareja, determinan un número de años de convivencia para entender que es de aplicación la ley que las regula.

En este sentido, el TC, en la Sentencia 40/2014, de 11 de marzo, en la que se declara inconstitucional el párrafo 5º del art. 174,3 de la LGSS, entre los requisitos que exige para poder solicitar la pensión de viudedad, uno de ellos es acreditar una convivencia de al menos cinco años, antes del fallecimiento del causante.

Esta cuestión puede estar en relación con la forma de constitución de la pareja. En las leyes autonómicas se citan ciertos índices de estabilidad para constituirse en pareja a efectos de sus respectivas leyes que giran en torno a un determinado tiempo de convivencia o tener hijos en común; uno u otro claros signos de estabilidad convivencial. La Ley 18/2001 no exige años de convivencia, como hacen otras leyes autonómicas, quizá algún requisito se tendría que imponer, o en su caso, unificar, en relación a las exigencias del TC para tener derecho a la pensión de viudedad.

Por otra parte, es lógico que, si la pareja tiene una imposición de formalización constitutiva mediante la inscripción en el Registro de PE, con declaración de voluntad de querer constituirse, no debería exigirse cualquier otro índice de estabilidad, al haber declarado su voluntad.

Cuestión distinta es analizar si la forma de constitución de pareja es la que la sociedad entiende que deba ser. La pareja que no quiere formalizar su relación ante el Registro civil, contrayendo matrimonio; no querrá formalizarla ante un Registro Autonómico (de valor parcial, a nivel estatal), mediante la declaración de querer constituirse en pareja. Este tema lo abordaremos en otro apartado.

En todo caso, desde el momento que unilateralmente se puede dar por finalizada la relación de pareja, ya incluye un elemento de temporalidad. Aunque esta afirmación no es exportable; porque ocurre lo mismo con el matrimonio a partir de la Ley 15/2005, una vez transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio (art. 81,2º Cc).

La propuesta del Académico Sr. Jiménez Gallego, me parece oportuna, en cuanto propone eliminar estos dos requisitos, con matices.

**Comentario:** hay que hacer notar una diferencia. La ley 18/2001 presenta los requisitos de temporalidad y sujeción a condición, como requisitos de validez del negocio jurídico de constituirse en pareja estable. En consecuencia, no existirá pareja estable si se ha constituido con tales requisitos.

Por el contrario, el art. 45 Cc, presenta la celebración del matrimonio, como un negocio de familia en el que se debe prestar el consentimiento matrimonial para que exista matrimonio. Ahora bien, en el párrafo 2º del citado art. 45, no permite someter el matrimonio a condición ni a término, y a estos requisitos les da el valor de tenerse “por no puestos”, si se interponen al prestar el consentimiento. Esto significa que, aún incorporando tales requisitos al consentimiento prestado, existirá matrimonio, si bien no se podrán hacer valer, ya que la norma dice “se tienen por no puestos”. El efecto, es diametralmente distinto al previsto en la Ley 18/2001 para la pareja estable.

**Propuesta**, puede dejarse una redacción semejante al párrafo 2º del art. 45 para el matrimonio, porque su incorporación no afectará a la validez de la constitución de pareja estable, simplemente, tales requisitos “se tendrán por no puestos”.

### **6º Relaciones patrimoniales de la pareja *inter vivos* y *mortis causa*.**

#### **Ideas generales.**

Como ya se ha indicado, en la primera parte expositiva, las opciones para organizar la convivencia en pareja y crear una familia, otorgando efectos jurídicos a estas situaciones, se fundamentan en la libertad de contraer matrimonio (art. 32 CE); o bien desarrollando el art. 39 CE que impone a los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia.

Lo que pretenden las leyes de Parejas convivientes no casadas es dar la posibilidad de regular los efectos patrimoniales basados en esta convivencia y, especialmente, evitar que puedan producirse efectos nocivos para la parte más vulnerable.

Puede optarse por remitir a la regulación patrimonial regulada para el matrimonio, extendiendo su aplicación a la pareja estable.

Ahora bien, desde otra óptica, también puede entenderse que la regulación de los efectos patrimoniales no pueden determinarse como un efecto general, como ocurre en el matrimonio, situación que la pareja ha rechazado por el hecho de no contraerlo. Por tanto no puede imponerse un “régimen patrimonial” a la pareja; sino que deben ser las partes que, libremente, pacten sus relaciones patrimoniales constante convivencia y, especialmente, tras la ruptura.

Sin embargo no es una novedad que, la pareja, es cosa de dos y puede ocurrir que bien porque sólo uno de los miembros no quiera contraer matrimonio, bien porque no quiera regular su convivencia, esta convivencia pueda desencadenar efectos negativos. En estos casos la ley tiene que amparar situaciones fácticas que pueden producir lesión en alguno de los convivientes, generalmente en el más vulnerable.

También es cierto que la sociedad actual equipara la familia que se fundamenta en el matrimonio con la familia que surge de la relación convivencial, por esto, también es una opción a debatir la de darle unos efectos semejantes a los que la ley otorga a la pareja matrimonial.

*a) se puede plantear una primera propuesta a debate:*

Equiparar la pareja estable, en sus efectos, a la pareja matrimonial. En este caso, se aplica a la pareja estable la regulación propia del matrimonio que regula, hoy, la CDCIB y que en un futuro próximo esperemos que se apruebe el Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio. Esta es una solución parecida a la que ha optado la regulación de la Ley 18/2001.

*b) en caso contrario se puede plantear una segunda propuesta, que consiste en:*

1º Efectos patrimoniales constante convivencia:

La regulación de los efectos patrimoniales de la pareja, constante convivencia, debería quedar en la esfera privada. La normativa tendría que posibilitar regular, sea por documento público, por documento privado o tácitamente, sus relaciones patrimoniales. En este sentido se puede establecer una sociedad universal de ganancias (a modo del art. 1675 Cc); que no existan bienes comunes, o cualquier tipo de comunicación o no de bienes y ganancias.

En cuanto a la necesidad de atender los gastos de la convivencia (que en el matrimonio se denominan cargas), la pareja debe establecer la forma de asumir tales costes, ya sea de forma proporcional o según decida la pareja. Esta cuestión de subvenir los gastos de la convivencia es una cuestión que

debe quedar en el ámbito de la regulación privada. Entiendo que nada debe imponer la ley.

Ahora bien, se puede debatir si para el caso que no exista ningún pacto de regulación, la ley proporcionaría unas reglas muy generales y acotadas sólo a la forma de soportar los gastos de la convivencia. Por ejemplo establecer que, a falta de pacto, los gastos de la convivencia, en caso de litigio, se entenderá que se abonarán en forma proporcional a sus respectivos ingresos que provengan de sus actividades profesionales. Evitaría indicar que la proporcionalidad debe estar también, respecto de los rendimientos de su patrimonio.

En cuanto a la responsabilidad frente a terceros, salvo que del pacto se deduzca lo contrario porque se haya establecido un régimen de comunicación de ganancias, será responsable el conviviente que ha contraído la obligación, sin que el acreedor pueda dirigirse al otro conviviente de forma subsidiaria.

Entre los convivientes, de forma tácita o expresa, tendrán las reglas pactadas. Sólo a falta de estos pactos, y sólo para el caso de litigio, entraría la regla residual legal, que determina la forma de contribución a estos gastos. Por tanto, si uno de los convivientes paga por encima de lo pactado o al criterio de proporcionalidad, tiene acción para reclamarlo.

#### Interpretación de la norma 5.5 LPE.

En cuanto a la concreta cuestión de la remisión del art. 5.5 LPE, introducida por Ley 3/2009, norma de dificultosa interpretación, que aplica, de forma supletoria, la norma del art. 4 CDCIB del régimen económico del matrimonio a la pareja estable, la interpretación puede contener, entre otros, los siguientes puntos:

- en primer lugar que sólo es de aplicación en tanto la pareja siga conviviendo, es decir, si ha finalizado su convivencia, sea de hecho, sea porque han extinguido formalmente su convivencia en el Registro de Parejas Estables, no podrá ser de aplicación. Es la única interpretación que se pueden dar a los términos del precepto cuando dice “si consta convivencia”, porque al estar inserto el precepto en una ley de Parejas Estables, se presupone que regula esta clase de convivencia.

Significa que impide la aplicación supletoria del art. 4 CDCIB a supuestos en los que falta la convivencia, ya sea formal o factual. Por tanto lo regulado en el art. 4 CDCIB no es de aplicación supletoria a la pareja que ha dado formalmente por extinguida la convivencia, ni a cualquier supuesto en que la convivencia haya finalizado de hecho.

- en segundo lugar, la norma indica, claramente, la supletoriedad. Es decir, en el apartado 4 del art. 5 LPE se determina un régimen patrimonial supletorio de la pareja, equivalente al de separación de bienes del matrimonio (art. 3.2 CDCIB), por tanto, sólo en defecto de pacto sobre sus relaciones patrimoniales (*ex* artículo 4,1 LPE), se aplicará el régimen del apartado 4 y 5 del artículo (art. 5.1 LPE).

## **2º Efectos patrimoniales al cese de la convivencia:**

a) Efectos patrimoniales a la ruptura o cese de la convivencia.

En el supuesto de cese de la convivencia por ruptura, se tiene que dotar a la parte perjudicada de acción para reclamar aquellos perjuicios que derivan de la convivencia. En este caso, en primer lugar, se podrá entablar acción de reclamación de acuerdo con el pacto de convivencia y los concretos pactos en previsión de ruptura, si se han estipulado; y a falta de pacto, en todo aquello que pueda suponer perjuicio. Debería procurarse una redacción más *light* del art. 9 de la LPE<sup>30</sup>.

En todo caso, mantendría un derecho de compensación y/o de pensión, para determinados supuestos. Especialmente los supuestos por razón de trabajo para la familia, en sentido amplio, no sólo dedicación y cuidado, sino colaboración no remunerada en la profesión o negocio de su conviviente.

En el supuesto que la pareja tenga de hijos en común, podrán pactar el régimen de pensión, guarda y visitas. En caso de conflicto, el juez resolverá.

b) Otros efectos *post mortem* de carácter familiar o convivencial

En primer lugar, libertad de pacto.

A falta de pacto:

- derecho a predetraer el ajuar doméstico, sin que se entienda extendido a los bienes artísticos, históricos, de valor o de origen familiar.

Entiendo que no es necesario indicar la situación de arrendamiento de la vivienda familiar, porque es la propia LAU la que regula la situación.

- derecho a continuar habitando la vivienda familiar por espacio de un año.

---

30.- Ver FERRER VANRELL, María Pilar, “Comentario al artículo 9”, en *La Ley de Parejas Estables de las Illes Balears* (coord. M<sup>a</sup> Pilar Ferrer Vanrell), Institut d’Estudis Autònòmics, L’esperit de les lleis, nº 6. Palma 2007, pp., 203 y ss.

c) Efectos *post mortem* de carácter sucesorio.

Podemos determinar un doble planteamiento a debatir:

- Entender que a la pareja conviviente se le aplican los efectos del matrimonio, como regula la Ley balear 18/2001
- O bien no atribuir derechos sucesorios de origen legal al conviviente supérstite. En este caso, la propuesta del Sr. Jiménez Gallego plantea la problemática que es la de determinar cuál será la ley aplicable a la sucesión, que comparto. Y, concretamente, respecto a la atribución de los derechos sucesorios al supérstite comparto, también, la opinión del Sr. Jiménez Gallego que no debería tener derechos sucesorios de origen legal, pero entiendo que en sentido amplio, ni a la legítima ni a la sucesión intestada.

En cuanto a los efectos sucesorios, siempre queda la posibilidad de atribuir cualquier legado, o nombrarle heredero por sucesión voluntaria, ya sea testamento o, en el caso que los convivientes estén sujetos al derecho civil balear, por donación universal de bienes presentes y futuros y demás pactos sucesorios previstos en el Lib. III CDCIB; porque la Pareja Estable goza de los beneficios de fiscalidad como la determinada para los cónyuges, de acuerdo con la Ley de Impuesto de Donaciones y Sucesiones.

- Cuestión interesante la que plantea el Sr. Jiménez Gallego respecto a los derechos sucesorios de origen legal que atribuye la ley a la pareja, cuando esta unión se conforma entre personas mayores. Para evitar dañar a los hijos respectivos con los derechos legitimarios de la pareja, no se constituyen en pareja.

Precisamente presenté, a la Comisión Asesora de Derecho Civil, una propuesta para regular esta cuestión para el matrimonio, ya que hoy es frecuente los segundos y terceros matrimonios de parejas que cada uno tiene sus respectivos hijos y simplemente quieren una vida en común de la pareja.

La propuesta estaba fundamentada en ampliar la institución de tanto raiambre como es la “definición” (art. 50 CDCIB) al matrimonio.

En parejas estables se puede optar ya sea por no conceder derechos sucesorios de origen legal, que creo es una buena opción, como hace Cataluña o bien, en caso de atribuirlos, para aquellos causantes que tengan vecindad civil balear, se pueda definir, en vida, los derechos sucesorios de origen legal.

Estas notas apresuradas dejan muchas otras cuestiones por tratar que, con toda seguridad, serán objeto de debate en el seno de la Comisión de

Derecho Privado, ya que se trata de una importante materia de la que deriva o puede derivar la formación de una familia que conlleva una advertencia constitucional al legislador como es la familia como bien constitucionalmente protegible, art. 39 CE.