

## PAREJAS DE HECHO: HISTORIA, RÉGIMEN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO\*

### *DE FACTO COUPLES: HISTORY, LEGAL REGIME AND FUTURE PROSPECTS*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 322-379

\* En atención a que en este texto el profesor García Cantero realiza un completo estudio sobre las parejas de hecho al hilo de la recensión que efectúa sobre la obra de Federico CANTERO y de Antonio LEGERÉN-MOLINA – *Las parejas de hecho y de Derecho. Régimen jurídico de la convivencia more uxorio en España*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2018, 535 pp.–, se incluye en la sección correspondiente a Derecho de familia de esta revista. La obra citada va prologada por la Catedrática de Derecho civil y Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación doña María Paz García Rubio, cuyas discrepancias con los autores en unos aspectos no menores suscita y abre un interesante debate que es destacado por el autor.

Gabriel  
GARCÍA  
CANTERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de octubre de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

**RESUMEN:** Completo tratado, conjuntamente realizado por ambos autores, sobre la unión libre o de hecho en el Derecho civil español, incluyendo el Derecho foral o especial. Partiendo históricamente del Derecho romano clásico, aborda los antecedentes históricos, Derecho canónico, común y codificado, con especial atención a la Constitución de 1978 y leyes matrimoniales reformadoras del Código civil. Las uniones al margen del matrimonio: a) tienen su fundamento, no en el principio de igualdad, sino en el de libertad y libre desarrollo de la personalidad; b) toda decisión legislativa en esta materia no puede tener un espíritu "anti matrimonial"; c) la legislación producida al amparo de esos principios no puede perjudicar la protección jurídica y social de la familia; y d) la concesión de un estatuto global a las mismas carece de razón suficiente. Lo consideran como fenómeno social expresado por el comportamiento de dos personas cuando, con independencia de su orientación sexual, mantienen una convivencia al estilo marital, de carácter estable, público y notorio, que es susceptible de producir efectos jurídicos. Se trata, por tanto, de un enfoque socio-jurídico que advierte en tales uniones los siguientes rasgos: a) el comportamiento como expresión, de carácter público y notorio; b) el carácter sexualmente indiferenciado; c) la exclusividad; d) la capacidad y edad necesarias y la posible aplicación de los impedimentos matrimoniales; e) la ausencia de vínculo jurídico y de sanción social; f) la convivencia estable de carácter marital; g) las relaciones sexuales y la descendencia; h) la susceptibilidad de producir efectos jurídicos; i) ¿fenómeno social o institución? Con singular detalle se analiza en particular, el nacimiento, permanencia y extinción, profundizándose finalmente en los aspectos sucesorios.

**PALABRAS CLAVE:** Parejas de hecho; terminología; historia; Derecho comparado; noción; rasgos socio-jurídicos; capacidad; forma y efectos; extinción; seguros de vida; futuro de las uniones.

**ABSTRACT:** *Global analysis, jointly made by both authors, on the unmarried couples or the "de facto union" in Spanish civil law, including foral or special law. Starting from classical Roman Law, it deals with the historical background, Canon Law, common and codified law, with special attention to the 1978 Constitution and the reforming laws of the marriage of the Civil Code. Unions outside of marriage: a) are based not on the principle of equality, but on the principle of freedom and the free development of personality; b) any legislative decision in this area cannot have an "anti-marital" spirit; c) legislation produced under those principles cannot prejudice the legal and social protection of the family; and d) the granting of a global status to them lacks sufficient reason. They consider unmarried couples as a social phenomenon expressed by the behaviour of two persons when, regardless of their sexual orientation, they maintain a marital-style cohabitation, of a stable, public and notorious nature, which is capable of producing legal effects. It is, therefore, a socio-legal approach focused on the following features of such unions: a) behaviour as expression, of public and notorious character; b) sexually undifferentiated character; c) exclusivity; d) necessary capacity and age and the possible application of marital impediments; e) absence of legal bond and social sanction; f) stable cohabitation of a marital nature; g) sexual relations and offspring; h) susceptibility to produce legal effects; i) social phenomenon or institution? In particular, the beginning, permanence and extinction of unmarried couples are analyzed in detail, and finally going deeper on to the succession aspects.*

**KEY WORDS:** *De facto couples; terminology; history; comparative law; notion; socio-legal features; capacity; form and effects; extinction; life insurance; future of unions.*

SUMARIO.- I. PREVIO.- II. DISCREPANCIAS DE LA PROLOGUISTA.- III. ASPECTOS FORMALES DE LA SISTEMÁTICA DE LA MONOGRAFÍA.- IV. INTRODUCCIÓN GENERAL.- V. UNA MIRADA AL PASADO.- VI. LA DELIMITACIÓN ACTUAL DEL FENÓMENO: SUS RASGOS ESENCIALES.- VII. RASGOS CONFIGURADORES DE LA UNIÓN DE HECHO.- 1. El comportamiento como expresión. El carácter público y notorio.- 2. El carácter sexualmente indiferenciado.- 3. La exclusividad.- 4. La capacidad y la edad necesarias y la posible aplicación de los impedimentos matrimoniales.- 5. La ausencia de vínculo jurídico y de sanción social.- 6. La convivencia estable de carácter marital.- 7. Las relaciones sexuales y la descendencia.- 8. La susceptibilidad de producir efectos jurídicos.- 9. ¿Fenómeno social o institución?- VIII. TRATANDO DE INDAGAR LAS CAUSAS DEL FENÓMENO: LAS CAUSAS COYUNTURALES Y LAS CAUSAS DE FONDO.- IX. EL AMPARO Y LOS LÍMITES DE LA UNIÓN DE HECHO EN LA CONSTITUCIÓN.- 1. El amparo en los principios de libertad y libre desarrollo de la personalidad (arts. 1 y 10.1 de la Constitución).- 2. La improcedente invocación del principio de igualdad (art. 14 de la Constitución).- X. FAMILIA Y UNIÓN DE HECHO: EL ARTÍCULO 39 DE LA CONSTITUCIÓN.- XI. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO.- XII. NACIMIENTO, PERMANENCIA Y EXTINCIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.- 1. Previo.- 2. Resumen de la Sistemática.- 3. Contenido.- XIII. LA UNIÓN DE HECHO Y EL DERECHO DE SUCESIONES.- 1. Cuestiones generales en el Derecho común español.- 2. La libertad testamentaria del conviviente y sus limitaciones.- 3. Las legítimas.- 4. Las reservas.- 5. Validez de las disposiciones testamentarias de los convivientes.- 6. Repercusión de la unión de hecho sobre determinados derechos sucesorios previamente adquiridos.- 7. ¿Sucesión contractual?- 8. Breve mención de los derechos sucesorios del conviviente supérstite en las Comunidades Forales con Derecho civil propio.- 9. La designación del conviviente “more uxorio” como beneficiario de un seguro de vida.- XIV. LOS COMPLEMENTOS ORDINARIOS DE LA OBRA.- XV. ANEXOS.- XVI. FINAL.

---

## I. PREVIO.

No van a ser unas breves páginas las que voy a dedicar para dar cuenta de la aparición de una obra completa y actualizada que reúne muchos motivos de interés. El tema, entre nosotros, sigue siendo de vivísima actualidad, y los autores han acertado al reunir exhaustivamente el material bibliográfico adecuado, de suerte que los juristas prácticos encontrarán en ella material suficiente para resolver los casos diarios por intrincados que sean. Añádase la singularidad que significa el Prólogo de la distinguida Catedrática de Derecho Civil Profesora M<sup>a</sup> Paz García Rubio, Vocal de la Sección 1<sup>a</sup> de la Comisión General de Codificación, cuya razón de ser no es el de incrementar el coro de alabanzas de la obra sino, concisa y ejemplarmente, sostener posturas discrepantes, en algunos puntos importantes, con la de los autores. Actitud de una y otros no demasiado frecuente entre nosotros. Añádase la compleja evolución de la obra misma, que inicialmente constituía un capítulo intitulado “Las uniones de hecho” de las “Instituciones

### • Gabriel García Cantero

Catedrático de Derecho civil, Profesor Honorario de la Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: ggarcia@unizar.es

de Derecho Privado” (coordinado por Víctor Garrido de Palma), tomo IV, vol. 1º, aparecido en la misma editorial (pp. 323-651) en el año 2015. Luego se ha independizado como obra autónoma, publicándose en 2018 (1ª ed.).

Mi intervención tiene variada explicación. Soy también colaborador en las “Instituciones” coordinadas por Víctor GARRIDO DE Palma en su segunda edición. He dedicado al tema estudios algo lejanos, anteriores en el tiempo a las profundas reformas familiares entre nosotros, incluyendo una monografía sobre el tema en Francia cuando la reiterada jurisprudencia excitó el interés doctrinal y dio allí origen a los cambios legislativos primerizos. He aportado al tema colaboraciones en sucesivos Congresos internacionales de Derecho comparado. Así, mi interés científico por el tema sigue intacto<sup>1</sup>.

Matrimonio y unión libre o de hecho no es una dicotomía jurídica que surja en nuestros días, sino que se presenta en todas las civilizaciones, en pluralidad de formas y manifestaciones. En el mundo occidental, al menos desde que se conoce la escritura, junto a una unión reconocida oficialmente (con frecuencia por la autoridad religiosa), subsiste otra u otras modalidades de unión entre un hombre y una mujer (o con varias, y entonces habitualmente de un solo varón con varias mujeres). El Cristianismo, al cabo de varios siglos de estudios teológicos, reconoce oficialmente el sacramento del matrimonio, que se normativizará definitivamente en el Concilio de Trento, y que varios Estados católicos aceptaron íntegramente como ley estatal. Su regulación positiva no impidió, sin embargo, que en muchos lugares se incumplieran sus cánones. Siglos después, la Revolución Francesa impuso imperativamente el matrimonio civil obligatorio, forzando así a quienes deseaban casarse en conformidad con su fe religiosa a realizar la doble celebración. En el siglo XIX surgen las ideas libertarias que impugnan incluso la formalización civil de las nupcias. En la sociedad de la América colonial actúan, todavía hoy, otras causas, en buena medida involuntarias, que vienen a incrementar las uniones de hecho. Curiosamente no suele mencionarse que en el vigente Código civil nipón, inspirado en buena medida por el BGB, y abierto por tanto a la cultura jurídica occidental, el matrimonio civil es puramente consensual, sin más requisito que la inscripción en el Registro Civil. Si bien en Tokio hay un conocido “Parque Matrimonial” en el que diversas capillas de diferentes confesiones permiten celebrar, a quienes lo solicitan, la celebración religiosa que la ley ignora.

<sup>1</sup> Sin ánimo de exhaustividad: *El concubinato en el Derecho civil francés*, Roma-Madrid 1965, 212 pp.; “La filiación extramatrimonial en la realidad social (Un estudio de sociología jurídica)”, *Lección inaugural del curso académico 1978-1979 en la Universidad de Bilbao*; “Aspectos sociológicos e ideológicos de la unión libre en el Derecho francés”, *RDJ*, 1962, núm. 10, pp. 2-40; “Un estudio de jurisprudencia sociológica. Filiación extramatrimonial”, *RDJ*, 1974, enero-marzo, pp. 61-82; “Situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio”, *Anuario de Derecho civil*, 1975, núm. 28, pp. 521-550; “La mujer y la filiación extramatrimonial”, *ADF*, 1975, I, pp. 245-263; “En torno a la «familia natural» en el Código civil español”, *Festschrift W. Bosch*, 1976, I, pp. 227-240; “La filiación extramatrimonial ante el Tribunal Constitucional”, en AA.VV.: *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Zaragoza 1983, pp. 595-614.

A mi juicio hay que soslayar el riesgo de una excesiva sociologización que se limite a esta única perspectiva para profundizar en el tema que nos preocupa, esforzándose por una clara diferenciación.

## II. DISCREPANCIAS DE LA PROLOGUISTA.

La Profesora M<sup>a</sup> Paz GARCÍA RUBIO ha elegido tres cuestiones para exponer su discrepancia con los autores: una reflexión teórica para fundamentar su opinión sobre si las parejas de hecho constituyen o no un tipo de familia que ha de ser protegida como tal; tratar de dilucidar las repercusiones que puede tener la declaración de inconstitucionalidad de ciertos preceptos de una ley autonómica de parejas sobre otras normas homólogas que no han sido cuestionadas todavía ante el TC; y, mucho más concreto, dilucidar el alcance de la norma de remisión contenida en la DA 3<sup>a</sup> de la Ley de Derecho civil de Galicia, en relación con el eventual régimen económico de las parejas gallegas inscritas.

Su desarrollo es el siguiente:

1<sup>a</sup>) Se refiere en general, tanto a las uniones formales como informales, y tanto a las constituidas por dos adultos del mismo como de distinto sexo. Su postura es que todas ellas constituyen formas de familia y que, en consecuencia, gozan de la tutela derivada de las normas constitucionales nacionales, europeas y convencionales que protegen a la institución familiar. Siguiendo a la Profesora Rosario Valpuesta, cree que en la sociedad hay mil y un tipos de familia y todos ellos merecen, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, reconocimiento y protección. Invoca en su favor jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 8<sup>o</sup> del Convenio Europeo. En cuanto a la Unión Europea, cuya jurisprudencia considera bastante conservadora en materia de relaciones afectivas entre adultos, estima que se está produciendo una progresiva apertura hacia el reconocimiento de formas menos tradicionales. En España invoca en su favor jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Pero la convicción absoluta de que, cualquiera que sea la modalidad de pareja de hecho estable, estamos ante un tipo de familia protegida por el artículo 39 CE, no significa que su tratamiento jurídico haya de ser necesariamente el mismo que se dispensa al matrimonio, dado que “el matrimonio y la convivencia matrimonial no son situaciones equivalentes” (STC 15 noviembre 1990). Es más, el matrimonio es una institución que goza de una protección reforzada en el artículo 32 CE. Con todo, matrimonio y pareja son modalidades de familia que el Derecho no sólo ha de tolerar, sino también de reconocer y proteger<sup>2</sup>.

2 CANTERO NÚÑEZ, F. y LEGERÉN-MOLINA, A.: *Las parejas de Hecho y de Derecho. Régimen jurídico de la convivencia more uxorio en España*, 1<sup>a</sup> ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 21.

2ª) ¿Qué repercusión tienen las sentencias del TC que declararon la inconstitucionalidad de determinadas normas autonómicas sobre parejas estables (Navarra, Madrid y Comunidad Valenciana) sobre las reglas de otras leyes autonómicas de pareja que son prácticamente iguales o muy parecidas a las declaradas inconstitucionales? Los autores de la obra llegan incluso a atisbar una posible derogación de las leyes autonómicas de pareja, propugnando una limitación de su actuación a los temas de régimen económico y sucesorios, en favor de una ley estatal uniforme que regularía los aspectos restantes. Pero la Prologuista, por más que para una buena parte de los juristas ésa sería la solución óptima al “galimatías normativo que ahora tenemos”<sup>3</sup>, mucho se teme que la propuesta no sea una solución realista ya que “los legisladores autonómicos no está dispuestos a derogar nada, ni a ceder un ápice en la regulación de esta cuestión”<sup>4</sup>.

3ª) Más de doce años después de la modificación de la Disposición Adicional 3ª de la Ley de Derecho civil de la Comunidad gallega de 2006 –que tuvo que ser reformada por el legislador apenas un año más tarde con el fin confesado de aclarar su significado–, sigue siendo objeto de controversia entre los operadores jurídicos. Según aquella norma, las parejas de hecho inscritas en el Registro “ad hoc” creado en Galicia, que hayan manifestado expresamente su voluntad de equiparar los efectos de su relación con los del matrimonio, gozan de tal equiparación a los efectos de dicha ley. La Prologuista entiende<sup>5</sup> que si se añade el artículo 171 de la LDCG, según el cual “el régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será la sociedad de gananciales”, es fácil colegir que las parejas de hecho que entren en el ámbito de aplicación de la DA 3ª, si no han pactado nada sobre su régimen económico, están sometidos por disposición legal, y al igual que las casadas, al régimen de la sociedad de gananciales. Ésta ha sido siempre la opinión de la Prologuista. Constata, sin embargo, que muchos juristas gallegos opinan lo contrario, e incluso se ha pronunciado en el mismo sentido la AP de la Coruña, sec. 6ª, en Auto de 13 marzo 2017. Mantiene, no obstante, su postura pese a no ignorar los riesgos, bien conocidos por cualquier privatista, que supone otorgar a una pareja no casada derechos y deberes que incluso pueden implicar a terceros, sin las garantías de publicidad necesaria.

### III. ASPECTOS FORMALES DE LA SISTEMÁTICA DE LA MONOGRAFÍA.

Desde el capítulo que fue del volumen coordinado por GARRIDO DE PALMA, su sistemática se ha ido progresivamente enriqueciendo. Destacaría varios

---

3 Op. cit., p. 22.

4 Op. cit., p. 23.

5 Op. cit., p. 24.

aspectos. Si inicialmente representaba una parte integrante de un texto diverso y de objetivo más amplio, ahora ha devenido un libro independiente, con propia distribución de materias. Ambos autores se responsabilizan del “totum”, aunque hacen constar las partes que cada uno ha redactado, y que en este apartado indicaré con sus apellidos (Cantero y Legerén). El recensor tiene la impresión de que aquéllos, conjuntamente, han discutido y planificado el texto en su totalidad, que así debe atribuirse a ambos. Dado que el enunciado de los ocho densos capítulos es suficiente para orientar en su manejo a la mayoría de los lectores, los reproduzco literalmente:

Capítulo I: Introducción (Cantero); Capítulo II: Una mirada al pasado (Legerén); Capítulo III: Delimitación del fenómeno: sus rasgos esenciales (Legerén); Capítulo IV: Tratando de indagar las causas del fenómeno (Cantero); Capítulo V: El amparo y los límites de la unión de hecho en la Constitución (Cantero); Capítulo VI: Familia y unión de hecho: el artículo 39 de la Constitución (Cantero); Capítulo VII: Los límites constitucionales a la institucionalización de la unión de hecho (Cantero); Capítulo VIII: Nacimiento, permanencia y extinción de las uniones de hecho en el ordenamiento jurídico español (Legerén).

Un análisis formal de la sistemática permite deducir los siguientes aspectos o características:

- se trata de un estudio esencial y básicamente jurídico;
- si bien, no prescinde de lo fenomenológico o sociológico;
- con encuadre histórico visto desde España como perspectiva básica;
- la rápida evolución ha coincidido con la presencia de ideologías orientadas a vaciar de sentido el matrimonio institución;
- el estudio no se limita a los territorios españoles sujetos exclusivamente al Código civil, según la CE, sino a la totalidad de regímenes civiles vigentes en España;
- está también presente el aspecto comparatista;
- el aspecto normativo se completa con la perspectiva filosófica y de derechos humanos:
  - trata con amplitud las relaciones jurídicas entre la familia y la unión de hecho;
  - la nomenclatura elegida por los autores, neutra y generalmente aceptada actualmente en la sociedad, evita otros términos usados en el siglo pasado, dentro y fuera de España, que hoy podrán causar extrañeza, y, acaso, ofender.

#### IV. INTRODUCCIÓN GENERAL.

El fenómeno se describe amplia y comprensivamente<sup>6</sup>: “Durante siglos condenada, durante décadas tolerada, la figura objeto de esta monografía es considerada por algunos en nuestros días con categoría de institución de Derecho de Familia. Esta consideración ha sido el origen de una ingente producción bibliográfica en la que cada autor ha tratado de aportar su visión personal. También la jurisprudencia se ha tenido que pronunciar con reiteración hasta ahora desconocida. Algunos Ayuntamientos y Comunidades Autónomas la han considerado materia de su competencia. A nivel legislativo estatal se le han ido reconociendo, de modo lento pero progresivo, determinados efectos de ámbito sectorial. Trece Autonomías la han dotado de un estatuto global y el Parlamento ha debatido, en varias ocasiones, distintas Proposiciones de Ley, haciéndose eco de todo ello los medios de comunicación. Y el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la materia; en este caso, anulando buena parte de tres de las leyes autonómicas”.

Considero de gran claridad la inicial conclusión de sus autores<sup>7</sup>: “No cabe sustraerse, por tanto, a la compleja situación actual y, por consiguiente, nuestro estudio contemplará las uniones de hecho como fenómeno social con todo el espectro de efectos jurídicos a los que su nacimiento y extinción puedan dar lugar, siguiendo un esquema tradicional de análisis. Estudiaremos, pues, el hecho y el Derecho de las parejas. También se analizará como fenómeno que cuenta con un reconocimiento legal –o, incluso, de una equiparación de efectos con el matrimonio–, y, a la vez, como alternativa a él. Las dos perspectivas estarán presentes y parecerán, en ocasiones, entremezcladas (...). Sólo resta señalar que la opinión contraria a que las uniones de hecho sean reguladas de modo completo no excluye en ningún caso la búsqueda de soluciones satisfactorias para cualquier situación de injusticia que el caso concreto exige y demanda de los juristas”.

En opinión del recensor se trata de un propósito indudablemente ambicioso – aunque correcto en todo caso– que no excluye a ninguna de las posibles perspectivas del tratamiento monográfico<sup>8</sup>.

#### V. UNA MIRADA AL PASADO.

En este aspecto considero obligada una dilatada visión histórica del tema. El capítulo II se desarrolla en tres apartados que se ocupan, respectivamente,

---

6 Op. cit., p. 25.

7 Op. cit., p. 27.

8 Una leve observación del recensor: la escueta afirmación de que las uniones de hecho sólo han sido toleradas “durante décadas”, merece una aclaración.

de Roma, de la Edad Media hasta el siglo XVIII, y de la Codificación a la época Constitucional<sup>9</sup>.

Puede considerarse suficiente una síntesis histórica que se ofrece apoyada en una adecuada doctrina –española y traducida–, que comprende a romanistas, canonistas, e historiadores –unos consagrados ya como autoridades en la materia, y otros de la más reciente actualidad–, sin olvidar obviamente la doctrina civilista de reconocido prestigio.

En las fuentes del Derecho Romano aparece ya el binomio “matrimonium-concubinatus”. Partiendo de que sólo entre quienes gozaban del “status libertatis et civitatis”, había un matrimonio formalmente solemne (“confarreatio”) que progresivamente fue sustituido en la práctica por el simple “matrimonium”, basado en la convivencia, en el “honor matrimonii” y en la “affectio maritalis”, ajeno a cualquier solemnidad, dado que “consensus facit nuptias”. Por otra parte, debido a ciertas prohibiciones para casarse, los autores se hacen eco de la idea de que el matrimonio puramente romano, desde el Principado, se aproxima mucho más a las uniones de hecho sancionadas legalmente en nuestros días<sup>10</sup>.

Se ha afirmado que “Ecclesia ex iure Romani vivit”. Pero ello no significa una mera continuidad en materia de concubinato y matrimonio, si bien Justiniano nada alteró de esencial en este punto. Más bien hay que entender que, aprovechando la técnica jurídica del Derecho Romano, el Derecho Canónico elaboró, en un largo proceso histórico que culminó en el Capítulo “Tametsi” del Concilio de Trento (1545-1563), el concepto de matrimonio que ha llegado a nuestros días, y que ha sido recogido en dos Códigos de Derecho canónico, de vigencia cuasi-universal. El proceso, en consecuencia, ha sido secular y ha conocido muchas etapas, no tanto en su formulación normativa como en su efectiva aplicación y recepción por los Estados modernos. En un primer momento, se fragua la teoría superadora del “consentimiento continuado”, que queda reemplazado por un “consentimiento pacticio”, sin el cual la indisolubilidad que el Cristianismo predicaba sería jurídicamente injustificable. En esta primera fase, la forma no esencial, coexistiendo en la práctica el “matrimonium in facie Ecclesiae” con el matrimonio clandestino –reconocido en Castilla un matrimonio “a yuras”, legítimo pero oculto<sup>11</sup>. Al lado de ambas formas de matrimonio canónico legal, en toda la Edad Media va a pervivir el “concubinato”, como resulta de la Partida IV, cuyo Título dedicado “a las otras mujeres que tienen los hombres que no son de bendiciones”, proclama que “barragana defiende la Santa Iglesia que no tenga ningún cristiano (...). Pero los sabios antiguos que hicieron las leyes, consintieronles

---

9 Op. cit., pp. 29-40.

10 Op. cit., p. 32.

11 Op. cit., p. 33.

que algunos las pudieran haber sin pena temporal, porque tuvieron que era menos mal haber una que muchas, y porque los hijos que nacieran fueran más ciertos”<sup>12</sup>. Añaden los autores que, aun superada la concepción romana, la sociedad medieval es una sociedad esencialmente clasista, y que en ella la “barraganía” seguramente no se presentaba como una opción, sino más bien como una necesidad. En una segunda fase, la necesidad de dotar de certeza jurídica al matrimonio va a llevar a los Padres tridentinos a exigir una forma “ad validitatem” para la existencia del matrimonio. A partir de entonces desaparece el “matrimonio a yuras”, y la única posibilidad de expresar el consentimiento va a ser ante el Párroco propio y dos o tres testigos. Por medio del “*Decretum Tametsi*”, de 11 de noviembre de 1563, se formalizó el vínculo matrimonial, lo que, sin duda, supuso una revolución en el ámbito del Derecho matrimonial canónico. Al mismo tiempo el Concilio prohibió el concubinato. Todo ello sin efecto retroactivo.

En España, la Real Cédula de Felipe II de 1564 incorporó a nuestro Ordenamiento el Decreto tridentino. A partir de entonces el concubinato, no sólo moral sino también legalmente, pasa a estar perseguido, pudiendo intervenir la Inquisición en casos de apología o defensa pública. Opinan los autores que en los siglos siguientes el número de uniones concubinarias debió de disminuir, y penosa debió de ser la suerte de las concubinas y de sus hijos que, pese a todo, siguieron existiendo<sup>13</sup>.

En todo caso parece claro que desde el famoso Decreto el matrimonio será el único cauce para reconocer socialmente y dotar de efectos jurídicos a toda unión de hombre y mujer, desapareciendo de la legislación cualquier tipo de reconocimiento de unión al margen de aquél. Es importante la siguiente observación: esta situación no cambiará con las sucesivas regulaciones civiles del matrimonio, ya que éstas asumieron el modelo elaborado por el Derecho canónico viniendo simplemente a sustituir al Párroco por el Juez, a la Iglesia por el Juzgado y a la Biblia por la Ley<sup>14</sup>.

Resumiendo lo ocurrido desde la codificación a la época constitucional observan que el Código civil, siguiendo la línea de sus homólogos europeos, no dedica atención a las uniones fácticas. La palabra “concubinato”, al contrario del significado romano, en la Edad Media pasa a tener un sentido peyorativo de “unión sexual proscrita” que no recibe la sanción legal. Tal cambio convierte al referido

12 Observan los autores que el texto transcrito contiene tanto un fin de orden jurídico –la equiparación de la filiación–, como de orden moral –la tolerancia del mal menor–. Op. cit., p. 33 y nota 21.

13 Op. cit., p. 35. Los autores recogen aquí variedad de opiniones que no todos comparten. Ellos afirman que el concubinato fue abandonado espontáneamente por la sociedad, que fue dejando de ver en él una unión deseable, cuando la moralidad pública experimentó cierto progreso; lo cual permitió de hecho que individuos insolidarizados con la mentalidad general han podido constituir o continuar relaciones de este tipo, sin resultar inquietados por el Derecho. Se deduce que el papel del Derecho ha sido indirecto en tal hipótesis, privando a la relación fáctica de los efectos del matrimonio.

14 Op. cit., p. 36.

término en poco idóneo y desafortunado para aplicarlo hoy día a la unión de hecho, e igualmente le ocurre a la “barraganía”, de profunda raigambre hispánica.

Sintetizan así las conclusiones de este periodo: 1ª) las uniones de hecho de nuestros días guardan en sus fines y justificación muy poco parecido con el concubinato romano o con la barraganía medieval; 2ª) la Religión y la Moral han presidido el tratamiento jurídico de las cuestiones relativas al Derecho de Familia, y, en particular, de todo su componente sexual y no parece que el debate jurídico actual pueda escapar fácilmente a esa tradicional influencia; en nuestros días, en presencia de idearios de raíz marxista o de otro tipo, entre los que ocupa un puesto relevante el de género –del que distinguen “la perspectiva de género” con la que se pretende alcanzar la igualdad efectiva real entre hombres y mujeres–; 3ª) no obstante haber obtenido entre el Derecho justinianeo y el Concilio de Trento un cierto reconocimiento legal, jamás hubo equiparación entre matrimonio y uniones de hecho; 4ª) el mayor parecido de las actuales uniones de hecho –en la medida en que han sido reguladas– se podría encontrar quizá en el “matrimonium sine manu” –generalizado en el Principado–, por cuanto en una y en otro quedaría legalmente sancionada una unión estable aformal, tanto en su nacimiento como en su extinción, pudiendo esta última tener lugar por decisión unilateral; 5ª) el Derecho canónico no impone más requisitos “ad valorem” a los que deba ajustarse la declaración del consentimiento matrimonial de forma discrecional, sino justificando esa decisión en razones de seguridad jurídica para evitar el abuso de las dobles uniones de hecho y su problemática.

## VI. LA DELIMITACIÓN ACTUAL DEL FENÓMENO: SUS RASGOS ESENCIALES.

Partiendo de lo sociológico –el “fenómeno”–, los autores abordan con amplitud la actual variada regulación normativa del tema. De lo histórico los autores se trasladan a la eventual y diversa regulación jurídica, distinguiendo acertadamente tres aspectos rigurosamente delimitados: terminología, definición y rasgos configuradores del tema.

Como punto de partida creo que aciertan al expresar que “se pretende sustituir la expresión “concubinato” debido al carácter peyorativo de “unión sexual proscrita por el Derecho”, dando lugar al reemplazo por un verdadero “reino de taifas” terminológico, mientras que la jurisprudencia de primeros de siglo pasado se refirió a los “amores ilícitos”, a la “convivencia inmoral”, y a la “mancebía”, pero sin con ello reemplazar al “concubinato”<sup>15</sup>. Distinguen los caracteres siguientes: a) se insiste en el carácter fáctico de la relación (así: “unión de hecho”, “pareja

---

<sup>15</sup> Op. cit., p. 42 y nota 41.

de hecho”, “convivencia de hecho”, “hogar de hecho”, “cohabitación de hecho”); b) con referencia a la unión matrimonial (“extramatrimonial”, “no matrimonial”, “unión marital”, “more uxorio”) advierten aquí los autores que parece insuperable la dependencia respecto del matrimonio; c) observan que aquí lo fáctico no es “contrario al Derecho”, sino “al margen de él”, y así se alude a la estabilidad, duración y continuidad de vida y existencia, que las distinguirían de las uniones meramente pasajeras (así: “convivencia estable”, “unión o pareja estable”, “uniones de participación integral de vida”); d) la no asunción de compromisos jurídicos – sean de índole material o formal– (“unión permanente afectiva”, “unión libre”)<sup>16</sup>; e) los autores rechazan decididamente la terminología vinculada a la familia (“familia de hecho”, “familia no matrimonial”, “familia natural” –hoy en desuso–) que juzgan no idónea por contemplar una realidad más amplia que no siempre concurre dado lo abierto de estas uniones.

Centrándose en la terminología usada por nuestro Derecho positivo la conclusión es poco alentadora<sup>17</sup>. Se preguntan si el legislador quiere perfilar una amplia gama de modalidades con requisitos plurales en atención a cada materia regulada, o si desea promover una unidad de trato. Opinan que lo primero, pues las diferencias no son sólo de matiz. Así la analogía con lo matrimonial se predica, en ocasiones, del mismo vínculo, lo que resulta totalmente desacertado, pues es precisamente la inexistencia de vínculo jurídico lo que permite afirmar una unión de hecho; en otras, de la relación de afectividad o también con la convivencia, cuya estabilidad a veces se exige de forma permanente; en otras se ignora; y, finalmente, a veces, además, se exige un plazo mínimo. En consecuencia, resulta desafortunado hablar de “pareja unida de forma permanente”, máxime cuando la permanencia tampoco resulta ya predicable del matrimonio civil, debiéndose entender esa “permanencia” como “continuidad”, es decir, como “no interrumpida”<sup>18</sup>.

Resulta paradójico insistir en la invocación de la analogía como criterio identificativo cuando el Tribunal Constitucional ha dejado perfectamente claro “que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes”. Poco correcto jurídicamente hablando es acudir a la “afectividad” como criterio identificador de una realidad que se pretende jurídica cuando su apreciación pertenece a la psicología, al mundo de los deseos, tendencias e inclinaciones, o a la esfera del amor cuya prueba puede devenir imposible. En el ámbito autonómico, trece Comunidades Autónomas han dotado a la unión de hecho de regulación

16 Los autores advierten que esta última denominación es notoriamente equívoca, aunque puede querer significar “rebeldía frente a modelos institucionales o rechazo a normas preestablecidas” y el derecho a la libre ruptura (op. cit., p. 43).

17 Op. cit., p. 44. Ocurre, en efecto, que nuestro Derecho de ámbito estatal no emplea ninguna de las expresiones repasadas, inclinándose por la referencia descriptiva de los elementos que considera más propios de tales uniones cuando quiere hacer depender de ellas alguna consecuencia, si bien cabe destacar como elemento común la referencia matrimonial.

18 Op. cit., pp. 46 y ss.

legal, y varias de ellas han utilizado denominaciones nuevas y diversas, siendo la más utilizada la que incluye el término “pareja” (así “uniones estables de pareja”, “parejas estables no casadas”, “parejas estables”)<sup>19</sup>. Concluyen que la terminología considerada últimamente es descriptiva o compuesta, no encontrándose ninguna que reemplace al desterrado “concubinato”. En consecuencia los autores emplearán diversas expresiones, sin atribuir ningún alcance peyorativo a “concubinato”, si bien predominarán las de “pareja de hecho” y “unión de hecho”, por ser las más frecuentes en la doctrina y jurisprudencia, y también para distinguirlas de las usadas por las Comunidades Autónomas.

En suma, los autores formulan la siguiente definición: “Fenómeno social expresado por el comportamiento de dos personas cuando, con independencia de su orientación sexual, mantienen una convivencia al estilo marital, de carácter estable, público y notorio, que es susceptible de producir efectos jurídicos”<sup>20</sup>.

## VII. RASGOS CONFIGURADORES DE LA UNIÓN DE HECHO.

Constituye, a mi juicio, uno de los apartados más densos –sobre todo, sociológicamente hablando– con el propósito de explicar la anterior compleja definición. Revela un estudio en profundidad de la numerosa bibliografía producida entre nosotros, caracterizado por su amplitud y espíritu crítico, que resumo a continuación.

### I. El comportamiento como expresión. El carácter público y notorio<sup>21</sup>.

Al contrario de lo que ocurre con el matrimonio, para el reconocimiento y apreciación de la unión de hecho ordinariamente se debe mirar hacia el pasado. La inexistencia de compromiso futuro la convierte necesariamente en una situación jurídicamente precaria. La convivencia debe ser practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, no pudiéndose reconocer una relación furtiva u oculta. Se trata de no negar la realidad de su convivencia, si bien no debe exigirse pregonarla, ni explicarla. Consiste en manifestar un comportamiento normal y acorde con su comunidad de vida. Este comportamiento público y notorio debe ser susceptible de ser probado (por ejemplo: titularidad conjunta de cuentas bancarias, pago solidario a proveedores del hogar, existencia de éste, hijos comunes, etc.). La actuación conjunta de ambos facilitará la prueba, mientras que el empeño de uno frente al otro, la dificultará. Entre el compartir “lecho, techo y mantel”, y los “encuentros afectivos discontinuos de fin de semana” hay una variedad de estados intermedios cuya calificación es

<sup>19</sup> Amplia descripción en op. cit., p. 49, nota 58.

<sup>20</sup> Op. cit., p. 52.

<sup>21</sup> Op. cit., pp. 54 y ss.

incierta. Además la aformalidad caracteriza a las uniones de hecho. La inexistencia de forma, tanto en su nacimiento como en su ruptura, son nota esencial. A lo más –subrayan los autores– podrán verse afectadas por los usos sociales. También merecen atención las uniones legales, que predominan en las CCAA.

## 2. El carácter sexualmente indiferenciado<sup>22</sup>.

La unión de hecho ha de entenderse como la unión sólo de dos personas, y, últimamente, con independencia de su sexo. Hasta hace poco era opinión común del Tribunal Supremo incluir la nota de la heterosexualidad en el concepto de la unión de hecho. Las primeras CCAA que regularon la figura dieron cabida a las del mismo sexo. En 2005 el legislador estatal reconoció jurídicamente a las parejas homosexuales, pero en lugar de crear una institución “ad hoc” lo hizo concediéndoles el derecho a casarse. Algunos autores entienden que resultan innecesarias las normas sobre uniones de hecho a la vista de los caracteres vigentes del matrimonio (pues ahora es posible entre personas del mismo sexo y cabe la ruptura unilateral), que estructuralmente lo aproximan a la unión de hecho.

## 3. La exclusividad<sup>23</sup>.

Inician su estudio con una oportuna cita de Carlos Martínez de Aguirre<sup>24</sup>, y razonan a propósito del impedimento matrimonial del vínculo, cuya doctrina resultaría necesario aplicar a las uniones de hecho, respecto de las cuales hay que distinguir entre las reguladas y las no reguladas. Entre las primeras se exige que las personas no estén unidas, ni por vínculo matrimonial ni que formen pareja estable con otra persona. Sin embargo, algunas leyes lo permiten siempre que se haya producido separación judicial o de hecho. No se considera justificada esta diferencia, que origina una burla de la normativa matrimonial y de la tipificación del delito de bigamia.

---

22 Op. cit., pp. 57-61.

23 Op. cit., pp. 61-65, con una referencia a las uniones constante matrimonio, y constante unión de hecho.

24 “Líneas básicas de la reciente legislación aragonesa en materia de Derecho de Familia” en el volumen *El nuevo Derecho de Familia: Modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Thomson Civitas, Pamplona, 2006, pp. 33-34: “¿Qué sentido tiene establecer otro estatuto, semejante pero no idéntico al matrimonial, para quienes no han querido casarse, pudiendo hacerlo? (...). La promulgación de la Ley 13/2005 priva así de sentido, en términos generales, a las leyes autonómicas sobre parejas de hecho, aunque no les afecte formalmente; o, simplemente, pone de relieve de forma más clara que estamos ante una suerte de matrimonio de segunda clase (lo que cuestionaría más claramente aún la competencia de las CCAA para legislar sobre la materia)”.

#### 4. La capacidad y la edad necesarias y la posible aplicación de los impedimentos matrimoniales<sup>25</sup>.

Partiendo de que la unión de hecho ha de ser libre, lo que presupone plena conciencia y capacidad en cada uno de los convivientes, los autores denuncian amplias lagunas e insuficiencias. Se muestran a favor del menor emancipado –cuya capacidad suele reconocerse en las leyes autonómicas–, y la exclusión de parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, y en la colateral hasta el 2º o el 3º grado. En cuanto a su dispensabilidad, hay normativas autonómicas que la prevén; en otro caso, optan por su irrelevancia. Contraria solución propugnan para el impedimento de crimen que la reforma del artículo 47.3 CC ha tenido en cuenta, a diferencia de la legislación autonómica que no la prevé, pese a ser un claro supuesto de la llamada “violencia de género”.

#### 5. La ausencia de vínculo jurídico y de sanción social<sup>26</sup>.

Entienden los autores que en ejercicio de la libertad de estado civil, los convivientes deciden no contraer matrimonio, y, por tanto, no asumir los compromisos jurídicos de aquél, ni tener la consideración de cónyuges. Su convivencia es fruto de un deseo de mantenerla como mero hecho, incluso de alcanzar en ella el fin de sus días y su realización personal. Puede existir un compromiso personal lleno de autenticidad, la cual puede motivar su oposición a las formas y a lo jurídico. Tal rechazo implica su deseo de poder poner fin a la convivencia de modo unilateral y discrecional. Su negativa al matrimonio puede entenderse como un mayor deseo de “preservar su intimidad”. La intervención legislativa puede violentarlo imponiendo un “status” de carácter forzoso, que se da en el matrimonio legal. En las uniones no matrimoniales hay un interés mayor por conservar la libertad individual de manera más radical, huyendo de los convencionalismos sociales. Así, en este contexto, en no pocas ocasiones, la unión de hecho es presentada como el reino de la sinceridad, la espontaneidad y el amor libre, cuya aspiración estiman legítima al amparo de los artículos 1 y 10 CE<sup>27</sup>.

#### 6. La convivencia estable de carácter marital<sup>28</sup>.

Nota esencial, acaso el punto de partida. Pero no se limita a estar juntos, sino de forma modalizada (“more uxorio”); es decir, al modo como se supone se daría entre cónyuges, lo cual implica compartir un “proyecto de vida en común”,

---

25 Op. cit., pp. 65-67.

26 Op. cit., pp. 68-71.

27 Finalizan observando que si pertenece a la libertad de los ciudadanos hacer, o no, uso de ellas, parece coherente afirmar que, si al final es lo mismo utilizar tales instituciones que no utilizarlas, se produce un auténtico fraude a quien acude a ellas (op. cit., p. 71).

28 Op. cit., pp. 71-74.

al que se aportan afanes espirituales y materiales y los medios necesarios para procurar unos y otros. Es lógico pensar que este proyecto irá acompañado del espontáneo cumplimiento de los deberes propios de los cónyuges, entre ellos la fidelidad, lo que excluye otra convivencia simultánea con persona distinta, requiriendo un domicilio donde compartir “techo, lecho y mantel”, que se puede considerar “hogar común”. La continuidad puede expresarse como “diaria”, sin perjuicio de su interrupción temporal por motivos ajenos a ella misma, sino más bien de índole profesional o asistencial. El TS en sentencia de 18 mayo 1992 habla de desarrollarse “en régimen vivencial de coexistencia diaria”.

Existe consenso en que la convivencia ha de ser estable, lo que sólo es apreciable a través de una cierta duración en el tiempo. Si se configura como un plazo, se compadece mal con una figura que se desenvuelve al margen de requisitos legales. Criterio que parece seguir el TS al no requerir plazo alguno preestablecido; pero sí una duración temporal, que podrá ser variable en razón a sus consecuencias producidas por cada unión particular. La duración no requiere plazos mínimos, pero casi siempre se tratará de uniones dilatadas en el tiempo, expresando concretamente un plazo de dos años. Los autores estiman que la unión de hecho solo puede ser considerada en base a su propia realidad o existencia, que sólo el tiempo puede acreditar<sup>29</sup>.

Agudamente observan los autores que la exigencia de plazos determinados es una tentación “insuperable” del legislador, que trata de facilitar la seguridad jurídica que indudablemente proporcionan (así en los artículos 12 y 16 y DT 2ª de LAU). Concluyen que su exigencia se aviene mal con la pluralidad y variedad del fenómeno. Citando a Vallet de Goytisoló entienden que “tan casado está uno en el momento de contraerlo como al celebrar sus bodas de plata o de oro. En cambio, el matrimonio de hecho requiere cierta permanencia o duración para demostrar que no se trata simplemente de una pura aventura”<sup>30</sup>. Los plazos que determinadas disposiciones pueden establecer no podrán tener otro alcance que el del particular regulado por la norma, sin perjuicio de que su reiteración puede repercutir en la labor interpretativa de la jurisprudencia. En el ámbito autonómico, la mayoría de las leyes requieren un plazo mínimo de convivencia. Criterio mantenido también por la mayoría de las legislaciones hispanoamericanas, que regulan de modo unitario el fenómeno o lo dotan de efectos globales.

---

29 Op. cit., p. 73.

30 Op. cit., p. 74.

## 7. Las relaciones sexuales y la descendencia<sup>31</sup>.

Opinan los autores que, aunque la aptitud de tener relaciones sexuales sea un elemento natural de las uniones de hecho, no parece que pueda ser elevado a la categoría de requisito esencial. La indagación de su existencia, especialmente por parte de terceros, vulneraría el derecho a la intimidad que el artículo 18.1 CE garantiza. En todo caso, mientras no se acredite, se supone. Tampoco es esencial que haya descendencia común. Sin embargo, su existencia permite hablar de familia no matrimonial, al menos en las relaciones verticales. Además servirá como prueba cualificada en las relaciones horizontales.

## 8. La susceptibilidad de producir efectos jurídicos<sup>32</sup>.

En este punto recurren a las categorías del negocio y del acto jurídico, calificando al matrimonio de negocio jurídico. Además “la voluntad puede actuar dirigida inmediatamente a otros fines no jurídicos, de modo que el efecto jurídico aparece conscientemente como algo de segundo orden o que decididamente no ha sido querido. En tal caso estaremos en presencia de un simple «acto jurídico». La unión de hecho sería un prototipo de esta situación. Claro que en ella existe una voluntad, además constantemente renovada –la “affectio”–. Pero aparte de carecer de una declaración formal, esta voluntad de los convivientes no está primariamente dirigida a la consecución de efectos jurídicos, sino más bien a la conservación y búsqueda de valores como la libertad, la espontaneidad o la felicidad”<sup>33</sup>. No procederá, sin embargo, aplicar los efectos del matrimonio, ni siquiera por analogía. Ello no impide que para evitar un perjuicio, un abuso o una injusticia, sean de plena aplicación los cuasicontratos; así la jurisprudencia del Tribunal Supremo comenzó a ser una fuente abierta e inagotable para la búsqueda de soluciones justas. A partir de la legislación posterior a la CE de 1978, el fenómeno de la unión de hecho ha sido considerado por el legislador de forma progresiva y sectorial, y se le han ido atribuyendo consecuencias legales específicas de las que carecía hasta ese momento, situación agravada por la pluralidad de denominaciones y descripciones con que se alude al fenómeno. El reconocimiento de efectos jurídicos plenos por medio de la promulgación de un estatuto propio y, fundamentalmente, por la equiparación con el matrimonio, es la cuestión actual que analizan los autores.

---

31 Op. cit., pp. 75-76.

32 Op. cit., pp. 76-79.

33 Op. cit., p. 77. Añaden que todo el entramado de relaciones e intereses creados entre los convivientes a lo largo de los años puede producir –ante todo por razones de estricta justicia–, que el Derecho intervenga deduciendo consecuencias del acto y hecho de la unión, incluso aunque el Derecho haya sido inicialmente excluido de ello en la pretensión de “sujetarla sólo al amor”.

## 9. ¿Fenómeno social o institución?<sup>34</sup>

Sostienen, por último, que constituye, ante todo, un fenómeno social, careciendo de elementos para considerarla institución, al menos, de momento y en el ordenamiento estatal. No es un estado civil de los convivientes y no altera el que cada uno ostente, y, sobre todo, carece de acceso al Registro Civil estatal<sup>35</sup>.

## VIII. TRATANDO DE INDAGAR LAS CAUSAS DEL FENÓMENO: LAS CAUSAS COYUNTURALES Y LAS CAUSAS DE FONDO.

Los autores profundizan indagando las explicaciones racionales o causas del fenómeno, distinguiendo entre causas coyunturales y de fondo<sup>36</sup>. Una cuarentena de extensas notas atestiguan la profundidad de su investigación, apoyada en la variedad bibliográfica (clásica, y también de la máxima actualidad sobre la sociología de parejas de hecho). Reconociendo que la totalidad detallada y minuciosa del tema excede de su propósito, en una primera categoría destacan las de índole social, como falta de recursos económicos unida a la lejanía geográfica de amplios sectores de la población de los centros administrativos o judiciales, así como el predominio de ciertas costumbres que desconocen las formalidades legales estatales; en ellos no parece, a su juicio, que exista un rechazo al contenido sustantivo del matrimonio, ya que en la práctica funcionan tales uniones como verdaderos matrimonios de hecho o aformales. Tal unión de hecho es característica de amplias zonas de algunos países latinoamericanos (Bolivia, Panamá, estado mexicano de Zacatecas, Argentina hasta el Código civil de 2014, El Salvador), cuya realidad social no es, sin embargo, la española. Dentro de las causas sociales pueden comprenderse las que originan las uniones de hecho formadas por inmigrantes procedentes de culturas alejadas del país que los acoge y que, al no aceptar los modelos del país receptor, mantienen sus relaciones familiares al margen del ordenamiento jurídico vigente.

En una segunda categoría incluyen variadas causas directamente atribuibles al Derecho positivo reciente. En España lo fueron las Leyes de matrimonio civil de 1870 y de 1932, aunque hoy estén superadas por su corta vigencia. También leyes particulares –o beneficios debidos a la voluntad de un tercero–, que, al resultar una penalización para el matrimonio, tienen el efecto indirecto de promover la unión de hecho (pérdida de un derecho de pensión o de un beneficio familiar o sucesorio), y también la concurrencia de un impedimento para casarse.

34 Op. cit., pp. 79-82.

35 Varias leyes autonómicas la regulan globalmente y exigen su formalización en Registros Administrativos, resultando normativas diferentes entre sí.

36 Op. cit., pp. 83-96.

En tercer lugar, las llamadas “cohabitaciones juveniles o prenupciales”, o “matrimonios a prueba”, especialmente extendidos en los países nórdicos, donde muchas veces el nacimiento del primer hijo es el desencadenante del matrimonio. Opinan los autores que, por ahora, rara vez han planteado problemas a los Tribunales españoles. A su juicio, lo más acertado es no incluirlas en las uniones de hecho.

En resumen, entienden que en la mayoría de causas analizadas no existe, en principio, ningún rechazo al matrimonio como institución<sup>37</sup>.

Indagando en las “causas de fondo”<sup>38</sup>, desmenuzan una serie de hechos, movimientos e ideologías que penetran en la “ultima ratio” del fenómeno persistente cuyo futuro no es fácil vislumbrar.

En las sociedades occidentales asistimos a un fenómeno de vaciamiento de contenido –a una reconfiguración del matrimonio– que algunos sectores consideran ya como “mera formalidad”, que poco o nada añade al fin perseguido por los convivientes, al que además se añaden formas familiares alternativas. Tal proceso ha tenido lugar progresivamente<sup>39</sup>.

No considerando suficiente lo expuesto anteriormente, los autores acuden a otras causas, varias de naturaleza extrajurídica que analizan a continuación<sup>40</sup>:

- la llamada “secularización” que tiende a acotar la influencia de lo religioso únicamente a la esfera individual;

---

37 Op. cit., p. 86.

38 Op. cit., pp. 86-96.

39 Así, “en un primer momento el matrimonio ha perdido su sentido sacramental que le acompañó durante siglos; en un segundo estadio dejó de ser contemplado como un «valor» que llena su significado y atrae por sí mismo; en una tercera fase, que pertenece a nuestros días, se altera o pierde parte de su contenido jurídico”. Resultado de esta evolución el matrimonio se desvincula de la procreación que, a su vez, se escinde de la sexualidad. Hasta ahora era natural la conexión entre los tres elementos citados, pero actualmente caben unos sin los otros. Para el alumbramiento no se necesita la unión física de los padres al ser posible la reproducción asistida, incluso con material genético de donantes anónimos. Como manifestación del libre desarrollo de la personalidad y disponibilidad del propio cuerpo –por encima del derecho a la vida del concebido–, a la sexualidad parece atribuírsele un fin en sí mismo; o también, equiparadas legalmente las filiaciones, con independencia de su origen, el matrimonio queda desincentivado en consideración a los hijos. Añádase la quiebra del principio de indisolubilidad. Si un cónyuge puede poner fin unilateralmente a su matrimonio cuando lo estime conveniente cumpliendo unos requisitos legales ¿por qué tener que pasar necesariamente por los “engorrosos trámites formales”? Si, de una parte, aun conservando el compromiso de los artículos 66 y ss. CC., que permiten sostener su carácter institucional, queda desprovisto de otros contenidos como los señalados y, de otra, a la unión de hecho se le atribuyen beneficios legales antaño exclusivos del matrimonio, es indudable que se produce una aproximación entre ambas figuras. Más aún, la disolución del matrimonio por decisión unilateral produce el efecto de inclinar a los ciudadanos a la unión de hecho al privar al matrimonio de alguno de sus rasgos tradicionales como más propios, a saber, la radicalidad de un compromiso para toda la vida (op. cit., pp. 87 y ss.).

40 Op. cit., pp. 90-96.

- el predominio del "individualismo" y de los valores individuales, que prevalece sobre la solidaridad y otros valores sociales; en nuestro ámbito, frente a quienes han sostenido que el matrimonio contempla intereses superiores a los individuales;

- el "interés de la familia" conforme al que han de actuar los cónyuges según el artículo 67 CC; no son pocos los autores que sostienen que ya no existe, y que puede concebirse como algo distinto de la mera suma de los intereses individuales de cada uno de sus miembros. Lógicamente se exige al Estado que equipare en derechos al matrimonio con otras formas de convivencia que no impliquen la asunción de compromisos que se entienden limitativos de la plena libertad individual;

- la actual concepción de la vida como búsqueda de la "autorrealización" inmediata, sin previsiones del mañana, unida en ocasiones a una falta de valores sólidos en que poder asentarla más allá de la continua acción. No habiendo otros límites que los marcados por el espacio y el tiempo, el hombre precisa "liberarse" de ataduras y convenciones éticas y culturales para poder realizar con plenitud su propia existencia;

- la extrapolación del significado del "principio de igualdad" al ámbito de las ideas, opiniones y valores, de modo que todo debe estar en el mismo plano, y con respecto a lo que el legislador y la propia sociedad deben adoptar una actitud de rigurosa neutralidad. No parece aceptable jerarquizar el matrimonio y la unión libre –u otras figuras cualesquiera–. Defender lo contrario sería vulnerar los principios de neutralidad e igualdad, lo que repercutiría negativamente en el derecho individual de libertad, especialmente si se reconoce que las sociedades actuales son multiculturales;

- lo anterior se potencia por la propia dinámica de la sociedad digital global, en la que habitualmente lo "vigente" se confunde con lo actual, y las tendencias de moda prevalecen sobre los mensajes transmitidos personalmente en el ámbito familiar o doméstico;

- por último se alude a una doble corriente: una antigua y débil, y una nueva y potente. La primera podría describirse como la filosofía del "why not?", que, a la vez que interrogante es afirmación-respuesta: ¿por qué no equiparar las uniones de hecho al matrimonio? La nueva es conocida como "doctrina del género", para la que la diferencia entre hombre y mujer no se fundamenta en la naturaleza, sino que es fruto de roles culturales, y que preside expresamente la Ley 1/2004, de 28 diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, pero también en otras en las que se proclama, aun sin aplicación práctica alguna.

Prevén los autores<sup>41</sup> que su alianza con una visión sesgada del multiculturalismo podría abocar a un horizonte en el que, superadas toda diferencia y limitación derivadas de la naturaleza, los individuos tendrán únicamente progenitores –pero no ya padre y madre–, resultará irrelevante la nacionalidad y el arraigo nacional –merced a la globalización–, y se sustituirán los criterios éticos personales por el pensamiento políticamente correcto que va impregnando la legislación, persiguiendo –en ocasiones– fines particulares.

## IX. EL AMPARO Y LOS LÍMITES DE LA UNIÓN DE HECHO EN LA CONSTITUCIÓN.

Entienden los autores que la opción de quienes, pudiendo contraer matrimonio, acuden a la convivencia al margen de él merece absoluto respeto, tanto en la decisión que les lleva a actuar así como en sus consecuencias, con base en los artículos 1 y 10.1 CE. En cambio, resulta improcedente la invocación del principio de igualdad del artículo 14 CE para equipararla, sin más, al matrimonio institucional.

### I. El amparo en los principios de libertad y libre desarrollo de la personalidad (arts. 1 y 10.1 de la Constitución)<sup>42</sup>.

En el contexto legal del matrimonio, actualmente no caben “estatutos a la carta”, de modo que, si el conjunto convence, se acepta; si no, se rechaza. La consecuencia de lo anterior es que si, una vez rechazado, se quieren obtener efectos similares a los que se hubieran obtenido con su aceptación, se produciría un verdadero fraude a la libertad y a la responsabilidad individual. Además, después de las leyes de 2005, se puede sentenciar con el Tribunal Supremo que “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”, lo que llevará a huir de aplicar la “analogía legis” de normas propias del matrimonio. La STC 23 abril 2013 proclamó la inconstitucionalidad de todos aquellos preceptos de la Ley foral navarra de 3 julio 2000 que conllevaban la imposición a los miembros de la pareja de una norma imperativa. Así únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya efectividad se condicione a su previa asunción por ambos miembros de la pareja. Subrayan los autores que el principio de “libre desarrollo de la personalidad” no puede ser invocado hasta fomentar conductas antisociales o perjudiciales para los demás, de modo que su primacía puede convertirse en un “disolvente de vínculos y responsabilidades”<sup>43</sup>. En todo caso, advierten, con plena lógica, que, al amparo del mencionado derecho

41 Op. cit., pp. 95 y ss.

42 Op. cit., pp. 97-102.

43 Op. cit., pp. 101 y ss.

fundamental, las personas pueden decidir contraer matrimonio, o unirse al margen de él; no convivir con nadie o ingresar en una orden religiosa. Dicho derecho es de naturaleza esencialmente individual, ya que pertenece antes a la persona individual que socialmente considerada. Sólo resta señalar que la omisión constitucional de las uniones de hecho no significa que nuestro ordenamiento ampare la posición napoleónica –“les concubins se passent de la loi, la loi se desintéresse d'eux”–, ya que los concubinos de entonces no prescindían del ordenamiento jurídico, sino del matrimonio tal como estaba configurado; en la actualidad, en ocasiones les atribuye concretas consecuencias jurídicas; en otras les permite la autorregulación de su convivencia, especialmente en el ámbito patrimonial; y, en todo caso, ampara el recurso a los cuasicontratos o a los principios generales, lo que les permitirá obtener la tutela de los intereses merecedores de ella a fin de lograr la justicia del caso concreto<sup>44</sup>.

## 2. La impropia invocación del principio de igualdad (art. 14 de la Constitución)<sup>45</sup>.

El recensor estima que en esta decena escasa de páginas se encierra la argumentación básica de la postura doctrinal que los autores propugnan. Comienzan reconociendo que cada vez son más las voces que reclaman para los convivientes los mismos derechos que la ley concede a los cónyuges. Las distinciones se han minimizado pues ambas realidades han recorrido gran parte del trayecto que las separaba. Se produce un progresivo “vaciamiento jurídico del matrimonio”, coincidiendo con el “llenado legal” de las uniones de hecho. Responden que “no se puede desconocer que al matrimonio le avala, además de la historia, su estatuto jurídico completo y unitario –en torno al cual ha sido construido el Derecho de Familia, incluso el sucesorio– mientras que las uniones de hecho, pese a ese posible denominador común, se caracterizan por su variedad y pluralidad, que si impide unificarlas bajo una misma normativa unificadora, más debe impedir equipararlas a la institución matrimonial”<sup>46</sup>.

Pero “la invocación del aludido principio de igualdad no se ajusta (...) ni a la realidad de los hechos, ni a las exigencias constitucionales”<sup>47</sup>. Invocan la STC 23 abril 2013, que se refiere a las “evidentes diferencias” entre el matrimonio y la unión de hecho.

En segundo lugar, lo que el artículo 14 CE prohíbe no es tanto la desigualdad como la discriminación, y se aplica únicamente a las disposiciones que introducen

---

44 Op. cit., p. 102.

45 Op. cit., pp. 102-111.

46 Op. cit., p. 103.

47 Op. cit., p. 105.

una diferencia de trato entre situaciones que pueden considerarse sustancialmente iguales.

En tercer lugar, el principio de igualdad no resulta el más idóneo una vez que se reconoce y acepta que, ante todo, las uniones de hecho constituyen una forma, entre otras posibles, de ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. Este último y el ejercicio de la libertad civil que necesariamente conlleva exigen un tratamiento distinto para opciones de vida diferentes; todas ellas legítimas y con sus ventajas e inconvenientes.

La igualdad es un principio constitucional, pero si se quiere afirmar de modo absoluto entra en contradicción necesariamente con el principio de libertad. La solución no consiste en imponer uno a costa de la otra, ni tal vez de establecer una jerarquización, sino más bien en una “dosificación de su fomento y protección”. En nuestro caso, los autores se pronuncian a favor de una mayor dosis de libertad<sup>48</sup>.

Por último, que el matrimonio puede y debe estar privilegiado en su tratamiento legal es algo que resulta obligado por el propio texto constitucional, que lo considera como un derecho necesitado de regulación legal, al contrario de lo que ocurre con la unión de hecho, que, según la STC 15 noviembre 1990, “ni es institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”.

## X. FAMILIA Y UNIÓN DE HECHO: EL ARTÍCULO 39 DE LA CONSTITUCIÓN.

La Prologuista de esta obra calificó esta cuestión como una de las más enmarañadas y caóticas del actual Derecho de Familia español. Ello explica la sistemática utilizada por los autores, quienes, después de una introducción, dedican un amplio apartado a los argumentos que más frecuentemente se invocan para considerar a la unión de hecho dentro del precepto<sup>49</sup>.

En primer lugar, la necesidad de distinguir dentro del término “familia”. La regla interpretativa, acuñada por la Escuela de la Exégesis, según la cual “cuando la ley no distingue, no debemos distinguir”, no puede ser seguida de modo absoluto en todos los casos. En ocasiones sucede lo contrario, y, precisamente, porque la ley no distingue, el intérprete está obligado a hacerlo. Ello ocurre cuando el término es tan amplio que no es razonable pensar que el legislador quisiera incluir en él todos los supuestos posibles, especialmente cuando ni siquiera empleó el plural

---

48 Op. cit., p. 110.

49 Cuyo minucioso índice –que desarrollaré–, es el siguiente: a) el uso del término “familia”, sin más distinciones; b) la independencia de los artículos 32 y 39 CE; c) la realidad natural de la familia; d) la patria potestad atribuida a los progenitores; e) la doctrina del TC; f) la jurisprudencia del TS; y g) la concepción de la familia en las leyes autonómicas (op. cit., pp. 122-142).

del término. En la España de 1978 se refería a la familia basada en el matrimonio. Por tal motivo, parece que la nueva ley es la que, si quería dotar a un significativo de un contenido novedoso, así debía precisarlo; y nada dispuso el texto constitucional. Aunque debe destacarse que la cuestión fue planteada ya en los trabajos previos, siendo rechazada al no prosperar en la votación definitiva. En consecuencia, de los apartados 2 y 3 del artículo 39 CE resulta plenamente válido sostener el carácter jurídico-familiar de cualquier relación de filiación, a la que "asimismo" los poderes públicos deben asegurar una protección integral. Pero no parece serlo para sostener el carácter "jurídicamente" familiar de la unión del hombre y de la mujer, al margen de la institución matrimonial (art. 32.1 CE), al carecer de vínculo jurídico alguno. No existe protección del conviviente de hecho en el artículo 39 CE, siendo tal omisión legislativa de carácter voluntario.

Un segundo argumento es que interpretar el artículo 39 CE completamente desligado del artículo 32 CE supone prescindir de una interpretación completa y sistemática. No parece posible hablar de una "neutralidad" del constituyente en esta materia: toma claramente partido por la institución matrimonial como medio idóneo de formar una familia. Por consiguiente, la protección de la familia que el artículo 39.1 CE impone a los poderes públicos no sería la de cualquier familia, sino la que considera más idónea; esto es, la matrimonial, toda vez que surge del consentimiento productor del vínculo jurídico, se fundamenta en él y, por ello, propende a una mayor estabilidad. No es posible compartir la afirmación de la STC 6 noviembre 2012 de que lo que se planteaban los legisladores constitucionales era "la voluntad de desligar el matrimonio y la familia", pues para que eso se pudiera sostener tendrían que haber constitucionalizado otra u otras instituciones alternativas al matrimonio, lo que no hicieron. Lo que sí parece claro es que aquéllos desligaron el matrimonio y la filiación<sup>50</sup>.

Es verdad que la realidad natural de la familia es un concepto metajurídico, que el Derecho no ha elaborado –ni quizá puede elaborar–. La familia existirá aunque no hubiera Estado y, ciertamente, tuvo que precederla en el tiempo. Desde este punto de vista, el Estado no puede inventarla ni crearla artificialmente. Pero también es cierto que la familia, como los individuos, necesita del Estado para poder desarrollarse en plenitud. Aunque coloquialmente puede hablarse de muchas clases de familia, cuando ésta, como institución, es asumida por el Derecho, también contribuye al referirse a la familia en singular, y no a las familias. La familia a que aludían los constitucionalistas no parece haber quedado diluida en una pluralidad de familias, sin referentes objetivos, a una "heterogeneidad del hecho familiar". La referencia constitucional a la familia no parece que deba entenderse como una descripción sociológica, sino como un valor a proteger. En

50 En realidad la Constitución recoge el artículo 10 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

el siglo XX se adquiere renovada conciencia de la trascendencia de la familia, lo que lleva a mencionarla expresamente en la mayoría de textos constitucionales. No tendría explicación que, a la par de producirse este hecho, resultase de la legislación ordinaria una disminución de su protección; lo que ocurriría si se pierde de vista su naturaleza de institución conformadora de la sociedad y se quiere ver en ella, de modo exclusivo, un mero instrumento al servicio de los intereses individuales de sus integrantes. Las reiteradas alusiones del Código civil al “interés de la familia” (arts. 67 y 70), a las “cargas familiares” (art. 165), o a las “cargas del matrimonio” y al “provecho de la familia” (art. 1.318), no pueden ser entendidas si se desconoce el carácter esencialmente institucional de la familia; es lo único que permite explicar cabalmente las limitaciones del Derecho sucesorio (viudedades, legítimas, reservas). El carácter “institucional” de la familia se ha introducido, además, en un inciso del artículo 68 CC (“el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”) que nos traslada a una inusitada e inesperada “familia ampliada o extensa” que parecía haber olvidado definitivamente el legislador<sup>51</sup>.

Está por demostrar que las uniones de hecho gocen hoy de la misma aceptación que el matrimonio, aunque debe admitirse que han experimentado un crecimiento durante las dos últimas décadas, como también debe admitirse que buena parte de ellas, en la medida en que se consolidan, desemboca en matrimonio, especialmente cuando deciden tener un hijo. Tal hecho no ha modificado el hábito matrimonial mayoritario de los españoles. La realidad social es la que es, y no es función del Derecho emprender medidas para modificarla a instancia de intereses particulares. Conforme se han ido aprobando leyes autonómicas que dotan a la pareja de un estatuto legal y alternativo al matrimonio, es verdad que se ha experimentado un aumento de tales uniones y la correspondiente disminución en el número de matrimonios. Los autores creen que ello obedece, no sólo a la espontaneidad social, sino también a los efectos pedagógicos de las nuevas leyes que, en ocasiones, parecen servir a visiones preestablecidas. Así el artículo 234-2 CCCat. permite constituir una pareja estable a las “personas casadas y no separadas de hecho”, mostrando dos instituciones que se observan con desconfianza, o que se relegan a la insignificancia. Cataluña convierte a los cónyuges en sujetos aptos para formalizar una unión afectiva alternativa al matrimonio; ejemplos que han imitado las leyes de Madrid, Extremadura y Valencia, con algunas atenuantes según los autores, que también denuncian una recíproca alimentación carente de rigor entre los encargados de descubrirla y los de comunicarla, de modo que lo que se presenta como “realidad social” pueda llegar a ser una “realidad artificial”.

51 Op. cit., p. 129. Estas nuevas obligaciones se imponen en el marco del matrimonio, pero no alcanzan a los miembros de una pareja de hecho, a los que ni siquiera, cuando se les dota de un estatuto orgánico, se les impone deber alguno de actuar en “interés de la familia”.

En lo que hace a la atribución de la patria potestad conjunta a los progenitores, con independencia de que exista matrimonio o no, no parece ser un argumento definitivo a favor de la inclusión de la unión de hecho en el artículo 39 CE. La referida atribución es de una función que les puede corresponder a los progenitores, incluso aunque no exista convivencia, ni los padres puedan llamarse “convivientes” (art. 156.5 CC). Tampoco la invocación de la existencia de “cargas familiares” (art. 165.2 CC), con independencia del matrimonio, permite reconocer como “familia” a la unión entre dos convivientes, pues la regla se refiere a las relaciones familiares que se derivan de la filiación. En opinión de los autores el legislador fue especialmente preciso.

Con referencia a la doctrina del TC, los autores concluyen<sup>52</sup> que, en cualquier caso, el alcance del artículo 39 CE no es una materia definitivamente cerrada, si bien no parece que quepa una integración generalizada de la unión de hecho<sup>53</sup>.

Al enfocar la ya abundante jurisprudencia del TS los autores constatan que una pareja de hecho puede dar lugar al nacimiento de una familia si de ella surge la descendencia; pero que las meras relaciones horizontales entre los miembros de las parejas no parecen dar lugar al nacimiento de una relación jurídico-familiar precisamente por la inexistencia de vínculo jurídico. También existe una doctrina reiterada que rechaza la aplicación analógica de la normativa matrimonial; doctrina que no se podría mantener durante mucho tiempo si ambas situaciones son la misma realidad –o dos formas de la misma– que el artículo 39.1 CE manda proteger. Cuando la jurisprudencia alude –incluso no habiendo hijos en común– a la “modalidad de familia” para referirse a la unión de hecho está reconociendo la pluralidad del fenómeno familiar; pero cabe entender que no necesariamente está definiendo “jurídicamente” a la familia. Es más, al emplear la palabra “modalidad” indirectamente está admitiendo que la familia matrimonial lo es “per se”, sin necesidad de hacer predeterminación o matización alguna.

También se ha de precisar que los argumentos que defienden que la unión de hecho no tenga cabida en el artículo 39 CE –aunque sí en otros preceptos– toman como referencia a la “familia en sentido jurídico”. En términos vulgares, incluso sociológicos, la noción de familia puede tener mucha mayor amplitud y dependerá de la percepción subjetiva con que los sujetos y los propios terceros contemplan determinadas relaciones. En este sentido puede considerarse familia la convivencia

---

52 Op. cit., p. 136.

53 No deja de ser significativo –observan los autores– que en la STC 15 noviembre 1990, tras considerarse innecesario un pronunciamiento acerca de si “la protección social, económica y jurídica de la familia” a que se refiere el artículo 39.1 CE alcanza “tanto a la familia matrimonial como a la no fundada en el matrimonio”, se contraponen –inmediatamente después– la “unidad familiar basada en el matrimonio a otras unidades convivenciales”, afirmando que no son incompatibles con el artículo 39.1 CE las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a las primeras. También resulta significativo cómo la STC 20 febrero 1989 conectó el artículo 39.1 CE con el artículo 32 CE, distinguiendo asimismo “la unidad familiar” de las “unidades de convivencia de otro género”.

entre hermanos, entre tíos y sobrinos, entre tutores y pupilos, entre extraños que conviven bajo un mismo techo con afectividad prolongada en el tiempo, con o sin ingrediente sexual; también las formas superadoras de la pareja –la comuna, o también la poligamia–, pues, en todas ellas se pueden cumplir funciones familiares que delimitan un entorno de cercanía, autonomía y desenvolvimiento vital. Estas relaciones son ajenas al Derecho de Familia occidental. El significado jurídico ha de venir marcado por los “efectos”, y ambas figuras mantienen importantes diferencias pues la unión de hecho no genera parentesco de afinidad, ni produce efectos frente a terceros y en el ámbito laboral no se considera protección expresa y es ignorada en el IRPF.

La consecuencia es que las uniones de hecho no parecen constituir familia, cuya protección, como institución, el artículo 39.1 CE encomienda a los poderes públicos. Ello no impide reconocer una cierta indefinición de la familia en sentido constitucional que permite la regulación de estas instituciones básicas, no ya a merced de las ideologías de los partidos dominantes, sino expuesta a los grupos de presión que utilizan mecanismos de influencia sobre el legislador<sup>54</sup>.

## XI. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO.

El primer límite radica en la misma protección constitucional de la familia. El artículo 16.3 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 señala que la familia es “elemento natural y fundamental de la sociedad que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Esta invocación de la familia en singular obliga a tratar de indagar su arquetipo –si es que existe–, la función social que desempeña y las razones por las que el Derecho la regula.

Primordialmente se debe atender al bien de los hijos, a la atención y cuidado que deben recibir de sus padres, al ambiente más propicio que les permita desarrollar

---

54 En op. cit., pp. 141 y ss. se concluye el capítulo con una acertada visión de las reformas del Derecho de Familia en las últimas décadas por el legislador ordinario: “Se advierte que, en la concreta materia que ahora interesa, han venido marcadas por la voluntad de reconocimiento y plena equiparación de la pareja homosexual, que ha marcado los tiempos y el recorrido a la heterosexual. Tal reconocimiento comenzó a nivel legal con la equiparación contenida en la Ley Foral navarra de 3 julio 2000, y culminó con la STC 6 noviembre 2012, que declaró la plena constitucionalidad de la reforma del CC operada en 2005 que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo. La efervescencia de las Autonomías, aprobando en su gran mayoría leyes de parejas y reconociéndolas como modelo familiar, tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la reforma del CC de 2005, porque su demanda venía motivada, fundamentalmente, por la necesidad de reconocer las legítimas aspiraciones para dotar de un cauce legal a la pareja homosexual del que de todo punto carecían. Su objeto y finalidad no era tanto el interés en delimitar el hecho familiar como evitar la discriminación entre unas y otras parejas y de éstas con el matrimonio. La cuestión que cabe plantear es si se ha seguido el camino más adecuado, cuando existían y existen en Europa variados modos para reconocer legislativamente a la pareja homosexual sin, de una parte, tener que alterar la normativa que conformaba el arquetipo familiar; y, de otra, sin haber generado un auténtico galimatías legal que tanta inseguridad jurídica está provocando en el día a día de los ciudadanos, como se pone de manifiesto a la hora de aplicar las leyes autonómicas de parejas”.

su propia identidad y personalidad, facilitándoles ser educados hasta alcanzar la plena madurez que les haga aptos para vivir en sociedad y poder reemplazar en su día a quienes les transmitieron la vida. En este ámbito parece que la estabilidad adquiere notable importancia en la “búsqueda del modelo familiar”. Así, en general, parece que el legislador ha de propiciar la “estabilidad familiar”, porque, de entrada, ella facilita el éxito de cada familia en singular y el mejor bien de los hijos nacidos y criados a su amparo; “los grandes olvidados” hasta no hace mucho tiempo de la realidad legislada. Pero la estabilidad no constituye ningún valor de referencia propiciado por el legislador autonómico, y también ha sido relajado al máximo por la legislación estatal (leyes de 2005). Con todo, tal vez la mayor diferencia “ab initio” entre el matrimonio y la unión de hecho radica en el mayor “compromiso” que parece implicar el primero frente a la segunda desde un punto de vista jurídico (arg. ex art. 45 CC) lo que se traduce en la mayor estabilidad de la unión conyugal frente a la que se da en las uniones de hecho en igualdad de circunstancias.

El reconocimiento de que la familia es el fundamento de la sociedad ha de tener necesariamente consecuencias limitativas para la institucionalización de otras iniciativas sociales alternativas que, si bien legítimas como manifestación de la libertad, no son el modelo que la propia sociedad reconoce como más adecuado para cumplir las funciones reproductoras, transmisoras, educativas y socializadoras de la especie; funciones cuya asunción por familias estables repercute en un importantísimo ahorro para el erario público, con recursos siempre limitados. En tal sentido, la no institucionalización de las figuras alternativas no parece que vulnere el “libre desarrollo de la personalidad” (art. 10.1 CE) pues, como ha reconocido el propio TC, “no existen derechos ilimitados”. Como consecuencia, no resulta lógico que el legislador ordinario propicie una pluralidad de modelos familiares sin referencia arquetípica alguna. La protección jurídica de una institución requiere que ésta sea defendida en su contenido y función social, como hace el artículo 50 CE con la familia matrimonial. Negar la relevancia del deber en el seno de la familia equivale a negar la familia misma; y no es posible concebir una familia sin proyecto común. La libertad entendida en sentido negativo no parece ser, de entrada, fundamento de relaciones familiares sólidas y satisfactorias.

Desde un punto de vista jurídico-constitucional entienden los autores<sup>55</sup> que el arquetipo familiar pretendido por la Constitución no puede ser la institucionalización de las uniones de hecho, tal y como la han venido consagrando los legisladores autonómicos como alternativa legal al modelo de familia matrimonial, y de forma que se acepten sin discusión como marco idóneo para recibir hijos en adopción. Es cierto que las reformas matrimoniales de 2005 tampoco propenden a la estabilidad familiar. Pero hay que recordar que en el matrimonio está la historia, la tradición,

---

55 Op. cit., pp. 148 y ss.

el compromiso, el vínculo, un contenido de derechos y deberes familiares y “erga omnes”, que permiten seguir teniéndolo como referente y poder aspirar a, en torno a él, elaborar un mejor Derecho para la familia, coordinando los artículos 39.1 y 32 CE<sup>56</sup>. El legislador, ni debe vaciar el contenido jurídico del matrimonio, ni permitir que quede equiparado o suplantado por otras uniones alternativas.

El segundo límite viene marcado por la protección del matrimonio mismo que los autores desarrollan y cuya armonización buscan: Así: a) imposibilidad de equiparar o suplantar; b) existencia de un único matrimonio ex art. 32 y 149.1.8° CE; c) la dimensión axiológica que se extrae del texto constitucional; d) seguridad jurídica y libertad, buscando su armonización<sup>57</sup>.

Tal protección se vería vulnerada tanto por una disposición legal como por la aplicación analógica e indiscriminada del estatuto matrimonial a la unión de hecho. En ambos casos se vulneraría el artículo 32 CE al convertir el matrimonio en algo innecesario: ¿para qué, entonces, casarse? El matrimonio devendría inútil como cauce para la articulación de la familia natural y biológica, y se olvidaría que la equiparación supone ir en contra de esa decisión de nuestra sociedad, expresamente reconocida por nuestra Constitución, sobre la función social del matrimonio. Dicho precepto no está protegiendo directamente la convivencia; está protegiendo el matrimonio, e indirectamente la convivencia que se origina con él. Tampoco permitiría una regulación legal de la unión de hecho cuyos efectos, aun sin implicar la plena equiparación, acercasen ambas realidades hasta el punto de quedar convertidas en dos alternativas institucionales al servicio de la unión estable, frente a las que el legislador adoptase una actitud de neutralidad. Esto sería tanto como crear otra clase de matrimonio, con independencia del nombre que se le quiera atribuir. Lo que parece estar vedado por el artículo 32, que proclama la existencia de un único matrimonio y donde la pluralidad reside únicamente en las “formas de celebración”. Se destaca la advertencia previa de la STC 23 abril 2013, en el sentido de que “equiparar, en cuanto supone tomar como modelo determinados aspectos de una realidad preexistente para aplicarla a un supuesto de hecho distinto y en un ámbito de competencia propia, es algo conceptualmente distinto a regular una institución”.

El reconocimiento de un único matrimonio debe relacionarse con el artículo 149.1.8° CE, que reserva al Estado la “competencia exclusiva sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio”, ya que si la unión de hecho es la “shadow institution” del matrimonio, quien tiene competencia para legislar sobre éste debería tenerla para legislar acerca de aquélla; máxime si de un estatuto completo se trata. No haciéndolo así permitiría burlar fácilmente

56 Véase el caso *Quintana contra España*. Demanda 346/97 del Tribunal de Estrasburgo.

57 Op. cit., pp. 150-164.

aquella competencia del Estado creando instituciones paralelas, en el sentido de que por ambas vías se puede recorrer el camino de la unión estable. Tal razonamiento llevaría a entender que todas las Comunidades Autónomas han invadido competencias ajenas al regular la pareja de hecho, transformándolas en parejas de derecho, convirtiéndolas en un sucedáneo del matrimonio. La cuestión es especialmente grave en materia que afecta, no sólo a las distintas Administraciones, sino también a la totalidad de la sociedad civil, amenazando la cohesión del modelo familiar entre todos los ciudadanos del Estado<sup>58</sup>. De opinión contraria es la STC 23 abril 2013 pues, pese a declarar la inconstitucionalidad de la mayor parte del articulado de la Ley Foral 6/2000 por vulnerar la libertad personal (art. 10.1 CE), ha venido a sancionar, sin embargo, la competencia del legislador autonómico para regular las uniones de hecho, al entender que se trata de una realidad social diferente al matrimonio, de modo que “no se produce invasión alguna de la competencia exclusiva estatal sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio”. Para llegar a esta conclusión el Alto Tribunal ha resaltado las “evidentes diferencias” existentes entre ambas figuras, recordando la doctrina sentada por la STC 15 noviembre 1990 de que “el vínculo matrimonial genera “ope legis” una pluralidad de derechos y deberes que no se producen de modo jurídicamente necesario entre quienes mantienen una unidad de convivencia estable, no basada en el matrimonio”. Las Comunidades Autónomas que carecen de Derecho Foral podrán seguir regulando la constitución, extinción y efectos administrativos de las uniones de hecho. En cambio, en ningún caso ni circunstancia podrán regular los efectos civiles de tales uniones, tal y como estableció la STC 11 abril 2013 para las uniones de hecho formalizadas en la Comunidad Valenciana.

En opinión de los autores<sup>59</sup>, cabe preguntarse si tras tantos años de espera no ha sido ésta una ocasión desperdiciada para abrir otro camino distinto que hubiese significado la simplificación del actual panorama legislativo sobre las uniones de hecho, derivándola hacia el Estado y unificando, bien por regulación estatal, bien por desregulación, una realidad cuya diferencia territorial no se alcanza bien a comprender, especialmente si queda configurada como modelo familiar alternativo al matrimonio. Siendo cuestión pacífica que tanto el derecho a contraer matrimonio, como el de no contraerlo son derechos constitucionales, las condiciones básicas para su ejercicio no debieran diferir en los distintos territorios de España.

En tercer lugar cabe afirmar que no se puede desconocer tampoco el valor axiológico que se desprende del artículo 1.1 CE al propugnar determinados “valores superiores del ordenamiento jurídico”; lo que destaca la dimensión axiológica de lo jurídico como exponente de un ideal ético-social que ocupa el

---

58 Op. cit., p. 153.

59 Op. cit., pp. 157 y ss.

nivel superior del ordenamiento. Éste no puede menos de reconocerse en el matrimonio, tanto por sí mismo, como por devenir instrumento válido para la transmisión y realización de otros valores individuales y sociales. Y, como tal valor, debe ser defendido y fomentado y, en todo caso, nunca devaluado. Si no existiera la institución matrimonial nadie reclamaría la regulación de las uniones de hecho. Por eso, la consagración de otra alternativa, legal e institucional, para los mismos destinatarios supone la negación de su valor intrínseco; especialmente si lo que se está consagrando es un “cuasi-matrimonio” paralelo. La Ley no debe ser una mera denotación de lo que acontece en la sociedad, sino que ha de desempeñar también una función de modelo y estímulo para lo que ha de hacerse. Que en la unión de hecho, o a través de ella, también se puede vivir y desarrollar valores es algo que no se pone en duda. Pero no parece que ello autorice a extrapolar los valores de una institución a otra distinta, a menos que se parta “de premisas o prejuicios ideológicos”. La vulneración del espíritu constitucional, cuando menos del primigenio, puede venir, no sólo de la regulación global del fenómeno de la unión libre, sino también de seguirse una cascada de reconocimientos sectoriales que desemboque en una equiparación camuflada. Lo expuesto no significa negar al legislador ordinario “su amplísima libertad de decisión” (STC 15 noviembre 1990), pero sí recordar que, al ejercerla debe respetar la coherencia del sistema y, muy especialmente, los mandatos constitucionales, las garantías institucionales y los valores que aquéllos y éstas traslucen. Igualmente, su intervención también estaría justificada en la medida en que se concluyese que con ella facilitarían la resolución de conflictos que sus crisis plantean en cada caso concreto; algo que no parece se esté consiguiendo por el camino emprendido, por ejemplo en cuanto a la seguridad jurídica.

El principio constitucional de “seguridad jurídica” (art. 9.3 CE) ha sido invocado para aconsejar la regulación de las uniones de hecho, lo que representa el cuarto aspecto. Pero de procederse así se olvidaría que, para garantizar la seguridad jurídica, se impuso desde antiguo la formalización del consentimiento matrimonial, y que el matrimonio es la institución que, por sus formalidades constitutivas, proporciona, de entrada, mayor seguridad, tanto a los contrayentes como a terceros. De pretenderse la equiparación en ese principio, ello sólo se podría hacer reinventando un nuevo matrimonio, u olvidando la naturaleza esencialmente fáctica y aformal de las uniones de hecho. Lo que sería tanto como imponerles “un estatuto por la fuerza”. En realidad, la conciliación de ambos valores únicamente se puede dar en el sucedáneo de matrimonio –la “pareja regulada”– pero la seguridad seguirá ausente en las uniones de hecho no juridificadas. En éstas, la aformalidad y facticidad son esenciales.

La fundamentación de la unión de hecho en los principios de “libertad” y “libre desarrollo de la personalidad” marca también un importante límite, en el sentido

de que la orientación de ésta tendría que estar presidida por los principios de voluntariedad y libre respeto a la decisión de aquellos convivientes que quieren mantener su relación al margen de una determinada reglamentación. No existen en Europa las razones que para la imposición pudieran haber existido en países de otro entorno socioeconómico, como ocurría en algunos latinoamericanos. Si entre nosotros se imponen unas determinadas consecuencias jurídicas a los convivientes con independencia de su voluntad, las uniones de hecho quedan desnaturalizadas. La STC 13 julio 1998 estableció que “la relación «more uxorio» se basa, precisamente, en la decisión libre y, en principio, no jurídicamente formalizada de los convivientes, de mantener una relación en común que, también en principio, no produce el nacimiento de ningún derecho u obligación específica entre ellos”. Tras la STC 23 abril 2013<sup>60</sup>, ha quedado clara la imposibilidad de imponer un estatuto legal a las uniones de hecho, prescindiendo de la voluntad de los convivientes. La doctrina en ella sentada supone un claro mensaje a los legisladores y no ofrece duda de su eficacia indirecta para el resto de las leyes autonómicas, así como su relevancia a la hora de interpretar y aplicar las leyes autonómicas que todavía no han sido declaradas inconstitucionales, sin perjuicio de reconocer su vigencia. En cambio, una regulación orgánica no impuesta, que deje al libre albedrío de los convivientes utilizarla o no, de constitución formalista, y con inscripción voluntaria en el Registro “ad hoc”, como la que define la ley balear de 2001, no parece vulnerar el principio de libertad y constituye su fundamento.

A juicio del recensor, el capítulo VIII de esta obra encierra el sumo fundamento básico del pensamiento central de los autores sobre las parejas de hecho. Creo haber sintetizado fielmente las líneas esenciales de aquél, que ni siquiera omite brindar a quien no lo comparta argumentos para ensayar posturas opuestas. Aprecio muy positivamente su actitud de abrir caminos y ensayar vías, apenas experimentados. Por ello cabe abrigar fundadas esperanzas en un futuro encarrilamiento jurídico del problema, que satisfaga a la mayoría de preocupados por esta candente e irresoluta cuestión.

Los autores, apenas en media docena de páginas<sup>61</sup> hacen una oportuna y valiosa “Recapitulación. Mirando al futuro”. Su punto de partida es realista: “Si pensamos en la vida cotidiana, real y concreta de los ciudadanos, la situación actual no parece deseable, y es razonable pensar que no se mantendrá demasiado tiempo. A lo que parece, en el fondo, se está debatiendo sobre «la cuadratura del círculo»”. El “regreso a la sensatez” pasa por afrontar el fenómeno lejos de visiones preconcebidas, teniendo en cuenta que los principios de libertad y libre desarrollo de la personalidad, así como los principios de justicia y responsabilidad, impelen a la protección de los intereses familiares por medio de cauces que ofrezcan la

---

60 Cfr. op. cit., pp. 165 y ss.

61 Op. cit., pp. 169-175.

suficiente seguridad jurídica para la garantía de los mencionados principios. En el ámbito familiar “no importa tanto afirmar y contraponer los derechos e intereses de sus integrantes como conciliarlos y armonizarlos. La Constitución obliga al legislador a ser «beligerante» a favor de la familia como realidad, pero también como conjunto normativo coherente, sin desconocer «la dimensión axiológica de lo jurídico». Además de lo apuntado, el «regreso a la sensatez» obliga a tener en cuenta: a) las uniones de hecho tienen su fundamento, no en el principio de igualdad, sino en el de libertad y libre desarrollo de la personalidad; b) que toda decisión legislativa en esta materia no puede tener un espíritu «anti-matrimonial»; c) que la legislación producida al amparo de esos principios no puede perjudicar la protección jurídica y social de la familia; y d) que la concesión de un estatuto global a las uniones de hecho carece de razón suficiente, especialmente desde que contamos con una regulación del matrimonio que es abierta, ligera y con un vínculo muy debilitado, lo que lo aproxima a las uniones de hecho tal y como vienen siendo reguladas por los legisladores autonómicos”. Después de aprobarse la Ley de Jurisdicción Voluntaria, tal aproximación “se extiende a las formas, al poder optar por celebrarlo en forma notarial, así como disolverlo por medio de divorcio, en ausencia de hijos menores de edad o con la capacidad de obrar judicialmente modificada (arts. 82 y 87 CC)”.

De mantenerse el camino emprendido presidido por la equiparación (o, al menos, por la aproximación de las uniones al matrimonio), tal vez fuera el momento de pensar en equiparar las uniones de hecho de todos los españoles, para lo que sería necesario que el Estado asumiera con plenitud esta competencia, al tiempo que las Comunidades Autónomas aceptaran el pacto de derogar la totalidad de las leyes de pareja. Únicamente sería razonable que las CCAA de Derecho Foral mantuvieran su competencia en materia de régimen económico y sucesorio de la pareja, según su tradición, y que debiera ser dispositivo.

De llegar el Estado a asumir la competencia con plenitud, sería muy aconsejable la exigencia notarial, y de un sistema de inscripción con plenas garantías en todo el territorio nacional. Cuando el camino emprendido se nos muestra equivocado, no hay que empeñarse en seguir avanzando. Si de lo que el jurista debe tratar es de evitar la injusticia y la desprotección, allí donde éstas aparezcan, hay que aparcar el debate político e ideológico que subyace en toda esta materia y –huyendo de la macrojusticia– concentrarse en la justicia del caso concreto. Para ello, en primer lugar, poner el énfasis en la autorregulación, cuyas posibilidades no han sido suficientemente exploradas. En defecto de pacto, las categorías patrimoniales y los cuasicontratos –el pago de lo indebido, la gestión de negocios ajenos, la obligación natural y la doctrina del enriquecimiento sin causa– han proporcionado y deben seguir proporcionando soluciones. Por último, los principios generales del Derecho que pueden ser extraídos de las normas particulares y de los valores ínsitos en

el ordenamiento permitirán que la solución judicial encuentre respuestas justas y equitativas.

La pretensión de resolver todos los problemas de la vida “a golpe de ley” es una manifestación de los fenómenos denominados “macrojusticia y reglamentación”, a los que el caso concreto y su justa solución poco importan<sup>62</sup>.

## XII. NACIMIENTO, PERMANENCIA Y EXTINCIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

### I. Previo.

Constituye el capítulo más extenso de la obra recensionada<sup>63</sup>. Sin esfuerzo cabría calificarlo de “Parte especial”, precedida de una bien meditada y razonada “Parte general”; en modo alguna inconexas ambas, por el uso frecuente de oportunas notas de referencia. Ello evidencia, indiscutiblemente, una muy meditada contemplación del fenómeno sociológico de la unión libre y de su dispersa –no pocas veces anárquica y lindante con lo absurdo– regulación en nuestro ordenamiento. Por tanto, el recensor se ve obligado a advertir al posible lector que el extenso capítulo VIII no constituye una mera explicación ampliada de los capítulos anteriores, sino un intento –a mi juicio, singularmente logrado– de reconstruir –a veces, simplemente, elaborar– un régimen con vistas a su aplicación al caso concreto.

### 2. RESUMEN DE LA SISTEMÁTICA.

En el referido capítulo el lector encontrará la siguiente sistemática, que he recogido de modo sustancial, no literal:

A) El nacimiento de la unión de hecho;

B) La prueba de la unión de hecho;

C) Las consecuencias personales, constante la unión: a) entre los propios convivientes; b) relativas a los hijos comunes; c) en relación a los hijos preexistentes de uno solo de los convivientes (emancipación, patria potestad, guarda de hecho y tutela);

---

62 Op. cit., p. 175, nota 252.

63 Op. cit., pp.177-402, sin incluir apartado anexo de la misma. Advierto que para seguir con mayor fidelidad a la obra, he alterado las subdivisiones del capítulo y el método.

D) Consecuencias patrimoniales constante la unión: a) pactos patrimoniales durante la convivencia (su posibilidad teórica y su alcance práctico; libertad de contenido de los pactos, pactos patrimoniales particulares); b) pactos patrimoniales de carácter global; c) posibilidad de someter la convivencia a alguno de los regímenes económicos del matrimonio; d) la situación de los terceros (contratos para atender las necesidades ordinarias de la familia; actos dispositivos sobre la vivienda común);

E) La extinción de la convivencia: a) causas; b) consecuencias;

F) Fundamentos para las pretensiones de los convivientes tras la ruptura de la unión: a) pretensiones basadas en la ley; b) pretensiones basadas en los pactos previos; c) pretensiones basadas en obligaciones no convencionales (obligaciones naturales, doctrina del enriquecimiento injusto, responsabilidad extracontractual, el principio de protección del conviviente perjudicado, el recurso a la equidad);

G) Consecuencias derivadas de la extinción por fallecimiento: a) indemnización al conviviente por la muerte injusta de su compañero; b) la pensión de viudedad; c) la subrogación arrendaticia urbana;

H) La unión de hecho y el Derecho de sucesiones<sup>64</sup>: a) la libertad testamentaria del conviviente y sus limitaciones (legítimas, reservas, validez de las disposiciones testamentarias); b) la repercusión de la unión de hecho sobre determinados derechos sucesorios previamente adquiridos; c) ¿sucesión contractual?; d) referencia a los derechos sucesorios del conviviente supérstite en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio; e) la designación del conviviente "more uxorio" como beneficiario de un seguro de vida.

### 3. Contenido.

Limitándome a exponer sus rasgos generales, como recensor no puedo menos de quedar sorprendido por la amplitud y completud de su tratamiento y desarrollo. Es importante distinguir entre el momento en que se inicia la convivencia y aquél en que se encuentra consolidada (momento preciso en que surte efecto, que habitualmente decide el juez). Por ello es clave la prueba de la unión de hecho, singularmente cuando nace de una voluntad formal manifestada de forma indubitada. Los autores destacan dos cuestiones: el objeto de la prueba y los medios de prueba. La primera tiene la dificultad de determinar el carácter marital, y mayor todavía que sea "en análoga relación de afectividad a la de cónyuge", resultando poco acertado el adjetivo "análogo". Entre los medios de prueba los autores reputan los más seguros, dentro de las calificadas como "capitulaciones

64 Este enunciado se desarrolla en el número 13.

paramatrimoniales”, el acta notarial y el documento judicial. Señalan singularmente las dificultades prácticas de los Notarios a la hora de redactarlas. Afirman con realismo que lo más frecuente sea acudir a medios indirectos de prueba<sup>65</sup>. Aunque, en todo caso, su eficacia queda a la libre valoración de quien la aprecia. No deja de ser anecdótico el empleo de detectives privados. Importancia práctica puede tener poder aplicar la regla de la inversión de la carga de la prueba.

Amplia atención se dedica al Registro de Parejas<sup>66</sup>, nueva institución administrativa propia de las Comunidades Autónomas para facilitar el funcionamiento práctico de las uniones de hecho legalizadas por aquéllas para permitir que disfruten sus miembros de los beneficios que les han otorgado, especialmente, a lo largo del siglo XXI. Se trata de un aspecto puntual, pero en íntima relación con la prueba y también con las distintas facultades normativas que la Constitución de 1978 le ha concedido. Hay importante jurisprudencia del TC muy reciente sobre el tema, que el jurista práctico debe manejar.

La jurisprudencia civil y la constitucional son coherentes negando a la situación de la pareja de hecho la cualidad de estado civil, así como en mantener la inexistencia jurídica de parentesco entre sus miembros. Pero el casado meramente separado de hecho sufre pérdidas en su patrimonio<sup>67</sup>. Los autores sostienen que es arriesgada una convivencia “a la carta”, aunque consideran válido un pacto de alimentos legales.

Sobre equiparaciones globales sorprende el gran número de ellas en el Código penal, ámbito penitenciario, Ley Orgánica del Poder Judicial, LEC 2000, Ley del Notariado o Ley de la Salud. Considero que los autores critican con razón la postura normativa en materia de adopción<sup>68</sup>, e incidentalmente el régimen vigente de la procreación asistida heteróloga, aunque sin analizarla.

Para exponer el tema de las consecuencias patrimoniales, constante la unión, formulan cuatro principios:

1º) La situación de convivencia de hecho es, ante todo, una situación personal que no ha de tener necesariamente repercusiones patrimoniales.

2º) No existe ningún régimen económico típico de estas uniones, ni están sometidas a suerte alguna de régimen económico matrimonial primario, ni ninguno de los regímenes regulados en el Código civil para el matrimonio son aplicables a

---

65 Op. cit., p. 190.

66 Op. cit., pp. 192-194.

67 Op. cit., p. 207.

68 Op. cit., pp. 230 y ss.

las uniones de hecho, ni directamente, ni por analogía, ya que el matrimonio y las uniones de hecho “no son realidades equivalentes”.

3º) Lo verdaderamente trascendente de la doctrina del TS, manifestada en la sentencia de 21 octubre 1992, posteriormente reiterada, es que cualquier solución a la problemática patrimonial planteada por las uniones de hecho debe ser resuelta, en primer lugar, atendiendo a los pactos a que hubieren llegado los convivientes, ya se trate de unión de hecho jurificada o no. Tales pactos pueden constar de forma expresa o tácita. En caso contrario, se requerirá, con carácter previo, probar la existencia de tales acuerdos a través del comportamiento de los convivientes. La voluntad que se puede inducir de ese comportamiento deberá ser real e indubitada, pues lo tácito difiere notablemente de lo presunto y de lo conjetural.

4º) No todos los aspectos patrimoniales de las uniones de hecho dependen de los pactos entre los convivientes<sup>69</sup>. Superada la ilicitud de las relaciones concubinarias y, en consecuencia, la ilicitud de los contratos cuya causa última fuese tal relación, en la actualidad no existe ningún impedimento legal para que los convivientes puedan, como cualquier otra persona, realizar entre sí todo tipo de contratos, sin otras cortapisas o limitaciones que las generales derivadas del ordenamiento jurídico. Los principios constitucionales de “libertad” y “libre desarrollo de la personalidad” (cfr. art. 10 CE), al amparar lo principal, que es el fenómeno de la unión de hecho, permiten y posibilitan lo accesorio; eso es, los acuerdos, convenios, pactos o contratos de naturaleza patrimonial que los convivientes tengan a bien establecer, durante o al fin de su relación convivencial, pudiendo, igualmente, ser modificados las veces que estimen oportunas. Ahora bien, que los convenios sean posibles no significa que todos los convivientes puedan celebrarlos, ni que todo lo que se convenga sea lícito, ni que sus efectos frente a terceros sean similares a los de las capitulaciones matrimoniales. La admisibilidad de los pactos no conlleva su privilegio. Su disciplina será, en principio, la del Derecho general de las obligaciones y contratos. La tipología más frecuente que acompaña a la unión de hecho está representada por la compraventa, donación, testamento, sociedad civil; y puede decirse que pertenece a su desenvolvimiento

69 Op. cit., pp. 249 y ss. Sostienen con acierto los autores que no todos los aspectos patrimoniales de las uniones de hecho dependen de los pactos entre los convivientes. Existen determinadas consecuencias jurídicas de alcance patrimonial derivadas de la sola existencia de la unión, como consecuencia del reconocimiento legal, ya sea parcial –a nivel estatal–, ya de índole más general, como ocurre con la normativa autonómica que contiene disposiciones sobre aspectos patrimoniales aplicables a las uniones de hecho “formales”. Además, ausentes los pactos, –o cuando éstos, debido a su contenido, no pueden ser reconocidos por el ordenamiento jurídico– la primacía del principio de justicia obliga a dar una solución justa en aquellas situaciones en las que la abstención del Derecho suponga un enriquecimiento injusto, un abuso de los derechos individuales o un perjuicio injustificable para cualquiera de los miembros de la unión. En este punto debe ser reconocida la extraordinaria sensibilidad que ha manifestado la jurisprudencia, tanto del Alto Tribunal como de las Audiencias, sin que las contradicciones en que hayan incurrido, deba merecer, por este solo hecho, censura, si la solución del caso concreto ha sido, en definitiva, justa y adecuada.

natural y no patológico<sup>70</sup>. Los autores expresan su preferencia por un régimen de copropiedad o comunidad de bienes, ya que es el que mejor se adapta a la realidad de la convivencia “more uxorio”<sup>71</sup>.

¿Es posible someter la convivencia a alguno de los regímenes económicos del matrimonio?<sup>72</sup> La doctrina del TS (sentencias de 21 octubre 1997 y 4 abril 1997) no está clara, ni es definitiva, pero sostiene que hay razones que impiden someter globalmente la unión de hecho a un régimen económico matrimonial: 1º) los regímenes económico-matrimoniales constituyen una institución accesoria de otra principal, que es el matrimonio; 2º) están sometidos a la formalidad “ad solemnitatem” de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales; 3º) estos regímenes despliegan una eficacia que, más allá del pacto, proviene directamente de la ley, distanciándose de los demás negocios creadores de obligaciones; al proceder de la ley desempeñan tales estipulaciones el papel de una norma delegada, y sus efectos no se producen por la mera voluntad privada; 4º) existe la dificultad técnica representada por la previa inscripción en el Registro Civil, presupuesto de acceso al Registro de la propiedad. Los diversos Registros autonómicos no lo autorizan y, por tanto, no son un verdadero medio de publicidad frente a terceros; 5º) entre las causas de disolución de los regímenes económico-matrimoniales no figura la sola voluntad unilateral de cada uno de sus miembros. Dado que el artículo 32 CE obliga al legislador a regular los “efectos” del matrimonio, siendo uno de ellos los regímenes económicos, su extrapolación a otras figuras o instituciones los convertiría en una institución irrelevante e innecesaria<sup>73</sup>. Lo anterior no obsta a que algunas normas particulares de aquéllos, que carezcan de carácter estrictamente estatutario, puedan ser asumidas por los convivientes, especialmente como modalización de un contrato de sociedad civil<sup>74</sup>. A modo de conclusión parcial, los autores establecen que las posibilidades teóricas que los pactos y acuerdos ofrecen a los convivientes son amplias. Así la denominada “autorregulación de la unión libre”, que se configura como una realidad atractiva para ofrecer respuestas a muchas de las demandas que, con el paso de los años, se plantean los convivientes. Ejercitando aquélla, muchos problemas pueden ser obviados o reducidos. Pero no se debe caer en los espejismos. La realidad subyacente no es propicia a que quienes las integren acudan al Notario o al abogado a que les redacte un documento en que se plasmen las reglas patrimoniales a las que quieren someter su relación convivencial. Los pactos cobrarían pleno sentido con vistas a la liquidación. En sentido opuesto tratarían, tal vez, de conservar la plena libertad personal y absoluta independencia patrimonial.

70 Op. cit., p. 260.

71 Op. cit., pp. 259 y ss.

72 Op. cit., pp. 273-281.

73 Op. cit., p. 281.

74 Op. cit., pp. 282-285.

En relación con la situación de los terceros ante la unión de hecho, los autores comparten la opinión de M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán, cuando algunas Comunidades Autónomas disponen que tales pactos inter convivientes sólo producen efectos entre las partes, negando su posible perjuicio a terceros, pues desconocen el artículo 1.218 CC. Analizan el supuesto de uniones no juridificadas y entran a fondo en la respuesta dada en las legislaciones autonómicas. Observan que ninguna ha tenido en cuenta la presunción muciana recogida en el artículo 231-12 CCCat. Indican que esta última parece mostrar una mayor desconfianza hacia los cónyuges que frente a los miembros de una unión estable de pareja<sup>75</sup>.

La generalidad de las leyes autonómicas contempla en su articulado un conjunto de causas que ponen fin a las uniones de hecho juridificadas. Podrían englobarse en tres subgrupos: las de mutuo acuerdo, las decisiones de carácter unilateral y la muerte o declaración de fallecimiento de uno o ambos miembros. Suele añadirse el cese fáctico de la convivencia y el matrimonio, que pueden incluirse, bien entre las de mutuo acuerdo, bien entre las de carácter unilateral. Algunas legislaciones autonómicas suelen añadir los supuestos acordados por sus miembros en escritura pública; pero podrían reconducirse al mutuo acuerdo resultado de un pacto. Procesalmente es preciso mencionar que no existen procedimientos judiciales específicos para estos supuestos extintivos. Así la STS 15 enero 2018 señala que las reclamaciones económicas en caso de ruptura han de ventilarse por el procedimiento declarativo en función de la cuantía. Cuando la convivencia cesa de mutuo acuerdo no se precisa la intervención judicial –igual que en el fallecimiento–. La unión nace libre, sin intervención alguna, y se extingue de la misma manera. Este es el cuadro natural del fenómeno que, no por ser el más sencillo, puede ser olvidado, pues de lo contrario la situación o institución queda deformada y desnaturalizada. También se extingue por matrimonio, sea entre los convivientes entre sí (con extinción por mutuo acuerdo de la unión libre), sea de uno de ellos con un tercero (causa unilateral de disolución). Ambos supuestos son posibles por cuanto las uniones de hecho, aun formalizadas en escritura pública, no constituyen impedimento para contraer matrimonio. Además se extinguen automáticamente, sin necesidad de notificación.

Principio fundamental de las uniones de hecho es la libertad de cada conviviente para ponerle fin por su sola voluntad y decisión. Decisión no sujeta a procedimiento ni formalidad alguna. La subsistencia de la convivencia “*more uxorio*” descansa en el mantenimiento de la convivencia unida a la voluntad constantemente renovada de proseguirla. Cuando falte ésta, aparece la “*inestabilidad institucional*” del fenómeno. Carácter que ha conservado la legislación de las CCAA, si bien suelen exigir la notificación fehaciente al compañero de la decisión unilateral de extinguir la unión. El cumplimiento de dicho deber no implica la existencia de procedimiento

---

75 Op. cit., p. 295.

alguno donde quepa la oposición a la decisión adoptada. A juicio de los autores carece de justificación la prohibición del artículo 309.4 del Código del Derecho Foral Aragonés que, en caso de ruptura de la convivencia, impide formalizar una nueva pareja en escritura pública si no han transcurrido seis meses desde que se dejó sin efecto la convivencia anterior<sup>76</sup>. A juicio de los autores, el “abandono” del otro no puede integrar el tipo penal de “abandono de familia”, ya que el artículo 226 CP menciona a “descendientes, ascendientes o cónyuge”, no siendo posible la analogía “contra reo”. Pero habría delito si existen descendientes comunes de la unión a los que se abandonase. El cese de la convivencia durante el tiempo determinado que fijan las leyes autonómicas puede producir, también, la extinción de la unión de hecho, sea de mutuo acuerdo o por decisión unilateral.

La disolución de la unión de hecho puede producir efectos en el orden personal y patrimonial. Los autores los analizan en dos grupos, según estén o no recogidos en las leyes autonómicas. Entre los primeros figuran el deber de cancelación de asientos y privación de efectos del documento constitutivo, así como la revocación de los poderes que se hubiesen concedido entre sí los convivientes. La STC 23 abril 2013 ha declarado inconstitucional dicha revocación. No parece improbable que igual suerte hayan de padecer otras normas autonómicas similares que establecen tal revocación automática, que la doctrina entiende no salvaguarda adecuadamente la seguridad de los terceros<sup>77</sup>. La extinción de la convivencia puede precisar o no de una liquidación de intereses patrimoniales. Cabe así una reclamación del conviviente abandonado contra aquél que le abandonó. La simple ruptura –por traumática que pueda resultar– no es sino el ejercicio de un derecho al que nunca se renunció y del que ambos se sienten asistidos. Pero si coetáneamente al mantenimiento de la vida común se han celebrado determinados pactos –expresos o tácitos– los convivientes podrán exigir su cumplimiento. La situación de “more uxorio” no implica una abdicación en el ejercicio de los derechos, ni tampoco impone de modo absoluto la abstención del Derecho pues, como señala Díez Picazo “aquellos que buscaron un sistema de vida familiar libre de ataduras jurídicas, terminan acudiendo al Derecho para sostener unas pretensiones jurídicas, que probablemente son muchas veces justas”<sup>78</sup>. Con razón subrayan los autores que esta sola posibilidad de que existan por parte de los convivientes pretensiones que pueden ser justas obliga a los juristas a ocuparse con atención de los mecanismos e instrumentos de que dispone el ordenamiento para dar respuesta a esa aspiración universal.

Con carácter general los autores invocan el artículo 1.089 CC, objeto de extenso y muy detallado desarrollo. Es principio ampliamente aceptado que

76 Op. cit., p. 299.

77 Op. cit., p. 304.

78 Díez-PICAZO, L: *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 29.

ninguna obligación legal pesa en el ámbito del Derecho civil común sobre los convivientes, que en uso de su libertad han optado por esta forma de unión, no sujetándose al cúmulo de derechos y deberes que componen el estado civil de casado. En concreto mencionan los artículos 143 y 97 CC. Sin embargo, en los artículos 142, 154 y 964 encuentran apoyo para que los hijos, incluso no nacidos, puedan pedir alimentos, siendo representados por sus progenitores. Además, varias legislaciones autonómicas reconocen alimentos legales entre convivientes, a la vez que contemplan un doble derecho si el momento extintivo de la unión tiene lugar en vida de ambos: el de reclamar una compensación económica fundada en el enriquecimiento injustificado y el de reclamar una pensión alimenticia periódica cuando concurren los requisitos. Ambas reclamaciones son compatibles, lo que induce a un aumento de la conflictividad en opinión de los autores, pues “a priori” resulta difícil imaginar una situación de ruptura en la que alguno de los convivientes –o ambos– no se sientan perjudicados. Por otra parte tales normas, tal y como están redactadas, transmiten el mensaje de que toda ruptura es generadora de derechos. Pero la STC 23 abril 2013 ha declarado la inconstitucionalidad de la pensión alimenticia de Navarra por su carácter imperativo. Idéntico carácter le atribuyen las leyes de Baleares y Cataluña.

La compensación económica por la extinción de la unión de hecho se regula de manera parecida en las legislaciones autonómicas. Se trata de una compensación económica para remediar la desigualdad patrimonial que la convivencia haya originado entre los miembros de la pareja y que implique enriquecimiento injusto. El TC también se ha pronunciado anulándola en Madrid (por carecer de facultades civiles) y en Navarra (por carácter imperativo). Tales razonamientos son aplicables, en su caso, a las restantes Comunidades Autónomas. Las pretensiones de alimentos pueden basarse en pactos previos de carácter expreso, incluso cuando no se formalizaron pero existieron, en cuyo caso deberán probar su existencia tácita. Cabe que exista un pacto de alimentos entre convivientes, al amparo del artículo 153 CC; y, eventualmente, en aplicación del artículo 468 CC, que permite al donante revocar la donación por causa de ingratitud si el donatario le niega indebidamente los alimentos.

Salvo cuando los convivientes hayan mantenido una absoluta independencia económica, habrá que liquidar los intereses económicos generados y, en su caso, confundidos durante el periodo de convivencia. Para ello, habrá que recurrir a las normas pactadas, o al art. 1.441 CC para los muebles y el ajuar. No procederá, en cambio, la aplicación analógica del régimen económico matrimonial, aunque la jurisprudencia del TS no ha sido concluyente en este caso<sup>79</sup>.

<sup>79</sup> Los autores se preguntan: “¿Qué régimen aplicar? Las adquisiciones para ambos cónyuges son posibles tanto en un sistema de comunidad como en un sistema de separación. La determinación de que el régimen aplicable por analogía es el que, como supletorio de primer grado, rige en el territorio que determina la

Refiriéndose a las pretensiones basadas en obligaciones no convencionales, los autores formulan el siguiente marco aproximado de las soluciones jurisprudenciales<sup>80</sup>: recurso a la doctrina del enriquecimiento injusto (cabría fijar su inicio en la STS 11 diciembre 1992); improcedencia de la aplicación analógica de las normas del matrimonio (STS 30 diciembre 1994); indemnización extracontractual ex artículo 1.902 CC (STS 16 diciembre 1996); principio de la protección del conviviente perjudicado (SSTS 10 marzo 1998 y 27 marzo 2001); aplicación analógica del artículo 97 CC (STS 5 julio 2001); y regreso a la doctrina del enriquecimiento injusto (STS 12 septiembre 2005). Los periodos temporales indicados no son “estancos”, sino que las sentencias que citan constituyen únicamente el punto inicial de la utilización de los expedientes señalados, sin que sea sencillo fijar una sentencia que ponga punto final.

A lo anterior se añade un singular tratamiento de las obligaciones naturales<sup>81</sup>, dado que, a su juicio, aunque los convivientes rehúyan la ley positiva no parece que puedan rehusar el cumplimiento espontáneo de la mayor parte de sus contenidos, pues la comunidad de vida que la convivencia origina no parece imaginable sin un mínimo de atribuciones espirituales y materiales que los convivientes deben prestarse entre sí. Estas atribuciones, que pertenecen a la vida cotidiana, pueden ser igualitarias o no, estar revestidas de mayor o menor proporcionalidad, pero en todo caso requieren de una cierta reciprocidad o al menos de un intercambio de prestaciones y asistencias. No se trata de medir y pesar lo que aportan uno y otro pues, en ocasiones, la ayuda psicológica, el cariño, la atención o la dedicación pueden tener un valor muy superior a cualquier atribución patrimonial, por importante que ésta sea. Si se acepta lo anterior –añaden los autores– la propia convivencia, como manifestación de un proyecto de vida compartido, se eleva a la categoría de “justa causa” de todas aquellas atribuciones patrimoniales que se producen entre los convivientes, y que, conforme a la realidad social, pueden considerarse como normales o propias de una relación de convivencia estable. No procederá tratar de encasillar dogmáticamente la causa de la atribución en onerosa o gratuita. La doctrina de la obligación natural se presenta como la más adecuada para presidir las relaciones patrimoniales en el seno de las relaciones de hecho, siendo la mayoritariamente seguida en todas aquéllas que no desembocan en un proceso judicial o en un acuerdo dirigido a evitarlo.

Los autores exponen que la doctrina del enriquecimiento injusto fue instrumento utilizado desde antiguo por la jurisprudencia francesa en la resolución

---

vecindad civil de los convivientes no es algo que con fundamento en la ley se pueda presumir. El intérprete saldría de la presunción para entrar de lleno en el campo de la conjetura” (op. cit., p. 316).

80 Op. cit., p. 317.

81 Históricamente la doctrina de la obligación natural se aplicó en las SSTS 9 mayo 1914 y 17 octubre 1932, cuya doctrina resulta inaplicable ahora. Es justo destacar la originalidad de los autores que han acertado a reactualizarla, no sin cierta aura poética.

de conflictos económicos derivados del concubinato. Su uso se ha generalizado a diversos países; entre ellos, y aunque de forma tardía, a España, donde la construcción jurisprudencial de la figura —ya iniciada en el siglo XIX— se declara plenamente aplicable para la solución de determinados conflictos derivados de la convivencia extramatrimonial, tal y como se recoge en la STS 11 diciembre 1992 y otras posteriores. Para que pueda prosperar se requiere: 1º) aumento del patrimonio del enriquecido; 2º) correlativo empobrecimiento del actor; 3º) falta de causa que justifique el empobrecimiento; y 4º) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del precepto. Tras un análisis detallado, advierten que no se trata de un principio general que acompañe a las uniones de hecho cuando se extingan, si bien resulta ser el más aplicado por el TS, en especial en la atribución de una compensación. Ello se ha debido a las reformas de 2015 respecto del matrimonio. Así la STS 12 septiembre 2015 ha declarado que hoy se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con todas sus consecuencias, por lo cual debe huirse de la aplicación por “analogía legis” de las normas propias del matrimonio, como los artículos 97 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja<sup>82</sup>.

Observan los autores que desde la STS 17 enero 2003 es más frecuente el recurso a la “analogía legis” invocando el principio de protección del conviviente perjudicado para conceder compensaciones a uno de los convivientes, tras la ruptura, por el trabajo dedicado al hogar. Se dice en ella que por la atribución de la indemnización “no se acepta la igualdad o asimilación de la unión de hecho al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil”. En la doctrina<sup>83</sup> se ha sostenido que los motivos que han llevado al TS a esta solución, bien pueden ser la imposibilidad de la aplicación del principio, así como las dificultades para apreciar que no existe justa causa a fin de aplicar el enriquecimiento injusto. Se trata de evitar un perjuicio no tolerable para el Derecho, buscándose una “protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica”. Tal principio había ido invocado ya por STS 10 marzo 1998, y deriva tanto de normas de índole constitucional (art. 10.1 CE), como de Derecho privado (art. 16.1.b LAU).

La equidad no es fuente del Derecho que, en este ámbito, permita resolver los conflictos amparándose exclusivamente en ella, sino mitigar el rigor de la ley que se derivaría de su inexistencia. En el campo de los hechos, rige el rigor de la prueba, y apreciar en materia de los fundamentos del fallo, la existencia de un principio

82 Ampliamente, op. cit., pp. 321-329.

83 GASPAR LERA, S.: “Incertidumbre jurídica en materia de uniones de hecho: Contradicciones legales y oscilaciones de la jurisprudencia”, *Foro Galego*, núm. 200, p. 84.

general, aun cuando no esté expresamente formulado. Los autores consideran que es la ponderación de la equidad, con la vista puesta en el caso concreto, lo que deja traslucir la STS 10 marzo 1988<sup>84</sup>. No obstante sus riesgos, la ponderación permite obtener la solución justa en cada caso concreto de uniones de hecho, habida cuenta de los perfiles tan variados con que se presenta. El fenómeno de la “panreglamentación” puede conducir a lo contrario, especialmente si se utiliza como instrumento y medio al servicio de intereses particulares o de grupos de presión.

¿Cuál debe ser el destino de la vivienda que fue hogar común de los convivientes, después de la ruptura? El Código civil carece de una regulación sistemática, y no es materia regulada en las legislaciones autonómicas. Se trata exclusivamente de la vivienda que fue “común” porque se residió en ella con voluntad de permanencia. Así lo han considerado las SSTs 9 y 31 mayo 2012. Si la vivienda fue arrendada, el artículo 12.4 LAU da una respuesta legal que eventualmente atribuye derechos al conviviente frente a un tercero, a diferencia del artículo 1.319.2 CC, ya que es posible que al arrendador no le resulte tan conveniente la continuidad arrendaticia del no titular del contrato<sup>85</sup>.

La vivienda en propiedad es, quizá, una de las hipótesis más frecuentes y la ruptura acarrea efectos de mayor entidad económica, siendo objeto de estudio con mayor profundidad<sup>86</sup>. Se observa que en los casos en que la vivienda común sea propiedad de uno o de ambos convivientes, la situación habrá de resolverse atendiendo, de manera prioritaria, a los eventuales pactos acordados por ellos, así como al hecho de que la vivienda pertenezca a aquél al que se le va a atribuir el disfrute, o que, por contra, el uso se atribuya al no titular. El tema tampoco está regulado en las legislaciones autonómicas<sup>87</sup>. En el régimen del Código civil cabe que exista acuerdo entre los convivientes, pudiendo darse las siguientes hipótesis: 1ª) la vivienda pertenece al conviviente que, extinguida la convivencia y mediante acuerdo con el no titular, va a continuar habitándola. 2ª) La vivienda pertenece exclusivamente a un conviviente y su uso se atribuye al no titular. Si existe acuerdo de los convivientes debe ser respetado, y nada debe obstar su plena validez, sin perjuicio de la posible corrección judicial en interés de los hijos si éstos hubieran quedado en compañía del progenitor titular. Es necesaria la inscripción del derecho de uso de la vivienda conforme al artículo 2.2 LH (criterio de la RDGRN de 25

84 Esta sentencia tiene el mérito de buscar un fundamento independiente del matrimonio, así como de la aplicación analógica de sus normas, para la tutela de los intereses derivados de la unión de hecho. Sin embargo, a su juicio, permite interpretaciones excesivamente subjetivas que pueden abonar el terreno al “sentimentalismo jurídico” (op. cit., p. 335 y nota 698).

85 Amplio tratamiento en op. cit., pp. 339-342, y, anteriormente, en p. 338.

86 Op. cit., pp. 342-356.

87 Salvo el artículo 234-8.I CCCat que regula el caso de que “la atribución a uno de ellos del uso de la vivienda familiar, con su ajuar, para satisfacer en la parte que sea pertinente los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la eventual prestación alimentaria de éste”.

octubre 1999, seguido por STS 22 abril 2004). 3ª) A falta de acuerdo entre los convivientes, el no propietario de la vivienda pretende del que sí lo es que le conceda su uso; supuesto que resulta más complejo, ya que contradice el artículo 348 CC, cuyo contenido en la materia sólo existe en el artículo 1.320 –constante matrimonio–, y el artículo 96 CC en las situaciones de crisis matrimonial, ambas normas excepcionales que en materia de la vivienda se justifican por el vínculo matrimonial y por la específica protección al mismo del artículo 32 CE. Concluyen<sup>88</sup> que en una primera aproximación no parece existir ninguna norma que limite al conviviente los derechos de uso y disfrute que le corresponden en la vivienda que sea de su propiedad, aun cuando tal inmueble haya sido el hogar común de la pareja. Pero la jurisprudencia obliga a revisar la expresada afirmación con base en el artículo 96, párr. 1º CC (existencia de hijos comunes) y párr. 3º (posible aplicación analógica). En el último supuesto los autores estiman que puede considerarse mayoritaria en nuestra doctrina la opinión negativa. Pero la jurisprudencia ha seguido una curiosa evolución que describen minuciosamente en sus etapas para retornar a la inicial negativa con la STS 12 septiembre 2005, en el contexto de las reformas codiciales del mismo año, en la que se afirma que “debe huirse de la aplicación por “analogía legis” de las normas propias del matrimonio, como son los artículos 96, 97 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización a la libre ruptura de la pareja”, admitiendo la posibilidad del recurso a la “analogía iuris”, de la que se puede obtener un principio general de derecho, y a la figura del enriquecimiento injusto, y que siempre servirá como “cláusula de cierre” para resolver la cuestión. La consecuencia que se deriva de esta argumentación es la asunción, nuevamente, como criterio prioritario, de la inaplicación a las uniones de hecho de la normativa matrimonial, que incluye los artículos 96 a 98 CC. Doctrina jurisprudencial ampliamente seguida, salvo algún caso aislado. 4ª) Vivienda que pertenece a ambos convivientes, en cuyo caso entienden que el uso y disfrute de aquella se atribuya al conviviente en cuya compañía queden los hijos; no habiéndolos, el régimen de comunidad no debe alterar la situación, ya se siga la doctrina contraria a la analogía o la minoritaria favorable a ella. Así cualquiera de los condóminos podrá ejercitar la acción de división. Finalizan el apartado exponiendo su parecer contrario a que el tratamiento jurídico del matrimonio y la unión libre se fundamenten en el principio de igualdad (criterio iniciado por STC 11 diciembre 1992, apartándose del mantenido por STC 15 noviembre 1990)<sup>89</sup>.

El fallecimiento de un conviviente, constante la unión, es ocasión propicia para volver a plantear si alguno de los derechos que el ordenamiento vigente concede al supérstite es extensible, por analogía u otro procedimiento, al supérstite de una unión de hecho. La cuestión debe quedar ceñida al fallecimiento que se produce constante la unión. Si ésta se ha extinguido por ruptura unilateral o por

---

88 Op. cit., p. 344.

89 Op. cit., p. 355.

mutuo acuerdo, el posterior fallecimiento de uno de ellos será una circunstancia irrelevante. Tradicionalmente se han planteado tres reivindicaciones: consideración del conviviente como perjudicado por el fallecimiento de su compañero por un hecho injusto que le haría acreedor de la indemnización que debe soportar el causante del daño; la pretensión de obtener una pensión similar a la de viudedad; y el derecho a subrogarse frente al arrendador en la posición jurídica de arrendatario que ocupaba su compañero fallecido. Las soluciones a cada una de estas cuestiones han sido diversas, tanto en el sentido como en la forma de obtenerse. Los autores tratan también de la declaración de fallecimiento, se refieren tanto a las uniones formales como no formales, y se centran en la normativa estatal, aunque también hay reglas autonómicas.

A la primera cuestión la jurisprudencia española siguió la orientación de la “Chambre Criminelle” francesa, incluso en periodo preconstitucional (así en STS 27 febrero 1970, siguiendo la pauta de la STS 19 mayo 1969)<sup>90</sup>. La única razón para excluir al conviviente de la cualidad de “perjudicado” ínsita en el artículo 1.902 CC habría que encontrarla en los fundamentos objetivos de este precepto, una de las escasas sedes en las que la respuesta del Derecho a las uniones de hecho puede calificarse de plenamente autónoma<sup>91</sup>. Tampoco el artículo 113 CP establece una lista excluyente de beneficiarios, pues se refiere al agraviado, sus familiares y terceros.

Hasta 2007 la pensión de viudedad era un derecho basado exclusivamente en el matrimonio. Hasta entonces tenía un alcance excepcional y transitorio en la DA 10ª de la Ley de 7 julio 1981, sujeto a doble requisito: imposibilidad legal de contraer matrimonio y que el fallecimiento del conviviente se hubiera producido antes de la entrada en vigor de aquella ley. Hasta la modificación de la Ley General de Seguridad Social en 2007 parece claro que el ordenamiento no contemplaba a las uniones de hecho como causantes de tal pensión de viudedad al conviviente supérstite. Los autores invocan la STC 15 noviembre 1990. De “lege ferenda”, numerosas voces e, incluso, propuestas legislativas, se han alzado para que se extendiera la pensión de viudedad a las uniones de hecho. Los autores observan que como esta cuestión pertenece a la política legislativa, el legislador tiene “manos libres” sin que la Carta Magna represente obstáculo alguno. Así, mediante el artículo 5.3 de la Ley de 4 diciembre 2007, reconoce pensión de viudedad al conviviente, pero exigiéndole varios requisitos. A efectos de la actual LGSS, en su versión de 2015, pareja de hecho es 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 (...), habiéndose de acreditar una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento

<sup>90</sup> Ampliamente tratada en nota 738, p. 358.

<sup>91</sup> Op. cit., p. 360.

del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años". Por tanto, dicha ley equipara a la unión de hecho con el matrimonio en cuanto a sus efectos, aunque no en cuanto a los requisitos para su obtención. La STC 7 abril 2014 declara que esas diferencias no vulneran el principio de igualdad, sino que responden "al objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la seguridad Social". Dispone además que "el derecho a pensión de viudedad se extinguirá en todos los supuestos cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el artículo 221, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente".

La tercera trata del derecho a la subrogación arrendaticia urbana, materia que ha sufrido una considerable evolución histórica, que arranca de la redacción inicial de la LAU 1964, cuyo artículo 58 no contemplaba al conviviente "more uxorio" a la hora de regular el derecho a suceder del cónyuge en el contrato arrendaticio urbano. Según los autores la jurisprudencia menor tuvo que resolver litigios suscitados por los arrendadores o por los convivientes, pretendiendo éstos hacer valer a su favor el derecho de subrogación de los cónyuges. Las demandas se basaron, por lo general en argumentos analógicos o de necesidad, acompañados después de 1978 de una interpretación de los principios constitucionales. También la doctrina mantuvo una encendida polémica y diversidad de criterios. El Auto del TC de 9 octubre 1985 denegó el amparo solicitado por una mujer que había convivido con el arrendatario en la vivienda arrendada. Pero cambió de criterio en STC 11 diciembre 1992, expresando los autores su perplejidad de que, frente a la Seguridad social, cónyuge y conviviente pueden no ser iguales y sí deben serlo frente a un particular como es el arrendador. La sentencia procede a realizar una interpretación de la amplitud y significado de la familia en el marco constitucional, que –a juicio de los autores–, puede calificarse, en cuanto al lugar, de excesiva y, en cuanto a las afirmaciones contenidas, de discutible<sup>92</sup>. Esta doctrina fue mantenida en STC 8 febrero 1983, aunque se declara probado que el conviviente no había contraído matrimonio con su pareja –viuda y con cinco hijos– con la finalidad de librar a éstos del deber de cumplir el servicio militar. El TC fundamenta sus conclusiones en el carácter familiar de la convivencia "more uxorio" y, en definitiva, en la proximidad y analogía de situación que impide que la ley les pueda dar un trato diferente. Esta doctrina jurisprudencial se incorpora al artículo 16.1.b de LAU 1994, disponiendo que en caso de muerte del arrendatario, podrá subrogarse en el contrato "la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia común, en

---

92 Op. cit., p. 371.

cuyo caso bastará la mera convivencia”. Destacan los autores el lugar que ocupa el conviviente en caso de existir pluralidad de posibles beneficiarios de la subrogación. Aunque en la norma el conviviente ocupa el segundo lugar, en realidad ocupa el primero en pie de igualdad con el cónyuge, al resultar incompatible que el arrendatario estuviese conviviendo al tiempo de su fallecimiento con su cónyuge y, además, con su pareja de hecho. La única diferencia es que al miembro de la pareja se le va a exigir un plazo mínimo, a menos que hubiera descendencia común. La convivencia se ha de dar en la misma vivienda arrendada, con duración mínima de dos años. Los autores consideran expresión poco afortunada, que significa que haya sido continuada, diaria y exclusiva. Deberá ser probada, aunque bastará “un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse”.

### XIII. LA UNIÓN DE HECHO Y EL DERECHO DE SUCESIONES.

#### I. Cuestiones generales en el Derecho común español.

Parece razonable referirse singularmente a este aspecto del tema, dado que la “Parte especial” ha girado fundamentalmente en torno al Derecho de obligaciones y contratos. Y ello debido a su escaso tratamiento doctrinal y a su menor litigiosidad<sup>93</sup>. También al hecho de que las reformas del Código civil que siguieron a la Constitución han silenciado en sede sucesoria al conviviente de hecho de modo casi absoluto. Pese a que algunos autores han planteado la posibilidad de aplicar analógicamente algunas –o todas– las disposiciones que tienen al cónyuge o al viudo como destinatarios, los autores estiman que ello no parece posible pues, además de la falta de identidad de razón, la analogía tiene como presupuesto la existencia de una laguna legal, circunstancia que no parece factible afirmar cuando el legislador ha silenciado al conviviente en las sucesivas reformas del Código civil. A día de hoy, la única posibilidad de conseguir la mencionada innovación legislativa, a salvo un cambio normativo en tal sentido, es posible a través de los Derechos civiles forales (art. 13 de Baleares, art. 11 de Navarra, art. 9 del País Vasco, art. 14 de Valencia anulado por STC 9 junio 2016, DA 3ª de la Ley Gallega, y arts. 234-14 y 441-2 CCCat). En el resto de España el conviviente supérstite carece de todo derecho en la herencia de su compañero, por esta sola cualidad: ni es heredero forzoso ni legal al no estar llamado a la sucesión intestada. Así, sólo por la voluntad de su difunto compañero, a través del testamento, puede llegar a ser heredero o legatario. Cuestión distinta es que “de lege ferenda” se pueda propugnar un cambio legislativo en esta cuestión. No existe ningún imperativo legislativo en ella, ni de rango superior que obligue a esta medida, ni a su equiparación con los derechos y lugar reconocidos al cónyuge viudo, ni tampoco parece constitucionalmente prohibido. Las disposiciones legislativas en

---

93 Op. cit., pp. 377-398.

tal dirección habrían de resolver problemas especialmente complicados, creando incertidumbre que para nada beneficiaría al tráfico. Sin embargo sí se le reconoce al conviviente la posibilidad de designar y ser designado fiduciario de su conviviente y para sus hijos comunes, por reforma del artículo 831 CC, mediante ley de 2003<sup>94</sup>.

## 2. La libertad testamentaria del conviviente y sus limitaciones.

Esta libertad constituye, sin duda, una de las más claras expresiones del principio de autonomía de la voluntad; libertad que se compadece de forma adecuada con la naturaleza de la unión de hecho. Ninguno de los convivientes está obligado a disponer a favor del otro de parte alguna de su herencia, pero pueden hacerlo con entera libertad, en función de sus concretas circunstancias familiares como cualquier otro ciudadano. Además los convivientes conservan la de modificar sus disposiciones testamentarias, al ser éstas revocables (art. 737 CC). El testamento no compromete de cara al futuro, y sólo surte sus efectos cuando, fallecido el testador, se torna plenamente eficaz e irrevocable (arts. 657 y 667 CC). Así, tampoco el otorgamiento de un testamento les compromete a mantenerlo, incluso aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocar sus disposiciones (art. 737.I CC).

## 3. Las legítimas.

No existiendo descendientes ni ascendientes, el testador puede disponer a favor del conviviente hasta la totalidad de la herencia. Si se trata de un conviviente casado, dispondrá, en general, de la misma libertad, ya que la existencia de la unión de hecho llevará implícita la situación de separación matrimonial –tanto de hecho como legal– pues la unión fáctica precisa de un tiempo para consolidarse. Solamente cuando no existan ambas situaciones, deberá respetarse la legítima del cónyuge.

Si el conviviente sólo tiene ascendientes, la parte disponible alcanzará la mitad de la herencia. Si tiene hijos o descendientes, su libertad testamentaria quedará reducida a una tercera parte de la herencia, con independencia de que la descendencia sea fruto de la última relación convivencial, de otra previa, o de un matrimonio, disuelto o no (art. 808.3 CC). Los autores deducen de lo anterior<sup>95</sup> que sólo en los limitados casos en que deba respetar la legítima usufructuaria del cónyuge puede decirse que la libertad testamentaria de una persona que convive “more uxorio” difiere de la de cualquier otra. El sistema de legítimas, si bien no favorece al conviviente, tampoco le perjudica, ni a su libertad testamentaria. Desde el punto de vista del conviviente a favor del cual se quiere disponer, si lo

<sup>94</sup> Actualmente se permite ejercer todas las facultades del citado precepto “cuando las personas con descendencia común no están casadas entre sí”.

<sup>95</sup> Op. cit., pp. 383 y ss.

comparamos con el cónyuge, sí existe la diferencia de que éste puede acumular su cuota legal y la parte disponible, lo que no puede acontecer con el conviviente al no tener la cualidad de heredero forzoso.

#### 4. Las reservas.

Los autores analizan dos cuestiones: 1ª) si la actual regulación de la reserva viudal se acomoda a los mandatos constitucionales que impiden la discriminación de los hijos por razón de su filiación; y 2ª) si la convivencia “more uxorio” del viudo desencadena la obligación de reservar.

Los beneficiarios de la reserva sólo pueden ser los hijos matrimoniales, pues el artículo 968 CC sólo la impone al viudo o viuda. Los no matrimoniales no parece que puedan llegar a ser reservatarios aun cuando su progenitor, fallecido el conviviente, contraiga matrimonio, o tenga hijos de otra relación o los adopte, y concurren los restantes requisitos de los que surge la obligación de reservar. Esa diferencia no es justificable acudiendo exclusivamente a los artículos 14 y 39.2 CE. Pero una interpretación conjunta de esos preceptos con los artículos 32 y 39.1 CE tal vez permitiría justificar esa diferencia de trato<sup>96</sup>. Reconocida la pluralidad, alguna diferencia se torna inevitable por la propia naturaleza de las cosas. Tal vez sea la reserva viudal una de esas instituciones donde la igualdad deseada presente mayores dificultades técnicas para ser alcanzada, habida cuenta su dependencia de lo matrimonial. Seguramente sea el último resquicio de discriminación positiva hacia la familia matrimonial que el Código civil mantiene, y seguramente cuando el legislador se plantee equiparar a los hijos matrimoniales y a los no matrimoniales como potenciales reservatarios opte por la solución de eliminar la discriminación<sup>97</sup>. La segunda cuestión es si la situación de convivencia marital del viudo o viuda puede constituirse en causa activante del nacimiento de la obligación de reservar a favor de los hijos y descendientes del matrimonio disuelto por fallecimiento. Una interpretación literal debe conducir a una respuesta negativa (art. 968 CC que sólo contempla el supuesto del viudo o viuda que pasen a segundo matrimonio). La naturaleza excepcional de la reserva apoyaría la interpretación literal y restrictiva. Pero una interpretación finalista puede ofrecer una respuesta afirmativa, sin que su naturaleza excepcional, por sí sola, lo pueda impedir. Los autores clásicos (Vallet de Goytisolo, De la Cámara, Lacruz) han entendido que la obligación de reservar nacía, no sólo en caso de fallecimiento, sino de nulidad matrimonial e incluso de disolución por divorcio; y ello porque la “ratio” de la reserva se daría con tanta o

---

96 Op. cit., p. 385.

97 Los autores afirman resueltamente que su supresión la considerarían desacertada (op. cit., p. 385) ya que, de acuerdo con Vallet, la reserva no trata tanto de proteger a los hijos por igual como de evitar la salida de los bienes sujetos a reserva fuera de determinado ámbito familiar, basado –según el Código civil– en el vínculo matrimonial.

más intensidad que en la disolución por fallecimiento. A juicio de los autores<sup>98</sup>, los precedentes históricos (Fuero Real, 3.13.9 y Nueva Recopilación) contrarios a la postura que adoptan, carecen de valor, ya que las uniones de hecho actuales son ajenas a aquel tiempo histórico. Por lo expuesto se puede colegir que si el viudo o viuda tienen un hijo con su pareja de hecho, la obligación de reservar les viene impuesta de forma expresa.

## 5. Validez de las disposiciones testamentarias de los convivientes.

Una vez respetadas las legítimas y reservas que frenan la libertad dispositiva “mortis causa” de todas aquellas personas que se encuentran en una determinada posición jurídica familiar, la institución o el legado a favor del conviviente no debe contar en la actualidad con ningún obstáculo, que pertenecería al pasado, en la medida en que pretendiera atribuirse a la convivencia “more uxorio” un carácter ilícito o jurídicamente amoral. Desde la entrada en vigor de la CE, las uniones de hecho están amparadas por el principio de “libre desarrollo de la personalidad” (art. 10.1 CE). De acuerdo con ello la STS 13 junio 1986 declaró la validez del legado de usufructo vitalicio realizado por el conviviente en favor de su compañera, frente a la pretensión de la viuda de que formaba parte de su usufructo viudal y además se trataba de un bien conyugal adquirido constante matrimonio. El TS rechazó las pretensiones de la viuda –en cuyo matrimonio regía un régimen de comunidad y a la que pertenecía el usufructo viudal aragonés–, por considerarlas contrarias a la buena fe y constitutivas de abuso de derecho, dado que llevaba separada de hecho desde hacía más de cuarenta años y no había contribuido, en absoluto, a la adquisición del bien. Cualquier pretensión de negar al conviviente su cualidad de heredero o legatario voluntario tendría que venir impuesta por el ordenamiento, al tener capacidad para suceder “mortis causa” todos aquellos que no “estén incapacitados por la ley” (art. 744 CC), entre quienes no figuran los convivientes de hecho. La posibilidad de designar heredero o legatario lleva implícita la de poder expresar el motivo. Así, son frecuentes los testamentos en que el testante declara que mantiene una convivencia estable con la persona a favor de la cual va a efectuar una disposición. ¿Qué ocurrirá si, bajo estas circunstancias, la convivencia se interrumpe y no se reanuda antes de su fallecimiento? Opinan los autores que si lo que llevó al testador fue la situación pasada y actual, aquella ha de conservar su validez. Pero puede ocurrir que la disposición se haga en consideración a la continuidad de vida en común y que la subsistencia y continuidad de éste sea el motivo determinante de la disposición. Los autores consideran que se trata de una institución de naturaleza condicional regida por los artículos 790 y ss. CC<sup>99</sup>, por lo cual sería conveniente que el testamento exprese con claridad si la institución

---

98 Op. cit., p. 387.

99 Op. cit., p. 389.

o el legado a favor del conviviente se hace depender o no de la subsistencia de la convivencia en el momento del fallecimiento.

## **6. Repercusión de la unión de hecho sobre determinados derechos sucesorios previamente adquiridos.**

En el régimen del Código civil, ni las nuevas nupcias del viudo o viuda, ni su vida marital estable, están considerados como causa de extinción de la legítima viudal. Se exceptúa el caso de que el premuerto le hubiese legado el usufructo universal condicionado a que le guardase viudez. En la mayoría de las legislaciones forales ambas circunstancias, con alguna variedad, dan lugar a la pérdida de determinados beneficios viudales (en Navarra, el usufructo de fidelidad, según la ley 262; en Aragón, el derecho del usufructo viudal y de la condición de fiduciario, conforme a los artículos 301.l.c, y 462.e; en Cataluña, el año de viudedad y la cuarta viudal, arts. 231-31.2 y 452-6.l del CCCat; en Vizcaya, el usufructo viudal, art. 58.5; el usufructo voluntario de viudedad en Galicia, art. 236.2). En sentido contrario, el artículo 442-4.3 CCCat, dispone que “el usufructo universal se extingue por las causas generales de extinción del derecho de usufructo y no se pierde aunque se contraiga nuevo matrimonio o se pase a convivir con otra persona”.

Los autores estiman que debe plantearse si la condición genérica de guardar viudez impuesta por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste alcanza exclusivamente a las nuevas nupcias, o comprende también el tránsito a una nueva vida de carácter marital. Consideran decisiva la voluntad del testador. Si lo que buscaba era la prolongación “post mortem” del deber de fidelidad o el “cierre” de la primigenia familia, habrá de entenderse incluida la convivencia “more uxorio”. Cuando no se pueda determinar tal voluntad, la ley no aclara nada, y tampoco hay una opinión doctrinal o jurisprudencial unánime. Para entender incluida la vida marital cabría acudir a un criterio teleológico, y también a que ello supondría tratar de manera desigual al matrimonio y a la unión libre, en perjuicio de aquél. Pero el carácter restrictivo de la norma y lo inapropiado de su aplicación analógica se alzarían como argumento más potente a favor de la solución contraria. También cabe cuestionarse si el conviviente puede imponer al otro miembro de la pareja la condición de no casarse o de no constituir nueva pareja. Los autores entienden que ello no es posible, pues el artículo 793 CC pone de relieve la prolongación “post mortem” de los efectos del matrimonio frente a la unión de hecho, aunque pueda suponer una penalización para el cónyuge y no para el conviviente<sup>100</sup>.

---

100 Op. cit., p. 391.

## 7. ¿Sucesión contractual?

De modo resuelto afirman los autores que, indudablemente, en el ámbito del Derecho común, los convivientes de hecho no pueden recurrir a la sucesión contractual en tanto no se produzca un cambio normativo a este fin. De producirse éste, entienden que los pactos sucesorios no serían adecuados entre los convivientes si produjeran efectos irrevocables, toda vez que resultaría sorprendente que, pudiendo poner fin a su relación de modo unilateral y en cualquier tiempo, no pudiesen modificar los efectos que pueden producirse decenas de años después de la ausencia de toda relación. De admitirse, deberían ser siempre pactos claudicantes, de modo tal que no condicionaran un futuro testamento que ha de poder ser otorgado con entera libertad.

## 8. Breve mención de los derechos sucesorios del conviviente supérstite en las Comunidades Forales con Derecho civil propio.

Los autores se han centrado, en el apartado relativo al Derecho sucesorio, en el Derecho común del Código civil. La obra contiene, además, un valioso Anexo que reproduce la normativa de las CCAA con Derecho civil propio, de evidente utilidad para los juristas prácticos. A modo de resumen indican que lo más frecuente es reconocer un derecho de ajuar y de uso de la vivienda (llamado “año de luto” o “año de viudedad”) y establecer la equiparación expresa a los derechos del cónyuge viudo, incluyendo en algunos casos una alusión específica a sus derechos en la sucesión legal. En particular:

Cataluña: el sobreviviente de una pareja estable tiene reconocidos a su favor “los derechos viduales familiares” contenidos en el artículo 234-14 CCCat. Uno de ellos consiste en la predetracción de prendas, mobiliario y utensilios que constituyen el ajuar de la vivienda común, que se computará en el haber hereditario. Igualmente goza del “año de viudedad” a partir del fallecimiento del conviviente: tiene derecho a continuar usando la vivienda común, así como a ser alimentado con cargo al patrimonio del fallecido, siempre en relación con el nivel de vida que habían mantenido los convivientes y atendiendo a la importancia de dicho patrimonio. Para poder disfrutar de este derecho –que es independiente de lo que le puede corresponder por el fallecimiento del premuerto– es preciso que el supérstite no sea usufructuario universal del patrimonio de aquél. Igualmente se perderá el derecho al año de viudedad si el supérstite contrae matrimonio o “pasa a vivir maritalmente con otra persona”, y si abandona o descuida gravemente a los hijos comunes en potestad parental. En ninguno de los casos hay obligación de devolver el importe de los alimentos percibidos. Se trata de derechos que surgen como consecuencia del fallecimiento, pero que no son típicamente sucesorios, ya que los bienes afectados no siguen el destino señalado por la voluntad del conviviente premuerto o, en su defecto, por la ley, sino que devienen indisponibles

al estar reservados directamente a favor del cónyuge y del conviviente. Su antigua configuración como derechos conyugales cede a favor de otra basada en la relación de dependencia y necesidad<sup>101</sup>. El conviviente supérstite también aparece nominado en la sucesión intestada. Sus derechos son variables en función de los parientes que con él concurran a la sucesión; concurriendo con hijos del causante o descendientes de éstos, tiene derecho al usufructo universal de la herencia, sin necesidad de prestar fianza y pudiendo ejercitar una opción de conmutación por la atribución de una cuarta parte de la herencia y, además, el usufructo de la vivienda conyugal o familiar; cuando concurre con ascendientes únicamente del causante, tiene derecho a toda la herencia, pero los padres de aquél conservan el derecho a la legítima.

Aragón: los convivientes supérstites de una pareja estable no casada tienen reconocido en todo caso (es decir, cualquiera que sea el contenido de la escritura constitutiva de la pareja y de lo que dispongan sus testamentos o pactos sucesorios) el derecho al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual. Únicamente se excluirán las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o los bienes de procedencia familiar (art. 311.1 CDFA). Al igual que sucede en Cataluña, y al margen de los derechos hereditarios que se le atribuyeran al supérstite, tiene derecho “a residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año” (art. 311.2 CDFA). Pero a diferencia de lo que ocurre en dicha Comunidad, no ocupan lugar alguno en el orden de llamamientos de la sucesión intestada (cfr. art. 517 CDFA). Por otra parte, otros derechos, como el de testar en mancomún, el de otorgar pactos sucesorios o la fiducia sucesoria, se les reconocen a todos los aragoneses, sin que se precise ninguna especial vinculación conyugal ni familiar (vid. arts. 378, 406, 417 y 439 CDFA)<sup>102</sup>.

Navarra: la modificación de las leyes 253, 304 y 341 del Fuero Nuevo, que equiparaba plenamente al sobreviviente de una pareja estable con el cónyuge, tanto en sede de usufructo de fidelidad, como en sede de sucesión intestada, extendido en cuanto a la prohibición para desempeñar el cargo de contador-partidor, fue anulada por la STC 23 abril 2013.

Galicia: la DA 3ª de la Ley de 14 junio 2006, en la redacción dada por Ley de 28 junio 2007, incluye una equiparación absoluta al matrimonio de la convivencia “more uxorio”<sup>103</sup>, no recurrida hasta ahora.

---

101 Op. cit., p. 393.

102 Op. cit., p. 594 y nota 803. Recogen la opinión de Merino Hernández en el sentido de haber interrumpido la tradición jurídica aragonesa con esta normativa vigente, con singular referencia a la fiducia aragonesa.

103 Op. cit., p. 396, nota 808. Los autores recogen la interesante discusión doctrinal suscitada en esta Comunidad Autónoma sobre el alcance de la DA 3ª de las mencionadas normas, en relación con los derechos del conviviente en la sucesión intestada y su repercusión respecto del encargado de elaborar la consiguiente declaración de herederos; debate mencionado en el Prólogo de esta obra.

Baleares, País Vasco y Valencia: las agrupan aquí los autores porque los derechos establecidos para los casos de fallecimiento de uno de los convivientes, en parte, resultan comunes en las tres Comunidades, pues se establece la equiparación de derechos del conviviente a los del cónyuge —ya se señale específicamente que ésta abarca tanto la sucesión testada como la intestada o se aluda a ellas de manera genérica—, se incluye el derecho del conviviente a predetraer el ajuar doméstico y, en dos de ellas, se le reconoce también el “año de viudedad”. Sobre el derecho al ajuar, Baleares precisa que comprende “la ropa, el mobiliario y los enseres que constituyen el ajuar de la vivienda común” (art. 12); con carácter general se excluyen del ajuar “los objetos de extraordinario valor”, ya lo sean respecto al caudal relicto del causante, ya al nivel de vida de la pareja; en todas ellas se añade que no se computan en el haber hereditario. En el País Vasco, a diferencia de las otras dos Comunidades, cabe resaltar que los convivientes pueden pactar que, a la muerte de cualquiera de ambos, el otro pueda “conservar en usufructo la totalidad de los bienes comunes”; que pueden disponer de manera conjunta de los bienes de ambos en un único instrumento —testamento mancomunado o de hermandad—, que posteriormente pueden modificar o revocar, y que ambos pueden “nombrarse recíprocamente comisario en el testamento o pacto sucesorio” (art. 9, Ley del País Vasco).

### **9. La designación del conviviente “more uxorio” como beneficiario de un seguro de vida.**

Se justifica la ubicación sistemática de esta cuestión afirmando que, aunque la doctrina mayoritaria encuadra al beneficiario de un seguro de vida en el ámbito de las estipulaciones a favor de tercero, al derivar su derecho de un contrato, del que no es parte, pero sí interesado, no puede desconocerse su cercanía con el Derecho sucesorio. Ocurre que la relación entre el testamento y el seguro de vida no es meramente formal, sino que va más allá en la medida en que, siempre en sus justos términos, ambos constituyen instrumentos adecuados a una función de destinación, de atribución y de regulación de los intereses económicos “post mortem” del causante, que es testador y, a la vez, tomador de un seguro de esta naturaleza; por ello, el contrato de seguro de vida se muestra como uno de los instrumentos más idóneos de los que los convivientes pueden hacer uso cuando deseen percibir atribuciones al fallecimiento de uno de ellos y éstas se encuentren limitadas por el sistema de legítimas; en efecto, además del tercio de libre disposición, e independientemente del mismo, podrán percibir la prestación pactada con la entidad aseguradora.

En la actualidad no ofrece dudas la plena licitud de la estipulación a favor del conviviente “more uxorio”, que parece además avalada por la jurisprudencia

menor, la cual no se plantea la posibilidad contraria<sup>104</sup>. Se observan dificultades por la escasa atención que, en general, se presta a la designación de beneficiarios contenida en pólizas concertadas con anterioridad al inicio de la convivencia<sup>105</sup>; y también cuando la designación recae expresamente en la persona (señalada con nombre y apellidos) que era la conviviente en la época en que se suscribió la póliza, pero que no coincide con la que lo es en el momento de ocurrir el siniestro; o cuando la póliza se limita a expresar la designación de forma genérica (por ej. “a mi pareja”). Concluyen que muchas de las dificultades apuntadas quedarían notablemente paliadas si el decisivo acto de designación del beneficiario contase con la exigencia legal de ser instrumentado en documento público<sup>106</sup>.

#### XIV. LOS COMPLEMENTOS ORDINARIOS DE LA OBRA.

Bajo la indicación de “Bibliografía citada”<sup>107</sup> los autores han optado por incluir una lista única de obras efectivamente citadas, evitando así las listas habituales insertas en cada capítulo de la obra que, inevitablemente, se reiteran. Se incluye en ella la abundante doctrina recientemente originada en España, bajo la forma de monografías, tesis doctorales, artículos de revista, comentarios de sentencias recientes; sin omitir manuales, obras de homenaje, “opera omnia”, etc., ni olvidar los autores que pueden considerarse clásicos en la materia. En cuanto al Derecho comparado, no faltan obras básicas en lenguas extranjeras, así como traducciones acreditadas de obras fundamentales, y singularmente algunas hispanoamericanas.

El índice de resoluciones judiciales es variado y amplio. Así el TC (comprende los años 1982 a 2017); el TS (desde 1940 a 2018); las AAPP agrupadas alfabéticamente y de forma selectiva desde el siglo XX hasta 2017; finalmente, las Resoluciones de la DGRN abarcan desde 1988 hasta 2018. Todas ellas poseen la referencia adecuada para su localización.

#### XV. ANEXOS.

La obra se concluye con tres “Anexos”:

I. Normativa de las Comunidades Autónomas que cuentan con disposiciones de rango legal sobre parejas (Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Cataluña, Extremadura, Galicia, Madrid, Comunidad Foral de Navarra, País Vasco, Valencia).

---

104 Op. cit., p. 399, nota 816.

105 Op. cit., pp. 400 y ss.

106 Op. cit., p. 402.

107 Op. cit., pp. 403-424.

II. Normativa sobre los Registros de carácter autonómico de las Comunidades Autónomas que no cuentan con disposiciones de rango legal sobre parejas (Castilla-La Mancha, Castilla-León, La Rioja).

III. Normativa en las Comunidades Autónomas que no cuentan con disposiciones de rango legal sobre parejas ni Registros Autonómicos: a modo de ejemplo, Ayuntamiento de Murcia.

## XVI. FINAL.

El recensor, llegado al final de su trabajo, cree obligado expresar un juicio valorativo de lo que, a lo largo del mismo, ha descrito con diversidad de términos: “monografía”, “obra”, “libro”, y otros similares. Ahora, con toda objetividad, estima indudablemente haber analizado un verdadero “Tratado español de la unión de hecho”, ya que los autores han tenido en cuenta todo lo valioso que se ha escrito desde finales del siglo pasado en la lengua de Cervantes, de tal modo que, en adelante, quien pretenda explicar o tratar cualquier aspecto de aquélla, o aspire a elaborar otra doctrina general o parcial sobre la misma, necesariamente ha de tenerlo presente antes de opinar<sup>108</sup>.

Añádase la indudable dimensión práctica derivada del estudio sobre la materia del Derecho propio de las Comunidades Autónomas, tanto si poseen o carecen de competencias propias en Derecho civil, y del análisis jurisprudencial que realizan exhaustivamente, así como de las posturas doctrinales que, en muchos puntos y con frecuencia, se muestran a favor o en contra de una doctrina determinada. Reseñable es también la utilidad de la versión electrónica incluida.

¿Objeciones? En presencia de un verdadero “Tratado sobre la unión de hecho”, no resulta fácil encontrarlas razonablemente. Páginas atrás he aludido a lo discutible de una frase referida a que, históricamente, la unión de hecho estuvo tolerada “durante décadas”; afirmación que, en el contexto, podía referirse al periodo de la codificación civil en el continente europeo; pero no, evidentemente, si se enmarca la frase en una perspectiva más amplia (por lo menos, desde el Derecho romano clásico).

Por lo demás, el aspecto comparativo occidental y, eventualmente, mundial, aparece suficientemente expuesto en el Tratado, si bien conviene advertir que esta materia y el Derecho de Familia, en general, es una de las que más rápidamente

---

<sup>108</sup> En la obra recensionada el término “Tratado” aparece únicamente en la tapa trasera de la misma, que no parece redactada por los autores, sino más bien por razones editoriales. Así puede leerse: “Colección de Grandes Tratados Aranzadi”. Como autor de una extensa recensión entiendo que tal calificativo instrumental responde efectivamente a la realidad, y la doctrina puede valorarlo así.

evolucionan. Se aconseja la consulta de los últimos volúmenes publicados por la “International Society of Family Law”<sup>109</sup>.

Respecto a la “pequeña jurisprudencia”, de singular interés en esta materia, dado el hecho de su multiplicación día a día, así como la variabilidad de sus resoluciones, puede ser aconsejable seguirla muy de cerca (especialmente cuando no se recurre la sentencia de primera instancia), y asimismo reflejarla en el apartado correspondiente.

---

109 Editados últimamente como *International Survey of Family Law*, habiéndose publicado ya el correspondiente a 2019. La actual Directora, Margaret Brining, clasifica las variadas 21 aportaciones incluidas, de modo aproximado, en los siguientes grupos: 1) pluralismo (Islas Feroe, Nueva Caledonia, Papúa Nueva-Guinea y Nueva Zelanda); 2) violencia doméstica, incluyendo casos de poder parental compartido (Australia, Canadá e Islas Seychelles); 3) mezcla de problemas tradicionales y nuevas concepciones familiares (Irlanda y Hong Kong); y 4) procreación técnicamente asistida e identidad del LGBT (Corea, Serbia y Estados Unidos).