

LA INCLUSIÓN DE LA PAREJA DE HECHO EN LAS REFORMAS
DEL DERECHO DE FAMILIA DE JULIO DE 2015: LEYES DE
JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y DE MODIFICACIÓN DEL
SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA.
LA REFORMA DE LA ADOPCIÓN

INCLUSION OF PAIR OF FACT IN THE FAMILY LAW REFORM
JULY 2015: VOLUNTARY JURISDICTION LAW AMENDMENT AND
PROTECTION SYSTEM FOR CHILDREN AND YOUTH. REFORM
OF THE ADOPTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 128 - 152.

Fecha entrega: 30/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

Dr. CARLOS ARGUDO GUTIÉRREZ
Profesor del Departamento de Derecho Mercantil
Universidad de Cádiz
carlos.argudo@uca.es

RESUMEN: La introducción de la pareja de hecho en las leyes reguladoras de la familia presenta una serie de dificultades derivadas de la conjugación de los principios de libertad y seguridad jurídica. El tratamiento que el legislador estatal español ha realizado de la figura ha originado un mosaico de normas, con regulaciones puntuales que conviven con otras integrales, no ayuda a tener una visión clara de problema que representa su regulación. La reciente reforma de la adopción ha colocado a la pareja en igual posición que el matrimonio a la hora de adoptar conjuntamente, lo cual representa una opción legislativa sin precedentes en consonancia con las tendencias de la sociedad.

PALABRAS CLAVE: pareja de hecho; convivencia; adopción conjunta.

ABSTRACT: The introduction of unmarried partners in the laws governing family presents a number of difficulties arising from the combination of the principles of freedom and legal certainty. The treatment that the Spanish state legislator has made the figure has created a patchwork of rules, with specific regulations that coexist with other comprehensive, does not help to have a clear vision of problem of regulation. The recent adoption reform has placed the couple in the same position that marriage when taken together, which represents an unprecedented legislative option in line with trends in society.

KEY WORDS: common law partner; coexistence; joint adoption.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Datos a favor de la regulación de las parejas de hecho.- 3. El panorama español.- 4. Las últimas referencias legislativas a la pareja de hecho.- 4.1. Ley de Jurisdicción voluntaria.- 4.2. Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.- 4.3. La reforma de la adopción.- 4.3.1. La reforma de 1987.- 4.3.2. La reforma de 2015.

1. La pareja de hecho es una figura durante siglos condenada, durante décadas tolerada y elevada en nuestros días a institución integrada en el Derecho de familia, rama jurídica en la que influyen como en ninguna otra la religión y la moral, hasta el punto que el Derecho se apropia muchas veces de preceptos éticos para convertirlos en jurídicos (DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, Vol IV*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 42).

Esta influencia exógena, unida a la polémica que de por sí ha acompañado y acompaña a la figura, ha provocado una notable segmentación de la doctrina, entre sus defensores y detractores, los que piensan que no deben regularse y los que proponen una regulación aplicable incluso sin contar con el consentimiento de la pareja, los partidarios de la promulgación de una norma estatal que trace sus líneas básicas y los que no se pronuncian sobre el tema. División a la que también se ha apuntado la jurisprudencia, que nos ha ofrecido a lo largo de estos años notables cambios de posicionamiento, a veces sin la suficiente justificación.

De complejo calificamos el panorama que la rodea, pues nos “encontramos problemas de competencia entre legisladores; proliferación de normas de dudosa constitucionalidad; leyes de contenido inútil o sin contenido civil; normas en constante estado de revisión y reforma; contradicciones importantes entre las reglas que regulan las uniones de hecho y las destinadas a los casados; parejas que continúan quedando fuera del ámbito de aplicación de las normas; necesidad de invocar los mecanismos de cierre del sistema con la finalidad de conseguir una solución al problema planteado, con la consiguiente dificultad que tal circunstancia conlleva a la hora de dictar sentencia; falta de coherencia en las resoluciones de los tribunales que no aplican debidamente la analogía o la integración, con la agravación que se presenta cuando hay que distinguir según el carácter y naturaleza del derecho en cuestión; uniones que pueden quedar bajo la vigencia o aplicación de varias leyes con distinto contenido, lo que determina, si cabe, mayores dificultades pues no existe norma de conflicto para dirimir la cuestión; inexistencia de unidad de criterio en cuanto a los procedimientos de los que

pueden hacer uso las parejas, obligando a algunas a litigar más veces que otras, de forma sucesiva y de manera más costosa, con el desgaste que tal proceder acarrea, tanto para los particulares, como para los propios jueces; posibles jurisprudencias contradictorias emanadas del Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia; creación de instituciones como los Registros de Parejas superfluos e inútiles desde el punto de vista civil, cuyas inscripciones no producen otro efecto que el de requerirse para la aplicación de algunas normas, especialmente las dictadas para la equiparación de las parejas con los matrimonios a los efectos de solicitud de pensiones, obtención de beneficios administrativos, y asuntos de política de personal en la función pública, y otras más” (DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Las parejas no casadas”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. IV, (dirigido por IZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 651 y 652).

2. La atracción de dos personas, que es un hecho natural, ha pasado a ser tradicionalmente “de derecho” a través de la institución del matrimonio, pero lo que justifica ese tránsito es la noción de causa, puesto que lo meramente natural no genera sin más un derecho “lo que genera el derecho es la necesidad, la razón o causa de que ese hecho natural se proteja, ya que es más útil para la sociedad que exista seguridad sobre el tipo de relación que une a dos personas, y sobre todo, seguridad a la hora de resolver esa misma relación jurídica. El problema que se plantea con las parejas de hecho es justificar la causa o necesidad de la existencia de una regulación jurídica entre dos personas que, conociendo el matrimonio y sus efectos, no quieren acogerse a él” (CABRERA CARO, L.: “Matrimonio y Derecho natural”, en *Uniones estables de pareja. Libertad y resistencias* (ARGUDO GUTIÉRREZ, C y JIMÉNEZ CARRASCO, I.), Centro Universitario de Estudios Sociales, Jerez, 2002, p. 47).

Los cambios sociales de los últimos años nos confirman la necesidad de regulación de esta forma de convivencia, puesto que:

1º. Las parejas de hecho aparecen como realidad totalmente ajena al Derecho, como fenómeno marginal de grupos sociales reducidos, clandestinos (LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Las parejas no casadas”, en AA.VV.: *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo IV, Vol. II, José María Bosch Editor, Barcelona, 1989, p. 7) y normalmente ignorados por el ordenamiento. Pero en escaso tiempo han ido ocupando un espacio propio dentro de las legislaciones que tienen como objeto a la familia, porque los fines que persiguen (establecimiento de una comunidad plena de existencia) sí son asumidos por el Derecho (VALPUESTA FERNÁNDEZ. R.: “La

Institucionalización Jurídica de la Pareja. Registros de Parejas de Hecho”, en AA.VV.: *Las uniones de hecho (II Seminario de estudios Jurídicos y Criminológicos)*, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (coord.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 1995, p. 52).

2º. Aunque no están recogidas en la Constitución, suponen la dimensión pasiva del derecho al matrimonio. El derecho a contraer matrimonio del art. 32 CE supone el ejercicio de una opción en plena libertad, de forma que no se puede obligar a una persona a casarse o a no hacerlo, pero a la vez el que decide hacerlo, puede exigir al Estado que articule un régimen jurídico específico para el matrimonio, cosa que sabemos el Estado hace. Pero hay una dimensión pasiva del propio derecho al matrimonio (TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A.: *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Comares, Granada, 2001, pp. 67 a 69), de forma que el que decida no casarse y vivir en pareja también puede exigir un régimen jurídico para su relación. Además, ya que se protege el derecho a no casarse, los poderes públicos están obligados a promover las condiciones necesarias para su efectivo ejercicio y también regular de forma global las relaciones entre convivientes.

3º. Los datos jurídicos con los que contamos le son favorables, puesto que ha desaparecido su persecución como objeto de delito penal, se han promulgado leyes que les conceden beneficios, se ha producido un acercamiento de las figuras de la pareja y el matrimonio tras las leyes de julio de 2005 y hay un cambio significativo en las resoluciones jurisprudenciales a su favor.

4º Con la reforma matrimonial de julio de 2005 hay un acercamiento entre matrimonio y pareja, por ejemplo la estabilidad, continuidad, exclusividad, carácter público y notorio de la relación y cumplimiento de deberes de ayuda y socorro mutuo, se dan en las dos figuras, mientras que las diferencias más palpables se refieren a facetas que entran dentro de los formalismos, pero en esencia las diferencias son hoy día mínimas. Esta aproximación es más acentuada en su finalidad, que es la constitución de una plena comunidad de existencia y en la posibilidad de su extinción por la autonomía de la voluntad de las partes sin necesidad de concurrencia de causa alguna, si bien el matrimonio necesita de un pronunciamiento judicial. Este acercamiento de las figuras puede traer como consecuencia que el legislador cuando regule efectos jurídicos para los matrimonios, se plantee la posibilidad de extenderlos a las parejas.

5º. Superan el examen de lo meramente natural para entrar en lo razonable. Puesto que no es posible declarar legítima toda conducta amparada en una pretendida “espontaneidad” natural, en un “yo soy así”, sino que “toda tendencia, apetito, capacidad u orientación supuestamente natural precisa superar el examen de la razón, única capaz de aprehender el modo de ser

humano y valorar si el comportamiento se adecua a tal modo de ser” (MEGÍAS QUIRÓS, J. J.: “Cuando las apetencias se convierten en derechos”, *Persona y Derecho*, vol. 56, 2007, pp. 139 a 156; p. 140).

6°. Es muy significativo el giro dado por la jurisprudencia a lo largo del pasado siglo, pues de considerar estas relaciones como estado “no sólo anormal, sino contrario a las leyes y a los dictados de la moral menos exigente” (STS de 2 de abril de 1941), fundamentándose de forma quizás abusiva en la teoría de la subjetividad de la causa (causa torpe), cuando en nuestro Derecho impera la teoría objetiva del art. 1.974 del CC. Se pasó en poco más de medio siglo a considerar el compromiso que el Derecho tenía con ellas “El derecho no puede desentenderse de uniones como la habida entre las partes (se refiere a una unión estable y duradera), que en modo alguno pueden compararse a uniones circunstanciales u ocasionales entre hombre y mujer” e incluso establecer los requisitos de su existencia (SAP de Barcelona de 27 de mayo de 1991).

Pero quizás el mayor cambio es el operado en la propia normativa judicial, que prohíbe que dos jueces que mantengan una relación de pareja puedan pertenecer a la misma Sala, lo cual implica que se admite la posibilidad de que miembros del Poder Judicial, mantengan esas relaciones otroras contrarias a la moral menos exigente.

7°. Representan un valor en sí mismas, ya que a partir de la STC 222/1992 son consideradas familia a efectos de la protección impuesta por el art. 39 CE y hay que partir de una premisa básica, el Estado, como ente, considera necesario establecer una regulación sobre el tema del Derecho de familia y para ello es imprescindible determinar qué familia sirve de base para la organización jurídica que en un momento determinado se considera estimable de regular (ROCA I TRIAS, E.: *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 40 a 42).

Si estamos en presencia de una familia, los poderes públicos tienen el deber de asegurar su protección social, económica y jurídica, incluyendo esta última su regulación por medio de las normas que el legislador estime conveniente. El mismo preámbulo de la CE alude a garantizar la “convivencia” democrática dentro de la Constitución y de las leyes, por tanto queda fuera de toda duda, que la pareja de hecho es un valor en sí misma y que está garantizada su protección en el terreno jurídico (PANTALEÓN PRIETO, F.: “Régimen jurídico civil de las uniones de hecho”, en AA.VV.: *Uniones de hecho: XI Jornades Jurídiques* (coord. por MARTINELL GISPert-SAUCH, J. M. y ARECES PIÑOL, M. T.), Universidad de Lleida, Lérida, 1997, p. 69).

8°. La percepción social ante ellas es favorable y no olvidemos que nuestra

ciencia lo que trata es de regular la convivencia humana y, por tanto, resolver la problemática que surja de ella. Las estadísticas nos indican que han incrementado muy considerablemente el número de divorcios y correlativamente el número de parejas que mantiene una nueva relación al margen del matrimonio (MEIL LANDWERLIN, G.: *Las uniones de hecho en España*, Monografía nº 201, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2003, p. 95). La nupcialidad ha dejado de ser un fenómeno homogéneo para convertirse en su antónimo, por la entrada en escena de posicionamientos sociales, no desconocidos en el pasado pero que hoy coexisten como alternativa legítima y cuyo listado por lo menos agrupa a “cohabitación o pareja de hecho, soltería voluntaria, matrimonios por razón de embarazo, matrimonios de conveniencia, uniones de homosexuales, matrimonios a distancia o de fin de semana, por razones de trabajo, matrimonios pero sin convivencia en el mismo hogar, segundas nupcias o familias reconstituidas, con el replanteamiento de los estereotipos de madrastas y padrastros, matrimonios de personas viudas, matrimonios religiosos y civiles, matrimonios con arreglo a pautas propias de población inmigrante” (IGLESIAS USSEL, J.; MARÍ-KLOSE, P.; MARI-KLOSE, M. y GONZÁLEZ BLASCO, P.: *Matrimonios y parejas jóvenes. España 2009*, Fundación SM, Madrid, p. 8).

Por todo lo dicho, parece claro que al estar ante una figura nueva (la pareja de hecho), su introducción en una norma jurídica supone acompañarse con el devenir social, pero esto no significa que haya que introducir la figura en cualquier tipo de normas y a cualquier precio, habrá que ponderar si su inclusión en una determinada materia jurídica es favorable, es perjudicial o simplemente es neutra porque su repercusión es mínima.

Por tanto, reconocimiento de la pareja de hecho por el legislador en general sí, pero dado el singular tratamiento que se le ha dado en España producto de la abstención del legislativo estatal y la proliferación de normas autonómicas, muchas de ellas con la única intención de asumir competencias al ser organismos de reciente creación ávidos de poder legislar en nuevas materias o por mimetismo como consecuencia del famoso “café para todos”, que ha generado una situación de asimetría en la figura que parece no tener vuelta atrás, hay que actuar con mucha cautela y no dejar tantos cabos sueltos que nos pueden llevar a situaciones no deseadas.

3. Estamos ante una materia en la que conviven normas del Estado, que realizan un tratamiento puntual de la figura, con normas autonómicas, que la regulan de forma integral. Consideramos que son varios los motivos que han dado lugar a este conglomerado legislativo, entre ellos la interpretación que se ha realizado de los preceptos constitucionales de distribución de

competencias y en particular en lo que a legislación civil se refiere y la permisividad del TC, que unidos a la pasividad del legislador estatal y la avidez por incorporar materias a sus Estatutos por las CC.AA., han dado como resultado el panorama legislativo con el que contamos.

Pero la opción del legislador estatal español se puede resumir en: intervención parcial en algunas materias, pero anomia en temas centrales, como las consecuencias de la ruptura o los derechos sucesorios del conviviente, así como rechazo a cualquier tentativa de regulación sistemática y más o menos completa del problema.

Es cierto que ha habido quince iniciativas legislativas, decrecientes en número con el devenir parlamentario (seis se presentaron en la sexta legislatura, la séptima legislatura le va muy a la zaga con cinco, ya en la octava el número baja a tres y sólo una en la novena legislatura, aparte de ninguna en la actual) propuestas por grupos políticos de todo el arco parlamentario, aunque son más abundantes las presentadas por aquellos compuestos por partidos políticos de izquierda (socialistas, comunistas y partidos catalanes de la izquierda), también las hay de distinto color político (populares, catalanes de centro, y canarios).

Desde el punto de vista político, se nota poca consideración de sus señorías hacia la figura, de sus distintas tramitaciones parlamentarias se deduce que no se valora como un tema prioritario:

1º. Es muy significativo que no haya habido ningún proyecto de ley, incluso hay proposiciones del partido político que gobernaba en su presentación, lo cual da una idea del poco interés que los gobiernos de turno han puesto en el tema, llegando a veces a situaciones algo esperpénticas.

2º. En esta materia ha primado la política de partido sobre el interés de la ciudadanía. De las quince proposiciones, sólo tres han sido tomadas en consideración para después fenecer por caducidad, una sustentada por Izquierda Unida en la octava legislatura curiosamente gobernando el PSOE sin mayoría absoluta, otra de Coalición Canaria de la sexta legislatura cuando era socio del Partido Popular que gobernaba sin mayoría absoluta y en esa misma legislatura otra del Partido Popular en el Gobierno en ese momento.

3º. Se ha dado el caso en los partidos o coaliciones de izquierda, de presentar la misma proposición en cada periodo de sesiones, sin prácticamente modificar ni una coma, con el solo objetivo de que quedara constancia de su presentación a efectos de justificarse ante su electorado, pero sin hacer un mínimo esfuerzo por llegar a consensos para que las iniciativas siguieran adelante.

4º. Se nota que el interés del legislativo hacía estas uniones va decreciendo, fundamentalmente a partir de la aprobación de las leyes de julio de 2005 sobre matrimonio. Desde esa fecha sólo ha habido una proposición de ley sobre parejas en abril de 2008.

5º. Ni siquiera en los nombres de las proposiciones se ponen de acuerdo, los populares eluden toda denominación alusiva a la pareja y escogen la fórmula de contrato de unión civil, término utilizado por los legisladores de muchos Estados para incluir a las uniones homosexuales, los socialistas escogen la expresión “proposición de ley por la que se reconocen determinados efectos jurídicos a las parejas de hecho”, la propia denominación ya está limitando sus objetivos, las de los comunistas siempre ponen el toque de atención en las “medidas para la igualdad jurídica de las parejas de hecho” y, por supuesto su objetivo es que no haya discriminaciones, pero aunque expresamente no se diga, de su articulado se desprende que están pensando en las parejas homosexuales.

6º. El concepto que tienen de pareja es muy similar, prácticamente todas exigen que la convivencia sea estable, pública, notoria y en idéntica relación de afectividad a la conyugal, con lo cual eligen la fórmula heredada por la norma arrendaticia. Suelen imponer como requisito un periodo previo de convivencia que va entre los seis meses y el año, salvo en el caso de existencia de descendencia en común. Todas obligan la acreditación de la pareja mediante inscripción en un registro administrativo creado al efecto o escritura pública. La de los populares es la única que no exige periodo de convivencia, impone la constitución necesariamente en escritura pública y acredita su existencia mediante inscripción en el Registro Civil.

Las proposiciones incidían, en mayor o menor medida en la modificación del Código civil, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de la Seguridad Social, la normativa sobre función pública y normativa fiscal, si bien las presentadas por los partidos políticos ideológicamente de izquierdas, avanzan más en la equiparación de las uniones al matrimonio.

Ante la pasividad del Estado, las CCAA tomaron la iniciativa y hasta el día de hoy, doce de ellas tiene publicadas leyes sobre esta forma de convivencia, algunas de las mismas ya derogadas por su inclusión en códigos civiles autonómicos o por la promulgación de otras nueva, como es el caso de la Comunidad de Valencia.

Estas normas, cuya constitucionalidad se ha puesto en duda por parte de la doctrina (GARCÍA RUBIO, M. P.: “Parejas de hecho y lealtad constitucional”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García* (coord. por TORRES GARCÍA, T. F.), Universidad de Valladolid,

Valladolid, 2004, pp. 55 a 57), aunque apenas han sido objeto de recursos de inconstitucionalidad, que puede ser otro exponente de la escasa importancia que se le ha dado a esta figura, han provocado un reconocimiento asimétrico, pues al ser la materia civil clave en este tipo de relaciones y tener más competencias en este terreno las CC.AA. forales, las facultades conferidas a estas unidades convivenciales dependen y muy mucho, de la norma por la que se regulen, aparte de que lo realizado por el legislador autonómico hasta el momento ha consistido en proceder a regular las uniones de pareja con un importante paralelismo al matrimonio, en las distintas normas que disciplinan el derecho de familia y el derecho de sucesiones (DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 304).

Destaca de estas normas su carácter dispositivo, la notable influencia que tienen de la regulación matrimonial del CC, es curioso que quieren expulsar al matrimonio por la puerta y se les cuele por la ventana (LEÓN-CASTRO, ALONSO J.: “Las parejas de hecho en la LAU”, en AA.VV.: *Parejas de hecho: curso de verano de la Universidad Complutense en Almería* (coord. por HERRERA CAMPOS, R.), Colegio de Notarial de Granada, Granada, 1996, p. 131), su falta de originalidad, su preocupación por equiparar los convivientes a los matrimonios a la hora de concederles derechos y la creación de instrumentos administrativos que persiguen la consecución de una seguridad jurídica para reconocer esta figura, nos referimos a los registros de uniones de hecho (MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, E.: “Uniones estables de pareja en Cataluña (Ley 10/1998, de 15 de julio”, en *Revista Jurídica del Notariado*, nº 35, año 2000, pp. 77 a 102). Todas coinciden en tratar por igual tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales, a excepción de la derogada y pionera norma catalana.

Hasta el momento la última es la norma valenciana de 2012, más extensa que su antecesora de 2001 pero no por ello con grandes novedades que destacar, incluye en su título el calificativo de “normalizadas” refiriéndose a las parejas, exigiéndoles la inscripción con carácter constitutivo en el registro administrativo autonómico. Es similar a las anteriores en la regulación de las relaciones personales y patrimoniales y en los efectos de la extinción. Coloca al compañero supérstite en la misma posición que el cónyuge en cuanto a derechos sucesorios. Establece una responsabilidad solidaria de los bienes comunes y los privativos del conviviente deudor para hacer frente a los gastos comunes, que relaciona en un listado cerrado (arts. 11 y 8.1 y 2) y la posibilidad de que los pactos patrimoniales perjudiquen a terceras personas que tengan conocimientos del ellos, aunque no se hayan inscrito en el registro (art. 7.3).

Entendemos que en el devenir de las parejas del plano sociológico al jurídico, el legislador del Estado podía haber adoptado dos posiciones:

1º. La vía napoleónica, es decir que el Derecho no se preocupe de los que no se preocupan del él, y, por consiguiente, dejar su regulación a las normas generales del Derecho como si de dos personas extrañas se tratara. Vía que no parece la más adecuada porque está fuera de toda duda que el fenómeno de las parejas de hecho presenta peculiaridades que aconsejan un tratamiento especial, esa comunidad de vida, ese compromiso de ayuda y socorro mutuo que entre los convivientes se establece, es merecedor, como mínimo, de un trato diferenciado, porque está claro que no se trata de la relación de dos desconocidos, ni una relación familiar vertical u horizontal entre parientes.

Además la función de un Ordenamiento jurídico es resolver conflictos y no puede ser abandonada por él mismo. No se puede afirmar que las parejas rechazan que se les regule, puesto que es un hecho cierto que acuden a los tribunales a buscar soluciones a sus controversias y es un error suponer que sus efectos jurídicos dependan exclusivamente de la autonomía de su voluntad, porque la convivencia afectiva sexual entre dos personas implica problemas que deben ser resueltos conforme al Ordenamiento jurídico y, alguno de ellos, de manera semejante a los que se producen en el matrimonio (MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: En el prólogo de *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, de la autora Susana Estrada Malloquín, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 28).

2º. La vía de ir aplicando a la pareja, de manera paulatina, los criterios que previamente las legislaciones familiares han establecido para el matrimonio como institución que forma parte de la familia. Camino seguido por el legislador nacional y que se ha manifestado como una pugna entre el matrimonio y la pareja, constituyendo una de las causas de los enfrentamientos doctrinales, más que entre detractores y defensores de la figura, entre los defensores de un determinado modelo de matrimonio, que aparentemente han visto peligrar con la aparición de las parejas (LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: En el prólogo de Gavidia Sánchez, J.: *La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, cit., p. 11), y aquellos que mantienen unas posturas más abiertas hacia la institución matrimonial.

Al triunfar esta segunda vía y como estamos hablando de familia, puesto que las parejas son familia y con vistas a una futura ley de parejas, que cada vez consideramos más difícil su aparición, debemos analizar el tratamiento que el Derecho hace de esta institución y la normativa matrimonial en lo referente a sus efectos sobre los contrayentes, tanto personales como patrimoniales, para su posible extensión a las parejas, teniendo en cuenta que:

1º. Familia y Derecho son dos círculos secantes, de manera que, en primer lugar hay aspectos de la vida familiar que no están regulados por el Derecho, en segundo lugar, hay otro sector de la vida familiar que está regulado por el Derecho de familia y, por último, hay facetas de la vida familiar que se regulan por el Derecho, pero no por el Derecho de familia. Además de todo esto cada familia segrega su propio derecho interno, similar a los estatutos de una sociedad y que estará muy mediatizado por convicciones éticas y religiosas y por usos y tradiciones o reglas consuetudinarias (DÍEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*. Civitas, Madrid, 1984, p. 37).

2º. La relación familiar adquiere un sentido diferente si la contemplamos como fuente de efectos jurídicos o como presupuesto para una concreta regulación. En el primer caso, la familia constituye el punto de referencia de un efecto jurídico, mientras en el segundo se convierte en creadora de normas jurídicas (ROCA I TRÍAS, E.: “Familia y Derecho de Familia”, en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por ROCA I TRÍAS, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 15 y 16).

Aquellas facetas de la vida familiar que no se regulan por el Derecho de familia (Derecho Internacional Privado, Derecho Interregional, Derecho Procesal, Derecho Laboral y de la Seguridad Social y Derecho Fiscal) son las que la equiparación matrimonio pareja adquiere pleno sentido y en las que se hace más necesaria la aparición de ley estatal de parejas (GARCÍA RUBIO, M. P.: “Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica”, en *Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad*, Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 10, 2006, pp. 113 a 138). Se trata de situaciones en que la pareja es punto de referencia de un determinado efecto jurídico y no presupuesto de una concreta regulación.

En el ámbito del Derecho privado, tomamos como base la normativa matrimonial en lo referente a sus efectos sobre los contrayentes, tanto personales como patrimoniales y, en este sentido, para comentar su posible extensión a las parejas. Los referidos efectos los clasificamos en tres tipos (VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “La institucionalización jurídica de la pareja de hecho. Registro de parejas de hecho”, cit., p. 47): 1º los que responden a la naturaleza de la propia institución; 2º los que se justifican en la equidad, y 3º los que se refieren a las relaciones paterno-filiales.

El segundo tipo de normas, de nuestra clasificación, está presidido por la idea de la equidad en las relaciones conyugales, con lo cual, o bien imponen un cierto equilibrio entre los intereses de los cónyuges o responden en sentido amplio a la idea de protección de la familia en el plano civil. Dicha equidad, en cuanto que puede cumplir una función equilibradora de los intereses conyugales, puede estar justificada en las parejas de hecho, pero entendemos

que no viene impuesta por el principio de igualdad del art. 14 de la CE, por tanto su extensión a las parejas es una mera opción del legislador. Dentro de ellas nos encontramos con la solidaridad en la atención de las necesidades, que se concreta en un deber de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, la compensación económica en caso de ruptura siempre que se produzca un desequilibrio económico, según el tenor del art. 97 del CC, el derecho de alimentos recíprocos del art. 142 del CC y la participación en la herencia del cónyuge premuerto, como legitimario en la sucesión testamentaria (art. 807) y como miembro del listado de herederos en la legal (arts. 943 a 945).

Por tanto si nos preguntamos ¿cómo deberá ser esa improbable futura ley? no podemos caer en el error de aplicar en bloque a las parejas y mediante la analogía las normas del matrimonio, de hacerlo así “se vulneraría la expresión básica del derecho, cuál es la decisión de convivir en pareja sin casarse y se convertiría, de facto, a la unión de hecho en un matrimonio” (TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit., p. 71), pero ello no quiere decir que pueda serle extensible parte de la regulación matrimonial, puesto que si a alguna institución se parecen es al matrimonio, por mucho que se diga que sus componentes quieren huir de él. Hoy día hay que entender en parte superada la premisa de que “no hay ninguna situación no matrimonial que pueda ser considerada análoga al matrimonio” (GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V.: *La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 85), perfectamente válida con anterioridad a las leyes de julio de 2005, pero algo desdibujada tras ella.

Pero hay una tercera vía que se une a las dos expuestas anteriormente, nos referimos al modelo holandés de pacífica coexistencia de dos sistemas de unión entre dos personas, cuyos aspectos más sobresalientes exponemos. De los siete artículos que el Código holandés le dedica a la figura, nos interesa exponer sus requisitos y formalidades de constitución, su régimen económico y las causas de disolución y sus efectos:

- Son muy similares los requisitos exigidos para poder constituir una unión registrada, aplicándose incluso diversos artículos del matrimonio, no sólo con respecto a los requisitos, sino también en lo referente a las formalidades de constitución (se inscriben en el Registro Civil), a la consumación y a la prueba de su existencia. Se prohíbe, como es lógico, que una misma persona pueda compatibilizar matrimonio y unión registrada a la vez y, la constitución de esta última, disuelve el matrimonio anterior de cualquiera de sus miembros (art. 80.a).
- Se les permite tener un régimen económico matrimonial, con ciertas similitudes a nuestro régimen de gananciales (art. 80.b).

- Se regula de forma exhaustiva, al igual que en nuestras leyes autonómicas, las causas de extinción de la pareja (art. 80.c) y los efectos de la misma (art. 80.d y e). Con respecto a esto último, se permite que se regulen mediante acuerdo de los convivientes, acuerdos que pueden versar sobre la posibilidad de un derecho de alimentos temporal que un conviviente puede exigir al otro, la determinación del uso de la vivienda y ajuar familiar y la división de la comunidad económica que se ha generado con la unión. Además se le aplican diversos artículos reguladores del divorcio de los cónyuges: derecho a reclamar un trato de igualdad en las pensiones que uno de los cónyuges haya obtenido por razón del matrimonio; derecho a un subsidio de mantenimiento, en situaciones de necesidad, a cargo del otro cónyuge, con una duración máxima de 12 años; reparación de los daños económicos que uno de los cónyuges ha infringido a la comunidad económica conyugal y, posibilidad de seguir viviendo bajo el mismo techo por razones económicas.

Es novedosa la posibilidad de conversión tanto de matrimonios en uniones registradas como a la inversa, esto último (art. 80.e) instaura una nueva forma de constitución del matrimonio, caracterizada por la ausencia de ceremonia.

Parece difícil que con la producción legislativa de las CCAA sobre parejas de hecho y sobre todo de aquellas Comunidades con competencias civiles, se llegue a promulgar una norma estatal sobre parejas de hecho, que podría valer para la ciudadanía sometida al Derecho común, pero ya vemos que es perfectamente posible la coexistencia de los dos modelos, siempre que se respeten unos límites (GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: “La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y la unión libre (análisis crítico de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y del llamado “divorcio expres)””, en AA.VV.: *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)* (coord. por GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.), Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 54 y 55).

1º. No todo el estatuto matrimonial, en el que se contienen los derechos y deberes de los cónyuges, entre sí y en relación a terceros, puede ser accesible a quienes no estén casados, aunque en ellos también exista una comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, puesto que en caso contrario sería irrelevante la prestación del consentimiento matrimonial por los primeros.

2º. No se puede dotar de mayor protección a las uniones libres que a las matrimoniales, pues en tal caso se estaría discriminando a los casados.

3º. No es posible que haya en la regulación de ambas figuras una descompensación muy acentuada a favor del estatuto matrimonial, que coarte la libre decisión de las personas para optar por una u otra figura.

4. Es cierto que la producción legislativa estatal que ha incluido a la pareja de hecho en su articulado, que alcanzó su cenit a partir de la STC 222/1992, ha ido en orden descendente, más acusado desde la promulgación de las leyes de reforma del matrimonio de julio de 2005. Pero en esta décima legislatura, que en estos momentos ha tocado su fin, se ha producido un pequeño resurgir de la figura en normativa variada.

En este sentido contamos con la normativa mercantil sobre sociedades de capital (arts. 231 y 523 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que considera al conviviente como persona especialmente relacionada con el administrador social, la primera con las consecuencias perjudiciales que ello tiene y previene que puede haber un conflicto de intereses si el representante elegido por un socio para acudir a la junta general de una sociedad cotizada, mantiene una relación de hecho con determinados cargos de la sociedad, la segunda) y con la Ley Concursal, que aun siendo de 2003 su reconocimiento amplio de las parejas no se produce hasta 2011 (que manteniendo al conviviente como persona especialmente relacionada con el concursado, con efectos negativos (art. 93), permite a los compañeros solicitar conjuntamente su declaración concursal o acumular sus concursos ya declarados (arts. 25. 3 y 25 bis 1.6), además de tener en cuenta sus necesidades para fijar la cuantía que en concepto de alimentos del concursado se deben satisfacer con cargo a la masa activa.

Tenemos importantes reformas en la legislación asistencial, plasmadas en el derecho a indemnización por accidente laboral y la conseguida pensión de viudedad para el compañero, que supone un verdadero hito en esta materia, aunque con la exigencia de requisitos adicionales con respecto al matrimonio que con se acompañan con la finalidad de la norma (arts. 177.1 y 174 de la Ley General de la Seguridad Social, según la reforma operada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre). Es curioso que el Estado siempre ha sido muy generoso con las parejas de hecho cuando son otros en quienes recaen las consecuencias de su reconocimiento, pero tremendamente parco cuando recae en él.

La última mención, hasta el momento, la encontramos en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que considera al compañero como sujeto perjudicado al igual que el cónyuge viudo de la muerte en accidente de su consorte y lo introduce dentro de lo que denomina unidad familiar

Pero la gran novedad la representan la Ley 15/2005, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (LJV) y la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación

del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LPIA), que en lo que nos interesa, modifican diversos artículos del CC, haciendo protagonistas a las parejas de hecho de algunos de ellos. Haremos un pequeño comentario de los preceptos en que aparece la pareja, ya sea en las mencionadas normas o en las reformadas por ellas y en aquellos que no entendemos los motivos de su exclusión y examinaremos con más de profundidad su participación en la reforma de la adopción.

4.1. Comenzado por la primera, LJV recoge a la pareja de hecho en cuatro de sus artículos:

1º. En el art. 35.2.b para imponer a la entidad pública, proponente de la adopción, que incluya en su propuesta el último domicilio conocido de la persona a la que está unida el adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, siempre que su intervención en proceso sea necesaria para prestar su asentimiento o ser oída, si bien, en su disposición final primera (nº 34) modifica el art. 177.2 CC, exigiendo el asentimiento del compañero del adoptante en el proceso adoptivo.

2º. Sigue manteniendo los motivos para solicitar la emancipación judicial del art. 320 CC, que no modifica, entre los que se encuentra que el ejerciente de la patria potestad conviva maritalmente con persona distinta del otro progenitor, otorgando la competencia judicial para conocer del emancipación al Juez de Primera Instancia del domicilio del menor (art. 53.1 LJV).

3º. Legitima al conviviente para presentar la solicitud de los expedientes de declaración de ausencia y fallecimiento, junto al Ministerio Fiscal y al cónyuge no separado legalmente (art. 68.2 LJV) del art. 194 CC que modifica. Pero en este punto encontramos un notable olvido, ya que el art. 71 LJV se remite al art. 184 CC para nombrar al representante del ausente y en este último precepto (también modificado parcialmente por la LJV para habilitar al Secretario Judicial en la apreciación de motivo grave para no nombrar representante) no aparece el compañero de hecho como posible representante del conviviente declarado ausente, sino exclusivamente su cónyuge y otros familiares. Tampoco en el modificado art. 181 CC cuyo objetivo es “nombrar un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave” se acuerda del compañero y sólo incluye al cónyuge, salvo que el primero entre en la “persona solvente y de buenos antecedentes” que a falta de parientes se pueda nombrar para este fin, tanto en este precepto como en el art. 184 CC.

4º. Establece la competencia del Juez de Primera Instancia “del domicilio, o en su defecto, de la residencia de cualquiera de los contrayentes... para

conocer de la solicitud de dispensa de los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal...” (art. 81.1 LJV), previa modificación del art. 47.3 CC (disposición final primera nº 1) que incrementa el ámbito de sujetos afectados por el impedimento matrimonial de crimen, incluyendo a “los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa (de la) persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”. Modificación del régimen de impedimentos matrimoniales que merece una crítica por nuestra parte ya que: 1º lo lógico hubiera sido modificar el impedimento de ligamen previo e incluir entre sus supuestos la prohibición de contraer matrimonio con tercera persona a los que mantengan una relación de pareja debidamente acreditada. Prueba de la escasa importancia que los legisladores han dado a la pareja de hecho, es que esta modificación el CC nunca ha sido solicitada en ninguna de las frustradas proposiciones de ley debatidas en el Congreso de los Diputados; y 2º el impedimento matrimonial de crimen podía tener su razón de ser en la época de indisolubilidad del matrimonio, pero hoy se presenta como algo obsoleto y prueba de ello es que ninguna de las leyes autonómicas de parejas de hecho lo ha incluido en su articulado, a diferencia de los restantes.

En la amplísima reforma que la LJV hace en su disposición final primera del CC y que afecta a noventa y ocho de sus artículos (veintiocho de matrimonio, tres de guarda, acogimiento y adopción, nueve de ausencia y declaración de fallecimiento, diez de tutela, curatela y guarda de hecho, uno de emancipación, treinta y dos de sucesiones, tres de extinción de obligaciones, 3 de régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales y uno del régimen de separación de bienes), aparte de los preceptos vistos anteriormente, destacamos:

1º. Modifica el art. 756 CC declarando incapaces de suceder por causa de indignidad al condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida o por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. E igualmente al condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. Sorprende que se tenga en cuenta al conviviente para que el condenado por estos delitos sea declarado indigno de la herencia del compañero premuerto y no se le incorpore al listado de herederos forzosos del art. 807 CC que no ha sido alterado por la LJV.

2º. Hay una notable ausencia en la regulación de la tutela, que entendemos no tiene justificación dada la tendencia del legislador en esta LJV, nos referimos al art. 234.2, que ha permanecido invariable y que en el listado de los preferibles para ser tutor, coloca en segunda posición sólo “al cónyuge que conviva con el tutelado”.

3º. Otro olvido, con menos importancia y que favorece a la pareja de hecho frente al cónyuge, es que en el reformado art. 681 CC prohíbe ser testigos en los testamentos, en su punto quinto “al cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo”, olvidando en este caso a la posible pareja de hecho del Notario que sí podría ser testigo en cualquier testamento protocolizado en la notaría de su compañero.

4.2. En veintiséis días surge otra norma la LPIA, que entre otras leyes, vuelve a modificar el CC, si bien esta vez con más parquedad que la anterior, ya que afecta a treinta preceptos (uno de normas de Derecho Internacional Privado, uno de personas, cuatro de filiación, quince de relaciones paterno filiales, la mayoría de adopción, cuatro de tutela, curatela y guarda de hecho y dos de consentimiento contractual) pero que tres de ellos (arts. 158, 176 y 177) ya habían sido modificados por la LJV, de forma que un texto que en un siglo y cuarto ha sufrido relativamente pocas modificaciones, salvo en la parte de familia, en un mes se han alterado ciento veintiocho artículos, pero no acaba aquí la cosa, pues la LPIA, con tres meses de vigencia ya ha sido modificada en una ocasión (concretamente su disposición final cuarta, de modificación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto Básico del empleado Público, que se ha derogado por la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 572015, de 30 de octubre).

Antes de entrar con la adopción, que es lo más interesante para nuestro estudio, sólo dejar apuntado que los arts. 160 y 161 CC siguen manteniendo el término “allegados” entre las personas a las que no podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor, además de sus hermanos, abuelos y otros parientes. Entre esos allegados podemos incluir a la pareja de hecho de algún pariente. En otro orden de cosas, el modificado art. 239 CC sigue concediendo la tutela de menores en situación de desamparo a la entidad pública y sigue advirtiendo que a pesar de ello “se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste”. Como ya hemos dicho en estas reglas ordinarias no aparece el conviviente. El art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, reformado

por la LPIA, sigue manteniendo a las personas vinculadas al paciente por razones de hecho como aptas para conceder el consentimiento para un tratamiento médico cuando el paciente no pueda hacerlo y dos normas orgánicas reguladoras de la educación, también reformadas por la LPIA, no tienen en cuenta como criterio preferente para la admisión de menores en un colegio, tanto el cónyuge como la pareja de hecho del progenitor del alumno (art. 84.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y apartado 70 del artículo único de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa, respectivamente).

4.3. Institución de remotos antecedentes que ha sido utilizada por todos los pueblos, estando muy ligada en la antigüedad a la sucesión hereditaria, cuyos beneficios recaían principalmente sobre el adoptante, hasta la reforma llevada a cabo por Justiniano, que pasa a ser una institución ordenada en favor casi exclusivo del adoptado. Dado el poco uso que de ella se hacía y a pesar de la decisión casi unánime de suprimirla, se mantuvo en el proyecto de Código de García Goyena (1851) y en el actual Código, pero con finalidad borrosa puesto que no creaba una relación de paternidad y filiación y estaba dirigida en beneficio del adoptante (CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral. Tomo V, volumen segundo*, Reus, Madrid, 1995, pp. 369 a 375).

Las actuales corrientes sociales han determinado una nueva vigencia del principio de que la adopción imita a la naturaleza y la consagración legislativa del deseo de equiparar lo más posible la situación del hijo adoptivo con la del hijo por naturaleza y de ocasionar la mayor ruptura de los originales vínculos del adoptado con su familia natural (DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV*, cit., p. 283).

Pocas materias civiles han sido objeto de tantas y tan profundas modificaciones como este instituto, prueba evidente de su falta e inadecuación a la realidad social. Hasta en nueve veces han sido alterados sus preceptos, de ellas, dado el objeto de nuestro trabajo nos centramos en la llevada a cabo por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre y la reciente de la LPIA.

El régimen de la adopción que surge tras la reforma de 1987 se caracteriza por: 1º regular un solo tipo de filiación con iguales efectos que los producidos por la que deviene de la naturaleza; 2º ruptura de los vínculos jurídicos con la familia anterior, salvo supuestos excepcionales; 3º principio rector del beneficio del adoptado, que se sobrepone a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución de la adopción; y 4º agilización de los requisitos trámites con una participación relevante de instituciones públicas encargadas de la guarda y tutela de los menores, el Juez

y el Ministerio Fiscal. Todo ello para que, en palabras del Preámbulo de la Ley 21/1987, la adopción cumpla plenamente “su importantísima función social en beneficio de los más necesitados que hoy demanda unánimemente la comunidad española” (BLASCO GASCÓ, F.: “La adopción”, en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por ROCA I TRÍAS, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 333 y 334).

4.3.1. La disposición adicional tercera de la Ley 21/1987 dice “las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor será también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal”. Varias cuestiones surgen al hilo de esta disposición.

1º. Supone un cambio de posiciones radical del legislador en la época en que se promulga, puesto que los comienzos del reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones libres son poco prometedores, en la década de los ochenta del pasado siglo, todavía pesaba sobre el legislador la lacra de que se trataba de un fenómeno de grupos marginales, normalmente producto de adulterios y por supuesto sin querer oír hablar de la homosexualidad, que seguía siendo un tema tabú.

El legislativo nacional poco realizó en ese periodo, con reconocimientos muy puntuales y desperdigados en normativa muy variada. En materia de Derecho civil, casi todas las referencias estaban impregnadas de un espíritu negativo, como ejemplos tenemos la pérdida de la pensión compensatoria por convivir con una persona al margen del matrimonio (art. 101 CC, introducido por la Ley 30/1981) y posibilidad de petición de la emancipación judicial a los hijos (art. 320 CC, producto de la reforma de la Ley 11/1981). Incluso la amnistía concedida a las parejas que hubieran convivido y no hubieran podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación anterior al divorcio, otorgándole los beneficios de la SS, supone una norma negativa para las parejas no casadas, pues a partir de ella quedó claro que había que contraer matrimonio para tener derecho a prestaciones sociales. (PANTALEÓN PRIETO, F.: “Régimen jurídico civil de las uniones de hecho”, cit., p. 67)

2º. Se incardina dentro de las normas que reconocen efectos jurídicos a las parejas pero las coloca en lugar distinto al matrimonio, siendo la única que lo hace en una disposición adicional.

A. Las disposiciones adicionales, según la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa, deberán regular: a) Los regímenes jurídicos especiales que

no puedan situarse en el articulado. El orden de estos regímenes será el siguiente: territorial, personal, económico y procesal. b) Las excepciones, dispensas y reservas a la aplicación de la norma o de alguno de sus preceptos, cuando no sea posible o adecuado regular estos aspectos en el articulado. c) Los mandatos y autorizaciones no dirigidos a la producción de normas jurídicas. Deberán usarse restrictivamente y establecerán, en su caso, el plazo dentro del cual deberán cumplirse. d) Los preceptos residuales que, por su naturaleza y contenido, no tengan acomodo en ninguna otra parte del texto de la norma.

Visto el ámbito de aplicación de estas disposiciones, parece claro que en nuestro caso debemos encuadrarla en las del primer tipo, puesto que de los tres restantes, excluimos de entrada los dos últimos y el segundo, ya que la adopción por más de una persona, ya supone una excepción y por tanto, la inclusión de la pareja de hecho supondría una excepción de la excepción. Este régimen jurídico especial, según el tenor de la Resolución “implica la creación de normas reguladoras de situaciones jurídicas diferentes de las previstas en la parte dispositiva de la norma. Estos regímenes determinarán de forma clara y precisa el ámbito de aplicación, y su regulación será suficientemente completa para que puedan ser aplicados inmediatamente.

También debemos tener en cuenta que la colocación de esta cuasi equiparación matrimonio-pareja en una disposición adicional, se debe por una parte, a que su introducción en ese texto legal fue fruto de una tardía y discutida enmienda del Grupo Socialista y, por otra, a la posible intención de eludir una consagración expresa de la figura dentro del texto del CC para evitar una equiparación, más o menos intensa, de la pareja estable y el matrimonio incorporada de una manera definitiva y patente al texto articulado del CC que pudiera posibilitar su aplicación analógica en otros ámbitos y supuestos, de conformidad con la doctrina jurisprudencial (PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, p. 67).

El legislador puso freno a la redacción inicialmente propuesta que establecía una equiparación de trato para todas las referencias que en la Ley se hicieran a uno o ambos cónyuges, pero en su versión definitiva se construyó a las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar conjuntamente, reduciendo tal equiparación a la adopción simultánea (GARRIDO CHAMORRO, P.: “Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado. Tomo IV, Derecho de Familia. Vol II* (coord. por GARRIDO DE PALMA, V.), Civitas, Madrid, 2002, p. 842).

B. haremos un recorrido por la normativa estatal que recoge a las parejas de hecho, distinguiendo la que aparece equiparada al matrimonio, es decir se la

regula junto a los cónyuges sin exigirle ningún requisito adicional para acceder a la consecuencia jurídica que la norma le conecta o, por el contrario, se las recoge en apartado distinto al matrimonio, exigiéndole unos determinados requisitos más gravosos que los previstos para los cónyuges. Todo ello partiendo de la premisa de que matrimonio y pareja de hecho no son realidades equivalentes y que el legislador está legitimado para tratarlas de forma diferente, sin que ello suponga una vulneración del art. 14 CE, criterio mantenido en reiterada jurisprudencia por el TS y el TC.

En primer lugar veremos la normativa en la que hay equiparación cónyuge pareja, dividiéndola en seis grupos, no excluyentes para intentar sacar algunas conclusiones:

B.1. Normas que extienden derechos concedidos a una persona, como medida de protección a la familia, a familiares del titular. En este grupo contamos con la concesión de asilo político al compañero del solicitante.

B.2. Normas que habilitan para solicitar determinados institutos jurídicos que guardan relación con la familia. Entre ellas: la norma reguladora del “habeas corpus” permite que puedan instar el procedimiento “el privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad” y la legitimación del compañero pueda solicitar la declaración de incapacidad de su conviviente (art. 757.1 LEC).

B.3. Normas que protegen a terceros de la relación de complicidad o de la ausencia de imparcialidad que supone la convivencia marital. La LOPJ considera causa de abstención y en su caso de recusación, al vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable de jueces con alguno de los protagonistas de un proceso judicial y prohíbe que dos jueces unidos por matrimonio o “situación de hecho equivalente” puedan pertenecer a la misma sala, para el art. 231.1.a del TRLSC tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores “el cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad” y la persona especialmente relacionada con el concursado persona física del art. 93 LC.

B.4. Normas sancionadoras o extintivas de derechos. Contamos con la normativa del CP, cuyo art. 23 considera como circunstancia agravante o atenuante de la responsabilidad, “ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que está o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad”, según el art. 25 “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este código, o golpear o maltratare a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida, sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia” y el

art 454 exime de las penas impuestas a los encubridores a los que lo sean de “de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad”. En la normativa extintiva de derechos, ya hemos mencionado la pérdida de pensión compensatoria del art. 101 CC y la posibilidad de solicitar la emancipación judicial del art. 320.

B.5. Normas que equiparan cónyuges con parejas a la hora de poder ejercitar facultades o concesión de derechos. En este apartado y como protección a las personas con discapacidad y a efectos de eliminación de barreras arquitectónicas (art. 2 de la Ley 15/1995, de 30 de mayo), se consideran beneficiarios de las medidas adoptadas a los que sean titulares de fincas y “al cónyuge, a la persona que conviva con el titular de forma permanente en análoga relación de afectividad con independencia de su orientación sexual”.

B.6. Normas que implican para su ejercicio una actuación de los servicios públicos del Estado, nos referimos a la normativa asistencial. Contamos con la asistencia sanitaria al compañero, el auxilio por defunción y la indemnización a tanto alzado por muerte causada por accidente de trabajo.

En la normativa que separa matrimonios de parejas exigiendo a las segundas requisitos no contemplados para las primeras. La relación es mucho más corta y sólo contamos con tres supuestos: 1º beneficios otorgados por la LAU, entre los cuales destacamos, la subrogación mortis causa; la pensión de viudedad, con gravosas exigencia para el conviviente y 3º el art. 25.3 LC que permite solicitar conjuntamente la declaración de concurso y acumular los ya declarados.

Como podemos comprobar por una simple cuestión cuantitativa, el número de supuestos de equiparación cónyuge-compañero es muy superior, además los requisitos adicionales que se imponen a las parejas normalmente se exigen por motivos de seguridad jurídica, ajenos a la finalidad de la norma.

Comprobamos que la mención en disposición adicional de la reforma de 1987, no entra en ninguna de estas categorías.

3º. No exige periodos de convivencia previa, sólo habla de unión de forma “permanente”. Esta convivencia de la pareja entendemos debe ser acreedora de para presumir que existe esa plena comunidad de vida y en este sentido la caracterizamos como: 1º. Duradera. Pero sin fijación de plazos sino en el sentido de estable. 2º Excluyente. Este tipo de convivencia no puede ser compatible con otras al mismo tiempo, pues difícilmente podríamos hablar entonces de comunidad de vida. 3º. Con recíproca responsabilidad de los convivientes, que va más allá del simple hecho de compartir una vivienda y una economía (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 17

de noviembre de 1992, reiterada por el Tribunal Supremo Federal alemán, en sentencia de 13 de enero de 1993. Ambas recogidas por GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: *La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, cit., p. 24). Sino que implica disponibilidad de ayudarse y socorrerse mutuamente. Este dato se puede detectar en la duración de la convivencia, el cuidado de los hijos y parientes en el mismo hogar, el otorgamiento de facultades para disponer de los bienes e ingresos del otro, etc.

4.3.2. Con la LPIA se ha producido la plena equiparación matrimonio-pareja de hecho en lo a adopción se refiere, traspasando el ámbito de la capacidad para adoptar conjuntamente de la reforma anterior.

En todos los casos que se menciona al cónyuge, también aparece la “pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”, si bien se le ha quitado a la unión el calificativo de “permanente” que aparecía en 2013, cosa normal puesto que desde las leyes matrimoniales de julio de 2005, el propio matrimonio ha perdido tal carácter al poder ser disuelto por la voluntad de cualquiera de los cónyuges a los tres meses de su celebración.

Ocho son las menciones que la norma hace a la pareja de hecho en la nueva redacción del CC:

- El art. 175.4 excepciona la imposibilidad de adopción conjunta al caso de que los adoptantes sean cónyuges o pareja, e incluso permite adoptar al hijo del cónyuge o conviviente, si el matrimonio o la constitución de la pareja es posterior a la primera adopción.
- Se permite la adopción conjunta, siempre que el futuro adoptado haya convivido con los cónyuges o integrantes de la pareja con dos años de antelación en régimen de acogimiento permanente o guarda con fines adoptivos, si posteriormente hay separación, divorcio o ruptura de la pareja (art. 175.5). Este tipo de adopción debe incluir el régimen de convivencia del adoptado con sus adoptantes, ya que se presume que estos no habitan en el mismo hogar.
- No se requiere la propuesta previa de la entidad pública, encargada de la guarda de los menores en situaciones de desamparo, en el caso de que el adoptado sea “hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal”. Por tanto se favorece la adopción de los hijos del compañero como medida de integración del adoptado en el ambiente familiar (art. 176.2.2º), que opera incluso si el adoptante hubiera fallecido (art. 176.4).

- Se exige que el compañero del adoptante preste su asentimiento en la adopción (art. 177.2.1º), con lo cual se colma una de las lagunas existente en la reforma de 1987, puesto que carecía de toda lógica que no se tuviera en cuenta la intervención del compañero, con el que el adoptante mantiene una plena comunidad de existencia, a la hora de constituir la adopción. De todas formas esta norma aparece como subsidiaria de la del art. 175, puesto que en caso de matrimonio o pareja de los adoptantes, el CC persigue la adopción conjunta.

- Por último el art. 178 excepciona la ruptura de vínculos del adoptado con su familia de origen en dos casos: “a) Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido y b) Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir”. El primero sigue el espíritu de la norma expuesto en los preceptos anteriores y el segundo, que hubo que modificar, tras la promulgación del matrimonio entre personas del mismo sexo, entiendo sigue persiguiendo que adoptante y progenitor legalmente determinado formen en el futuro un matrimonio o unión de hecho.

ÍNDICE